



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES MAESTRÍA EN DERECHO

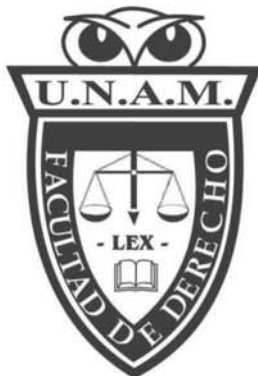
FAMILIA ,DERECHO,PATERNIDAD
Y MATERNIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :
HÉCTOR ROSALES ZARCO

TUTOR:
Dr. ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA



CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO D.F.

OCTUBRE 2009



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A quienes debo todo, con mi cariño y agradecimiento eterno: a mi padre Lic. José de Jesús Rosales Orihuela, y a mi madre Sra. María M. Zarco Benítez.

A mis hermanos: Marisela, Agustín, Jesús y Oscar.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA.....	1
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA.....	1
1. <i>Origen de la familia</i>	1
2. <i>La familia en el derecho romano</i>	4
3. <i>La concepción cristiana de la familia</i>	6
4. <i>La visión familiar en el mundo prehispánico (mexicas y mayas)</i>	10
5. <i>La familia en la colonia y en los primeros años del México independiente...</i>	15
6. <i>La familia en el México contemporáneo</i>	19
II. CONCEPCIÓN Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA.....	24
1. <i>Concepto</i>	24
2. <i>Función social</i>	31
III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA, LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.....	32
1. <i>La familia como garantía constitucional</i>	32
2. <i>La familia y su reglamentación en el derecho de la seguridad social</i>	34
3. <i>La familia y su reglamentación en el derecho civil</i>	37
4. <i>¿Prestaciones por maternidad-prestaciones familiares?</i>	40

CAPITULO SEGUNDO

LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL MEXICANAS.....	44
I. LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO, SOCIAL Y JURÍDICO.....	44
II. LA MATERNIDAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.....	47
III. EL TRABAJO FEMENINO Y LA MATERNIDAD EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.....	55

IV. LA MATERNIDAD EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL MEXICANO.....	60
1. Hecho generador de las prestaciones por maternidad.....	60
2. Sujetos que pueden acceder a las prestaciones por maternidad.....	64
3. Requisitos para acceder a las prestaciones por maternidad.....	69
4. Prestaciones por maternidad.....	72
5. Protección de riesgos en el embarazo.....	79
V. NORMAS QUE COADYUVAN CON EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD.....	81
1. Descansos para la lactancia.....	83
2. Derecho de ausentarse del trabajo hasta por un año luego del parto.....	83
3. Servicio de guardería.....	84
4. Descansos por paternidad.....	87

CAPITULO TERCERO

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL COMPARADA REFERENTE A LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.....	90
I. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	90
1. Protección en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	90
2. Los convenios para la protección de la maternidad de la OIT.....	93
II. LEGISLACIÓN COMPARADA EN MATERIA DE MATERNIDAD.....	99
1. Hecho generador de las prestaciones por maternidad.....	99
2. Sujetos que pueden acceder a las prestaciones por maternidad.....	101
3. Requisitos para acceder a las prestaciones por maternidad.....	104
4. Prestaciones por maternidad.....	105
5. Prerrogativas para la prevención de riesgo en el embarazo.....	110
III. OTRAS NORMAS QUE COADYUVAN AL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD RESPONSABLE.....	111
IV. LEGISLACIÓN COMPARADA DE PRESTACIONES POR MATERNIDAD DE MÉXICO FRENTE A LAS LEGISLACIONES EUROPEAS Y	

ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	117
---------------------------------	-----

CAPITULO CUARTO

ASPECTOS DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA QUE IMPACTAN EN EL TRABAJO.....	124
I. EL PARENTESCO.....	124
1. <i>Introducción</i>	124
2. <i>Parentesco por afinidad</i>	127
3. <i>Parentesco por consanguinidad</i>	129
4. <i>Parentesco civil</i>	130
II. EL MATRIMONIO.....	131
III. EL CONCUBINATO.....	133
IV. DEBERES FAMILIARES.....	135
1. <i>Introducción</i>	135
2. <i>Los alimentos</i>	136
3. <i>La patria potestad</i>	140
4. <i>La tutela y el acogimiento</i>	143
V. MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN EL DERECHO CIVIL.....	146

CAPÍTULO QUINTO

LA CONCILIACIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD CON EL TRABAJO.....	149
I. FUNDAMENTO TEÓRICO EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD.....	149
1. <i>Reglamentación de la maternidad en el derecho familiar, derecho del trabajo y derecho de la seguridad social</i>	149
2. <i>Objeto de la protección de la maternidad y paternidad en el derecho familiar, derecho del trabajo y derecho de la seguridad social</i>	151
3. <i>La maternidad y la paternidad en el derecho del trabajo</i>	156
A. <i>Protección para la no discriminación por causa de maternidad y paternidad</i>	158

<i>B. Protección ante posibles riesgos en el trabajo relacionados con el embarazo o la lactancia.....</i>	160
<i>C. Protección contra la no inscripción al instituto de seguridad social correspondiente.....</i>	161
<i>D. Protección del deber de alimentar al menor.....</i>	162
4. La maternidad y la paternidad en el derecho de la seguridad social.....	163
<i>A. Hechos generadores.....</i>	169
<i>B. Sujetos beneficiarios.....</i>	170
<i>C. Requisitos para acceder a las prestaciones.....</i>	172
<i>D. Prestaciones.....</i>	174
<i>E. Financiamiento.....</i>	177
II. PROPUESTA DE REFORMA: EL SEGURO PARENTAL EN MÉXICO.....	178
<i>1. Perspectiva de reforma en el sistema jurídico mexicano para la protección a la maternidad y la paternidad.....</i>	178
<i>2. Reforma constitucional.....</i>	180
<i>3. Reformas a la ley federal del trabajo.....</i>	182
<i>4. Reformas a las ley del seguro social.....</i>	187
III. PROSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD.....	193
BIBLIOGRAFIA.....	196
FUENTES LEGISLATIVAS.....	199
FUENTES INFORMÁTICAS.....	201

ABREVIATURAS

CCF.....	Código Civil Federal
CCDF.....	Código Civil para el Distrito Federal
CFEM.....	Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos
CFE.....	Comisión Federal de Electricidad
ET.....	Ley del Estatuto de los Trabajadores (España)
IMSS.....	Instituto Mexicano del Seguro Social
ISSSTE.....	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
ISSFAM.....	Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas
LFT.....	Ley Federal del Trabajo
LFTSE.....	Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado
LGS.....	Ley General de Salud
LGSSE.....	Ley General de Seguridad Social Española
LSS.....	Ley del Seguro Social
LISSSTE.....	Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
LISSFAM.....	Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas
SUTERM.....	Sindicato Único de Trabajadores Electricistas de la República Mexicana

INTRODUCCIÓN

La familia constituye una institución de carácter primario que cumple funciones específicas en la sociedad tales como: brindar protección, alimentos, asistencia y educación a sus miembros. En dicha institución, el rol que desempeñan los padres es por demás importante, su presencia e influencia para con los hijos resulta fundamental en la formación y calidad de vida de éstos.

En años recientes, a raíz de la inmersión de la mujer en la actividad laboral, la dinámica familiar se ha modificado. En el tiempo que corre, tanto la mujer como el varón, deben conciliar sus deberes familiares con los laborales ante un panorama social que sigue identificando los deberes propios del hogar como responsabilidad exclusiva de la mujer, y ante una legislación laboral que sólo ofrece una mínima protección para la maternidad y desatiende por completo la paternidad. Dado lo anterior surge la siguiente interrogante:

¿Es posible fortalecer la institución familiar, conciliando los deberes laborales con los familiares a partir de la sistematización de los ordenamientos del derecho de familia, derecho de la seguridad social y derecho laboral en aspectos que atañen a la maternidad y la paternidad?

Dado que nos inclinamos a una respuesta favorable, la presente investigación tiene por objeto exponer una manera de conciliar la vida familiar y la actividad laboral a partir de la formulación de una institución jurídica en el derecho de la seguridad social, la cual denominamos *Seguro Parental*, y de replantear las condiciones de trabajo que pueden favorecer a la paternidad y la maternidad en el derecho laboral.

Para cumplimentar el objeto del presente trabajo tuvimos como guía a la Teoría Tridimensional del Derecho y nos servimos de los métodos exegético, comparativo e histórico en la redacción de los cinco capítulos de los que consta nuestra investigación.

En el primer capítulo analizamos aspectos inherentes a la familia tales como: antecedentes históricos (poniendo especial interés en cómo se ha reglamentado la familia en el derecho romano, en el derecho canónico, en la época prehispánica, en la colonia y en el México independiente); concepto y función social de la familia; y algunas consideraciones generales de la

reglamentación de la familia, la maternidad y la paternidad en el derecho de familia, laboral y de la seguridad social contemporáneos.

En el segundo capítulo abordamos todo lo concerniente a la evolución de la protección de la madre trabajadora en nuestro país, asimismo, analizamos los pormenores de la reglamentación de la maternidad en nuestros días en las legislaciones laborales y de los seguros sociales, así como, en algunos contratos colectivos de trabajo que sobresalen por su generosidad de las prestaciones.

En el tercer capítulo realizamos un ejercicio de legislación comparada entre diversos instrumentos internacionales y las legislaciones de seguridad social de España, Italia, Francia y Austria.

En el capítulo cuarto, revisamos todo aquello inherente a la maternidad y la paternidad desde la perspectiva de la legislación civil enfatizando los deberes que se desprenden de la situación jurídica de madre y padre.

En el capítulo quinto fijamos la competencia y alcances que cada una de las materias (derecho familiar, derecho laboral y derecho de la seguridad social) debe tener, luego, formulamos una propuesta teórica y legislativa de cómo podemos proteger la maternidad y la paternidad mediante la inclusión del *Seguro Parental* en las legislaciones de los seguros sociales, asimismo, replanteamos el contenido de las condiciones de trabajo que deben imperar en el derecho laboral en beneficio de la maternidad y paternidad.

En otro orden de ideas, quiero expresar mi gratitud a mi tutor de tesis, Dr. Alfredo Sánchez Castañeda, por sus valiosas observaciones y por todo el apoyo brindado para la realización del presente trabajo. Igualmente, agradezco a la Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, mi profesora de derecho de la seguridad social, quien siempre a tenido a bien orientarme en diversos tópicos de esta área de estudio. Igualmente, agradezco a Anne Debay por su valiosa ayuda en la traducción de bibliografía francesa y en sus oportunos comentarios que me auxiliaron a comprender un el contexto europeo de la familia y la seguridad social.

Ciudad Universitaria, México DF., septiembre de
2009

CAPÍTULO PRIMERO
PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA
DE LA FAMILIA.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA

1. Origen de la familia

Un primer referente del origen de la familia lo encontramos en aquellos vínculos primarios, que como consecuencia de la reproducción humana, se generaron entre hombre y mujer, o, entre éstos y sus descendientes: *“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, verbigracia: las aves construyen sus nidos y los lobos y osos su madriguera, creando un núcleo de protección y delegando jerarquía y actividades específicas a cada uno de los individuos de dicha agrupación (aunque no de forma racional claro esta).

Al cobrar conciencia de sí, el hombre modifico paulatinamente su conducta y costumbres. La institución familiar participo de dichas trasformaciones:

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

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

² *Ibidem.*, p. 447.

La razón humana se enseñoreó en el hombre como una herramienta capaz de expandir sus horizontes más allá de la simple supervivencia, ello, dio paso a la religión, la moral, la filosofía, el derecho, etc. Todas estas disciplinas coadyuvaron a matizar la organización y dinámica de la institución familiar. Así, expresiones de índole sexual de la pareja con el paso del tiempo adoptarían tintes afectivos y 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

La estructura de la familia no ha obedecido a un modelo único en las distintas regiones y etapas de la historia, por el contrario, ha presentado estructuras tan diversas que conductas aceptadas por una sociedad son reprochables en otra. *“La familia, dice Morgan, es el elemento activo; nunca permanece estacionaria...En cambio, los sistemas de parentesco son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los procesos hechos por la familia en el curso de las edades, y no sufren radical modificación sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”*.⁴

Entre los diversos modelos de familia que se han desarrollado a lo largo de la historia, encontramos los siguientes:⁵

- Familia poliándrica: Es aquella en donde la hegemonía en las decisiones familiares recae en una mujer, misma que mantiene relaciones con diversos hombres en un mismo momento. El lazo de parentesco se establece a partir de la línea femenina.
- Familia polígama: Es aquella en donde el mando queda supeditado al varón al tiempo que mantiene relaciones con diversas mujeres en un mismo

³ Recasens Siches, Luís, *Sociología*, 3ª reimpr., 31ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, p. 466.

⁴ Engels, Federico, *El origen de la familia la propiedad privada y el Estado*, México, Ed. Colofón, p. 35.

⁵ Véase, Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, pp. 467 y 468.

momento. La línea de parentesco se determina a partir del vínculo que existe con el padre.

- Familia monógama matriarcal: Se constituye por una pareja (hombre y mujer) en donde predomina la voluntad femenina: "*Ellas dirigían el culto, sólo ellas tenían propiedades. Los hombres tenían una vida errabunda en las selvas, dedicada a la caza...el hogar se formaba alrededor de la madre, polo de estabilidad en la vida familiar, y el parentesco sólo se establecía por línea materna*".⁶
- Familia monógama patriarcal: La directriz familiar recae en manos del hombre, mismo, que establece un vínculo con una sola mujer.

Una relación monógama puede establecerse de forma permanente o seriada, en el primer caso el sujeto mantiene un único vínculo toda su vida con una sola pareja, en tanto en el segundo caso, un sujeto entabla relaciones con diversas personas que se van sucediendo, una a la otra, a lo largo del tiempo.

Clasificaciones más modernas son muestra de la intrincada red de relaciones mediante las cuales se vinculan los individuos en los últimos años, así, las familias pueden clasificarse de la siguiente manera:

...Familias paternales...en estas familias están presentes ambos progenitores o adoptantes...Familias uniparentales...se constituyen o se componen de un sólo padre...familias multifiliales...se integran por divorciados con hijos vueltos a casar...familias parentales...se integran por parientes...que no descienden unos de otros...⁷

Los matices de los que ha sido provista la institución familiar son tan abundantes y diversos como civilizaciones humanas han existido, sin embargo, dado que la dinámica misma de la familia mexicana obedece a su herencia cristiano-europea moteada de ciertas características prehispánicas, a continuación, se exponen los fundamentos de cada una de estas concepciones

⁶ Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, 1ª reimpr., 26ª ed., México, Ed. Esfinge, 2001, p.195.

⁷ Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2003, pp. 227-229.

teniendo siempre presente el papel que ha desempeñado lo jurídico en cada una de ellas.

2. La familia en el derecho romano

La institución familiar obedecía a la estructura monógama patriarcal; su dinámica gira en torno a las decisiones del *paterfamilias*; éste, tiene poder absoluto sobre las personas y las cosas sometidas a su autoridad, es, asimismo, el encargado de hacer observar el culto a los muertos y de resolver los conflictos internos entre los miembros de la *domus*. Margadant manifiesta: “Como Max Kaser ha demostrado...el antiguo derecho romano piensa en posiciones de poder. Su objeto se agota en la tarea de resolver si a una persona determinada le corresponde poder sobre otra persona o cosa”.⁸

La esposa, al contraer matrimonio *cum manum*, pasaba a formar parte de la familia de su cónyuge. “En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de la familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe...De aquí, la importancia del matrimonio, cuyo fin principal era la procreación de los hijos”.⁹

El *paterfamilias*, ejercía las siguientes facultades sobre los integrantes de la familia:

- De señor respecto a un esclavo;
- La *patria potestas* o autoridad paterna respecto de sus hijos (el varón romano sólo podía quedar fuera de la autoridad del *paterfamilias* por la emancipación, que en aquél entonces no se alcanzaba por el cumplimiento de la mayoría de edad);
- La *manus*, autoridad del marido respecto de su mujer; y,

⁸ Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, nota 6, p.198.

⁹ Petit, Eugene, *Derecho romano*, 22^a ed., trad. de José Ferrández González, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 103.

- La *mancipium*, autoridad ejercida sobre una persona libre.¹⁰

Eugene Petit, define a la familia romana en los siguientes términos: “*En el sentido propio se entiende por familia o domus la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único...*”¹¹. El concepto de familia para la sociedad romana era amplio y no solo se restringía a los parientes consanguíneos, sino también, a los esclavos e incluso a otras personas libres.

Para los romanos existían dos tipos de parentesco: el *agnatio* y el *cognatio*. El primero era aquel que se establecía entre aquellos, que por líneas masculina, se encontrarán bajo la patria potestad de un mismo *paterfamilias*. El segundo, hace alusión a aquellos que están emparentados por un vínculo de sangre indistintamente si es por línea materna o paterna. El parentesco civil o *agnatio* fue, en un principio, el único regulado por el derecho civil, no obstante, al transcurrir de los años, se tomo también en consideración el parentesco *cognatio* para efectos de impedimentos matrimoniales.¹²

La maternidad se tenía por fácilmente demostrable, en tanto que la paternidad era afirmada o negada por el padre. Con el paso del tiempo se establecieron las presunciones de temporalidad que mantienen su vigencia en las legislaciones modernas.¹³

La vida económica y productiva de los individuos romanos se desarrollaba a la sombra de la *domus*, en otros términos, la familia era la industria y el hogar, y, el *paterfamilias*, la máxima autoridad en ambos aspectos. La *domus* contaba con un patrimonio al que coadyuvaban con su esfuerzo todos sus integrantes, y no obstante que jurídicamente constituía (salvo algunas excepciones) propiedad exclusiva del *paterfamilias*, el derecho de propiedad de éste último encontraba restricciones en beneficio de aquellos individuos sujetos a su potestad, después

¹⁰ Véase, *Ibidem.*, p.95.

¹¹ *Ibidem.*, p. 96.

¹² Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano*, 13^a ed., México, Ed. Porrúa, 1996, p.110.

¹³ *Ibidem.*, p.113.

de todo, todos los integrantes de la *domus* trabajaban para formar y acrecentar el mencionado patrimonio.

Con lo antes expuesto podemos entender el porqué se ha dicho que “...*la familia romana constituía así una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco civil o en la agnación*”.¹⁴ Es pocas palabras, para los romanos la trascendencia de la *domus* en su vida, era por mucho superior al que hoy en día desempeña la familia.

Finalmente, aunque muchos de los principios que sirvieron de fundamento para la regulación de la *domus* romana subsisten en nuestros días, el derecho mexicano se habrá camino bajo otro cielo y otra forma de comprender el mundo y el papel que cada individuo debe desempeñar en él, por ello, el pensamiento de los romanos nos puede ser afín pero jamás seremos propietarios del mismo:

El derecho de familia del antiguo mundo mediterráneo no ha encontrado la misma repercusión en el derecho moderno que otras ramas. Contiene una serie de figuras expresamente rechazadas por el derecho actual —la forma particular de la patria potestad, la manus, etc.—y, por otra parte, los derechos canónico (imbuido de una moral más severa en materia sexual) y germánico han competido fuertemente con el romano para crear el actual derecho de familia.¹⁵

3. La concepción cristiana de la familia

La familia cristiana es patriarcal, monógama y amplia. Para el cristianismo, el acto exclusivo para formar una familia es el matrimonio: “...*dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer y los dos serán una sola carne*”.¹⁶ El contrato matrimonial, considerado un sacramento, es una unión de por vida e indisoluble, al respecto el canon 1055 establece:

La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un

¹⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 1, p.452.

¹⁵ Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, nota 6, p.194.

¹⁶ *Santa Biblia*, Brasil, Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, 2005, Efesios 5/31p.1472.

consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados...Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

La sacramentización del matrimonio repercutió en toda la sociedad occidental, y coadyuvo para consolidar, en la estructura familiar, muchos de los rasgos que conserva en la actualidad:

Considerable importancia sociológica tiene el hecho de que es muy frecuente la consagración religiosa del matrimonio como comunidad de vida permanente y exclusiva. La participación religiosa alcanza su cima cuando el matrimonio se eleva a categoría de sacramento. Así se eleva la familia a un rango de institución sagrada en que se cumplen fines de alto valor, y se la dota de más permanencia.¹⁷

La familia cristiana, obedece a principios de amor, unidad, respeto, sumisión y abnegación. En tanto que la mujer es la encargada del hogar y del cuidado de los hijos, el hombre debe proveer todo lo necesario para la manutención de la prole. La mujer esta supeditada al hombre y debe amarlo, respetarlo, seguirlo y obedecerlo: *“Las casadas estén sujetas a sus propios maridos, como al señor; porque el marido es la cabeza de la mujer, así como Cristo es la cabeza de la iglesia, la cual es su cuerpo, y él es su salvador. Así pues como la iglesia está sujeta a Cristo, así también las casadas lo estén a sus maridos en todo”*.¹⁸ Por su parte, el hombre tiene por deber amar, respetar y cuidar a su mujer: *“Maridos, amad a vuestras mujeres, así como Cristo amó a la iglesia, y se entregó a sí mismo por ella, para santificarla...Así también los maridos deben amar a sus mujeres como a sus mismo cuerpos. El que ama a su mujer, a sí mismo se ama...”*.¹⁹

Referente al aspecto sexual, el adulterio es considerado como pecado así como la fornicación, en tal entendido, la relación sexual debe de realizarse sólo dentro del matrimonio. *“El acto sexual a que los cónyuges tienen derecho y que es*

¹⁷ Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, p.470.

¹⁸ *Santa Biblia, op. cit.*, nota 16, Efesios 5: 21 -24, p. 1472.

¹⁹ *Ibidem.*, Efesios 5: 25-28, p. 1472.

esencial del matrimonio, es así mismo unitivo y procreativo, y por lo tanto es a la vez signo y causa del amor...".²⁰ Conforme al canon 1061 el matrimonio se tendrá por consumado hasta que *los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne.*

Los métodos anticonceptivos así como el aborto son repudiados por el cristianismo, ello fue un factor fundamental para que en los siglos pasados imperaran las familias amplias. Así pues, queda al arbitrio divino la decisión de cuantos hijos debe tener la pareja, y a cargo de esta última, la obligación de educarlos. Al respecto, el canon 226 señala expresamente: *Por haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el gravísimo deber y el derecho de educarles; por tanto, corresponde a los padres cristianos en primer lugar procurar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia.*

El divorcio tuvo vigencia en el antiguo testamento pero con el devenir de los años, la iglesia lo anuló por completo, Huber Olea y Reynoso, al respecto comenta, que la de la interpretación textual de Mateo podríamos llegar a la conclusión de que éste está permitido de presentarse el adulterio,²¹ sin embargo, la iglesia ha cerrado la posibilidad de divorcio también por esta causal, finalmente, el autor antes referido concluye con el siguiente comentario:

...con respecto al adulterio únicamente establece la procedencia de la separación perpetua *a mensa et a tora* pero no permite volver a casarse, de manera que solo se cambia una mala convivencia matrimonial por dos infiernos, el del celibato o sea el de vivir en total castidad y el infierno de la soledad, es decir, que la víctima del adulterio en vez de ser redimida es castigada y condenada a la castidad

²⁰ Huber Olea y Reynoso, Francisco, *Derecho canónico matrimonial*, México, Ed. Porrúa, 2006, p.109.

²¹ Textualmente se establece: *"También fue dicho: Cualquiera que repudie a su mujer dele carta de divorcio...Pero yo os digo que el que repudia a su mujer, a no ser por causa de fornicación, hace que ella adúltere, y el que se casa con la repudiada, comete adulterio". Santa Biblia, op. cit., nota 16, Mateo 5: 31-32, p.1196.*

perpetua y también a la soledad.²²

Los hijos, por su parte, se encuentran supeditados a sus padres y les deben respeto y obediencia: *“Hijos, obedeced en el Señor a vuestros padres, porque esto es justo. Honra a tu padre y a tu madre, que es el primer mandamiento con promesa; para que te valla bien, y seas de larga vida sobre la tierra”*.²³ Asimismo, la potestad paterna no es ilimitada y más bien debe ser prudente y amorosa para con los hijos: *“...vosotros, padres, no provoquéis a ira a vuestros hijos, sino criadlos en disciplina y amonestación del señor”*.²⁴

Por lo que respecta a los ancianos, éstos, deben ser respetados, cuidados y escuchados:

Que los ancianos sean sobrios, serios, prudentes, sanos en la fe, en el amor, en la paciencia...Las ancianas asimismo sean reverentes en su porte; no calumniadoras, no esclavas del vino, maestras del bien...que enseñen a las mujeres jóvenes a amar a sus maridos y a sus hijos...a ser prudentes, castas, cuidadosas en su casa, buena, sujetas a sus marido...Exhorta asimismo a los jóvenes a que sea prudentes...²⁵

En la cultura mexicana contemporánea, primordialmente en las zonas rurales, es común ver integrados al núcleo familiar a los ancianos cuando estos ya no pueden valerse por sí mismos.

Finalmente, la importancia de la matización cristiana en la familia occidental se puede resumir, en palabras de Recasens Siches de la siguiente manera:

El nuevo testamento exaltó el contrato matrimonial a la dignidad de sacramento, elevó el nivel de la mujer, puso la institución familiar al servicio de los hijos y para el beneficio de éstos. Las ideas mantenidas por el cristianismo fueron el más serio freno a la corrupción de las costumbres que se desarrollaban en la Roma imperial, contra la cual antes habían resultado ineficaces las medidas de carácter puramente jurídico.²⁶

²² Huber Olea y Reynoso, Francisco, *op. cit.*, nota 20, p.19.

²³ *Santa Biblia, op. cit.*, nota 16, Efesios 6: 1-3, p. 1472.

²⁴ *Ibidem.*, Efesios 6: 4, pp.1472 y 1473.

²⁵ *Ibidem.*, Tito 2: 2-6, pp. 1499.

²⁶ Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, pp. 468 y 469.

Si bien es cierto que la sociedad mexicana esta constituida en su gran mayoría por una población que se manifiesta afecta a los dogmas del cristianismo, lo cierto, es que la forma de conducirse, de algunas personas, no es del todo congruente con dichos dogmas. Lo anterior, es patente en conductas recurrentes en la sociedad, tales como violencia intrafamiliar, aborto o exposición de menores, conductas, que conforme a un comportamiento acorde a los dogmas cristianos, no pueden tener cabida.

4. La visión familiar en el mundo prehispánico (mexicas y mayas)

La familia, en la sociedad mexicana, coexistía entre la monogamia y la poligamia, la primera fue acatada por el común de la gente, en tanto que la segunda, fue recurrente en las clases dominantes, se dice que la primera mujer ocupaba el papel preponderante respecto a las concubinas subsecuentes, sus hijos, eran los que generalmente heredaban al padre, aunque esto, no era una regla ineludible.²⁷

Fuera monógama o polígama, la familia mexicana era amplia, y abarcaba cuatro o cinco generaciones. Los ancianos, tenían gran preponderancia en el mundo prehispánico, siendo los poseedores de la memoria colectiva, tenían a su cargo la celebración de muchos rituales y la preservación de las tradiciones, así como participación activa en la toma de decisiones y educación de los jóvenes: “...son los viejos y las viejas quienes reciben a un niño, lo despiden del mundo, casan a alguien, le entregan el cargo a un tlatoani, etc., porque los viejos, entre otras cosas, representaban la sabiduría”.²⁸

Por lo que respecta a los hijos, se dice que éstos eran amados en gran medida en las culturas prehispánicas “...se criaban todos a los pechos de sus propias madres, y era esto tan general que ni las reinas se dispensaban por su

²⁷ Véase, Floris Margadant S., Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 5ª reimpr., 18ª ed., México, Ed. Esfinge, 2006, p. 32.

²⁸ Molina, Silvia, “La historia de la familia como novela”, en Sabau García, María Luisa (coord.), *Estampas de la Familia Mexicana*, s.e., México, 1994, p.13.

grandeza de criar ellas mismas a sus hijos".²⁹ De los tres a los cinco años, en el caso de los varones, su educación corría a cargo del padre, en tanto que la educación de las niñas, era deber de la madre. En esta etapa, la educación constaba de consejos y de compartir los oficios diarios con sus padres: "*Prueba del buen comportamiento del mexicana eran, además de los principios morales, las normas de urbanidad, trasmitidas de padres a hijos y que todavía se ven en la proverbial cortesía del mexicano*".³⁰

No obstante el amor profesado a los menores, éstos eran educados en un ambiente de suma severidad:

Desde la infancia los acostumbraban a sufrir el hambre, el calor y el frío...Llevábanlos frecuentemente a los templos para aficionarlos a la religión, y les ponían las manos en un brasero para que incensasen a los ídolos. Inspirábanles horror al vicio, recato en sus acciones, respeto a sus mayores y amor al trabajo. Hacíanles dormir en una estera; no les daban más alimento que el que exigía la necesidad de vida, ni más vestido que el necesario para el reparo de la honestidad...³¹

Entre los seis y nueve años, los varones ingresaban al *telpuchcalli* donde recibían instrucción militar y religiosa o al *calmécac* donde además de la enseñanza religiosa y militar se les instruía en historia, leyes y astronomía, ya que en este último centro, se preparaba a los futuros funcionarios públicos. Las mujeres, por su parte, se instruían en el *ichpuchcalli* sólo en aspectos de carácter religioso.³²

Los castigos para la corrección de los menores eran sumamente severos, del código Mendocino se desprende el siguiente ejemplo: "*...los padres a sus hijos de edad de nueve años, siendo incorregibles y rebeldes a sus padres, castigan a*

²⁹ Clavijero, Francisco Javier, *Historia antigua de México*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 2003, colección Sepan Cuantos, p. 284.

³⁰ De Mendiata, Fray Gerónimo, "Historia eclesiástica indiana", en Sabau García, Maria, *op. cit.*, nota 28, p. 42.

³¹ Clavijero, Francisco Javier, *op.cit.*, nota 29, p. 284.

³² Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 3ª reimpr., México, Ed. Oxford, 2006, p.20.

sus hijos con las dichas púas de maguey, atando al muchacho de pies y manos, desnudo en carnes, y le hinchaban las dichas púas por las espaldas y cuerpo, y las muchachas les punzaban las manos con púas...”.³³ “...si alguno de sus hijos se deslizaba en alguna mentira le herían los labios con púas de maguey. A las hijas que mostraban demasiada inquietud por salir de casa les ataban los pies”.³⁴

La familia determinaba el destino de los hijos en lo concerniente a la ocupación que desempeñaría en el futuro. Se dice que los padres enseñaban directamente sus oficios a sus hijos:

Los oficios de carpintero y lapidario y pintor y platero y guarnecedor de plumas, según se están figurados e intitulados, significan que tales maestros enseñaban los oficios a sus hijos, luego desde muchachos, para que siendo hombres se aplicasen por sus oficios y ocupasen el tiempo en cosas de virtud, dándoles consejos que de la ociosidad nacían y se engendraban malos vicios, así de los de malas lenguas, chismosos, y seguían las borracheras y otros malos vicios, y poniéndoles otros muchos aterroros que mediante ellos se sometían en todo aplicarse.³⁵

Las uniones entre hombres y mujeres podían verificarse de tres maneras: mediante matrimonio como unión definitiva, matrimonio provisional o concubinato:

El matrimonio celebrado por el ritual acostumbrado produce la unión definitiva: recibe la mujer el nombre de *cihuatlanti*. En el provisional, sujeto a la condición resolutoria del nacimiento de un hijo, la mujer *tacallacahuilli*, si daba a luz un niño, exigían los padres al marido provisional que la dejase o contrajese nupcias con ella, haciéndose de este modo definitivamente la unión. Nace el concubinato de una unión sin ceremonias, motivada muchas veces por la falta de recursos económicos de la clase popular para costear los gastos de la fiesta, y se legitima cuando se celebra la ceremonia nupcial. En este caso recibe la mujer el nombre de *temecáhu*.³⁶

El matrimonio celebrado bajo ritual que tenía como consecuencia la unión

³³ Véase, Códice Mendocino, en Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p. 39.

³⁴ Clavijero, Francisco Javier, *op.cit.*, nota 29, p. 284.

³⁵ Códice Mendocino, en Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p. 40.

³⁶ De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, p.107.

definitiva, no se efectuaba libremente, considerado un asunto familiar, los padres eran los que decidían la pareja para sus hijos, asimismo, no era permitido tener concubinas antes de este primer matrimonio que generalmente se realizaba después de cumplidos los veinte años.³⁷ El ritual de matrimonio duraba días e involucraba a varios miembros de la familia y la sociedad mexicana. Cruz Barney describe la ceremonia del matrimonio de la forma que a continuación transcribimos:

La ceremonia de matrimonio se iniciaba con la solicitud que hacían a la familia de la novia las *cihuatlanque* o matronas, enviadas con regalos por la familia del novio. En el caso de que la novia fuera la hija de un monarca, la petición se hacía por medio de una embajada a la que le era entregada la novia. La primera vez se rechazaba la solicitud, sin que el consentimiento de la familia se otorgara antes de una segunda petición acompañada de mejores regalos y de la fijación exacta de una dote adecuada a la fortuna de la mujer.

En la ceremonia del matrimonio intervenía el sacerdote y los novios se sahumaban mutuamente. Esa tarde, una de las matronas llevaba en la espalda a la novia para pasar la puerta de la casa del novio. Posteriormente, las matronas ataban los vestidos de los novios y estos se presentaban manjares el uno al otro, o bien, la madre del novio lo hacía a los dos.

Una vez celebrado el matrimonio, los novios ayunaban durante cuatro días; en ese lapso la pareja no se bañaba ni cohabitaba y los familiares permanecían en la casa. El cuarto día, por la noche y una vez bendecido el lecho y después de arañarse la lengua y una oreja con espinas de maguey como sacrificio, tenía lugar el acto conyugal. Al día siguiente eran bañados y se llevaba la sabana al templo como testimonio de virginidad.³⁸

Por lo que respecta al adulterio, en caso de actualizarse, la sanción era la muerte de los adúlteros.³⁹ La figura del divorcio existía en el pueblo mexicano aunque no era bien visto por la sociedad.⁴⁰ Este último se actualizaba mediante la mecánica que a continuación se transcribe:

...llegados al lugar del juzgado, los casados que iban discordes, presentaban su queja ante los jueces...Y después de oídas todas las alegaciones del quejoso

³⁷ Molina, Silvia, "La historia de la familia como novela", en Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p.14.

³⁸ Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, nota 32, p.25.

³⁹ De Torquemada, Fray Juan, "Monarquía indiana", en Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p.33.

⁴⁰ Véase, Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, nota 32, p. 25.

preguntaban al que era culpado de los dos: ¿Si era verdad lo propuesto y alegado por el contrario? El otro respondía lo que en el caso le convenía, luego les preguntaban ¿de que manera habían vivido juntos, si había sido con afecto matrimonial o por afecto fornicario...¿Y si habían tenido licencia de sus padres para contraer matrimonio? ¿Y si habían precedido las ceremonias, todas que se usaban en el dicho contrato y matrimonio?...Si vivían vida fornicaria no hacían caso de ello y apartábanles, como a dos que estaban amancebados, dándoles las penas que sus leyes disponían. Si estaban casados con todas las ceremonias en su matrimonio acostumbradas, procuraban componerlos...⁴¹

Si lograban los jueces la avenencia de los interesados, los despachaban con gusto, pero en el caso de que persistieran en el divorcio, los despedían con aspereza, la separación se daba entonces por sentada quedando las hijas a cargo de la madre y los hijos del padre.⁴²

Por su parte, en la cultura Maya, la poligamia era común entre la clase gobernante y la monogamia entre el resto de la población. Sólo tuvo efectos el parentesco patrilineal, a ello se debe que no se tuviera en consideración el parentesco por línea materna para efectos de contraer matrimonio.⁴³

Para contraer matrimonio existía un sistema inverso a la dote, mismo que Margadant describe en los siguientes términos:

El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos: por lo tanto, en vez de dote, los mayas tenían el sistema del “precio de la novia”, figura simétricamente opuesta a la dote y que todavía en lugares remotos de la región maya se manifiesta en la costumbre (llamada haab-cab) de que el novio trabaje algún tiempo para su futuro suegro.⁴⁴

Respecto al papel que desempeñaba la mujer en la cultura Maya, Margadant comenta:

⁴¹ De Torquemada, Fray Juan, “Monarquía indiana”, en Sabau García, Maria, *op. cit.*, nota 28, p. 49.

⁴² Véase, Floris Margadant S., Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano, op. cit.*, nota 27, p. 32.

⁴³ Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, nota 32, p. 7 y 8.

⁴⁴ Floris Margadant S., Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano, op. cit.*, nota 27, p. 21.

...el papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente: en la civilización maya no hallamos rasgo alguno de matriarcado, salvo, quizá, la función de profetisa que correspondía a algunas mujeres y la existencia de órdenes de vírgenes con funciones sacrales. Por lo demás, la mujer ni siquiera podía entrar en el templo o participar en ritos religiosos.⁴⁵

La educación de los hijos quedaba a cargo de los padres en tanto no tuvieran edad para asistir a la escuela.⁴⁶ A los doce años mujeres y hombres celebraban un rito de pubertad que los habilitaba para contraer matrimonio. Por lo común, los matrimonios convenidos por los padres de los contrayentes se celebraban cuando el hombre alcanzaba la edad de dieciocho años y la mujer de catorce.⁴⁷

El divorcio era practicado, al mismo, podían recurrir tanto el hombre como la mujer. El hombre podía apelar al divorcio argumentando la esterilidad de su pareja o la inadecuada realización sus labores.⁴⁸

5. La familia en la colonia y en los primeros años del México independiente

La conquista de México marca el inicio de la familia colonial, los españoles trajeron consigo la estructura familiar europea perneada por ideas heredadas del derecho romano, germánico y sobre todo del canónico, sin embargo, este modelo familiar no fue implantado de manera tajante, más bien, coexistió con la organización propia de los pueblos indígenas y, en mucho menor medida, con la de los esclavos traídos de África. Aunque el mestizaje se aceleró producto de la escasez de mujeres españolas en el territorio americano, cuando quedaba a libre arbitrio la elección de la pareja, se prefería la endogamia⁴⁹ que sería recurrente en todos los

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 21.

⁴⁶ Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, nota 32, p. 7 y 8.

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 7 y 8.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 8.

⁴⁹ Se entiende por endogamia: "...Práctica de contraer matrimonio personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca...Actitud

grupos sociales que coexistían en el territorio de la Nueva España.⁵⁰

Uno de los principales problemas a resolver por los frailes a la llegada de los españoles fue la poligamia, que como ya hemos mencionado era natural en las altas esferas mexicas, asimismo, algunos conquistadores españoles comenzaron a recurrir a dichas prácticas. Motolinia refiriéndose a este problema, manifiesta que la solución a que recurrieron era persuadir a los varones que eligieran una sola esposa, podía ser la primera, y si no recordasen quién era, entonces podían elegir a otra, posteriormente se celebraba el sacramento del matrimonio entre los mismos.⁵¹

La mujer es la administradora del hogar, la encargada del cuidado de los hijos: “*La casada en la época colonial debe tener conocimiento culinarios, bordar, tejer y, sobre todo, impartir normas de urbanidad y una educación cristiana a los hijos*”.⁵² La virginidad prematrimonial y la fidelidad en el matrimonio tenían gran importancia en razón a que se necesitaba garantizar la legitimidad de la herencia.⁵³

El hombre, es el encargado de la actividad económica, trabajaba en el campo, comercio, como hacendado, como artesano, etc., en sus oficios y actividades cotidianas generalmente involucran a sus hijos, con ello se frena la movilidad social y proliferan las empresas familiares.⁵⁴

Se dice que la tasa de ilegitimidad estaba en un 75% de la población,

social de rechazo a la incorporación de miembros ajenos al propio grupo o institución...Cruzamiento entre individuos de una misma raza, comunidad o población aislada genéticamente...” *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua Española, 22ª ed., España, Ed. Espasa, 2001, p.908.

⁵⁰ Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, pp. 52 y 53.

⁵¹ Véase, Motolinia, “El libro perdido”, en Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p. 73.

⁵² Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p. 53.

⁵³ De la Cruz, Sor Juana, “Los empeños de una cosa”, en Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p.79.

⁵⁴ Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p. 53.

abundaban las madres solteras con hijos de padres desconocidos.⁵⁵ Respecto a la posición que guardó la iglesia para con los hijos nacidos fuera del matrimonio se ha dicho:

Fue excesivamente dura la actitud de la iglesia con respecto a los hijos ilegítimos, en forma especial, con los hijos de los sacerdotes o nacidos de adulterio o incesto, ya que el pecado no solamente sería castigado en los padres, sino también, en los hijos que fueron tachados de *macula bastardiae*, estos hijos no podían heredar a sus padres.⁵⁶

La mezcla de razas, de cultura tan distinta las unas de las otras, trajo consigo el surgimiento de castas sociales: peninsulares, criollos, mestizos y mulatos, fueron las principales. Estas castas afectaban notablemente la vida de una persona, si se era criollo o peninsular cabía la posibilidad de ocupar puestos públicos, contar con protección jurídica, acceder a estudios, etc. Por lo que respecta a los estratos sociales más bajos, como es el caso de mestizos y mulatos, vivían en condiciones de esclavitud, inmersos en el hambre y la ignorancia.

Un aspecto importante a considerar es que aún entre los criollos y peninsulares (los primeros hijos de españoles nacidos en América y los segundos españoles venidos a radicar a América) existían diferencias, el hecho de que los peninsulares eran los únicos que tenían acceso a puestos públicos elevados fue un factor preponderante que contribuyó a la independencia de México.

La figura de la familia española, con el paso del tiempo, matizada con aspectos indígenas, africanos (en mucho menor medida que los primeros) e inmersa en una fuerte y constante influencia religiosa, cimentó las bases de lo que con el paso del tiempo se constituiría en la familia mexicana. La concepción idealista de la familia en aquellos días fue descrita de la forma siguiente: *“La familia funge como modelo social, pues la organización política imagina al rey como padre, y la religión tiene como centro solar a la Sagrada Familia”*.⁵⁷

⁵⁵ Véase, *Ibidem.*, p. 53.

⁵⁶ Huber Olea y Reynoso, Francisco, *op. cit.*, nota 20, p. 20.

⁵⁷ Sabau García, María, *op. cit.*, nota 28, p. 53.

Un fenómeno que se gestó por estas épocas fue el machismo⁵⁸, figura, que desde entonces constituye un lastre que hasta la fecha sigue cargando la familia mexicana, de esta figura se desprenden actitudes que menoscaban a la mujer y los hijos, y generalmente es transmitida de una generación a otra.

La iglesia en este periodo tuvo una participación social sobresaliente, obtuvo gran poder económico producto del diezmo y de los grandes caudales de los cuales era frecuentemente instituida como heredera, asimismo, se encargaba de la administración del registro civil y era la única facultada para celebrar el matrimonio; el catolicismo era la religión del imperio.

El papel que ejercía la iglesia en asuntos familiares (principalmente en lo que al registro civil y la institución del matrimonio se refiere), no sufrió menoscabo considerable hasta las leyes de reforma, expedidas por Juárez el 27 de enero de 1857; a partir de entonces, se instituyó el registro civil estableciéndose que a partir de ese momento, los actos que no estuviesen inscritos en el mismo, no causarían consecuencias jurídicas. Dado lo anterior, aún cuando el matrimonio se siguió celebrando por la iglesia, dicho acto tenían que inscribirse en el registro civil cuarenta y ocho horas después de la celebración religiosa, ello, bajo sanción de no causar efectos civiles. Los efectos civiles que se desprendían del matrimonio eran: la legitimidad de los hijos, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido y la obligación de vivir en uno.⁵⁹

El acto matrimonial se siguió delegando a la iglesia hasta la reforma del 23 de julio de 1857, momento, en que el matrimonio civil adquiere valor. Así pues, en esta nueva manera de contraer matrimonio, se retomaron aspectos del derecho canónico; así, se podía celebrar solo entre un hombre y una mujer excluyendo de esa manera toda posibilidad de la poligamia; el matrimonio seguía siendo

⁵⁸ Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende por machista: "*Perteneiente o relativo a machismo*". Y a su vez se entiende por machismo la: "*Actitud de prepotencia de los varones respecto de las mujeres*". *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, nota 49, p.1411.

⁵⁹ Chavéz Asencio, Manuel F., *op. cit.*, nota 7, pp. 66 y 67.

indisoluble y se mantiene cierta solemnidad en el acto, mediante la lectura de la epístola de Melchor Ocampo.

Vale la pena analizar los principales aspectos contenidos en la epístola de Melchor Ocampo, discurso solemne de carácter ético que definía el perfil de familia que el Estado consideraba ético en las primeras décadas del México independiente, cuyo contenido puede resumirse de la siguiente manera:

- Se tiene al matrimonio como el único medio moral para formar una familia y conservar la especie.
- Se considera al hombre como la cabeza de la familia y el proveedor de alimentos para la misma.
- Se subordina a la mujer a la autoridad de su marido.
- Se les exige fidelidad.
- Se exalta importancia de la paternidad y se exhorta a conducirse de la mejor manera posible para con los hijos.

Hasta aquí por los aspectos referentes a la vida del México Colonial y los primeros años del México independiente, a continuación toca el turno al análisis de la familia mexicana contemporánea.

6. La familia en el México contemporáneo

En el tiempo que corre, producto de la ideología cristiana y nuestra procedencia mestiza (americana-europea), la familia Mexicana se perfila cómo monógama extensa, aunque cada vez es mayor el número de familias que asumen una conciencia de carácter nuclear, sobre todo en las ciudades.

El total de hogares⁶⁰ mexicanos hasta el 2005 era de 24 803 625, de los

⁶⁰ 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 [en los hogares familiares por lo menos uno de los integrantes tiene relación de parentesco con el jefe del hogar, en los no familiares ninguno de los integrantes tiene relación de parentesco con el*

cuales, el 72.63% contaban con jefe de familia y el 19.24% con jefa de familia, el numero restante se refiere a hogares no familiares (coorresidentes o unipersonales).⁶¹

Aunque la figura paterna conserva la directriz, su autoridad encuentra límites en la ley. Si en la época romana la patria potestad confería facultades excesivas al *paterfamilias* al 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 su patrimonio.

Asimismo, los vínculos, tanto paterno como materno, tienen en nuestros tiempos casi la misma importancia en la ley familiar. Así, las legislaciones civiles en el orden familiar predicen que los padres tienen iguales derechos y deberes para con los hijos, y a falta o por imposibilidad de éstos, son subrogados en sus obligaciones por sus ascendientes o colaterales que se encuentren en posibilidad de cumplimentarlas. Menciono 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 del padre.

Por lo que respecta al vínculo familiar, el mismo surge a partir de tres acontecimientos: el parentesco, el matrimonio y el concubinato.

jefe del hogar], y al interior de éstos según su clase: familiares, que a su vez se dividen en ampliados [el núcleo familiar más personas emparentadas con los mismos], compuestos [Un sólo núcleo familiar más otras personas, algunas de las cuales están emparentadas; Un sólo núcleo más otras personas, ninguna de las cuales está emparentada con el núcleo; dos o más núcleos familiares emparentados entre sí más otras personas] y nucleares [compuestos por la pareja y sus hijos] y no familiares, dentro de los que se consideran los unipersonales [una sólo persona] y los de copresidentes [formados por dos o más personas]'. En: <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/glosario.asp?t=mhog01&e=00> Fecha: 21 de Mayo de 2007.

⁶¹ En: <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mhog01&c=3299> Fecha: 21 de Mayo de 2007.

Generalmente, la unión de la pareja es el parte aguas que independiza a un individuo de su familia natal y lo vincula a una nueva, en la que tendrá, el libre arbitrio de constituirla y conducirse conforme a su criterio personal en tanto dicha manera no le este vedada por mandato de la ley. Si embargo, la aludida independencia a la que nos referimos no es total, ya que existen mandatos legislativos que vinculan al individuo con su familia de origen y no se extinguen ni disminuyen por voluntad de las partes.

De acuerdo con Recasens Siches,⁶² el desenvolvimiento de la familia occidental contemporánea, se manifiesta en cinco etapas:

a) Prenupcial: Aquella en donde la pareja se conoce e interrelaciona previo a la constitución de una familia en común.

b) Celebración del matrimonio: Es el rito o acto por el cual los un hombre y una mujer se unen para formar una familia.

c) Nupcial: Es la primera etapa de la vida en común de la pareja, se realiza en solitario.

d) Crianza de los hijos: Es este periodo la pamera se aboca al cuidado, educación y convivencia con los hijos.

e) Madurez: Viene luego de que los hijos han formado sus propias familias, en este tiempo, la pareja vuelve a quedar sola.

Sánchez Azcona, considera que sólo son cuatro las etapas que describen el desenvolvimiento de la vida familiar: la prenupcial, la nupcial, la crianza de los hijos y la de madurez.

Estas etapas, más que ser una descripción de la evolución de la institución familiar, exponen el ideal de la misma, ello, en razón a que algunas familias se constituyen a partir del concubinato, o, no viven una fase nupcial por tratarse de un segundo matrimonio y ya contar con hijos o, simplemente, deciden no tener descendencia. A las anteriores consideraciones debemos sumar el hecho de que los avances en la manipulación genética ofrecen hoy por hoy nuevas maneras de reproducción humana, por lo que, en algunos casos ni siquiera se requeriría que existiera contacto alguno entre los progenitores. En estos casos, por nombrar

⁶² Véase, Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, pp. 473 y 474.

algunos ejemplos, queda sin verificativo la evolución familiar propuesta por los autores antes mencionados.

No obstante lo antes señalado, la concepción tradicional de la familia en los términos antes aludidos, sigue teniendo gran impacto en nuestra sociedad:

En la cultura que vivimos se da un tipo de familia cuyo denominador común la ubica dentro de lo que algunos autores llaman la familia tradicional, con el padre como centro donde gira la actividad económica y social. Él da el marco de referencia de los valores filosóficos, morales y religiosos para la mujer y para los hijos, y además, el que de acuerdo con su ocupación y con el monto de sus ingresos, determina la clase social a la que pertenecen. Por otro lado, la madre viene a representar el centro afectivo, da la seguridad emocional a los miembros de la casa, es la administradora del hogar tanto en lo económico como en lo emocional. En la sociedad urbana mexicana los estudios hechos señalan que el 75 por ciento de las familias pueden ser catalogadas como familias tradicionales.⁶³

Nuestros tiempos se caracterizan por la convergencia de un amplio sector de la población que adopta el esquema de familia tradicional respaldado ampliamente por el derecho y la moral, y, por una creciente minoría cuya dinámica familiar rompe con los cánones tradicionales.

Al romper con la dinámica tradicional, o por lo menos socialmente aceptada, de cómo debía evolucionar una familia, nuestra perspectiva de lo que es correcto cambia. Aquellos que adoptan lo tradicional cómo lo correcto, señalan que la institución familiar se encuentra en *crisis*, término que nos escandaliza y desvía nuestra atención en la búsqueda de mecanismos que hagan prevalecer lo que en otros tiempos fue tenido por veraz, sin embargo, ¿Quién puede demostrar que los tiempos pasados son mejores a los venideros?

Al observar la literatura jurídica, tanto clásica como popular, con reiterada frecuencia se utiliza la palabra *crisis* para connotar una gravedad...Notemos que se hace fácil equivocar las ideas y el concepto general de crisis, se identifica, en términos comunes, con un momento grave, que puede ser decisivo o definitivo para que se rompa o destruya el equilibrio de una institución; se le equipara con un peligro que está al acecho y que amenaza destruir la armonía, las bases constitutivas o la integridad de un hecho social. Este significado tan general, es también sinónimo que indica descomposición, desmembramiento, desorden,

⁶³ Sánchez Azcona, Jorge, *Familia y sociedad*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, p. 21.

trastorno, cambio o transformación de algo, ya sea de un organismo o de un sistema.⁶⁴

Lo cierto, es que la *crisis familiar*, no es más que un periodo de reajuste de dicha institución, producto de factores tales como los que en enseguida enunciamos:⁶⁵

- El matrimonio, ha abandonado el carácter predominantemente religioso convirtiéndose en una institución contractual flexible, prueba de ello, es la permisión a los cónyuges para convenir en aspectos de naturaleza patrimonial y, la posibilidad de solicitar el divorcio sin necesidad de actualizarse alguna causal.
- Con la incursión de la mujer, primero en el campo de conocimiento y enseguida al laboral, se ha modificado rol femenino como la única encargada de las labores propias del hogar y del hombre como único proveedor del mismo.
- Los medios de comunicación han facilitado la migración laboral y como consecuencia la perdida del contacto directo permanente con núcleo familiar.

La familia actual a diferencia de las primitivas, ha dejado de ser el eje rector de la totalidad de aspectos 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, se han delegado a otras instituciones⁶⁶ (Ejemplo: la educación a la escuela, la religión a la iglesia, la fuente del trabajo a la industria, etc.).⁶⁷ El campo de acción del individuo, ahora, solo inicia en su familia pero no se circunscribe únicamente a la misma, así, un sujeto es al mismo tiempo hijo y

⁶⁴ Magallón Ibarra, José Mario, *Instituciones del derecho civil*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001, t.III: *Derecho de familia*, p.40 y 41.

⁶⁵ Véase, Azuara Pérez, Leandro, *Sociología*, 9ª ed, México, Ed. Porrúa, 1987, p.231.

⁶⁶ Véase, Sánchez Azcona, Jorge, *Familia y sociedad*, *op. cit.*, nota 63, p.9.

⁶⁷ Véase, Azuara Pérez, Leandro, *Sociología*, *op. cit.*, nota 65, p. 230.

estudiante, padre y trabajador, hermano y ciudadano.

...en las zonas urbanas de nuestro país, como en casi todo el mundo occidental, las características de las familias se han ido transformando porque ya no existe una clara división del trabajo dentro del núcleo de la familiar; porque el intercambio sexual y sus reglas también se han modificado, y porque existe una gran movilidad en la formación y recomposición de las parejas. El intercambio de roles entre el varón y la mujer, el acceso de la mujer a fuentes de trabajo remuneradas; la necesidad de recurrir a otras instituciones para atender funciones otrora encargadas a la familia, como es la educación; la ausencia de uno de los adultos progenitores –generalmente el padre--; el envejecimiento de la población que exige de las familias una solidaridad mayor con sus ancianos y ancianas, entre otros, son factores que han incidido en esa transformación.⁶⁸

Finalmente, aunque los alcances y roles familiares están en constante cambio, hasta hoy sigue siendo una institución de inigualable trascendencia social. Todo lo acontecido en la familia influye directamente en la forma como un individuo se conducirá en la sociedad, ya sea de manera positiva como un factor de cambio y desarrollo social, o, de manera negativa convirtiéndose un lastre social.

II. CONCEPCIÓN Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA

1. Concepto

La familia, es definida por la Real Academia de la Lengua Española como: “*Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas...Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*”.⁶⁹ Estas definiciones son por demás restrictivas, ello, en razón a que subordina el vínculo familiar al parentesco y al hecho de vivir juntos.

Para contrariar la anterior concepción, respecto a la necesidad del parentesco para constituirse como familia, podemos analizar el caso de las familias formadas por una pareja en donde ya median hijos de una relación

⁶⁸ Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de familia*, 2ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 44.

⁶⁹ *Diccionario de La Lengua Española*, op. cit., nota 49, p. 703.

anterior. En este caso, no existe ningún lazo de parentesco entre uno de los consortes respecto de los hijos de su cónyuge, y sin embargo, no podemos dejar de considerar que no en pocas ocasiones estas uniones, y las relaciones que a partir de ellas se desprenden, son acordes a lo generalmente se considera como un núcleo familiar estable y feliz.

Por lo que a la vida en común se refiere, consideramos pertinente traer a colación las ideas de R.G Collingwood, citado por Recasens Siches, quien manifiesta que la familia se constituye esencialmente por los padres y los hijos y se expresa respecto de ella en los siguientes términos: “...*la familia es un grupo, definido por una relación sexual suficientemente precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos...*”,⁷⁰ Siches complementa esta idea manifestando: “*Puede incluir parientes colaterales, descendencia de segundo y ulterior grado, o miembros adoptados, pero esencialmente la familia esta constituida por una vida conjunta de los esposos con su prole, formando una unidad colectiva conjunta*”.⁷¹

La concepción sociológica del fenómeno familiar de Recasens, nos acerca aún más a la realidad, sin embargo, no podemos dejar de lado que las relaciones interpersonales duraderas en la actualidad no constituyen el común denominador. No resulta raro encontrar a jóvenes que zigzaguean entre el hogar paterno y el materno, y en algunos ejemplos más radicales, cohabitan y conviven con las familias alternas de sus congéneres, en este sentido, retomando las ideas expuestas por el doctor Recasens, cabría preguntarnos si estos jóvenes al no contar con un hogar permanente, producto de una extinta relación de sus progenitores ¿no forman parte de ningún grupo familiar? Desde nuestra perspectiva consideramos que simplemente su núcleo familiar se ha alterado, y aunque las circunstancias no sean las más recomendables para su desarrollo, es claro que de un modo atípico su núcleo familiar existe.

El Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos (en adelante CFEM) en su artículo 22 define a la familia como: *una agrupación natural*

⁷⁰ Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, p. 470.

⁷¹ *Idem.*

que tiene su fundamento en una relación estable entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica. Esta definición, parece más un ideal moral que una concepción jurídica-familiar, así pues, subordina la concepción de la institución familiar a una relación estable entre un hombre y una mujer, dicha estabilidad, como ya lo hemos manifestado, no constituye una regla ineluctable en nuestros días, lo que es más, la paternidad o maternidad en solitario tampoco nos resulta ajena. Aunado a lo anterior, se le atribuye personalidad jurídica, cabría preguntarse entonces ¿las madres solteras y sus hijos no constituyen una familia con personalidad jurídica? o ¿Qué alcances y limitaciones tiene la personalidad de la familia?

Si estas nociones no son del todo correctas sigue la pregunta en el aire: ¿qué es familia? Ya hemos descartado elementos que para muchos y durante largo tiempo constituyeron el punto toral para calificar lo que debía de considerarse como tal, sin embargo, a la vuelta de la simple deconstrucción no encontraremos más que escombros a menos que nos esforcemos por levantar nuevos cimientos.

Si es correcta la premisa respecto de que el derecho califica la realidad de lo que en un tiempo u otro se ha considerado familia, luego, cabría preguntarnos ¿qué es aquello que esta presente en toda familia de nuestros días asequible a nuestra razón o sentidos y susceptible de ser pauta para la reglamentación jurídica de aquello que denominamos derecho de familia?

Ante dicha interrogante, consideramos posible señalar no uno, sino, varios elementos que son recurrentes y que pueden o no estar de manera conjunta y en diversa intensidad pero que bajo la lupa del sistema normativo se constituyen en un faro que ilumina la dirección correcta en que en la que se encuentra el siempre cambiante fenómeno familiar.

Ahora bien, antes de aventurarnos a responder ¿qué es familia? Es pertinente tener en cuenta que esa realidad en la que se encuentra inmersa por sí misma no ofrece siempre el mejor de los panoramas, no sería lógico pues dejar al

completo arbitrio de los individuos las relaciones familiares puesto que ello sería un retroceso en la historia, sería análogo a dejar a su suerte al fuego en lugar de constreñirlo a las paredes de una hoguera, así pues, es claro que el ímpetu de las leyes es tendiente a acceder a algo valioso a partir de la institución en cuestión, en este orden de ideas, habrá que respetar las estructuras naturales de la familia en tanto no detente un perjuicio a la sociedad, y, orientar la legislación en el sentido de optimizar la institución hasta para el beneficio común, sin atentar claro esta, al respeto de la libertad individual.

Última advertencia, el respeto a la libertad individual nos ayuda a no caer en el extremo de legislar *lo moral* en la busca de revestir de valor a la institución familiar, esto es, el derecho solo debe proveer de elementos necesarios para sobrellevar la vida en común en sociedad, y no, para reglamentar la vida del individuo en su totalidad.

Una vez puntualizadas las anteriores consideraciones, nuestra definición no intenta dilucidar lo que es la familia como un fenómeno sociológico o antropológico a través de la historia, sino más bien, de brindar una noción de lo que es conveniente para el derecho moderno mexicano entender por familia, y con ello, coadyuvar a una mejor reglamentación de la materia.

Es así, que por familia entendemos ***aquella institución de carácter primario, cuyos miembros, que se encuentran vinculados por lazos de matrimonio, sanguíneos, de afinidad, adopción o afectividad, atienden de manera espontánea o son coaccionados a atender, por disposición de la ley, obligaciones recíprocas.*** Esta definición obedece a las siguientes consideraciones:

1.- *Institución de carácter primario:*⁷² La familia es la célula primigenia de la sociedad, en ella el individuo se interrelaciona por primera vez con sus

⁷² “Las relaciones dentro del grupo primario son: personales, espontáneas-frecuentemente de una larga duración- se basan en determinadas expectativas difusas, recíprocamente generalizadas, con obligaciones perfectamente determinadas y precisas”. Azuara Pérez, Leandro, *Sociología*, op. cit., nota 65, pp. 63-64.

semejantes, y a partir de las experiencias y educación recibidos en la misma, el sujeto forja su personalidad y creencias personales: “Nótese que la primera transmisión social de la herencia cultural se efectúa en los primeros años a través de la familia, a través de los padres, y eventualmente de los hermanos mayores...Por mimetismo biológico, el infante asimila posturas, gestos, movimientos y sonidos de sus padres”.⁷³ Asimismo, provee a sus integrantes satisfactores materiales y afectivos.

2.- *Cuyos miembros, que se encuentran vinculados por lazos de matrimonio, sanguíneos, de afinidad, adopción o afectividad:* Desde nuestra perspectiva estas son las únicas formas de establecer lazos de carácter familiar, y son entendidas de conformidad con los siguientes criterios: El matrimonio es definida por Gutiérrez y González como: “... UN CONTRATO SOLEMNE, DE TRACTO SUCESIVO, QUE SE CELEBRA ENTRE UNA SOLA MUJER Y UN SOLO HOMBRE, QUE TIENE EL DOBLE OBJETO DE TRATAR DE SOBRELLEVAR LAS PARTES, EN COMÚN, LOS PLACERES Y CARGAS DE LA VIDA, Y TRATAR DE PERPETUAR LA ESPECIE HUMANA”.⁷⁴

El parentesco por afinidad, conforme al artículo 294 de Código Civil Federal (en adelante CCF), es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón. Por parentesco consanguíneo el artículo 293 del CCF comprende a aquél que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. La adopción o parentesco civil, se refiere al vínculo jurídico parental que nace entre el adoptado y el adoptante, y a partir de cuya realización se atribuye derechos y deberes recíprocos de carácter familiar.

Por su parte, la consideración de la afectividad como un elemento de vinculación jurídico familiar enfrenta dos problemáticas desde el punto de vista positivista. Dichas problemáticas pueden ser expresadas mediante las siguientes interrogantes ¿Cómo definir la afectividad? y ¿Cómo puede ser reglamentada

⁷³ Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, p. 475.

⁷⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 222.

desde una perspectiva jurídica? Ahondemos en este tema.

La afectividad es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como el: “...*Desarrollo de la propensión de querer...*”.⁷⁵ Así mismo, define el término querer de la siguiente manera: “... *desear o apetecer...amar, tener cariño, voluntad o inclinación a alguien o algo...*”.⁷⁶ Consideramos que en el ámbito jurídico la afectividad es aquella actitud de amor, cariño y/o deseo, que se genera de un individuo hacia otro forjando lazos tan estrechos que trascienden con respecto a los establecidos con la generalidad de la gente.

En una sociedad primitiva la unión de la pareja estaba totalmente sometida al arbitrio y las emociones personales, sólo con el paso del tiempo se incorporarían rituales y mecanismos jurídicos para legitimar un vínculo afectivo entre hombre y mujer (matrimonio y en las últimas décadas el concubinato), a la par, se regula la dinámica con la prole y surge la adopción para incorporar a un sujeto en calidad de hijo, dichas disposiciones tenían y tienen por objeto garantizar la existencia de obligaciones alimentarias y la certeza del hombre respecto de la paternidad de la prole por la cual debía velar. Así pues, si por afectividad nacieron instituciones como el matrimonio y la adopción, así como se ha dotado al concubinato de consecuencias jurídicas ¿no es posible acaso que a la familia de hecho, se incorporen individuos por razones afectivas que no se encuentren en subsumidas por las figuras existentes? A esta interrogante, consideramos que la respuesta es afirmativa y como ejemplo se plantea la figura del acogimiento regulada por la legislación civil federal, en este caso, un menor se incorpora a un núcleo familiar con el que no necesariamente guarda vínculo de parentesco alguno, cargado las personas que lo acogen con la obligación alimentaria para con su persona.

Luego, la afectividad es un medio de cohesión cuya definición puede resultar cuestionable, pero cuyos efectos se dejan sentir. Análogo asunto se suscita cuando tratamos de percibir el viento, si nos fiáramos exclusivamente de la

⁷⁵ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, nota 49, p. 54.

⁷⁶ *Ibidem.*, p.1876.

vista, la conclusión inmediata es que no existe, sin embargo, sus efectos se dejan sentir cuando inhalamos y exhalamos, de igual manera, la afectividad es algo perceptible, susceptible de establecer con mecanismos fácticos para actualizarse en el ámbito jurídico, pero que sin embargo, se ha desdeñado como si se tratase de un accesorio que pudiera desprenderse de nuestra humanidad. Finalmente, consideramos pertinente citar un elocuente análisis que de esta materia se ha hecho:

Se dice que el Derecho no puede avocarse al estudio ni comprender lo relativo a la moral y el amor, y en relación al segundo porque se trata de una parte del espíritu humano que no es posible regular a través de normas objetivas. Sin embargo, el Derecho se asienta sobre el concepto del consentimiento del ser humano y la libertad que se requiere para su expresión contractual. El consentimiento tiene un proceso, que parte del cognoscitivo por el cuál se conoce el objeto, el contrato, o la situación jurídica especial en que el sujeto se encuentra; se continúa con el proceso valorativo, es decir, el sujeto puede estimar sobre lo que conoce, y valorar si es bueno o malo para él; esto le sirve para el siguiente paso por el cual el sujeto, después de haber valorado lo que conoció, lo acepta y expresa su consentimiento; y así se llega al último paso del proceso que es el ejecutivo, que se da por el acto de voluntad por el cual se realiza lo que el consentimiento acepta. Indudablemente todo este proceso es referido a la parte espiritual de la persona humana, y si esto es fundamental en cualquier relación jurídica, no hay razón suficiente para excluir algunos otros aspectos espirituales del sujeto de Derecho que son la causa de un contrato, como el amor que es [puede ser] la causa del matrimonio...al amor...debemos aceptarlo...como un elemento que el Derecho puede aceptar. El amor es tan humano como el consentimiento y, sin embargo, parece no tomársele en cuenta en el Derecho, ¿por qué?...⁷⁷

3.- *Atienden de manera espontánea o son coaccionados a atender por disposición de la ley, obligaciones recíprocas.* Respecto a este punto, tal como nos hemos referido, el cumplimiento de los deberes familiares se da de forma espontánea por tratarse de una institución afín a la naturaleza humana, no obstante, excepcionalmente se incumplen con dichos deberes, actualizando con ello, la intervención del Estado para salvaguardar la integridad física y moral de todos los individuos afines al núcleo familiar.

⁷⁷ Chavéz Asencio, Manuel F., *op. cit.*, nota 7, p. 19.

2. Función social

Recapitulando, la estructura de la familia deviene de la propia naturaleza humana, es decir, del instinto de supervivencia de la especie matizada con aspectos de carácter cultural (religión, derecho, costumbres, moral, etc.). Su motivación radica, en palabras de Ricasens Siches, en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole.⁷⁸

No obstante de las diferencias según el lugar y tiempo que nos avoquemos a su estudio, podemos decir que en la institución familiar es posible apreciar las siguientes constantes:

1.-Es el primer círculo social en donde se desenvuelve el individuo y por ende la fuente primaria de donde adopta su ideología y concepción del mundo.

2.-Posee gerarquización, es decir, sumisión de uno o varios de sus miembros a uno u otros de los mismos.

3.-Sus miembros se encuentran unidos por consanguinidad, matrimonio, concubinato, adopción o afectividad.

4.-La más importante, 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 alimentos, educación, vivienda, orientación, etc., y con el paso del tiempo la que los hijos prestan a sus padres correspondiendo, con un acto de solidaridad, las atenciones recibidas en los primeros años de vida. En otros términos, la familia ofrece al individuo lo necesario para:

- a) satisfacer necesidades físicas; esto es, alimento, vestido, medicinas, techo, etcétera;
- b) cubrir las necesidades efectivas;
- c) fortalecer la personalidad;
- d) formar los roles sexuales;
- e) preparar para el mejor desempeño de los papeles sociales;
- f) estimular las actitudes de aprendizaje y apoyo de creatividad de la iniciativa individual.⁷⁹

⁷⁸ Véase, Recasens Siches, Luís, *op. cit.*, nota 3, p. 466.

⁷⁹ Sánchez Azcona, Jorge, *op. cit.*, cita 63, p.31.

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

1. La familia como garantía constitucional

La protección a la familia encuentra su fundamento en el artículo cuarto constitucional cuyo contenido versa sobre lo siguiente:

1. Establece la igualdad del hombre y la mujer.
2. Manifiesta el compromiso del Estado de proteger la organización y desarrollo de la Familia.
3. Faculta al individuo a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos.
4. Pregona el derecho a la salud y a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.
5. Otorga la prerrogativa a una vivienda digna y decorosa.
6. La última parte del artículo que venimos comentando establece premisas fundamentales tendientes a la protección de la niñez en los siguientes términos:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

El Estado delega la obligación de proveer alimentos (comida, educación, salud y vivienda) a las cabezas del núcleo familiar y se compromete a coadyuvar con la institución familias para que los menores puedan allegarse de satisfactorios esenciales para la vida humana. Con ello la concepción jurídica, en un primer momento, se empata con la institución natural de la familia en el entendido de que el Estado reconoce y se sirve de funciones esenciales de la primera como lo son: la educación, la protección entre sus miembros, etc.

Asimismo, el Estado somete el orden familiar a los mecanismos y

restricciones legales al señalar que *protegerá el desarrollo y organización familiar, definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, establecerá los instrumentos y apoyos necesarios para el acceso a la vivienda y proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos*. Luego, el orden familiar queda supeditado a la dinámica natural de la familia matizada por los ordenamientos jurídicos.

El Estado, por su parte, se presenta a sí mismo como coadyuvante en el desarrollo de bienestar familiar, y a diferencia de los ascendientes a quienes les delega la carga de dar alimentos, se impone un deber de índole cualitativo, esto es, el ascendiente es responsable de dar alimentos siempre salvo que por caso fortuito o fuerza mayor no pueda cumplir con dicha obligación, el Estado por su parte, es responsable en la medida en que las políticas gubernamentales y las leyes reglamentarias se lo impelen. 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”*.⁸⁰

A partir de lo antes manifestado, podemos considerar que la reglamentación a la familia en nuestro país, se verifica a partir de tres esferas de protección:

1. La primera tendiente a regular, a grandes rasgos, las relaciones familiares entre particulares (matrimonio, adopción, tutela, concubinato, divorcio etc.), el patrimonio familiar (la creación del patrimonio familia *strictu sensu* y las sucesiones) y los deberes y derechos familiares (alimentos, patria potestad, tutela, etc.). Esta es la materia del derecho civil contenida en el derecho de familia.
2. En cuanto a una segunda esfera de protección material, la regulación familiar encuentra protección a través de la seguridad social. En este sentido, el Estado y las organizaciones civiles, coadyuvan sufragando todas

⁸⁰ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34^a ed., México, Ed. Porrúa, 2002, p. 277.

aquellas necesidades que la institución familiar por sí misma no puede brindarse.

3. Finalmente la tercera esfera de protección jurídico-estatal en que se protege a la institución familiar, encuentra cabida en un sin fin de reglamentaciones que de manera accidental reglamentan aspectos relacionados con la dinámica familiar ya sea en materia fiscal, penal, agraria, etc. Verbigracia: el derecho penal señala los delitos que atentan a esta institución a través de figuras como la de violencia intrafamiliar, falta de cumplimiento de las obligaciones alimenticias, exposición de menores, etc.

2. La familia y su reglamentación en el derecho de la seguridad social

La seguridad social es definida por la OIT como:

*“...la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también”.*⁸¹

Por su parte, Briceño Ruiz se refiere a la misma como *“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”*.⁸²

La pretensión de seguridad es una constante en el ser humano, una afrenta al futuro, una la lucha por la estabilidad y la certidumbre, queremos imponernos al destino planeando la matización de sus efectos en nuestra persona.

⁸¹ Insignia, Jaime, El debate sobre la seguridad social en América Latina y la posición del sindicalismo, En: http://www.nuso.org/upload/articulos/2682_1.pdf, Fecha: 30 de septiembre de 2009.

⁸² Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, 2ª ed., México, Ed. Harla, 1992, p.15.

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...⁸³

A raíz de la inseguridad, hizo acto de presencia la solidaridad social y comenzamos a prestarnos auxilio. Así, denominamos asistencia pública y privada a los mecanismos que implementamos (en el primer caso por el Estado y en el segundo por los particulares) para apoyar a diversos grupos vulnerables de la sociedad.

Ante la amenaza latente de la inseguridad del futuro surge la previsión social que implica la realización de acciones tendientes a satisfacer diversas contingencias y necesidades en caso de que las mismas se actualicen.

Los seguro sociales son una de las manifestaciones de la previsión social. Éstos, han cumplido con la misión de brindar la tan anhelada *seguridad* al sector obrero y a algunos grupos vulnerables (por ejemplo los estudiantes de las universidades públicas en el IMSS). El seguro social es definido como “...*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*”.⁸⁴ En este sentido, los trabajadores, garantizan su acceso y el de su familia a prestaciones que coadyuvarán con el bienestar del hogar y con el cumplimiento de los deberes alimenticios, o bien, garantizan el ingreso económico tendiente a sufragar dichos deberes.

Para tener una visión más clara respecto de cuál es la misión de los seguros sociales consideramos útil citar al artículo 2º de la LSS (Ley del Seguro

⁸³ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 11ª ed., México. Ed. Porrúa, 2006, p.1.

⁸⁴ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad social en México*, México, Ed. Porrúa, 2007, p.33.

Social), que señala que el Instituto Mexicano del Seguro Social 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 garantizado por el Estado.*

Ahora bien, son múltiples las maneras en que las legislaciones de los seguros sociales trastocan aspectos concernientes al derecho de familia, por lo que, un análisis detallado de cada uno de sus los puntos de convergencia sobrepasa en gran medida los alcances de la presente investigación que se centrará sólo en lo concerniente a la manera de protección de la maternidad y la paternidad.

Actualmente, la protección a la maternidad prevista en las legislaciones laborales y de seguridad social, se ha circunscrito fundamentalmente a la protección de la salud y el ingreso económico de la madre trabajadora sin tomar en consideración que la maternidad no culmina con el parto, sino que apenas empieza. Asimismo, tampoco se ha hecho un análisis riguroso de los alcances de algunas normas dispersas en las legislaciones de los seguros sociales tales como las que contemplan el servicio de guardería, el descanso por lactancia, etc., que coadyuvan de manera directa con el ejercicio de la maternidad. Finalmente, no contamos con una reglamentación protectora de la paternidad. Todo lo anterior es abiertamente contradictorio a lo dispuesto en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 que en su artículo 5 textualmente señala:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común

de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Las legislaciones de los seguros sociales impactan directamente en la institución de la familia y en la maternidad y la paternidad, ello, en el entendido de que es a partir de las prestaciones recibidas por los institutos de seguridad social que el sujeto garantiza que el núcleo familiar siempre contará con los satisfactores necesarios para cubrir sus necesidades esenciales.

Más adelante abordaremos con detalle los alcances que la institución de la maternidad tiene en el derecho de la seguridad social, laboral y familiar, y el cómo puede incidir dicha institución en la consecución de la sana vinculación de las actividades laborales y familiares del individuo; baste ahora, con la somera puntualización que hemos hecho de los alcances de la seguridad social tiene en lo que atañe a la familia.

3. La familia y su reglamentación en el derecho civil

El derecho de familia tradicionalmente ha sido considerado como una rama del derecho civil; Julián Bonnecase, citado por Rojina Villegas, se refiere al mismo conforme a continuación se transcribe: *“Por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”*.⁸⁵

Ya hemos expuesto la trascendencia de la institución familiar y su dinámica en el México contemporáneo. Asimismo, ha quedado claro que el Derecho simplemente matiza las relaciones que surgen en el seno familiar con la finalidad de encausarlas para mayor beneficio individual y social.

La familia y el derecho de familia, dice VALVERDE, actualmente representan tan

⁸⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1980, t. II: *Derecho de familia*, p.14.

solo un momento histórico del gradual desarrollo de la institución, pero a pesar de los cambios y transformaciones operados en su constitución y régimen, a pesar de su variada organización en el decurso del tiempo, es la institución jurídica social que más tenazmente conserva su tipo en cada pueblo; y aunque en diferentes lugares se observan hondas variantes y diferencias de constitución, persiste siempre en la idea familiar un principio inmaterial en su esencia, que proclama su soberanía, especializa su naturaleza y singulariza su concepto.⁸⁶

Dado lo anterior, se comprende que la definición jurídica de familia sea diferente, e incluso, más restrictiva que la sociológica, puesto que, mientras la primera analiza la naturaleza y dinámica fáctica del fenómeno familiar, el segundo, lo regula para la consecución de su fin último, preservar la paz social.

La familia ha sido definida por los civilistas mexicanos de la siguiente manera. Por Gutiérrez y González como:

EL CONJUNTO DE PERSONAS NATURALES, FÍSICAS O HUMANAS, INTEGRADAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO DE MATRIMONIO DE DOS DE ELLAS, O INTEGRADAS POR LA APARIENCIA O POSESIÓN DE ESTADO DE CASADOS, O POR LAZOS DE PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD, AFINIDAD O CIVIL, QUE HABITAN EN UNA MISMA CASA, LA CUAL CONSTITUYE EL DOMICILIO FAMILIAR, Y TENGAN POR LEY, O POR ACUERDO, UNIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DEL HOGAR FAMILIAR.⁸⁷

Galindo Grafias la define en los siguientes términos: “*La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción*”.⁸⁸

Rojina Villegas enuncia lo siguiente: “*La familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes, bajo formulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida humana*”.⁸⁹

⁸⁶ De Pina Vara, Rafael, *Elementos del derecho civil mexicano*, 14^a ed., México, Ed. Porrúa, 1985, vol. I: *Introducción- personas- familia*, pp. 300 y 301.

⁸⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 74, pp. 140 y 141.

⁸⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 1, p.447.

⁸⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, nota 85, p. 24.

Rafael de Pina: "...agrupación restringida constituida por el padre, la madre y los hijos, haciendo entrar en ella estos últimos aun en el posible caso de que hayan creado un hogar y de que, a su vez, hayan fundado una familia comprendida en el sentido restringido de la palabra".⁹⁰

A todas las anteriores definiciones tenemos que reconocerles que cumplen con su finalidad de definir la dinámica familiar vigente en el sistema jurídico mexicano; es cierto que podemos hacer múltiples comentarios respecto de la veracidad y conveniencia de las mismas, pero lo cierto es que obedecen al derecho vigente y positivo, así pues, desde esta perspectiva han sido eficaces y fructíferas para adentrarnos a lo que comprende el fenómeno que hemos venido comentando.

Es preciso señalar, que la concepción legislativa en torno a la constitución, relaciones y disolución de la familia, han derivado en gran medida del derecho canónico y del romano, asimismo, se ha alcanzado un grado de tolerancia para las uniones de hecho (concubinato) y respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Es decir, podemos aseverar que la institución familiar se ha desecho de aspectos morales que en la edad media dejaban desprotegidos a muchos niños y mujeres, simplemente porque su situación estaba al margen de la sacramentización cristiana.

Dado que este apartado tiene por finalidad referir lo que comprende a grandes rasgos el sistema jurídico familia civil en el derecho mexicano, a continuación esbozaremos brevemente la visión jurídica familiar vigente y positiva, para en los capítulos subsecuentes abordar estos fenómenos de manera minuciosa y pormenorizada. Así pues, el derecho para la familia mexicano:

- Regula a la familia extensa, es decir, las relaciones familiares tienen preponderancia para el Derecho en línea vertical sin limitación de grado y en línea colateral hasta el cuarto grado.
- Comprende solamente al parentesco consanguíneo, por afinidad y civil.
- Regula el ejercicio de la patria potestad misma que se ejerce por los padres y a falta o por imposibilidad de estos por los abuelos, de una manera por

⁹⁰ De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, nota 86, p. 304.

demás matizada en comparación de cómo se reglamento por el derecho romano.

- Iguala los deberes y derechos del padre y la madre para con los hijos, aunque de hecho, subsisten reminiscencias de índole machista.
- Establece el matrimonio monogámico como el medio idóneo para la unión del hombre y la mujer, para perpetuar la especie y para formar una familia. Asimismo, reconoce al concubinato consecuencias jurídicas.
- No hace distinciones respecto de la filiación dentro o fuera del matrimonio.
- Otorga prerrogativas para la protección del patrimonio familiar.
- Privilegia las obligaciones alimenticias respecto de cualquier otra.
- Mantiene subsistentes las obligaciones alimenticias entre las parejas aún luego de disuelto el vínculo matrimonial o el concubinato.
- Señala lineamientos para inhibir la violencia intrafamiliar, etc.

Más adelante, analizaremos con detalle el impacto que la reglamentación civil familiar tiene en el individuo en su rol de trabajador, así como, en que medida ha trascendido al derecho laboral y de la seguridad social.

4. ¿Prestaciones por maternidad-prestaciones familiares?

La protección a las trabajadoras en periodo de gestación encuentra soporte en el artículo en el 123 apartado A fracción V y en el apartado B fracción XI inciso a) y c). Las leyes reglamentarias más importantes en materia de seguros sociales son: La Ley del Seguro Social aplicable a sujetos que desempeñan un trabajo formal en el sector privado, La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores al Servicio del Estado (LISSSTE) aplicable a servidores públicos del ramo federal y La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM). Todas tienen como común denominador que en el caso de actualizarse el hecho generador respectivo, otorgan prestaciones pecuniarias y en especie tendientes a proteger, exclusivamente, la salud del menor la madre trabajadoras y los ingresos económicos de esta última.

De la reglamentación laboral y de seguridad social vigente, tendiente a

proteger la maternidad en nuestro país, se desprenden las problemáticas que a continuación exponemos:

- Primero: La concepción mexicana de la maternidad como hecho generador de una incapacidad temporal de índole laboral, restringe los alcances de la prestación, a la simple protección de la salud de la madre (y el menor) y a garantizar sus ingresos económicos, sin considerar, las repercusiones sociales que implica la inmersión de un nuevo miembro al seno familiar y las necesidades de protección que requerirá durante la primera infancia para su óptimo desarrollo.
- Segundo: Hasta nuestros días el varón ha desempeñado un rol pasivo en nuestro sistema jurídico en lo que a prestaciones por maternidad se refiere, fungiendo únicamente como punto de referencia para otorgar la prestación de atención médica a su esposa, concubina o hija (esta última sólo esta contemplada como beneficiaria por la LISSSTE), desvaneciendo con ello la posibilidad de cultivar la paternidad responsable e ignorándose situaciones tales como el caso de la viudez masculina al momento del alumbramiento, en donde el recién nacido no establece, a falta de la madre, lazos afectivos con ninguno de sus progenitores puesto que la ley laboral le impide al varón interrumpir su trabajo.
- Tercero: La imposibilidad de los progenitores de ausentarse de la actividad laboral para atender asuntos de naturaleza familiar que conciernan a sus hijos tales como enfermedades, lo anterior, salvo algunas excepciones.
- Cuarto: La concepción de la maternidad biológica como único hecho generador de prestaciones, sin atender situaciones análogas como es el caso de la adopción y el acogimiento, figuras en donde aunque no se presenta el alumbramiento es pertinente establecer lazos afectivos, puesto que al igual que en la maternidad biológica, acontecerá la inserción de un nuevo miembro al seno familiar.
- Quinto: Para el ejercicio de la tutela civil u otras formas de protección infantil a cargo de sujetos diversos a sus padres, no existe una norma correlativa en materia de seguridad social que brinde apoyo alguno para el

desempeño de los deberes inherentes al cargo (no en pocas ocasiones concurriendo el deber alimentario), verbigracia, cuando un abuelo o un tío se hace cargo de un nieto o sobrino. En otros términos, no se considera como beneficiario de las prestaciones del seguro de enfermedades al menor sujeto a tutela.

- Sexto: No se otorga en iguales términos el servicio de guardería al varón y la mujer, coadyuvando con ello al rol social que se ha imputado a la mujer como la única responsable del cuidado de los hijos, verbigracia, cuando en un matrimonio el varón es trabajador formal y la mujer no, la pareja no tiene acceso al servicio de guardería, servicio al que sí tendrían acceso si la madre fuese la trabajadora formal y el padre trabajador informal o desempleado.
- Séptimo: Finalmente, la actual legislación constitucional, laboral y de seguridad social, coadyuvan indirectamente con la discriminación de género, dando pie a actos tales como la petición del certificado de no embarazo para la obtención de trabajo y el despido a mujeres que se encuentran en estado gravidez. Lo anterior se debe a que el patrón tiene la carga de cubrir en su totalidad el subsidio económico por maternidad (equivalente al cien por ciento del salario)⁹¹ desde el primer día de trabajo y hasta que la mujer haya cubierto por lo menos treinta semanas de cotizaciones en el período de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio por maternidad, y luego de este periodo, aunque la institución de seguridad social respectiva suple al patrón en sus obligaciones, éste, sufre detrimento patrimonial por tener que contratar personal para que temporalmente cumpla con las funciones que deja de desempeñar la mujer trabajadora.

Las problemáticas que antes hemos expuesto no sólo tienen consecuencias en el ámbito laboral, sino que, trastocan el sano desarrollo de la dinámica familiar en aspectos tales como la inequitativa oportunidad para avocarse al cuidado de los hijos, o simplemente, porque las normas jurídico-familiares contenidas en

⁹¹ Véase el artículo 103 de la Ley del Seguro Social.

ambas materias no han sido diseñadas bajo un esquema sistemático, es decir, bajo una estructura armónica y complementaria que vincule sanamente las actividades propias del trabajo con las del hogar.

Podemos recapitular todo lo manifestado en el presente capítulo a partir de las siguientes conclusiones que nos guiarán en la exposición de los capítulos subsiguientes:

1. La familia constituye una institución social de gran preponderancia en nuestra sociedad puesto que cumple con funciones sociales fundamentales como la protección, nutrición y educación de los individuos, es por ello menester, y esta por demás justificada, la necesidad de normas que favorezcan su protección y desarrollo.
2. Aunque el derecho familiar regula las características propias de la dinámica familiar, el derecho de la seguridad social y el derecho laboral coadyuvan de hecho con los fines familiares en el entendido de que las prestaciones no sólo se circunscriben al trabajador, sino también, a todos los miembros de su familia.
3. Como criterio de nacimiento de vínculo familiar debe comprenderse no sólo al matrimonio o al parentesco (ya sea consanguíneo, civil o por afinidad), sino también, a lazos de naturaleza afectiva (bajo criterios verificables establecidos en la legislación), por ejemplo el acogimiento de un menor por una persona que no tiene vínculo jurídico familiar alguno con él, y que sin embargo, le cuida como a un hijo.
4. La reglamentación de la maternidad, dentro de la seguridad social, constituyen la simiente a partir de la cual podemos construir todo un sistema legislativo que permita conciliar la vida familiar y laboral para la protección de la maternidad y la paternidad.

CAPITULO SEGUNDO
LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y
DE SEGURIDAD SOCIAL MEXICANAS.

I. LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA
MÉDICO, SOCIAL Y JURÍDICO

Como ya lo hemos manifestado, la legislación aboral y la de seguridad social se involucran en el aspecto familiar mediante diversas disposiciones que protegen a la maternidad, misma, que está reglamentada por la constitución mexicana en el artículo 123, en la Ley Federal del Trabajo, y en diversas leyes y reglamentos que regulan la dinámica de los seguros sociales. Respecto a la importancia que esta figura reviste en la legislación social mexicana, Nestor de Buen manifiesta: *“Sin duda el seguro de enfermedades y maternidad constituye la columna vertebral del Seguro Social...los servicios médicos del IMSS atienden, preferentemente, este tipo de problemas y no con las misma intensidad los que provienen de enfermedades o accidentes de trabajo”*.¹

Existes dos términos fuertemente vinculados al de maternidad que es pertinente precisar previo al análisis del término maternidad y son: preñar y preñez, la gestación y el alumbramiento. Por preñar se entiende *“...fecundar o hacer concebir...”*² y por preñez se entiende: *“Embarazo de la mujer...tiempo que dura el embarazo”*³. Por su parte, se entiende por gestar: *“Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto”*⁴. Finalmente, por alumbramiento entendemos el parto, el acto de nacimiento del menor.

¹ De Buen Lozano, Néstor, *Derecho de la seguridad social*, México, Ed. Porrúa, 2006, p.229.

² *Diccionario de La Lengua Española, op. cit.*, nota 49, p. 1824.

³ *Idem.*

⁴ *Ibidem*, p.1135.

La maternidad, según el diccionario de la Real Academia Española, es el “...Estado o cualidad de madre...”,⁵ asimismo, por madre se entiende, de conformidad con el texto antes citado: “...Hembra que ha parido...Hembra respecto de sus hijos...”. Tomando como fundamento el artículo 61 fracción primera de la Ley General de Salud (en adelante LGS), la maternidad comprende el periodo de parto, de embarazo y de puerperio. Por lo que respecta a la LSS, la LISSSTE y la LISSFAM son omisas en el tema. Sin embargo, el Art. 28, en la 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.

Por otra parte, las definiciones antes mencionadas, privilegian aspectos biológicos sobre los de carácter humano. El término madre, en el mejor de los sentidos, evoca por sí mismo toda una multitud de sentimientos, actitudes y hechos de fuerte impacto y matices individuales, ello, por tratarse del primer vínculo humano, que generalmente, establece un sujeto. En la incansable búsqueda de aquello que denominamos como seguro, quizá sea en el vientre materno y en nuestros primeros años de vida, donde dicho precepto se torna más tangible, dejándonos en posibilidad de ser en el mundo y de desarrollarnos en un ambiente ajeno a las aflicciones y peligros que el simple hecho de vivir implica.

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; el término madre implica desinterés, sacrificio, cuidados, amor y hogar. 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 valor; luego, si la familia humana ha evolucionado hasta alcanzar la preponderancia social que ya hemos esgrimido, por qué no deberíamos hacer lo mismo con la maternidad, dando prestaciones a

⁵ *Ibidem.*, p.1467.

las mujeres con una perspectiva más amplia que la sola protección de su salud y la del menor y la garantía de percepción de sus ingresos económicos.

En el mundo prehispánico, la evocación al vocablo que venimos comentando, daba pie a la arenga que a continuación presentamos:

...Oíd otra cosa, hija mía, que os encomiendo mucho: mirad que guardéis mucho la criatura de Dios que esta dentro de vos; mirad, no burléis con él; mirad que no seáis causa de alguna enfermedad por vuestra culpa, a la merced que nuestro señor os ha hecho, que es haberos dado criatura, que es como un joyel con que os ha adornado; mirad que os guardéis de tomar alguna cosa pesada en los brazos, o de levantarla con fuerza, porque no empezáis a vuestra criatura...⁶

En nuestros días, el Estado Mexicano ha reconocido la necesidad y el valor inigualable de la protección materna, no obstante, aún distamos mucho de disfrutar de lo que podríamos llamar: *una pertinente y eficaz protección a la maternidad*. Nuestra tendencia formalista y objetiva de lo jurídico, nos ha proporcionado una legislación insensible. Ante la impotencia de delinear todo aquello que encierra el fenómeno de la maternidad, nos hemos conformado con reglamentarla como si se tratase tan sólo de un riesgo de trabajo más del que es pertinente proteger a la madre ¿Proteger de qué? ¿Del embarazo?

Si bien es cierto que debemos proteger la salud de la mujer en el embarazo, es claro que no es lo mismo éste que una enfermedad. La enfermedad decae en muerte y el embarazo en vida, son eventos que propician la necesidad de atención médica y subsidio económico, más no son eventos análogos. Mendizábal Bermúdez comenta:

Desafortunadamente en la legislación mexicana en general y en particular dentro de la del Seguro Social, en materia de maternidad se sigue contemplando *de facto* a esta como una incapacidad laboral temporal sufrida por la mujer como consecuencia de su embarazo y alumbramiento, pese a que existe el Convenio

⁶ De Sahagún, fr., Bernardino, *Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, 11ª ed., Ed. Porrúa, 2006, colección Sepan Cuantos, p. 354.

103 de la OIT, donde se establece el tratamiento independiente de la maternidad como situación protegida específica, desligada del concepto de la incapacidad.⁷

La maternidad no debe ser contemplada más sólo como un hecho jurídico *strictu sensu*, sino como una situación jurídica que implica varios de hechos y actos jurídicos desde la concepción de un menor y hasta la culminación de la primera infancia.

Para comprender con precisión a qué nos referimos, a continuación analizaremos la evolución y contenido de las principales normas que en nuestro país se han aprobado para proteger el trabajo de la mujer y las prerrogativas expedidas en torno a la maternidad.

II. LA MATERNIDAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Analizar a profundidad la figura jurídica de la maternidad, implica hablar del trabajo de la mujer y de su lucha por lograr la igualdad y la equidad (en aquellas cuestiones que por mayoría de razón se vuelve imperativo dar trato diverso atendiendo al genero) frente al varón. La igualdad entre el hombre y la mujer se hace patente en aspectos tales como salario igual a la misma labor desempeñada, en tanto que la equidad, se hace presente en el otorgamiento de prerrogativas a la mujer como consecuencia de su estado de gravidez, verbigracia la atención gineco-obstétrica. En este orden de ideas Burgoa comenta:

De acatarse absolutamente la decantada “igualdad jurídica” entre el hombre y la mujer, lógicamente se tendría que desembocar en cualquiera de estos dos extremos absurdos: o se protege al varón de los mismos casos señalados, lo que sería francamente inconcebible y descabellado, o se dejaría a la mujer sin la referida protección, lo que se antoja injusto...La declaración dogmática...de que el varón y la mujer “son iguales ante la ley”, es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos, pues como se acaba de demostrar, la igualdad legal absoluta entre ellas no puede jamás existir.⁸

⁷ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad social en México, op. cit.*, nota 84, p.270.

⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 80, p. 274.

Las diferencias en torno a la igualdad o divergencia de los géneros han llevado al ser humano por innumerables caminos con los que pretende argumentar en uno u en otro sentido. Nos parece por demás interesante el breve análisis que de este asunto efectuó Castán Tobeñas, citado por Néstor De Buen, en donde arguye que sí existe una diferencia irrefutable entre el hombre y la mujer, expresándose de la forma que a continuación se transcribe:

Diferencia innegable, no hay argumento válido en su contra. Desechada cualquier razón que intentase separar a los sexos en función de su inteligencia, de su creatividad, de la intuición o de la sensibilidad, la diferencia surge avasalladora en atención a la distinta función reproductiva del hombre y la mujer. Y es ahí, en ese proceso biológico, donde los juristas, el legislador, no pueden menos que inclinarse ante el argumento insuperable.⁹

El acto de gravidez femenina constituye la pauta de diferenciación entre sexos en lo que al derecho del trabajo se refiere, y legitima el señalamiento especial que en el artículo 123 constitucional se hace respecto al desempeño laboral de las madres trabajadoras y el apartado especial de trabajo de la mujer contenido en la LFT que, en el mismo sentido, hace lo propio. A continuación reflexionaremos respecto a cómo ha sido la lucha por la igualdad y equidad de géneros para estar en aptitud de comprender el tratamiento que del trabajo femenino y la maternidad se hace en las legislaciones actuales.

Es evidente que el papel que desempeña la mujer en la sociedad se ha modificado substancialmente en el último siglo. De abnegada ama de casa sin acceso a la educación o al mundo laboral, supeditada económica y socialmente a la voluntad, primero del padre, luego del marido y al final de su la vida a la de los hijos, hoy, goza de mayores prerrogativas frente al sexo opuesto y participa más activamente en el sector laboral del país.

Al despertar del siglo, el derecho de familia era una supervivencia del Romano y del canónico, de donde resulta un régimen patriarcal y la consiguiente subordinación de la mujer. La revolución mexicana de 1910, en el lapso de 1913 y 1917, entre otras reformas trascendentales, inicio la batalla por la liberación de la

⁹ De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1979, t. II: *Derecho Colectivo*, p.342.

mujer: en el año de 1914, un decreto de Venustiano Carranza, jefe de la Revolución, expidió la *Ley de relaciones familiares*, que modificó substancialmente la estructura y las relaciones de la familia. En uno de los considerandos de la ley se dijo...Los derechos y las obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos y no en el imperio que, como resto de la “manus” romana, se ha otorgado al marido...¹⁰

En nuestros días, no resulta ajeno ver a una mujer participando activamente en la toma de decisiones y aportación de recursos al hogar, inclusive, en algunos casos, ocupando el papel de cabeza de familia, aunque esto último, en una frecuencia estadística inferior al varón.¹¹ En lo que al sector laboral se refiere, han sido superadas muchas determinaciones que menoscababan el desempeño laboral femenino, no obstante, quedan pendientes diversas temáticas referentes a aspectos ideológico-culturales arraigados fuertemente a nuestra cultura laboral que desacreditan el desempeño femenino ante, las todavía frecuentes, consideraciones machistas. En este orden de ideas Mario de la Cueva refiere: “...la participación creciente de la mujer en la vida social y activa y en el proceso económico, despertaron su conciencia y la lanzaron a la lucha por una comprensión mejor de la naturaleza humana, que es una misma en la de los dos sexos...”¹²

Las prerrogativas ganadas por la mujer se materializaron, en un principio, en sus relaciones familiares y, con el paso del tiempo, se imbuyeron en todos los ámbitos de su vida, fue así que a principios del siglo XX la “Ley de Relaciones Familiares” concedió capacidad a la mujer para la libre administración de sus bienes, sin embargo, supeditaba su decisión para hacer nacer una relación de

¹⁰ De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1978, p. 434.

¹¹ Según las estadísticas del INEGI en el 2005 a 5, 717, 659 familias mexicanas tienen por único sostén económico a la madre. En:<http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mhog02&c=3300>. Fecha: 3 de noviembre de 2006.

¹² De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit, nota 101, p. 435.

trabajo a la aprobación de su marido.¹³

En nuestro país un importante referente, en lo que a las normas protectoras del trabajo femenino se refiere, son las discusiones del constituyente de 1917. Las razones que dieron pie al inicio del debate respecto a los términos bajo los cuales debe prestarse un servicio personal subordinado por parte de la mujer son expresadas por Mario de la Cueva de la forma que a continuación se transcribe:

...en la conciencia de los constituyentes bullían los principios en torno al trabajo de las mujeres anteriores a 1910. Era preciso, se decía, limitar su trabajo para conservar el vigor físico, a fin de que fueran aptas para la maternidad; y por otra parte, convenía defender a la familia, su moralidad y sus buenas costumbres, evitando que permanecieran fuera de sus casas durante la noche.¹⁴

El 23 de enero de 1917 se aprobaron por el Congreso Constituyente las siguientes determinaciones para regular el trabajo femenino,¹⁵

¹³ Véase, *Ibidem.*, p. 434.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 435.

¹⁵ La redacción original del artículo 123 constitucional era cómo a continuación se presenta.

ART. 123. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo...

II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de dieciséis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche...

V. Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el periodo de la lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos ...

VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta, sexo ni nacionalidad...

- Prohibición de las labores insalubres y peligrosas.
- Prohibición del trabajo nocturno industrial, y en de los establecimientos comerciales después de las diez de la noche.
- Prohibición de la jornada extraordinaria de trabajo.
- Se establecieron un grupo normas protectoras de las madres trabajadoras, mismas que José Dávalos sintetizar como a continuación se indica:

Desde entonces fue motivo de cuidado el estado de embarazo de la mujer; por eso se estableció que las mujeres durante los tres meses anteriores al parto no desempeñarían trabajos físicos de esfuerzos considerables y que, posteriormente al parto gozarían de un descanso obligatorio de un mes, con goce de salario íntegro, además de que conservarían su puesto y recibirían todos los derechos que en su ausencia les hubieran sido concedidos en virtud de su relación de trabajo.¹⁶

La sinergia de la lucha por los derechos de la mujer en nuestro país, obedeció a la siguiente cronología:¹⁷

- En 1914 se expide la ley de relaciones familiares que pugna por que la relación entre los consortes se base en principios de igualdad;
- En 1917 se expiden por el congreso constituyente normas protectoras de la mujer trabajadora y la maternidad en el artículo 123 constitucional.
- Para 1928, la nueva legislación civil dota a la mujer de plena capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles sin supeditación alguna a su marido. En esta misma legislación se responsabiliza a la mujer de la dirección y cuidados de los trabajos del hogar, quedando en libertad de

XI. Cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente, un ciento por ciento más de lo fijado para las horas normales. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas. Los hombres menores de dieciséis años y las mujeres de cualquier edad, no serán admitidos en esta clase de trabajos... Véase, Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho internacional social*, México, Ed. Porrúa, 1979, 16 y 17.

¹⁶ Dávalos José, *Derecho individual del trabajo*, 17ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, pp. 287 y 288.

¹⁷ Véase, De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit, nota 101, pp. 435-441.

realizar una labor remunerada siempre y cuando no interfiriere con los deberes antes señalados.

- En 1931 se expide la Ley Federal del Trabajo, en la que se recogen los mandatos en torno al trabajo de la mujer de la Constitución de 1917 y se elimina la carga impuesta a la mujer referente a la autorización de su marido requerida para celebrar un contrato de trabajo.
- Por reforma constitucional de 1953 se reconocen los derechos ciudadanos a la mujer.
- En 1962 se reúnen las normas protectoras de la mujer en un apartado especial en la Ley Federal del Trabajo.
- La Ley Federal del Trabajo de 1970 introduce normas protectoras a la maternidad, referentes, a contar con suficientes asientos para las madres trabajadoras. Asimismo, sentó las bases para que el Seguro Social ofrezca el servicio de guarderías.
- En 1974 el artículo cuarto de la constitución estableció la igualdad entre el hombre y la mujer, como consecuencia, se tuvieron que derogar diversas disposiciones que no estaban conformes con el espíritu de dicha reforma:

Las modificaciones fueron las siguientes: a) La fracción segunda suprimió la prohibición de las labores peligrosas e insalubres y del trabajo nocturno; b) La fracción once, a su vez, borró la prohibición de la jornada extraordinaria; c) La quinta, con una comprensión cabal de las exigencias de la maternidad, postuló los principios siguientes: durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan “un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación”; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores y seis semanas posteriores al parto, “debiendo percibir salarió integro y conservar su empleo y los derechos que hubiesen adquirido por la relación de trabajo”; el periodo de la lactancia tendrá dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para amamantar a sus hijos; d) La fracción quince impuso a las empresas la obligación de adoptar las medidas de higiene y seguridad y organizar el trabajo de tal manera, “que resulte la mayor garantía para la salud y la vida del producto de la concepción”...el legislador...creo dos títulos, el quinto: trabajo de las mujeres y el quinto bis: trabajo de los menores...el legislador...comprendió que la igualdad política y jurídica de los sexos no significa igualdad física y biológica.¹⁸

En la actualidad, como ya lo hemos manifestado, el artículo 123 en su

¹⁸ *Ibidem.*, p.441.

apartado A) fracción V y en su apartado B) fracción XII inciso c) establece las prerrogativas esenciales referentes desempeño de las actividades laborales de la madre trabajadora, sin embargo, los mandatos establecidos en el apartado A) y en el apartado B) no son del todo idénticos. Así, mientras en los dos apartados se establece textualmente que *las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, y, que en el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para alimentar a sus hijos*, sus prerrogativas divergen en lo tocante a la distribución de la temporalidad del descanso por maternidad, así, se establece:

- Apartado A) seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo,
- Apartado B) mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo,

En ambos casos debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieran adquirido por la relación de trabajo. Asimismo, sólo las trabajadoras del apartado B), de conformidad con el texto constitucional disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles. Las trabajadoras a las que sea aplicable el apartado A) obviamente cuentan con servicios médicos, sólo que su derecho a los mismos se desprenden de la ley reglamentaria de la materia.

Por otra parte, de la protección constitucional de maternidad que venimos haciendo, cabe una crítica referente a la supuesta diferenciación que el sistema jurídico mexicano hace entre una enfermedad y la maternidad, ya que se ha llegado a afirmar:

Esta rama del seguro de enfermedades y maternidad, como puede advertirse con facilidad, contempla dos eventos completamente distintos entre sí, por lo que es posible afirmar que contiene dos ramos diferentes de seguro aunque complementarios, en virtud de lo cual su financiamiento es común, uno es el ramo

de enfermedades generales, y el otro, desde luego, lo es el ramo de la maternidad.¹⁹

Desde el punto de vista constitucional la regulación de la maternidad como una situación especial diversa a las enfermedades parece pasar de percibida cuando el legislador expresamente señala en el artículo 123 apartado A) fracción XXIX: *Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.* Es claro que los legisladores asumieron que la protección a la maternidad debía contenerse en la LSS, sin embargo, dicha premisa la deducen del mandato antes transcrito que habla de invalidez, vejez, vida, cesantía, enfermedades y accidentes ¿Dónde quedó en el texto constitucional la supuestamente clara diferenciación legislativa entre una enfermedad y maternidad?

En conclusión, la lucha por la igualdad de géneros ha transitado un duro camino antes de llegar a su estado actual, mismo que podemos resumir de la forma que siguiente:

1. La lucha femenina por la igualdad de género ha logrado grandes triunfos en materia legislativa, familiar y laboral dado que el texto constitucional vigente en su artículo cuarto y ciento veintitrés inciso A) apartado VII pregonan, en el primer caso, la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, y en el segundo, trato igualitario en símiles circunstancias de trabajo.
2. Para aquellos aspectos de desigualdad que se desprenden del orden natural, se han creado normas que tendientes a atender las diferencias a partir de un trato equitativo, la principal diferencia a considerar, en lo que a materia laboral se refiere, son las funciones de índole reproductiva que la naturaleza ha delegado a la mujer (a ello debemos las prerrogativas

¹⁹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social, op. cit.*, nota 83, p.547.

vigentes respecto al estado de gravidez de la mujer y el hecho de que sus alcances se circunscriban únicamente a la maternidad biológica).

3. El texto constitucional, al considerar la maternidad como un acontecimiento netamente biológico, da pie a que las legislaciones secundarias no hagan una clara diferenciación entre enfermedad y maternidad, dado que, en ambos casos, la meta final es la reincorporación de la madre (tratada como convaleciente) al centro de trabajo.

III. EL TRABAJO FEMENINO Y LA MATERNIDAD EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Si concebimos como necesario reglamentar de manera especial el trabajo de la mujer, de *facto* aceptamos que existen diferencias entre la dinámica laboral de una mujer y un hombre. A partir de ello, previo al establecimiento de las normas tendientes a reglamentar el trabajo femenino, se presentó la siguiente interrogante ¿En qué radican esas diferencias? Como ya lo hemos señalado, para el derecho del trabajo y el derecho de los seguros sociales en México, la diferencia total en la dinámica laboral de los géneros radica en la función reproductiva de los sexos.

No obstante lo anterior, en la vida cotidiana la diferencia entre géneros puede derivarse de circunstancias que por mayoría de razón no tendrían porque acontecer. Quizá el ejemplo más recurrente es el pago de salario diverso por igual tarea desempeñada por un hombre y una mujer atendiendo exclusivamente al sexo de una persona.

Ante este panorama, se hace necesaria la implementación de normas que establezcan los parámetros a los que se debe circunscribir el trato igualitario y equitativo. Por lo que respecta al tratamiento igualitario entre géneros, la LFT, ofrece tres artículos para fundamentar esta pretensión:

- Artículo 3.- Establece la prohibición de erigir distinciones entre los trabajadores por motivos de raza, sexo, edad, credo religión, doctrina política o condición social.

- Artículo 164.- Manifiesta expresamente que las mujeres tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones que los hombres.
- Artículo 56.- Enuncia que las condiciones de trabajo deberán ser proporcionales a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política, salvo las modalidades expresamente consignadas en la aludida ley.

Asimismo, el artículo 56 de la LFT, se tiene como rector en lo que al trato equitativo se refiera ya que admite la posibilidad de hacer diferenciación, pero exclusivamente, en aquellos casos expresamente señalados por la ley.

A nuestro criterio, estaremos más próximos a un trato justo, en lo que al tema de igualdad y equidad de géneros se refiere, en tanto comprendamos que el hombre y la mujer tiene similitudes y diferencias, pero que en dicha dicotomía son igualmente valiosos para el desarrollo de nuestra sociedad. Postular por un trato igual en todo sentido, es tan peligroso como la añeja costumbre de legislar a partir de una diferencia radical entre géneros.

Atendiendo a las características generales de la mujer, y a sus necesidades cuando se encuentran en estado de gravidez, se contempla en la legislación laboral un apartado especial titulado *Trabajo de las Mujeres*, que comprende de los artículos 164 al 172. Apartado, que podemos resumir en los siguientes términos:

- Establece la igualdad entre el hombre y la mujer;
- Señala como principal objeto de protección a la maternidad;
- Prohíbe el trabajo de la mujer en labores insalubres o peligrosas, cuando se ponga en peligro su salud o la del producto, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicios después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias, sin que sufra perjuicio en sus derechos;
- Establece que el servicio de guardería será otorgado por el IMSS;
- Delega al patrón, la carga de contar con asientos suficientes para las madres trabajadoras;

- Otorga a la madre trabajadora, textualmente, los siguientes derechos:

Artículo 170.- Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

I. Durante el período 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 períodos 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 período 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 períodos 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 período 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; y

VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.

Si valoramos la situación de *facto* de una madre en el terreno de lo laboral, conforme a la legislación del trabajo vigente, podemos tropezar con tres hipótesis:

A.- Por una parte, en el mejor de los casos, tendríamos a una madre trabajadora, subordinada a una empresa responsable que ofrece a sus trabajadores no sólo las prestaciones o beneficios que le exige la ley, sino que además, otorga algunas concesiones adicionales a la madre trabajadora; verbigracia, es accesible respecto al otorgamiento de permisos cuando uno de sus menores hijos se enferma.

B.- En el caso contrario tendríamos a la madre trabajadora, cuyos derechos son pisoteados. En esta situación se actualiza un problema de inaplicación de la ley, pero siempre esta latente la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales en busca del respaldo estatal.

C.- En una tercera posibilidad, simplemente la madre no accede al trabajo. Podría reprochárseles esta hipótesis en el entendido de que la mujer no está en posición de reclamar la protección del Estado dado que no posee el estatus de trabajadora, luego, bajo esta perspectiva resulta inadecuado criticar el ordenamiento jurídico por causa de mujeres que no son comprendidas por la hipótesis normativa, es decir, no caen en el campo del derecho laboral. Sin embargo, podemos rebatir este argumento con fundamento en las siguientes disposiciones:

- Conforme al artículo 5º constitucional todo individuo tiene derecho a un trabajo digno y socialmente útil.
- Conforme al 123 constitucional, si este individuo está en estado de gravidez, deberá tener protección especial por motivo de maternidad.

El problema surge al momento en que una mujer no tiene posibilidad de acceder a un trabajo digno y socialmente útil porque se encuentra en estado de gravidez. Atendiendo a la dinámica social, en un país sujeto al régimen capitalista, los patrones tropezarán con la disyuntiva de contratar a una mujer o un hombre para la realización de una tarea que los dos pueden realizar con igual eficacia, sin embargo ¿qué resultará más provechoso para el patrón, contratar a un varón o a una mujer? Si analizamos los beneficios en la toma de esta decisión, ambos serán igualmente productivos a la empresa, en tanto que a lo que los perjuicios atañen, estos se centran en la mujer:

1. De contratar a la mujer, cabe la posibilidad de que la misma en cualquier momento pueda encontrarse en estado de gravidez, por lo que el patrón deberá atender a las disposiciones propias del título quinto de la LFT referente al trabajo de las mujeres, lo que se traduce en:
 - a. Pérdida de producción hora-trabajo, por motivo de poner en peligro la salud de la madre o el producto de la gestación, por las características propias de la actividad que desempeñan o, por motivo del descanso diario consecuencia de la lactancia.
 - b. Estará obligado, en caso de que no lo tuviera, a acondicionar el lugar de trabajo con asientos suficientes para las madres trabajadoras.
 - c. Pérdida de capital económico por motivo de que la trabajadora no

haya cubierto las semanas de cotización para acceder a las prestaciones pecuniarias que otorga la legislación del seguro social correspondiente.

- d. Pérdida de tiempo y dinero en capacitar a una persona que sustituya a la mujer que se encuentre en descanso por motivo de su estado de gravidez.

En este orden de ideas, el derecho se somete a factores externos como lo son las prácticas laborales capitalistas, el patrón prefiere contratar al varón por las razones antes aludidas y por algunas ideologías sociales tales como “que la mujer rinde menos porque debe también atender a su familia”, ideología que no cuenta con un sustento lógico que lo soporte.

¿De qué nos sirve un título especial protector del trabajo de la mujer si no garantizamos, o por lo menos facilitamos, el acceso de la misma a la fuente de trabajo?

Cabe aquí reflexionar respecto a lo establecido en el artículo tercero de LFT que a la letra dice: *El trabajo es un derecho y un deber social. No es un artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe prestarse en condiciones que aseguren la vida, la salud, y un nivel decoroso de vida para el trabajador y su familia.* Teniendo en cuenta las consideraciones antes esgrimidas parece redundante el manifestar que este artículo es a todas luces ineficaz.

Solo nos resta puntualizar lo referido en los párrafos precedentes, de la forma que a continuación se expone:

- La LFT protege el trabajo de la mujer atendiendo a los principios de igualdad y equidad frente al varón. Con ello, aparentemente, no se subordinan ni enaltece el trabajo de uno género en particular, sino que se pretende establecer un trato balanceado que se traduzca en un bienestar social.
- La forma en que la LFT protege el trabajo femenino no ha sido la más atinada, ya que, repercute en perjuicio de la mujer de *facto*, impidiendo en no pocas ocasiones el acceso al trabajo. A ello se debe la constante

petición del certificado de gravidez.

- Las prerrogativas estipuladas a favor de la mujer constituyen una protección mínima, y no, una protección adecuada y estimulante a la vinculación de los roles familiar y laboral.

IV. LA MATERNIDAD EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL MEXICANO

1. Hecho generador de las prestaciones por maternidad

El rubro *Enfermedades y Maternidad* de la LSS, sirve de preámbulo al señalamiento de aquellas contingencias no profesionales que se traducen en una enfermedad o accidente sufrido por el trabajador fuera de su actividad laboral o por sus familiares en cualquier tiempo, así como, al acto de alumbramiento y su protección pre y post parto. Dicha rama de aseguramiento es probablemente la de mayor importancia dentro del derecho de los seguros sociales dada su constante actualización:

De todos los servicios que cotidianamente brinda el IMSS al usuario, el más representativo, el que más aglutina recipientarios –alrededor de la mitad de los mexicanos --, y el más sentido por la comunidad en general, lo que constituye sin duda la atención médica institucional proporcionada por dicho ente asegurador en la rama del seguro de enfermedades y maternidad.²⁰

Aunque desde el punto de vista médico algunos tratadistas manifiestan que la maternidad puede equipararse a una enfermedad dado que en ambas existe alteraciones en las condiciones regulares de salud, no es menos cierto que la trascendencia de algunos hechos jurídicos no deriva en sí de la naturaleza del hecho mismo, sino de las repercusiones que de tal acontecimiento se derivan. En este orden de ideas, la maternidad, no sólo se trata de un acontecimiento más, sino de uno muy especial dada la trascendencia que implica para la especie

²⁰ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social, op. cit.*, nota 83, p. 545.

humana su supervivencia y la inserción de un nuevo miembro a la dinámica social.

Cuando hacemos alusión a hecho generador de las prestaciones por maternidad, queremos tratar lo referente a cuáles son aquellos acontecimientos del mundo fáctico que hacen que se actualice la hipótesis normativa y que se genere la consecuencia de derecho, que en este caso, es equivalente a un conjunto de prestaciones pecuniarias y en especie a las que nos referiremos más adelante. Villoro Toranzo define los hechos jurídicos como *“los sucesos temporales y espacialmente localizados, que provocan, al ocurrir, un cambio en la realidad jurídica existente”*.²¹

Consideramos pertinente iniciar esta parte de nuestra exposición formulando las siguientes interrogantes ¿Cuáles son aquellos acontecimientos a partir de los cuales tenemos por actualizada la hipótesis de las que derivan las prestaciones por maternidad? Más aún ¿Cómo se justifica la imputación de dichas prestaciones a tal o cuál hecho?

Conforme al artículo 61 fracción primera de la LGS, la maternidad comprende el periodo de parto, de embarazo y de puerperio, a partir de este enunciado podemos inferir que para las leyes de seguridad social mexicanas el hecho generador de prestaciones de maternidad es el embarazo, ello, porque de no acontecer el mismo la mujer no puede ser protegida en los periodos señalados en la LGS. Luego, el varón, interviene sólo como punto de referencia para otorgar las prestaciones respectivas a su pareja o familiar próximo.

La LISSSTE, en su artículo tercero fracción primera inciso b) establece como obligatorio el seguro de salud para la atención médica curativa y de la maternidad, lo que nos permite darnos cuenta que la maternidad es atendida, por esta legislación, únicamente desde la perspectiva de un estado fisiológico. Respecto a la ley del ISSFAM, si bien no existe norma que nos defina qué es la maternidad, podemos inferir sus alcances a partir del contenido del artículo 149, el cuál, señala que las prestaciones por maternidad *comprenden la consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto; atención del*

²¹ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005, p. 333.

infante y ayuda a la lactancia, lo que se traduce también, en la comprensión de la maternidad exclusivamente como un estado fisiológico de la mujer. La LSS en su artículo once fracción segunda establece que el régimen obligatorio comprende el seguro de enfermedades y maternidad. Por su parte el Art. 28, en la 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 la lactancia*. Consideramos que esta definición subsume lo que tanto el ISSSTE como el ISSFAM comprenden de *facto* como maternidad.

La protección a la maternidad en los institutos se realiza en tres momentos: pre-parto (mediante seguimiento médico del embarazo y el descanso concedido por la ley), en el alumbramiento (mediante la atención gineco-obstétrica) y, posparto (mediante la ayuda a la lactancia y el descanso por el periodo establecido por la ley).

Finalmente, un claro ejemplo de tratamiento frío y falta de humanidad en relación a la maternidad, lo encontramos en el Contrato Colectivo de Trabajo CFE-SUTERM 2008-2010, documento que aborda la maternidad en los siguientes términos:

CLÁUSULA 62.- RIESGOS NO PROFESIONALES...Riesgos no profesionales son los accidentes, enfermedades y en general las alteraciones de la salud física o mental que sufran los trabajadores, originados por causas ajenas a su trabajo...En los casos de riesgos no profesionales, la CFE tendrá las siguientes obligaciones con los trabajadores que los sufran: I.- SALARIOS, PRESTACIONES Y ATENCION...c) Proporcionar atención médica y medicinas al trabajador durante un plazo máximo de 52 semanas para la misma enfermedad...La atención médica y medicinas comprenderá específicamente los siguientes aspectos:...8.- Servicio de ginecología y obstetricia.- Las trabajadoras disfrutarán de licencia con pago de salario íntegro por doce semanas, que se iniciará antes o después del parto, según convenga a la salud de la trabajadora y que podrá ampliarse anticipándose o prorrogándose por el tiempo necesario a juicio del ginecólogo u obstetra que le preste atención.

Como podemos observar en el texto anterior, en una clasificación que va de lo general a lo particular, en primera instancia la maternidad es comprendida como un riesgo profesional en lugar de cómo una contingencia, vocablos que tienen una

connotación y alcances distintos dado que el riesgo implica un siniestro, calificativo, que no es propio para la maternidad, en tanto que el concepto de contingencia resulta más amable por su amplitud. En segunda instancia, como puede apreciarse en el inciso c) se habla de la atención médica y en el mismo párrafo se hace una precisión general en torno a las enfermedades, así, los numerales, por orden lógico, tienen la función de describir el contenido del inciso c) vislumbrando a la maternidad únicamente desde la perspectiva fisiológica, lo que conlleva a que se hable de la misma como si fuese un aflicción que es necesaria atender y no como un acontecimiento fisiológico y sociológico cuyas implicaciones van más allá de la atención gineco-obstétrica.

El problema, no ha radicado en que se proteja la integridad física de la mujer en relación al embarazo y las prerrogativas laborales de las que goza la misma, sino que, los legisladores no consideraron ni los efectos colaterales que acarrearía dicha determinación (predilección por la contratación masculina sobre la femenina, petición del certificado de no gravidez para acceder a la fuente de trabajo, etc.), ni las implicaciones que tiene un acontecimiento de esta naturaleza en la vida familiar y, como consecuencia, en la sociedad en general (no contemplaron supuestos como la participación equitativa de la pareja respecto al cuidado de los hijos, la viudez masculina a raíz del parto, etc.). Mendizábal Bermúdez, se pronuncia respecto a la problemática a la que nos referimos en los siguientes términos:

Bien vale la pena preguntarnos el motivo del descanso forzoso pre y postparto, así como del pago del salario íntegro. El origen radica en el reconocimiento que los legisladores conceden al propio estado de gravidez de la madre en las últimas semanas de gestación, donde se requiere de mayores cuidados, menor actividad física...y el periodo postparto es el lapso que se destina a la recuperación física de la madre tras el alumbramiento; sin embargo, en la actualidad las prestaciones del seguros social no se limitan a satisfacer las necesidades de salud o falta de ingreso económico de los trabajadores, tienden a elevar la calidad de vida de sus asegurados...²²

²² Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad social en México, op. cit.*, nota 84, p.273.

En pocas palabras, la maternidad, es más que una incapacidad temporal de trabajo sufrido por la mujer en la que es menester proteger su salud y la del producto. Es un hecho generador de posibilidades; con cada nacimiento emerge una expectativa de ciudadano íntegro con espíritu de solidaridad y respeto a sus semejantes o, por el contrario, un individuo que tienda a la delincuencia o el sedentarismo. Ya hemos establecido que la familia cumple funciones de socialización y protección del individuo, así pues, la formación humana es inversamente proporcional a la calidad como que los padres asuman y se ocupen de esa tarea. Luego, es pertinente asociar familia a trabajo en el sistema jurídico, ello, implicará un avance social, y no sólo, meramente capitalista.

2. Sujetos que pueden acceder a las prestaciones por maternidad

En este apartado pretendemos establecer quiénes son aquellos sujetos que están en condición de acceder a las diversas prestaciones que del rubro maternidad se desprenden. Dichos sujetos pueden ser denominados de diversas maneras dependiendo las características especiales que los ligen al hecho generador y varían dependiendo de la ley que se trate, asimismo, el significado de dichas denominaciones, en algunos casos, diverge de una legislación a otra. Los principales términos utilizados por las legislaciones de los seguros sociales en nuestro país son: derechohabiente, beneficiario, asegurado y pensionado. A continuación analizaremos dicha terminología a partir de las leyes del IMSS, ISSSTE e ISSFAM.

La LSS enuncia, en su artículo 5A fracción XI, que asegurado es *el trabajador o sujeto de aseguramiento inscrito ante el instituto, en los términos que la misma ley establece*. La LISSSTE no maneja dicho término, en tanto que la LISSFAM si lo utiliza pero no da ninguna definición para aclarar el mismo.

El término derechohabiente, de conformidad con el artículo 5A fracción XIII de la LSS, hace alusión *al asegurado, el pensionado y los beneficiarios de los ambos, que en términos de la ley tengan vigente su derecho a recibir las prestaciones del instituto*. La LISSSTE, por su parte, considera como

derechohabiente de conformidad con lo establecido en el artículo 6º fracción VIII a *los trabajadores, pensionados y familiares derechohabientes*. La ley del ISSFAM comprende por derechohabiente de conformidad con su artículo 4º fracción VI a los familiares en primer grado (esposa, esposo, concubina, concubinario, hijos, madre, padre y, en algunos casos hermanos) del militar, que tienen derecho a los beneficios estipulados en la ley antes referida.

Cuando aludimos a beneficiario, de conformidad con lo establecido en el artículo 5A fracción XII de la LSS, *nos referimos al cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado* señalados en dicha ley. Por su parte, la LISSSTE no utiliza el término beneficiario, sino familiares derechohabientes, y con el mismo, de conformidad con el artículo 6º, fracción XII, denomina *al cónyuge, la concubina, los hijos y ascendientes del trabajador que se benefician de las prestaciones o servicios de este instituto*. La ley del ISSFAM señala en su artículo 4º fracción VII que debe entenderse por beneficiario, *la persona en cuyo favor se ha designado un beneficio económico por voluntad expresa del militar*.

El término pensionado es usado por la LSS en su artículo 5A fracción XIV, para referirse al *asegurado que por resolución del Instituto tiene otorgada pensión y a los beneficiarios de aquél cuando por resolución del Instituto tengan otorgada pensión de viudez, orfandad, o de ascendencia*. La LISSSTE no da una definición respecto de lo que debe entenderse por pensionado, sin embargo, alude a dicho término en su artículo 6º fracción XVIII, señalando, que pensionado es *toda persona a la que la ley le reconozca tal carácter*, dichas personas pueden ser aquellas que gocen de un beneficio económico a causa de un accidente o enfermedad de trabajo, por retiro, cesantía en edad avanzada, por vejez, por invalidez, orfandad o por viudez. Finalmente, aunque la LISSFAM señala el derecho a percibir como prestación una pensión en su artículo 18 fracción II; no da una definición de lo que es pensionado, pero sí, de lo que debe entenderse por pensión, definiéndola en su artículo veintiuno como *la prestación económica vitalicia a que tienen derecho los familiares de los militares en los casos y*

condiciones que fije la ley (del LISSFAM); por lo que respecta a los militares, las prestaciones que para otras legislaciones se utiliza el término pensión, son sustituidas por el término haber de retiro por lo que el término de pensionistas se restringe exclusivamente a los familiares del militar.

Como podrá apreciarse la terminología empleada por las diversas legislaciones no es homogénea; ello, provoca un clima de imprecisión en los ejercicios de legislación comparada.

Por asegurado, nos referiremos al militar en activo o al trabajador inscrito en un instituto, susceptible de gozar diversas prestaciones y que constituye referente para el otorgamiento de prestaciones a otros sujetos. Por beneficiarios nos referiremos a los sujetos que reciben prestaciones por estar vinculados con el asegurado, trabajador pensionado o militar en retiro. El término derechohabiente lo utilizaremos para referirnos de forma indistinta a todo sujeto (asegurado o beneficiario) susceptible de percibir prestaciones de un instituto. Por lo que respecta al término pensionado, lo usaremos para señalar a aquellos asegurados o militares en retiro beneficiados por una pensión, en el caso de los primeros, o haber, en el caso de los segundos. Asimismo utilizaremos también el término pensionado para referirnos a aquellos que reciben pensión por viudez, orfandad u ascendencia, pero en este caso, siempre haremos la precisión correspondiente. Cabe la aclaración de que cuando hagamos referencia a un instituto de seguridad social en particular, privilegiaremos los términos conforme al criterio de cada legislación para no incurrir en imprecisiones.

Una vez que hemos expuesto brevemente las nociones de los sujetos que interactúan en las legislaciones de los seguros sociales mexicanos, podemos entrar al análisis de quiénes son los beneficiarios de las diversas prestaciones que por maternidad otorgan los institutos de seguridad social en nuestro país. Así, atendiendo al contenido de los artículos 84 y 95 de la LSS, 39 de la LISSSTE y 149 de la LISSFAM, podemos manifestar lo siguiente:

1. Las tres legislaciones coinciden en que las trabajadoras tienen acceso a las prestaciones tanto económicas como en especie por maternidad, ello, en tanto se actualice el hecho generador *embarazo*.

2. Las legislaciones son coherentes en el entendido de que todas otorgan las prestaciones en especie por maternidad a las pensionadas. Es importante señalar que de la interpretación literal del artículo 39 de la LISSSTE,²³ se comprende que la prestaciones en especie por maternidad deben otorgarse también a las pensionadas por causa de orfandad, viudez o por ascendencia; lo anterior, en el entendido de que, como ya lo manifestamos, la LISSSTE se restringe sólo a señalar que por pensionado debe entenderse *toda persona que la ley reconozca con tal carácter* conforme al artículo 6º fracción XVIII.
3. Las tres legislaciones contemplan a la cónyuge o concubina del asegurado o pensionado (por incapacidad permanente total o parcial, cesantía en edad avanzada, vejez o invalidez), sólo con acceso a prestaciones en especie. Respecto a lo que debe entenderse por concubina, las tres legislaciones señalan a aquella mujer con quien se ha hecho vida marital durante cinco años, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan

²³ Artículo 39. La mujer Trabajadora, la pensionada, la cónyuge del Trabajador o del Pensionado o, en su caso, la concubina de uno u otro, y la hija del Trabajador o Pensionado, soltera, menor de dieciocho años que dependa económicamente de éstos, según las condiciones del artículo siguiente, tendrán derecho a:

I. Asistencia obstétrica necesaria a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo. La certificación señalará la fecha probable del parto para los efectos del artículo 28 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional;

II. Ayuda para la lactancia cuando, según dictamen médico, exista incapacidad física o laboral para amamantar al hijo. Esta ayuda será proporcionada en especie, hasta por un lapso de seis meses con posterioridad al nacimiento, y se entregará a la madre o, a falta de ésta, a la persona encargada de alimentarlo, y

III. Con cargo al seguro de salud, una canastilla de maternidad, al nacer el hijo, cuyo costo será señalado periódicamente por el Instituto, mediante acuerdo de la Junta Directiva.

libres de matrimonio.

4. Finalmente, la divergencia más radical que se observa en las leyes de los seguros sociales, es la protección a la maternidad tratándose de los parientes consanguíneos en primer grado del asegurado y pensionado. En dicha hipótesis observamos la siguiente reglamentación:
 - a. Por lo que respecta a la LSS y la LISSSFAM, las mujeres, parientes del asegurado y pensionado en primer grado, quedan excluidos de manera absoluta de las prestaciones por maternidad.
 - b. La LISSSTE, brinda protección a la hija del asegurado o pensionado, soltera, menor de dieciocho años que dependa económicamente de estos.

Por otro lado, con fecha 28 de mayo del año del 2009, el la Secretaría de Salud, el IMSS y el ISSSTE, celebraron un convenio cuyo objeto es la provisión de *servicios de salud a través de sus unidades médicas a todas las mujeres en edad gestacional que presenten una emergencia obstétrica con el fin de abatir la mortalidad materna a nivel nacional.*²⁴ En virtud de dicho convenio, el ISSSTE y el IMSS se comprometen, en palabras del presidente de la república, a atender *gratuitamente en sus instalaciones a cualquier mujer, sea o no sea beneficiaria, sea o no sea asegurada, que sufra alguna complicación durante el proceso de gestación.*²⁵

En otro orden de ideas, es importante tener en cuenta, que como ya lo hemos mencionado, es que el varón únicamente interactúa como referente para el otorgamiento de prestaciones a su cónyuge o hija, sin embargo, en nuestro país comienzan a verificarse los primeros vestigios respecto a una nueva

²⁴ Cláusula primera del Convenio General de Colaboración celebrado por la Secretaría de Salud, el IMSS, y el ISSSTE el 28 de mayo de 2009.

²⁵ Véase, *Versión estenográfica del discurso del licenciado Felipe Calderón Hinojosa, Presidente de la República, durante la ceremonia de conmemoración del Día Internacional de la Salud de la Mujer*, En:http://www.issste.gob.mx/website/comunicados/discursos/2009/may28_2009.html Fecha: 20 de junio de 2009.

reglamentación del acto de alumbramiento y sus efectos colaterales. El Contrato Colectivo de trabajo celebrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social 2007 – 2009, otorga prerrogativas a los padres por nacimiento de sus hijos conforme al artículo que a continuación transcribimos:

Artículo 65. El Instituto concederá permisos económicos a sus trabajadores, como lo dispone la Cláusula relativa del Contrato Colectivo de Trabajo, hasta por tres días con goce de salario, cuando existen causas personales o familiares de fuerza mayor que los imposibiliten para presentarse a sus labores:...

II. Las causas de fuerza mayor que darán derecho para la concesión de uno a tres días, son las siguientes:...

b) Por nacimiento de hijos del trabajador...

Con esta disposición encontramos en un instrumento jurídico mexicano una prerrogativa que reconoce y coadyuva con el ejercicio a la paternidad, sin embargo, los alcances de la presente disposición siguen siendo del todo restrictivos puesto que sólo benefician a un sector sumamente reducido del total de los trabajadores mexicanos y resulta a todas luces insuficiente para considerarse como una buena reglamentación del ejercicio de la paternidad.

3. Requisitos para acceder a las prestaciones por maternidad

Cuando nos referimos a los requisitos para acceder a las prestaciones por maternidad, aludimos a aquellas circunstancias que deben de concurrir en torno al acto de alumbramiento para que un sujeto pueda acceder a las prestaciones por maternidad.

El primer requisito es que exista una relación de trabajo de carácter formal, es decir, que la actividad laboral se realice²⁶ respetando los mínimos legales a los

²⁶ Se entiende por empleo formal: “Ocupación laboral dentro del sector laboral, pactada a través de un contrato donde se contemplan, por lo menos, los mínimos legales en salario, prestaciones, jornadas de trabajo y protección social.”

trabajadores entre los cuales se encuentra la inscripción al instituto de seguro social correspondiente. Por lo que respecta a todas aquellas personas que no tienen acceso a los servicios de los seguros sociales, pueden acceder a la atención médica en instituciones de asistencia social, o a los servicios médicos de carácter privado.

Una vez nacida la relación laboral, el patrón es responsable de otorgar los servicios de salud a sus trabajadores en tanto no sea subrogado en dicho deber por una institución de seguridad social mediante la inscripción del trabajador al mismo. El artículo 88 de la LSS literalmente establece: *El patrón es responsable de los daños y perjuicios que se causaren al asegurado, a sus familiares derechohabientes o al Instituto, cuando por incumplimiento de la obligación de inscribirlo o de avisar los salarios efectivos o los cambios de éstos, no pudieran otorgarse las prestaciones en especie y en dinero del seguro de enfermedades y maternidad, o bien cuando el subsidio a que tuvieran derecho se viera disminuido en su cuantía.*

Para acceder a las prestaciones que los diversos institutos otorgan a raíz de la maternidad se requiere cumplimentar los siguientes requisitos:

1. Conforme a lo establecido en la LSS, para tener acceso a las prestaciones en especie basta su sola afiliación²⁷ y la sujeción a las prescripciones y tratamientos médicos indicados por el instituto,²⁸ en tanto que para acceder a las prestaciones económicas, de conformidad con los artículos 102, se requiere:
 - a. Que se haya certificado por el instituto correspondiente el embarazo y la fecha probable de alumbramiento.
 - b. Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el

<http://www.conasami.gob.mx/Archivos/MARCO%20JUR%C3%8DDICO/PROGRAMA%20NAL%20POLITICA%20LABORAL.pdf> Fecha: 22 de mayo de 2009.

²⁷ En la afiliación, en el caso de la esposa o concubina del asegurado, deberán de demostrar la dependencia económica tal y como lo establece la última parte del artículo 84 de la LSS.

²⁸ Véase el artículo 86 de la LSS.

periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio.

- c. Que no se ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.
2. LISSSTE: De conformidad con lo establecido en los artículos 39 fracción I y 40 para tener acceso a las prestaciones en especie, deben cumplimentarse los siguientes requisitos:
- a. Que se haya certificado por el instituto correspondiente el embarazo y la fecha probable de alumbramiento.
 - b. Que durante los seis meses anteriores al parto se hayan mantenido vigentes sus derechos o los del trabajador o pensionado del que se deriven estas prestaciones.

En el caso de que la trabajadora no cumpla con el requisito de seis meses de antigüedad, la dependencia o entidad de su adscripción, cubrirá el costo del servicio de acuerdo con el tabulador que autorice la junta directiva del instituto.

En el caso del ISSFAM, para tener acceso a las prestaciones en especie, se requiere sólo de la afiliación. Por otra parte, derivado del contenido del artículo 152, es necesario que se certifique, por el instituto correspondiente, el estado de gravedad y la fecha probable de alumbramiento, ello, con la finalidad de poner a salvo las prestaciones pecuniarias que se derivan de tal acontecimiento.

Es pertinente cuestionamos respecto a si existen mujeres mexicanas de primera y segunda clase, en el entendido de que las mujeres afiliadas al ISSSTE deben cotizar por un periodo menor en comparación a las mujeres afiliadas al IMSS, asimismo, bajo la LISSFAM ni siquiera se requiere de tiempo mínimo de cotización.

¿Cuál es la razón para no exigir a las trabajadoras afiliadas a los distintos institutos los mismos requisitos para acceder a las prestaciones por maternidad? Una respuesta acelerada sería la que hace alusión a la falta de recursos, sin embargo, ello no justifica que los pocos recursos existentes deban repartirse de forma desigual dependiendo del instituto de seguridad social de que se trate.

Consideramos que no existe razón que valga para hacer tal diferenciación

ya que si bien unas trabajadoras lo son del sector privado y otras del sector público, a fin de cuentas los sueldos y prestaciones de estas últimas se financian con los impuestos pagados, en gran parte, por las primeras.

4. Prestaciones por maternidad

Las prestaciones otorgadas por los institutos pueden ser de dos tipos: pecuniarias o en especie. Las primeras comprenden un subsidio económico otorgado por los institutos a las madres trabajadoras, en tanto que las segundas, comprenden diversos bienes no pecuniarios y servicios otorgados por los institutos a toda beneficiaria por los seguros de maternidad. Las prestaciones en especie otorgadas por los institutos pueden ser resumidas de la siguiente manera:

LSS Art. 94	LISSSTE Art.39	LISSFAM Art. 149, 150 y 151
Asistencia Obstétrica		Consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto y atención del infante.
Ayuda para la lactancia por seis meses.	Ayuda para la lactancia por seis meses (sólo cuando exista incapacidad de la madre para amamantar al menor).	
Canastilla al nacer el hijo. Sólo en el caso de la asegurada o pensionada.	Canastilla al nacer el menor.	

Como ya lo hemos manifestado, a partir del convenio de fecha 28 de mayo del año del 2009, cualquier mujer podrá ser atendida de actualizarse una emergencia obstétrica del embarazo, parto o puerperio,²⁹ y aún sin ser

²⁹ La emergencia obstétrica del embarazo, del parto y puerperio es definida como: “Estado nosológico que pone en peligro la vida de la mujer durante la etapa

derechohabiente, en instalaciones del ISSSTE, IMSS y en los hospitales dependientes de la secretaría de salud.³⁰ Conforme a la cláusula tercera del mismo convenio, los institutos se obligan fundamentalmente a lo siguiente:

grávido-puerperal y/o al producto de la concepción que requiere de atención médica y/o quirúrgica inmediata por personal médico calificado, adscrito a hospitales con capacidad resolutive suficiente para atender la patología de que se trate". Se puede generar una emergencia en los siguientes casos:

- A. En cualquier momento del embarazo o el puerperio: Hígado graso agudo del embarazo; trombosis venosa profunda en puérpera; hipertiroidismo con crisis hipertiroidea, embarazo y cardiopatía clase funcional de NYHA (por sus siglas en inglés New York Heart Association) II, III y IV.
- B. Primera mitad del Embarazo: Aborto séptico, embarazo ectópico.
- C. Segunda mitad del embarazo con o sin trabajo de parto: Preeclampsia severa, con manejo inicial durante 4 a 6 horas y pobre respuesta; preeclampsia severa complicada con Síndrome de Hellp o insuficiencia renal aguda; eclampsia; placenta previa total con o sin sangrado activo, cualquiera que sea la edad gestacional y, el hospital no cuenta con cirujano, ni ginecobstetra; corioamnioitis.
- D. Complicaciones posteriores al evento obstétrico o quirúrgico: sepsis puerperal, variedades clínicas de la deciduomiometritis o pelviperitonitis; inversión uterina que requiera reducción quirúrgica; hemorragia intraabdominal posquirúrgica de cesáreas o histerectomía; trombosis venosa profunda de miembros pélvicos; tromboembolia pulmonar; embolia de líquido amniótico.
- E. Otra patología médica u obstétrica, aguda o crónica que comprometa la vida de la madre o del producto de la concepción y que requiere recibir atención de emergencia (inmediata). Cláusula segunda del Convenio General de Colaboración celebrado por la Secretaría de Salud, el IMSS, y el ISSSTE el 28 de mayo de 2009.

³⁰ Cláusula primera del Convenio General de Colaboración celebrado por la Secretaría de Salud, el IMSS, y el ISSSTE el 28 de mayo de 2009.

- A prestar atención expedita a las mujeres en edad gestacional que presenten una emergencia obstétrica, solicitada de manera directa o a través de la referencia de otra unidad médica, en las unidades médicas con capacidad para la atención de emergencias obstétricas, sin tomar en consideración su derechohabiencia o afiliación a cualquier esquema de aseguramiento.
- En caso de que el producto de la concepción presente alguna patología al nacimiento, será atendido en forma expedita en la unidad médica receptora hasta su estabilización, momento en que se realizará su traslado a la institución que le corresponda por derechohabiencia o afiliación.

En otro orden de ideas, por lo que respecta al otorgamiento de la ayuda para la lactancia, el contrato colectivo de trabajo celebrado por el IMSS y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social 2007 – 2009, resulta más generoso, ya que en la cláusula 77 fracción II, establece como una prestación por maternidad el suministro de leche durante los primeros diez meses de edad del niño.

Por lo que a las prestaciones económicas se refiere, pueden esquematizarse de la manera que a continuación se presenta:

LSS Art. 101	LISSSTE	LISSFAM Art. 152
Derecho a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días después.	No lo menciona expresamente, sin embargo es una obligación del patrón que se deriva del artículo 123 apartado B fracción XI inciso C), mismo que señala que las trabajadoras gozarán forzosamente de un mes	Derecho a disfrutar de un mes de licencia anterior a la fecha probable del parto, y de dos meses posteriores al mismo para la atención del infante, con goce de sueldo integro.

	de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro.	
--	--	--

En el caso de que la mujer se encuentre imposibilitada para trabajar a causa del embarazo o del parto, y por tal motivo sea necesario prorrogar los periodos de descanso estipulados en la legislaciones que tratan la materia, la LFT señala en su artículo 170 fracción segunda que los periodos de descanso se prorrogaran por el tiempo que sea necesario, tiempo en el cual, la mujer tendrá derecho a percibir el cincuenta por ciento de su salario por un periodo no mayor a sesenta días, luego de los cuales, la madre trabajadora tendrá acceso a un subsidio equivalente a la cantidad que se le otorgaría en el caso de que se tratase de una enfermedad.

Por otra parte, cuando el parto se adelantase, con respecto a la fecha señalada por el instituto como la probable para el alumbramiento, la mujer trabajadora no podrá reclamar los días que no disfruto en el período pre-parto, al respecto, Cazares García explica: *“...el legislador lo que quiso proteger es la salud de la mujer trabajadora y de su futuro hijo mediante un descanso anterior al alumbramiento, por lo que si ese periodo se acorta, independientemente del motivo, el fin propuesto ya se cumplió; sin que tampoco haya lugar al pago de los días que ya no se disfrutarán”*.³¹

El problema que acarrea el establecimiento del término legal no superior a las doce semanas, es que niega a la mujer la posibilidad de experimentar su maternidad en plenitud, o por lo menos, la restringe a las seis u ocho semanas posteriores al parto. Es propicio cuestionarnos ¿es suficiente la atención maternal

³¹ Cázares García, Gustavo, *Derecho de la seguridad social*, México, Ed. Porrúa, 2007, p. 356.

de seis u ocho semanas antes de desprenderse del menor para entregarlo en cuidado a otra persona?

Una solución a esta problemática puede contemplar la posibilidad de ausentarse del trabajo por un periodo más largo, en dicho periodo, la mujer estaría en condiciones de reestructurar su vida familiar en beneficio de sí misma y de sus seres queridos.

La única posibilidad que parece tener la mujer para poder apartarse de su trabajo es la que se desprende de la interpretación de la fracción VI del artículo 170 de la LFT, que otorga a la mujer la prerrogativa de regresar al puesto que venía desempeñando siempre que no haya trascurrido más de un año de la fecha del parto, sin embargo, hasta ahí quedaría la prerrogativa, dado que en el caso de no estar mermada de su salud, consecuencia del parto, no tendrá derecho a ninguna clase de subsidio por parte del instituto.

Otro tratamiento es el que tienen las trabajadoras de PEMEX, dado que el Contrato Colectivo de Trabajo celebrado por Petróleos Mexicanos y el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana 2007-2009, establece las siguientes prerrogativas a favor de las mismas:

CLÁUSULA 90. En los casos de maternidad, las trabajadoras sindicalizadas tendrán derecho a las prestaciones siguientes:...

b) Las trabajadoras percibirán salario ordinario y demás prestaciones de este contrato, durante los 45 - cuarenta y cinco- días de descanso antes de la fecha del parto y los 60 -sesenta- días después del mismo.

En los casos de parto en que el descanso prenatal se disfrute con un lapso inferior a 45 -cuarenta y cinco- días, el patrón se obliga a permitir que la trabajadora disfrute después del parto los días que le faltaron para completar los 45 -cuarenta y cinco- días a que tiene derecho antes del parto.

En el caso en que la trabajadora agote el término de 45 -cuarenta y cinco- días de descanso prenatal sin que se realice el parto, seguirá gozando de su salario y prestaciones, íntegramente, hasta que el parto ocurra.

La disposición antes transcrita otorga prestaciones que son superiores a las consignadas por las diversas legislaciones de los seguros sociales, sin embargo, sólo benefician a un sector limitado de las trabajadoras y no contemplan la concesión de subsidio alguna para la madre que desee apartarse del trabajo por un determinado periodo para abocarse de tiempo completo al cuidado de su

familia.

Mención especial nos merecen las normas reguladoras de la maternidad contenidas en el Estatuto Jurídico de los Trabajadores al Servicio de los Gobiernos del Estado de Aguascalientes, sus Municipios y Organismos Descentralizados y Ley de trabajo de los servidores públicos del estado de guerrero numero 248, mismos que establecen que la mujer que adopte a un menor gozará de doce semanas de descanso (siempre y cuando el menor adoptado sea menor a las seis semanas de edad por lo que respecta a la legislación de guerrero antes mencionada) y de dos periodos extraordinarios de descanso durante el periodo de lactancia.

Otro ejemplo de legislación que concede prestaciones por adopción, aunque de manera menos generosa con respecto a las legislaciones mencionadas en el párrafo anterior, es la Ley de los trabajadores al servicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, de los ayuntamientos y organismos descentralizados del estado de Quintana Roo, cuyo artículo 35 señala que las madres trabajadoras que adopten gozarán de veinte días de descanso con goce de salario integro.

Por lo que atañe al Estado de Morelos, la Ley del Servicio Civil del Estado de Morelos en su artículo 55 B establece:

Artículo *55 B.- Las mujeres embarazadas, por concepto de maternidad, disfrutarán de un período de descanso de noventa días naturales contados a partir de la fecha de expedición del certificado médico de incapacidad; deberá procurarse que treinta días correspondan antes de la fecha aproximada fijada para el parto y sesenta después del mismo.

En caso de maternidad por adopción, con fines de adaptación con su menor hijo, la madre gozará de una licencia de cuarenta y cinco días naturales.

En todo caso, la madre conservará el pago salarial integro, su empleo, cargo o comisión y, en general, no podrán ser suspendidos o disminuidos sus derechos de trabajo y seguridad social.

La violación a estas disposiciones, será considerada como despido injustificado.

Aún cuando dicha disposición adolece de diversos defectos tales como que no establece el momento a partir del cual comenzará a correr el periodo de

descanso en caso de adopción, es loable que una legislatura local no se atenga al mínimo de prestaciones establecidas por en las disposiciones federales. Por otra parte, no nos parece oportuno equiparar al despido injustificado la violación a las prerrogativas concedidas por maternidad; ello, debido a que la naturaleza y consecuencias del despido injustificado son materia laboral, en tanto que las prestaciones por maternidad son materia del derecho de la seguridad social. En todo caso, debe mediar una instancia administrativa que valore de manera sumaria la situación de la trabajadora y le brinde la protección requerida, asimismo, es cierto que el despido injustificado puede presentarse a la par de la negación del otorgamiento de las prestaciones, aún así, no puede subordinarse la una a la otra porque como ya lo hemos dicho su naturaleza es diversa.

Cabe una crítica más en el sentido de que no sólo la mujer es susceptible de adoptar, sino también, el varón, en este sentido el hombre no tiene oportunidad de tomarse un tiempo para adecuarse a la nueva situación. No obstante, la misma legislación en comento, implementa disposiciones para el ejercicio de la paternidad de la manera siguiente:

Artículo *55 D.- Los cónyuges o concubenarios, por concepto de paternidad y con el propósito de ayudar a la madre en las tareas posteriores al parto o adopción, disfrutarán de un período de quince días naturales con goce de salario integro; al efecto, el área de recursos humanos de la entidad en que preste sus servicios, reglamentará las medidas de comprobación, vigilancia y control necesarias para el cumplimiento del fin.

Nuevamente reiteramos que es loable y satisfactorio encontrar este tipo de esfuerzos en las legislaturas locales, sin embargo, el precepto no es preciso en el señalamiento del momento en el comienza a correr el goce de la prestación para el descanso por paternidad. Asimismo, en el caso de que sea el cónyuge o concubino de la trabajadora el que adoptase, la mujer no tiene derecho a descanso alguno.

5. Protección de riesgos en el embarazo

En este apartado queremos abocarnos a puntualizar aquellas disposiciones tendientes a evitar poner en peligro la salud de la mujer embarazada y del menor no nato en el trabajo durante el periodo de gestación. Dichas disposiciones, están contenidas en el texto constitucional y en las legislaciones federales reglamentarias del trabajo.

Por lo que al texto constitucional se refiere, el apartado A fracción V y el apartado B fracción XI inciso c del artículo 123 establecen que *las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación.*

Dichos mandatos constitucionales son atendidos por artículo 14 fracción III de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, misma que señala que serán condiciones nulas y no obligarán a los trabajadores, aún cuando las admitieren expresamente, las que estipulen una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva o peligrosa para la salud de la trabajadora embarazada o el producto de la concepción.

Por su parte, el artículo 166 de la Ley Federal del Trabajo, atiende al texto constitucional, en el siguiente tenor: Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias. Como puede apreciarse la protección ofrecida por la LFT no se limita al mandato constitucional; es sumamente loable que comprenda no sólo la protección durante el embarazo, sino también, durante la lactancia.

Las labores peligrosas o insalubres son, conforme al contenido del artículo 167 de la LFT, *aquellas que por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud*

física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto. Conforme al artículo 170 fracción I del mismo ordenamiento, las madres trabajadoras durante el periodo de embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable 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.

Ante este panorama se protege la salud de la mujer imposibilitándola para realizar labores en las siguientes hipótesis:

- Cuando el trabajo exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación.
- Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer o la del producto durante la lactancia.
- Cuando se trate de trabajo nocturno industrial.
- En establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche.
- En horas extraordinarias.

Asimismo, el patrón tiene la obligación, conforme al artículo 172 de la LFT, de mantener un número suficiente de asientos o sillas a disposición de las madres trabajadoras.

Por su parte, el *Reglamento federal de seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo*, es más explícito en las labores que están prohibidas a las mujeres en estado de gravidez y en el periodo de lactancia, señalando de manera textual lo siguiente:

ARTICULO 154. No se podrá utilizar el trabajo de mujeres gestantes en labores donde:

- I. Se manejen, transporten o almacenen sustancias teratogénicas o mutagénicas;
- II. Exista exposición a fuentes de radiaciones ionizantes, capaces de producir contaminación en el ambiente laboral, de conformidad con las disposiciones legales, los reglamentos o Normas aplicables;
- III. Existan presiones ambientales anormales o condiciones térmicas ambientales alteradas;
- IV. El esfuerzo muscular que se desarrolle pueda afectar al producto de la concepción;
- V. El trabajo se efectúe en torres de perforación o en plataformas marítimas;

VI. Se efectúen labores submarinas, subterráneas o en minas a cielo abierto;
VII Los trabajos se realicen en espacios confinados;
VIII. Se realicen trabajos de soldaduras, y
IX. Se realicen otras actividades que se determinen como peligrosas o insalubres en las leyes, reglamentos y Normas aplicables.
ARTICULO 155. No se podrá utilizar el trabajo de mujeres en período de lactancia, en labores en que exista exposición a sustancias químicas capaces de actuar sobre la vida y salud del lactante.

En otro orden de ideas, es relevante hacer mención que en el caso de que la mujer interrumpiera su embarazo antes de comenzar con el descanso pre-parto, el tratamiento que recibirá, conforme a las legislaciones de los seguros sociales vigentes, será el que corresponde a una enfermedad.

Situación diferente se contempla en la cláusula 90 inciso c) del contrato colectivo de trabajo celebrado por la Comisión Federal de Electricidad y el Sindicato único de Trabajadores Electricistas de la República Mexicana 2008-2010, mismo en el que se establece que en los casos en que las trabajadoras sindicalizadas durante su embarazo presenten, a partir de la semana 27, óbito fetal, se les otorgará un descanso especial por un término de 30 -treinta- días con salarios y prestaciones, asimismo, se les apoyará con terapia psicológica cuando lo requieran.

Por su parte, la ley de trabajo de los servidores públicos del Estado de Guerrero numero 248 en su artículo 24 fracción II, señala que las trabajadoras que hayan sufrido aborto legal o clínico gozarán de una semana de descanso.

V. NORMAS QUE COADYUVAN CON EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD RESPONSABLE

Los seguros sociales, surgen como un conjunto de normas clasistas que protegían de manera exclusiva a los trabajadores, *“Bismarck...expide una primaria reglamentación para cuestiones de trabajo, protectora de la vida y de la salud de los operarios, con normas legales reguladoras del trabajo de las mujeres y de los*

menores...”.³²Con el paso del tiempo se han ido incorporando más normas protectoras tanto del operario como de su familia, con miras a ofrecer una protección mínima en el caso de actualizarse alguna contingencia prevista por la ley.

Es en los últimos años se ha replanteado la labor de los seguros sociales, encausando sus esfuerzos ya no sólo a garantizar mínimos indispensables para supervivencia humana, sino también, a elevar la calidad de vida de los trabajadores y sus familias. En términos generales podemos decir que toda la normatividad de los seguros sociales coadyuva con el ejercicio de la maternidad y la paternidad responsable porque garantiza los ingresos económicos y servicios necesarios para el bienestar integral de la familia a partir de sus diversos seguros.

No obstante lo antes mencionado, es pertinente tener presente que la sola provisión de satisfactores no lo es *todo* en lo que al ejercicio de la maternidad y paternidad se refiere; así, existen acontecimientos fuera de lo ordinario, que exigen la presencia y atención del trabajador en el horario que de manera regular debe destinarse a las actividades laborales. Es por lo anterior, que las legislaciones de los seguros sociales deben contemplar mecanismos para facilitar que los trabajadores cuenten con el tiempo suficiente para atender a los miembros de su familia cuando se actualice un evento que por su naturaleza así lo requiera.

A continuación, hemos seleccionado algunos mecanismos contenidos en diversas legislaciones vigentes y en los contratos colectivos de trabajo mexicanos que coadyuvan, a nuestro criterio, con el ejercicio de la maternidad y paternidad. Los mecanismos a los que nos referimos son:

- *Descansos para la lactancia,*
- *Derecho de ausentarse del trabajo hasta por un año luego del parto,*
- *Servicio de guardería,*
- *Descansos por paternidad ya sea por nacimiento o enfermedad de los hijos.*

³² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, op. cit., nota 83, p. 64.

1. Descansos para la lactancia

El derecho de descanso por lactancia encuentra su fundamento en el apartado A fracción V y en el apartado B fracción XI inciso c) del artículo 123 constitucional, en donde se establece que la madre trabajadora en el periodo de lactancia tendrá dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para alimentar a sus hijos. La LFTSE atiende con exactitud al mandato constitucional en su artículo 28. Por lo que a la LFT atañe, el artículo 170 fracción IV, recoge el mandato constitución en el mismo sentido, añadiendo, que para el descanso debe contarse con un lugar adecuado e higiénico, mismo, que designará la empresa.

La importancia de estas prerrogativas radica en el entendido de que la alimentación del menor con la leche materna es fundamental para su desarrollo físico, sin embargo, la ley omite el señalamiento de la temporalidad que debe comprender el periodo de lactancia, situación, que en la práctica suele causar conflictos entre empleadores y trabajadores.

Más generosa, y zanjeando el problema de la temporalidad a la que antes nos hemos referido, la cláusula 90 inciso c), del contrato colectivo de trabajo celebrado por la Comisión Federal de Electricidad y el Sindicato Único de Trabajadores Electricistas de la República Mexicana 2008-2010, señala que durante los primeros doce meses contados a partir de la fecha en que termine el descanso post-natal, las madres trabajadoras tendrán derecho a un descanso extraordinario de dos horas diarias para amamantar o alimentar a sus hijos. Descanso del que podrán disfrutar al inicio o al término de su jornada sin perjuicio de su salario y demás prestaciones.

2. Derecho de ausentarse del trabajo hasta por un año luego del parto

La fracción VI del artículo 170 de la LFT establece que las madres trabajadoras tienen derecho a regresar al puesto que desempeñaban siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto. Luego, por una parte, podría darse el caso de que una mujer se enfermase, a causa del embarazo, por más de

un año y no pudiese reintegrarse a su fuente de trabajo, por otra, podría acontecer que una mujer optara por experimentar la maternidad de tiempo completo por un año. En esta última hipótesis, la mujer tendría que valerse de sus propios recursos para subsistir ya que, al gozar de salud, la ley no concede subsidio alguno una vez concluido el periodo de cuarenta y dos días en el caso de la LSS, dos meses en el caso de las trabajadoras inscritas al ISSSTE y el ISSFAM

3. Servicio de guardería

El servicio de guardería tiene su fundamento en el artículo 123 apartado A fracción XXIX y apartado B fracción XI inciso c) de la constitución. El artículo 171 de la LFT delega la carga de prestación del servicio de guardería al IMSS; así, la LSS atiende lo referente al servicio de guarderías en su artículo 201, mismo que textualmente señala:

Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

El problema que acarrea la redacción del artículo antes citado, es que niega el acceso a los servicios de guardería a las familias donde padre es trabajador formal, y la madre, trabajadora no afiliada a ningún seguro. Aquí no hablamos solamente de aquellas trabajadoras informales que se encuentran al margen del cumplimiento de sus obligaciones con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sino, de trabajadoras cuya situación fiscal es optima y que trabajan de forma independiente sin estar afiliadas por cuenta propia a ningún instituto, también existe el caso de madres que sufren de alguna discapacidad física, que no las

exime del ejercicio de la patria potestad, y que requieren de ayuda en el cuidado de sus menores hijos.

El artículo 201 de la LSS constituye sin lugar a dudas un factor de desigualdad de género, provocado, por la impulsiva necesidad de legislar a favor de la mujer sin considerar los efectos colaterales de la norma que emiten, así, en una familia donde el hombre se encuentra afiliado a un sistema de seguridad social y la mujer no, esta última tiene una doble carga de trabajar y cuidar a la par a los hijos o, en su caso, pagar los servicios de una guardería privada. Caso contrario sucede en el caso de que una mujer afiliada trabaje y su cónyuge varón no lo haga, o bien, lo haga sin estar afiliado al seguro social; en este último caso, el hombre siempre queda liberado del cuidado de los hijos. Luego ¿no constituye esto una disposición que coadyuva con el fortalecimiento de la tradición machista en nuestro país?

En otro sentido parece pronunciarse la LISSFAM dado que en su artículo 136 señala: *El Instituto establecerá en plazas de importancia, centros de bienestar infantil para atender a los niños mayores de 45 días y menores de 7 años, hijos de militares, cuando se acredite la necesidad de esa ayuda.* El término militares, abarca por igual a hombres y mujeres por lo que no habría, en principio, razón alguna para que el servicio se ofrezca de manera exclusiva a las mujeres trabajadoras y los hombres en las hipótesis que hemos venido señalando. Sin embargo, el hecho de tener que acreditar la ayuda, vuelve ambiguo al precepto, dado que, la ley no ofrece norma alguna tendiente a aclarar el sentido del artículo en comento.

Finalmente, el artículo 4º fracción tercera apartado d) de la LISSSTE establece con carácter obligatorio el servicio de atención para el bienestar y desarrollo infantil. Dicho precepto legitima el Reglamento del Servicio de Estancias para el Bienestar y Desarrollo Infantil del ISSSTE, mismo, que en su artículo 5º señala quienes son beneficiarios de dicho seguro en los siguientes términos:

Artículo 5.- Serán beneficiarios del servicio las madres trabajadoras, los padres trabajadores viudos o divorciados, que tengan la custodia legal del menor, en

términos de la legislación civil vigente y los tutores que así lo acrediten, que se encuentren bajo los siguientes supuestos:

I.- Trabajadores al servicio civil de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de los Poderes Legislativo y Judicial de la federación, que estén sujetos al régimen del apartado "B", del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e incorporados por la Ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal al régimen de la Ley;

II.- Trabajadores de las dependencias y entidades de la Administración Pública en los Estados o Municipios, en los términos de los convenios que el Instituto celebre de acuerdo con la Ley y con las disposiciones de las legislaturas locales;

III.- Diputados y Senadores que durante el desempeño de su mandato constitucional se incorporen individual y voluntariamente, al régimen de la Ley; y,

IV.- Trabajadores de las agrupaciones o entidades que por acuerdo de la Junta Directiva se incorporen al régimen de la Ley.

Es incorrecta la terminología utilizada por dicho precepto dado que prefiere los términos *viudo* y *divorciado* que no constituyen un estado civil, sobre el término *soltero* que sí lo es (que comprende a quienes nunca han contraído matrimonio, quienes se han divorciado y quienes han enviudado). Así, dicho precepto excluye a los padres que nunca han contraído matrimonio que tengan la guarda de sus hijos. Por otra parte, de ninguna manera podríamos considerar que los padres que nunca han contraído matrimonio se encuentren comprendidos en la mención de *tutores* dado que el tutor es una institución supletoria de la patria potestad propia de los padres o abuelos.

Caso curioso se actualizaría cuando un padre asegurado y casado con una mujer no asegurada, ejerciera la tutela sobre un menor, en este caso el padre sólo podrá acceder a los servicios de guardería a beneficio del menor que tiene bajo su tutela y no en beneficio de sus propios hijos.

Fuera de la crítica antes realizada, el precepto anterior cobra relevancia en el entendido de que se brinda protección ya no sólo a los padres de un menor sino también al tutor, por ello, dicha disposición es coherente con la legislación civil dado que es acorde con los deberes que implica el desempeño del cargo de tutor de un menor.

4. Descansos por paternidad

Los descansos por paternidad pueden concederse a partir de dos mecanismos: ya sea como una prestación que se le concede al varón de manera dependiente o subordinada al de la maternidad, o bien, como una prestación otorgada de manera directa al mismo.

Un ejemplo de la primera hipótesis se actualiza cuando el varón sustituye a su pareja en el disfrute del tiempo de descanso y subsidio económico cuando ésta muere en el parto. Otro ejemplo acontece cuando se le concede un periodo de descanso por maternidad a la mujer del cual se le permite disponer de cierto tiempo en beneficio de su cónyuge. En relación a este último ejemplo, La Ley de trabajo de los servidores públicos del estado de Guerrero número 248 establece en su artículo 24 fracción III que *las mujeres trabajadoras que a solicitud expresa de la trabajadora y según convenga a sus intereses familiares, podrá permitir que sea el esposo o concubino quien disponga de hasta dos de las semanas posteriores al parto a las que ella tuviere derecho para abocarse a la crianza del niño*. Dicha disposición marca un precedente legislativo importante en lo que a la repartición de cargas familiares entre la pareja se refiere, sin embargo, resulta anticonstitucional en el entendido de que los veinte días serán restados de los tres meses que de manera obligatoria debe disfrutar la mujer.

Otro esfuerzo de protección a la paternidad lo encontramos en el artículo 35 de la Ley de los trabajadores al servicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, de los ayuntamientos y organismos descentralizados del estado de Quintana Roo que textualmente señala:

...Los trabajadores hombres disfrutarán de Licencia de Paternidad Remunerada con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, la cual se concederá de acuerdo a las siguientes reglas y modalidades:

a).- Licencia de diez días hábiles con el pago de salario íntegro, la cual podrá prorrogarse, a elección del trabajador, por cinco días hábiles con la reducción del 50% del salario y por otros cinco días hábiles más con reducción del 75% del salario;

b).- Licencia de veinte días hábiles con el pago de salario íntegro, cuando el hijo nacido o adoptado presente alguna discapacidad conforme a la Ley de Protección y Desarrollo Integral para las Personas con Discapacidad del Estado;

c).- Licencia de veinte días hábiles con el pago de salario íntegro, cuando la madre presente una complicación grave de salud durante el embarazo o el parto, que le dificulte o impida proporcionar los cuidados maternos necesarios al hijo recién nacido, o éste presente al momento de nacer alguna afectación grave en su salud;
o

d).- Licencia de veinte días hábiles con el pago de salario íntegro, en caso de fallecimiento de la madre, cuando el hijo sea menor de edad.

En relación a la prestación concedida en el inciso d) del artículo arriba citado, consideramos que el tiempo concedido por causa de la muerte de la madre es insuficiente, ello, debido a que un menor de veinte días de nacido no tiene la edad suficiente para ingresar a una guardería³³, luego, el varón, además de afrontar la muerte de su pareja, deberá buscar apoyo para el cuidado de su menor en sus familiares o gastar en la contratación de una persona que se haga cargo de menor al momento que deba reincorporarse a su trabajo.

Por otra parte, un logro sindical considerable, en lo tocante a permisos al trabajador para atender asuntos de índole familiar, lo encontramos en el artículo 65 del Reglamento Interior de Trabajo del IMSS, que a la letra señala:

Artículo 65. El Instituto concederá permisos económicos a sus trabajadores, como lo dispone la Cláusula relativa del Contrato Colectivo de Trabajo, hasta por tres días con goce de salario, cuando existen causas personales o familiares de fuerza mayor que los imposibiliten para presentarse a sus labores. Las solicitudes y autorizaciones relativas se harán invariablemente por escrito.

I. Las causas de fuerza mayor que darán derecho para la concesión de tres días, son las siguientes:

a) Por fallecimiento de padres, hijos o cónyuge;

b) Por accidentes graves a padres, hijos o cónyuge;

c) Por accidente grave ocurrido a padres, hijos o cónyuge, acaecido en población o lugar ajeno a la residencia del trabajador...

³³ Valga de ejemplo lo establecido en la fracción I del artículo 12 del Reglamento del servicio de estancias de estancias para el bienestar y desarrollo infantil. (ISSSTE) en donde se señala que la edad mínima para admitir a los lactantes en las estancias será de sesenta días.

- g) Por traslado autorizado por la Oficina de Traslado de Enfermos Foráneos, a población distinta a la de su domicilio para atención médica de padres, hijos, cónyuge y del propio trabajador;
 - h) Por desaparición de hijos, padres, cónyuge que vivan con el trabajador;
 - i) Por enfermedad grave de hijos menores de 16 años debidamente acreditada;
 - j) Por internamiento en instalación hospitalaria por enfermedad grave de padres, hijos o cónyuge; y
 - k) Por intervenciones quirúrgicas a hijos o cónyuge.
- II. Las causas de fuerza mayor que darán derecho para la concesión de uno a tres días, son las siguientes...
- b) Por nacimiento de hijos del trabajador...
 - l) Cuando el o los hijos no sean recibidos por enfermedad en guardería del Instituto...

Permisos como los anteriores son oportunos para conciliar las actividades laborales y familiares, primordialmente, porque en estas situaciones el desempeño de los trabajadores puede sufrir menoscabo.

Finalmente, es pertinente enfatizar que las disposiciones antes señaladas representa la simiente de una nueva cultura de vinculación laboral y familiar, ello debido a que se presta atención al papel que el varón debe desempeñar en la dinámica familiar, así, las nuevas normas tendientes a reglamentar aspectos que atañen a la paternidad en el derecho laboral y de la seguridad social, deben prever mecanismos tendientes a que el varón pase de ser un sujeto pasivo a participe activo de las responsabilidades propias del hogar.

CAPITULO TERCERO
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL COMPARADA
REFERENTE A LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.

I. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. Protección en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

A finales del siglo XIX a iniciativa de Otto Von Bismarck surge en Alemania¹ el seguro social. Este hecho es cimiento en la búsqueda de la tan anhelada seguridad; por primera vez en la historia el hombre encaraba el hecho de que el mundo no gira bajo la anuencia humana. Desde entonces seríamos capaces de desavenirnos con la consecuencia adversa a un hecho que mella la capacidad del hombre para trabajar.

Años más tarde, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, se compilaron una serie de derechos de carácter fundamental. De entre dichas prerrogativas, nos interesan las siguientes por ser afines a nuestra investigación:

- *Artículo 16:1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*
- *Artículo 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*

¹ Véase, Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Las afore*, 6ª ed., México. Ed. Porrúa, 2009, p. 1 y 2.

- Artículo 23: 1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*
- Artículo 25: 1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
- Artículo 25: 2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye una pauta de lo que consideramos como un ideal de protección para el ser humano, sin embargo, no es nada sencillo hacer efectivo el contenido de los derechos en ella contenidos.

Una cuestión a considerar es la complejidad que representa reglamentar aspectos tan variados de la vida del ser humano sin que se suscite el menoscabo de alguno para hacer válido el otro. Este es el caso de la maternidad, porque afecta intereses de índole particular y colectivo, requiere la intervención de los sectores público y privado e involucra, en el caso de nuestra investigación, a tres ramas del derecho como lo son la familiar, laboral y seguridad social.

Otro aspecto que se desprende de *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* es la subjetividad de algunas de sus expresiones, verbigracia: *satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad; condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; un nivel de vida adecuado; servicios sociales necesarios.* Luego, en esta subjetividad de expresiones cabe lo más y los menos, y aún cuando existen documentos internacionales tendientes a reglamentar las sutilezas de dichas disposiciones lo cierto es que queda en potestad de los pueblos

soberanos la adopción e interpretación que de dicho documento fundamental hagan. Por otra parte, lo que pudiese ser una problemática se convierte en una herramienta de constante cambio en las sociedades en que se trabaja por el bienestar, tanto individual como colectivo, porque la vida siempre es susceptible de mejorarse por acciones individuales y colectivas. En lo que incube a nuestro país, una de las voces que más eco ha tenido, en lo que a la protección de derechos sociales se refiere, es la del maestro Mario de la Cueva, quien refiere lo siguiente:

Una existencia decorosa sólo puede darse si el hombre está en condiciones de satisfacer todas las necesidades materiales de él y de su familia, de proveer a la educación, a la enseñanza general y a la preparación técnica y universitaria de sus hijos, y de asomarse a los planos de la cultura, en forma que tanto él como su familia puedan desarrollar sus facultades físicas y espirituales.

Esa situación está en un devenir constante, porque debe medirse no sólo en relación con las necesidades estrictas, sino en función de lo que ofrecen la civilización, la técnica y la producción, pues no son las mismas necesidades de los hombres de principios de siglo y las de quienes viven y las de quienes viven en estos que comienzan a ser los años finales...²

En el capítulo anterior, referimos los cambios suscitados en la legislación mexicana a raíz del reconocimiento de prerrogativas a favor de la mujer y la maternidad. No sería descabellado aseverar que respetamos las garantías consignadas en la *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* por lo menos en el espíritu de nuestras normas; sin embargo, consideramos que estaremos en mayor aptitud de ubicar nuestro lugar en lo que a la protección de la maternidad se refiere, si hacemos un ejercicio comparado en el que al tratamiento que de la maternidad se ha hecho. Luego, a continuación analizaremos a detalle el cómo se ha reglamentado la maternidad en el ámbito internacional.

² De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit, nota 101, p.113.

2. Los convenios para la protección de la maternidad de la OIT

A raíz de la reunión de la *Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo*, convocada en Wáshington por el Gobierno de los Estados Unidos de América el 29 de octubre de 1919; la OIT celebró el *Convenio 3 sobre la protección de la maternidad*, primera disposición de este orden emitida por dicho organismo y que no fue ratificado por nuestro país, convenio, que tenía por cometido regular lo referente al trabajo de la mujer antes y después del parto.

Las disposiciones tercera y cuarta del convenio 3 señalaban los lineamientos generales de las prestaciones que con motivo de la maternidad debían otorgarse a la mujer; ello, de la manera que a continuación se presenta:

Artículo 3

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

Artículo 4

Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha

ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.

Años más tarde, a raíz de reunión de *La Conferencia General de la OIT*, convocada en Ginebra por el *Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo*, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1952 en su trigésima quinta reunión, se emite el *Convenio 102 sobre la seguridad social (normas mínimas)*, mismo que fue ratificado por México el 12 de noviembre de 1961.

El convenio 102 reglamenta lo referente a la protección de la maternidad en su parte VIII, artículos del 46 al 52, en donde establece que la contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, durante un periodo de cuando menos doce semanas y mediante el previo cumplimiento de cotización con el fin de evitar abusos. Por lo que respecta a la atención médica, que tiene por objeto proteger la salud de la mujer y su aptitud para el trabajo, debe comprender: a) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y b) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

En la misma conferencia de Ginebra del 4 junio 1952, también fue emitido el *Convenio 103 sobre la protección de la maternidad*, mismo que no ha sido ratificado por nuestro país, en cuyo contenido se observan las siguientes modificaciones al convenio de 1919:

- Establece que serán doce semanas las que correspondan al descanso por maternidad, dejando al arbitrio de los estados la determinación de los tiempos previos y posteriores al parto, en tanto, se respeten seis semanas mínimas de descanso posparto (art. 4º numerales 2º y 3º).
- Enuncia que en el caso de que como consecuencia del parto una trabajadora sufra una enfermedad, ésta, tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente (art. 3 numeral 6º).

- Determina que las prestaciones médicas de la mujer embarazada deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, y que la misma, tendrá la libre elección del médico y hospital ya sea público o privado (art. 4º numeral 3º).
- Señala que los descansos por lactancia deben ser contabilizados como parte de la jornada de trabajo (art. 5º numerales 1º y 2º).
- Incorpora algunas disposiciones de interés respecto a cómo y quién debe responder por las prestaciones por maternidad:

Artículo 4...

4. Las prestaciones en dinero y las prestaciones médicas serán concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos...

5. Las mujeres que no reúnan, de pleno derecho, las condiciones necesarias para recibir las prestaciones tendrán derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia pública, a reserva de las condiciones relativas a los medios de vida prescritos por la asistencia pública.

6. Cuando las prestaciones en dinero concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio estén determinadas sobre la base de las ganancias anteriores, no deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones.

7. Toda contribución debida en virtud de un sistema de seguridad social obligatorio que prevea prestaciones de maternidad, y todo impuesto que se calcule sobre la base de los salarios pagados y que se imponga con el fin de proporcionar tales prestaciones, deberán ser pagados, ya sea por los empleadores o conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, con respecto al número total de hombres y mujeres por las empresas interesadas sin distinción de sexo.

8. En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea.

En fecha más reciente, a raíz de reunión de *La Conferencia General de la OIT*, convocada en Ginebra por el *Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo*, y congregada en dicha ciudad el 30 de mayo del 2000 en su octogésima octava reunión, se emitió el *Convenio 183 sobre la protección de la maternidad* (aún no ratificado por nuestro país), mismo que recoge, en similares términos, las disposiciones de los dos convenios que le precedieron, con las siguientes adiciones y modificaciones:

- El convenio 183 no hace referencia alguna a la prerrogativa que el convenio 103 de 1952 concedía a la mujer para elegir libremente el servicio médico y

hospitalario.

- Amplia el periodo de descanso por maternidad a catorce semanas (art. 4º numeral 1º).
- Señala que deberá otorgarse una licencia para ausentarse de trabajo ya no sólo después, sino también, antes del periodo de licencia por maternidad en caso de enfermedad, o, si existe riesgo de que se produzcan complicaciones en el embarazo o parto (art. 5º).
- Se añade, a la determinación referente a que un empleador no deberá estar obligado a costear personalmente las prestaciones pecuniarias por maternidad, la salvedad, de que dicha determinación no tendrá efecto cuando medie legislación o práctica nacional que avale el referido deber patronal, o, si así se acuerda con posterioridad por los gobiernos y las organizaciones representantes de los empleadores y los trabajadores (art. 6º numeral 8º inciso a).
- Se impone el deber a los gobiernos de revisar de manera periódica la pertinencia de aumentar las prestaciones señaladas en dicho instrumento, esto, consultando con las organizaciones de los empleadores y los trabajadores (art. 12).
- Contiene una serie de artículos destinados a proteger el trabajo y a establecer las pautas para evitar la discriminación de la mujer embarazada, lo anterior en los siguientes términos:

ARTÍCULO 8.

1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5 [Descanso de maternidad o licencia antes o después del mismo, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan como consecuencia del embarazo o del parto], o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

ARTÍCULO 9.

1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo...

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
- b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

En síntesis, en el convenio 183 del 2000 de la OIT se establecen las siguientes prerrogativas para la protección de la maternidad:

- Descanso por maternidad de catorce semanas de las cuales seis deberán ser en el periodo posparto.
- Prestaciones tendientes a brindar la atención médica.
- Prestaciones dirigidas a cuidar el ingreso económico de la mujer.
- Medidas encaminadas a la protección de la mujer y en menor en el periodo de lactancia.
- Descansos tendientes a la protección de riesgos en el embarazo.
- Descanso por enfermedades consecuencia del parto.
- Protección de los derechos adquiridos por la mujer en su trabajo.
- Protección al empleo y la no discriminación.

Resulta de especial interés en el convenio 183 las normas del que se han promulgado respecto a la no discriminación de la mujer embarazada, mismas que protegen la continuidad de la mujer en el trabajo y su acceso a la fuente de trabajo. Respecto a la continuidad de la mujer en el trabajo, en nuestro país, aún cuando no existe norma en la LFT que textualmente impida el despido de la mujer embarazada, la prohibición se deduce del hecho de que no constituye causa de despido sin responsabilidad para el patrón, asimismo, se protegen los derechos de la mujer embarazada en los artículos 166 y 170 fracciones VI y VII mismas que textualmente señalan:

Artículo 166.- Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en

su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.

Artículo 170.- Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos...

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

VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.

El mandato del convenio 183, tendiente a facilitar el acceso al trabajo de la mujer embarazada mediante la inhibición de conductas de índole discriminatoria, es un claro ejemplo de que la lucha femenina por el reconocimiento de sus derechos, es una lucha vigente y por mucho inacabada. Aunque celebramos el hecho de que el convenio 183 del 2000 reconozca que la discriminación por motivo de maternidad constituye hoy por hoy un factor de riesgo que afecta a la mujer trabajadora, nos parece increíble que hayan tenido que pasar más de dos mil años de la era en curso y más de cien años de la lucha por los derechos de los trabajadores, antes de que un organismo internacional halla prestado atención a la impunidad respecto a conductas que menoscaban a la mujer en estado de gravidez.

Por otra parte, un instrumento de vital importancia en lo que a la supresión de conductas discriminatorias en contra de la mujer se refiere, es la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979*, misma que en su artículo 11 numeral 2 textualmente establece:

...A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Por lo que a nuestro país atañe, podemos mencionar dos instrumentos que han tomado medidas específicas para la inhibición de la discriminación a la mujer por causa de maternidad. El primero lo encontramos en la cláusula 77 fracción VII, del contrato colectivo de trabajo celebrado por el IMSS y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social 2007 – 2009, que a letra señala.- *Para las candidatas de Bolsa de Trabajo, el estado de embarazo no es impedimento para que sean contratadas en los términos del Reglamento correspondiente.*

Por lo que al segundo instrumento se refiere, la Ley de trabajo de los servidores públicos del estado de Guerrero número 248 en su artículo 12 establece:

Se consideran nulas y se tendrán por no puestas aquellas condiciones de trabajo que impliquen...

VIII.- Un salario menor que el que se pague a otro trabajador por trabajo de igual valor, eficiencia, de la misma clase o igual jornada, por consideración de sexo, estado de gestación, maternidad, responsabilidades familiares, discapacidad o nacionalidad; y

IX.- Renuncia al empleo por parte de la mujer en los casos de que contraiga matrimonio, se embarace o tenga a su cuidado hijos menores.

Es cierto que un par de normas por sí mismas no serán capaces de cambiar la realidad de una sociedad, sin embargo, constituyen una luz en el desinterés legislativo y social, ello, por implementar medidas para inhibir el calvario que muchas mujeres tienen que padecer sometiéndose a un examen que constante su no gravidez para tener acceso a la fuente de trabajo o perdiendo su fuente de trabajo sin prestación alguna sólo porque se han embarazado.

II. LEGISLACIÓN COMPARADA EN MATERIA DE MATERNIDAD

1. Hecho generador de las prestaciones por maternidad

La reglamentación de la maternidad ha sido objeto de reformas en las últimas décadas en los países Europeos. Dichas reformas, comenzaron por replantear la razón de ser de la institución. Luego, asumieron que ya no se trataba de un

acontecimiento cuyo tratamiento debiera ser análogo al de una enfermedad, sino de un acontecimiento de naturaleza diversa, susceptible de cubrir un mayor número de hipótesis normativas para atender a otros fines más loables tales como conciliar la vida familiar con el desempeño laboral. Muestra de ello, lo encontramos expresado en la doctrina española, misma que pregona:

Desde 1994 la maternidad se regula en nuestro sistema de protección social...como una prestación con dos objetivos básicos: la protección de la madre en los supuestos de maternidad biológica, y la atención y cuidado del hijo tanto en este caso como en los de adopción y acogimiento, bien preadoptivo o permanente.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, supuso un reforzamiento y extensión en la materia de maternidad: por un lado se implica de manera directa al padre; por otro se protege la salud de la madre y del feto regulando, en el nuevo Capítulo IV ter de la LGSS, una nueva prestación: el riesgo durante el embarazo...³

Como consecuencia de lo anterior, LGSSE (Ley General de Seguridad Social Española) conforme al artículo 133 bis, considera como hechos generadores de las prestaciones por maternidad: La maternidad biológica, la adopción y, el acogimiento (tanto preadoptivo como permanente).

En Francia, por su parte, las prestaciones por maternidad tiene por hechos generadores: el embarazo y la adopción, encaminados a proteger a la mujer y de su futuro hijo.⁴

En Italia, conforme al artículo 1º numeral primero del *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della L. 8marzo 2000, n. 53*, son tres los hechos generadores de prestaciones por maternidad: La maternidad biológica, la adopción y el acogimiento.

Caben aquí dos consideraciones que resultan de amplia trascendencia para nuestra investigación:

³ Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002. p.434.

⁴ Kessler, Francis, *Droit de la protection sociale*, 2ª ed., Francia, Ed. Dalloz, 2005, p.215.

Primero: La reglamentación del hecho generador de las prestaciones por maternidad en Europa, no puede ser considerada de modo alguno como análoga a la nuestra, ello, debido a que la primera equipara a la adopción y el acogimiento con la maternidad biológica, contemplando a la maternidad como una situación especial de carácter familiar, en tanto que nuestra legislación, simplemente considera como hecho generador la maternidad biológica, por tanto, sólo le incumbe la protección de la salud de la madre y del menor, así como, garantizar los ingresos económicos de la mujer en el descaso correspondiente.

Atendiendo a la concepción europea de la maternidad, la legislación familiar, laboral y de seguridad social son coherentes entre sí; ello, en el entendido de que la reglamentación de la maternidad no es restrictiva en el derecho de la seguridad social ya que, acertadamente, tiene presente que la maternidad por adopción es equiparable en derechos y obligaciones a la biológica en materia civil, por tal, no brindar protección a las madres trabajadoras que lo son por adopción, lo que constituye, un acto de desigualdad ante la ley.

Segundo: Las legislaciones antes descritas, reglamentan prerrogativas a favor de la paternidad. Así, se otorgan prestaciones por paternidad de manera equitativa frente a la maternidad biológica, a la par, que se otorgan prestaciones en igualdad de circunstancias y subordinadas al arbitrio de cada pareja en el caso de adopción y acogimiento.

Tercero: La nueva concepción abre la puerta a la consideración de muchos otros acontecimientos que se desprenderán de la maternidad y la paternidad, ello, porque los tiempos preparto y posparto se extienden, el primero, desde antes de la concepción, y el segundo, hasta que el menor rebase la primera infancia.

2. Sujetos que pueden acceder a las prestaciones por maternidad

Atendiendo al contenido de los artículos 124 y 133 ter de la LGSSE se consideran beneficiarios de las prestaciones económicas por maternidad a los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo, siempre y cuando, además de los

particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este régimen o en situación asimilada al alta al sobrevenir el embarazo, la adopción o el acogimiento.

El artículo 5º del real decreto 1251/2001, enuncia como situaciones asimiladas las siguientes:

1. La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo;
2. El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el cargo público representativo o de funciones sindicales en el ámbito provincial, autónomo o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo;
3. El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional;
4. Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con la prestación de servicios;
5. En el régimen especial agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo;
6. Cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente.

En Francia, por su parte, los beneficiarios del seguro de maternidad son la mujer trabajadora, la esposa y a la hija que sea dependiente económico del asegurado⁵. Asimismo, ya hemos señalado que el hombre es sujeto de protección en el caso de adopción.

En lo que a Italia, podrán ser beneficiados de las prestaciones por maternidad el hombre y la mujer trabajadores. A las mujeres no trabajadoras la protección sanitaria que se hace de las mismas será vía asistencia social. Es de interés el hecho de que los trabajadores beneficiarios no sólo lo serán los subordinados, si no también, muchos de los trabajadores autónomos como es el caso de: profesionistas, artesanos, pequeños comerciantes, pescadores,

⁵ *Ibidem.*, p 216.

trabajadores agrícolas, etc.⁶

En Austria son beneficiarias de las prestaciones en especie toda mujer, sin distingo alguno por razón de edad, estado civil o número de cotizaciones, en tanto se encuentre afiliada a un instituto de seguridad social. Por lo que respecta a las de prestaciones de índole económica, estas se reservan de manera exclusiva a las madres trabajadoras.⁷

Consideramos que es de especial interés el hecho de que el varón es reconocido como sujeto susceptible de beneficiarse de las prestaciones por maternidad, hecho, que se ha justificado de la manera que a continuación transcribimos:

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.⁸

En México, al no conceder ninguna clase de prestación al padre, desdeñamos la trascendencia de la participación del varón en las actividades del hogar. Luego, en un país como el nuestro, donde la violencia intrafamiliar es un asunto, desgraciadamente, cotidiano; donde existe una marcada educación machista aceptada en no pocas ocasiones como una práctica normal cómo pretender que el núcleo familiar se consolide como garante de igualdad y respeto si asociamos el cuidado de los menores como deber exclusivamente femenino.

⁶ Mendizábal Bermúdez, Gabriela y Rosales Zarco, Héctor, "La maternidad en el derecho de familia y de la seguridad social", en Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *Panorama internacional del derecho de familia*, México, Ed. Porrúa, 2006, t.II, p. 599.

⁷ *Ibidem.*, p. 598.

⁸ Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *op. cit.*, nota 127, p. 435.

3. Requisitos para acceder a las prestaciones por maternidad

En Francia para acceder a las prestaciones por maternidad, en primera instancia, debe contarse con una declaración médica⁹ en donde se determinará la fecha de inicio del embarazo, misma, que se tendrá como la fecha en que se comienza a gozar de las prestaciones de manera retroactiva.¹⁰ Asimismo, para que la mujer trabajadora tenga derecho a las prestaciones económicas, requiere haber estado matriculada al seguro social diez meses previos a la fecha calculada para el parto y haber cotizado mil quince horas¹¹ o 200 horas en los últimos tres meses previo a la fecha de parto.¹²

Atendiendo al contenido de los artículos 124 y 133 ter de la LGSSE se consideran beneficiarios de las prestaciones por maternidad a los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

1. Las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación;
2. Acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción;
3. Reúnan las demás determinaciones que reglamentariamente se determinen.

Respecto al requisito de certificación del embarazo, que es afín al exigido por las legislaciones mexicanas, consideramos que es trascendente en atención a

⁹ Kessler, Francis, *op. cit.*, nota 128, p.216.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem.*, p. 217.

¹² *Idem.*

las siguientes razones:

- Constituye la prueba fehaciente del estado de gravidez;
- Señala la fecha probable del parto, a partir de la cual se establecen los tiempos de descanso, y pueden hacerse los cálculos correspondientes respecto a los tiempos de cotización.

Por otra parte, el periodo de cotización requerido por la legislación española es menor en comparación a las treinta semanas, cotizadas dentro del año anterior al parto, exigidas por el Seguro Social, y los seis meses de cotización anteriores al parto exigidos por el ISSSTE. Por su parte, destaca el hecho de que la legislación francesa implementa un mecanismo (200 horas en los últimos tres meses previo a la fecha de parto) con el que se brinda protección a un mayor número de madres trabajadoras.

Si bien, es pertinente exigir un determinado periodo de cotización para acceder a las prestaciones por maternidad ya que con ello evitamos acciones fraudulentas en detrimento de los institutos de seguridad social, lo cierto, es que, en nuestro país, esta medida, como ya lo hemos manifestado, evita por mucho el acceso de la mujer a las fuentes de trabajo ya que al constituir un derecho constitucional a favor de la trabajadora, la negativa del otorgamiento de las prestaciones económicas por parte del instituto, deja subsistente la obligación del pago íntegro del salario a cargo del patrón.

4. Prestaciones por maternidad

La LGSSE señala en su artículo 133 quater que la prestación económica por maternidad consta de un subsidio equivalente al cien por ciento de la base reguladora correspondiente.

En trabajo a tiempo parcial la base reguladora de la prestación económica será la resultante de dividir la suma de las cotizaciones acreditadas en el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365 días. Si la antigüedad de la empresa es menor la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las cotizaciones entre los días naturales a que éstas correspondan.¹³

¹³ Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *op. cit.*, nota. 127, pp. 437 y 438.

La LGSSE no señala los períodos de descanso a los que tendrán derecho los beneficiarios, remitiéndonos al contenido del numeral 4º del artículo 48 del Estatuto de los trabajadores y el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

El numeral 4º del artículo 48 del ET establece que la interesada tiene derecho a una suspensión laboral de dieciséis semanas ininterrumpidas distribuidas de la forma que más le acomode, pudiendo incluso, conceder parte de su período de descanso a su cónyuge trabajador, con la única restricción, de reservar las seis semanas posteriores al parto para sí. En caso de parto múltiple, el período de descanso se aumentará dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que si esta realizara u no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

En los casos de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre.

En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En los supuestos de adopción y de acogimiento, la suspensión laboral será de dieciséis semanas ininterrumpidas. En el supuesto de parto múltiple, el período de descanso se aumentará dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se

distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados. En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas.

Por lo que a la legislación italiana corresponde, conforme al contenido del artículo 4, 4bis y 15 de la ley 1204 de 30 de diciembre de 1971, la mujer tiene derecho a un descanso por maternidad de cinco meses, mismos que deberán repartirse en dos meses de descanso previos al alumbramiento y tres meses posteriores al mismo. Si la madre lo desea, podrá modificar su periodo de descanso a un mes previo al parto y cuatro posteriores, lo anterior, siempre y cuando ello no afecte la salud de la embarazada. Durante este período de descanso, percibirá un subsidio equivalente al 80% de su salario.

Por su parte el D. Lgs. del 26 de marzo de 2001, n.151 en su artículo 14, establece que las trabajadoras embarazadas tienen derecho a permisos con goce de sueldo para la realización de exámenes médicos y clínicos que deban efectuarse a las horas de trabajo.

Es pertinente señalar que la reglamentación de la maternidad en Italia va más allá de lo antes descrito, así, el artículo 1º de la Ley 405 de 29-7-1975 establece que el servicio a la familia y la maternidad tiene por finalidad:

- La asistencia psicológica y social para la preparación a la maternidad y la paternidad responsable y los problemas de la pareja y la familia;
- La administración de los medios necesarios para alcanzar los objetivos libremente elegidos por la pareja o individuo con el fin de la procreación responsable de conformidad con las creencias éticas y la integridad física de los usuarios;
- La protección de la salud de la mujer y del producto de la concepción;
- La divulgación de la información para promover o prevenir el embarazo y los métodos y medicamentos pertinentes a cada caso;
- Informar y asistir sobre problemas de esterilidad e infertilidad humana y técnicas de procreación médicamente asistida;

- Informar sobre los procedimientos de adopción y acogimiento familiar.

La legislación Austriaca, por su parte, concede las siguientes prerrogativas en especie:¹⁴

- Asistencia médica (misma que puede consistir en asistencia especializada por comadronas y enfermeras pediatras o neonatales).
- Aparatos médicos y atención en hospitales o maternidades.
- Medicamentos.
- Ayuda empresarial (Consistente en apoyo para la realización de trabajos que la asegurada realiza y los cuales nos pueden ser suspendidos).

Por lo que respecta a las prestaciones económicas para la mujer austriaca, podemos señalar las siguientes¹⁵:

- Subsidio salarial de ocho semanas anteriores al alumbramiento y ocho semanas posteriores al mismo. Subsidio que se calcula a partir del salario neto obtenido en las últimas trece semanas anteriores al parto.
- En caso de que la madre sufra detrimento de naturaleza económica por motivo de gastos derivados del alumbramiento a la restitución de la cantidad devengada por tal motivo.
- En caso de partos prematuros, cesáreas o múltiples, el subsidio por maternidad se extenderá a doce semanas posteriores al parto.

En el caso del derecho francés, las prestaciones en especie comprenden exámenes prenatales de la futura madre y del padre (ello con la finalidad de prevenir posibles enfermedades), la atención médica, hospitalaria y farmacéutica de la madre y del menor preparto, en el alumbramiento y posparto.¹⁶

En el caso de maternidad biológica, las prestaciones de carácter económico involucran sólo a la madre, y en el caso de adopción, la pareja podrá decidir libremente respecto de la repartición de los tiempos de descanso.¹⁷

¹⁴ Véase, Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *Derecho del seguro social comparado (México-Austria)*, México, Ed. Cardenas, 2003, pp. 95 y 96.

¹⁵ Véase, *Ibidem.*, p. 98.

¹⁶ Kessler, Francis, *op. cit.*, nota 128, pp. 216 y 217.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 216.

La madre trabajadora tendrá derecho a 16 semanas de descanso, 6 antes del parto y 10 posteriores del mismo, pudiendo variar el tiempo de descanso en consideración el número de hijos que tenga la mujer, el número de niños nacidos en el parto, el tiempo que permanezca hospitalizado el menor que haya nacido enfermo y de la salud de la madre.¹⁸ En el caso de adopción sólo se gozará de diez semanas de descanso.

El subsidio por descanso de maternidad será equivalente al promedio del salario percibido en los tres últimos meses previos a la fecha de la interrupción del trabajo.¹⁹

De acontecer la muerte de la madre biológica, el padre la subrogará en el subsidio y descanso que le hubiese correspondido a la misma.²⁰

Ahora bien, luego de revisar las generosas prestaciones concedidas por las legislaciones europeas, caben algunos comentarios al respecto de las mismas.

Al conceder un descanso amplio y establecer mecanismos para que la pareja pueda ajustarlos conforme a sus intereses, el Estado, coadyuva con la dinámica familiar en lo que a su integración y justa repartición de tareas se refiere. Asimismo, las prestaciones antes señaladas sólo son una parte de la totalidad de disposiciones existentes en torno a la protección familiar, más adelante referiremos otras normas que coadyuvan con el ejercicio de la maternidad y paternidad.

Si comparamos las prestaciones antes expuestas con las propias de nuestro país, resulta más que evidente que la reglamentación que hemos hecho en torno a la maternidad es mínima, más aún, por debajo de los niveles elementales que señala la OIT en el convenio 183 del 2000.

Más allá de la inferioridad del periodo de descanso, lo preocupante es que si la madre llegase a fallecer, el padre tendrá que lidiar con la desgracia de haber perdido a su pareja, a la par, que debe buscar quien le apoye con el cuidado del menor, dado que, no existe prerrogativa en nuestro país que prevea este hecho.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 218.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

5. Prerrogativas para la prevención de riesgo en el embarazo

Conforme al contenido del artículo 134 de la LGSSE se considera como situación protegida el periodo de suspensión del contrato en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o, no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Por lo que respecta a la prestación que nace a partir de un riesgo en el embarazo, las fracciones segunda y tercera del artículo 135 de la LGSSE señalan que la prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, o, el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente.

En Italia, conforme al artículo 5º de la ley 1204 de 30 de diciembre de 1971, puede dispensarse de sus actividades la trabajadora embarazada, ampliando el periodo de descanso pre-parto, por las siguientes circunstancias.

- En caso de complicaciones en el embarazo;
- Cuando las condiciones del trabajo o el medio ambiente se consideren perjudiciales para su salud o la del producto;
- Cuando no pueda ser asignada a otra labor, por ser ésta, peligrosa, insalubre o agotadora.

Durante este periodo, conforme al contenido del artículo 15 de la legislación antes mencionada, la madre trabajadora tendrá derecho a un subsidio equivalente al 80 por ciento de su salario.

La única diferencia existente entre las legislaciones europeas y las mexicanas, en lo que a la protección de la maternidad por riesgos durante el embarazo interesa, es la que se refiere a la determinación de la cantidad que con motivo de subsidio debe otorgarse. La determinación de la cantidad del subsidio por riesgo en el embarazo, no tiene otro fundamento más que la capacidad de los

institutos para afrontar el gasto; por nuestra parte, consideramos que no sería descabellado elevar el monto del subsidio en nuestro país.

III. OTRAS NORMAS QUE COADYUVAN AL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

En este apartado, revisaremos una serie de disposiciones de índole complementaria a las prestaciones por maternidad y paternidad que hemos analizado. La selección ha sido un tanto arbitraria en el entendido de que no enunciamos la reglamentación hecha respecto a una misma materia en los diversos países, sino que, hemos seleccionado disposiciones que aún cuando tienen relación con la maternidad, no guardan un paralelismo entre sí. En otras palabras, hemos seleccionado disposiciones, de los distintos países que venimos señalando, que llamaron nuestra atención por innovadoras o por ser ampliamente generosas.

De la legislación Italiana, ha llamado nuestra atención, el contenido del artículo 3 del D.Lgs. de 26 de marzo de 2001 n. 151, mismo que señala que la madre trabajadora tiene derecho a dos descansos diarios de una hora en el trabajo durante el primer año de vida del niño; descansos, que deben considerarse como tiempo efectivo de trabajo. Dicho periodo es superior a los dos descansos de media hora que por lactancia concede nuestra constitución.

Igualmente, resulta trascendente el contenido del artículo 40 del ordenamiento italiano antes citado, que establece la posibilidad de que el padre subrogue en el derecho a los descansos diarios antes referidos en las siguientes casos:

1. Cuando el cuidado del menor es confiado de manera exclusiva al padre;
2. Como alternativa a la madre trabajadora que no hace uso de los mismos;
3. Si la madre no es mujer trabajadora;
4. En caso de muerte o enfermedad grave de la madre.

Las disposiciones antes descritas nos parecen un excelente ejemplo en lo que a la igualdad de géneros y libre determinación de la dinámica interna de la

familia se refiere, ello, debido a que en primera instancia se reconoce a la madre como el sujeto que de manera natural presta los primeros cuidado al menor, sin embargo, no se desdeña la posibilidad de que el hombre pueda suplirla en esta función ya sea por necesidad o acuerdo de la pareja.

Por otra parte, conforme a la fracción primera del artículo 7 de la ley Italiana 1204 de 1971, el padre o la madre del menor podrán disponer de un periodo continuo o discontinuo de seis meses de abstención al trabajo, durante los primeros ocho años de vida del menor. En dichos descansos el trabajador gozará de un subsidio equivalente al 30% del salario hasta el tercer año de vida del niño.

Otra disposición de interés es la contenida en la fracción cuarta del artículo citado en el párrafo anterior, misma, que establece que ambos padres, alternativamente, tienen el derecho a abstenerse de trabajar por un período máximo de cinco días en un año, durante la enfermedad de un hijo menor a los ocho años.

En otro orden de ideas, conforme al derecho Austriaco, cuando uno o ambos padres deciden dedicar su tiempo al cuidado de sus hijos, pueden ser acreedores a lo que denominan subsidio por carencia. Dicho subsidio es descrito por Mendizábal Bermúdez en los siguientes términos:

Carencia: Ambos padres tienen derecho a la prestación de las vacaciones por carencia sin goce de sueldo. Las vacaciones por carencia pueden ser solicitadas ya sea únicamente por uno de los padres o de manera alterna por ambos padres. Estas duran máximo hasta el segundo año del niño, durante las vacaciones por carencia se tiene el derecho a la prestación económica del subsidio por carencia bajo el cumplimiento de determinados requisitos.²¹

Por otra parte, el sistema de seguridad social francés, contempla una serie de prerrogativas que se otorgan a la persona que tiene la carga efectiva (de hecho) y permanente uno o más menores, sin la necesidad de que medie vínculo filial del primero con o el o los segundos.

²¹ *Ibidem.*, p. 200.

Las prestaciones familiares son administradas por las denominadas *Caisse d'allocations familiales (CAF²²)*. Son de carácter pecuniario y el monto se determina atendiendo a un decreto emitido por las autoridades estatales. Puede acceder a las mismas, cualquier persona, asalariada o no, que tenga uno o más menores a su cargo, que resida en Francia y que cumplan con las condiciones que se especifican a cada uno de los casos.

Las hipótesis por las que otorgan las prestaciones que venimos describiendo se otorgan en atención a los rubros siguientes: cuidado de menores; complemento familiar (enfocado a la protección de familias numerosas), ayuda a familias monoparentales, ayuda a la vivienda, ayuda por regreso a clases y apoyo a familias que cuentan con un menor discapacitado. Es importante destacar que si los padres manifiestan desinterés respecto del cuidado del niño se suspende la prestación.

Ahora bien, dentro de las prestaciones de índole familiar, consideramos de interés para la investigación que venimos desarrollando, aquella denominada *La prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE)*, dicha prestación comprende tres tipos de subsidios económicos destinados a coadyuvar con los gastos derivados del nacimiento y crianza de uno o varios menores. Para recibir dicha prestación se requiere contar con una cotización que varía dependiendo del subsidio que se pretenda obtener, en los dos años que preceden al nacimiento o adopción. Los subsidios que comprende esta prestación son los siguientes:

- Primer subsidio.- Se otorga al séptimo mes del embarazo o a los dos meses de la llegada del hijo adoptado (siempre y cuando este último sea menor de veinte años), la cantidad del subsidio depende de los ingresos económicos de la familia en cuestión.
- Segundo subsidio.- Este es de índole semanal y se otorga en caso de nacimiento o adopción. En el caso de nacimiento el subsidio se prolonga hasta que el menor cumpla lo tres años de edad. En el caso de adopción, el subsidio se otorgara durante los tres años que siguen a la misma en tanto

²² El término no admite traducción literal al español pero puede entenderse cómo: Cajas de prestaciones económicas para ayuda a la familia.

el adoptado no cumpla veinte años, ya que, de acontecer esto último el subsidio se pierde. Este destinado a coadyuvar con los gastos corrientes que como producto del cuidado de los menores se efectúen.

➤ Tercer subsidio.- Éste tiende a apoyar con los gastos derivados, exclusivamente, por el cuidado del hijo, ya sea sanguíneo (en tanto sea menor de tres años) o adoptado, en horas de trabajo del o los padres. Puede otorgarse a partir de dos modalidades a elección de los padres:

1. En el caso de que el padre o madre del menor decidan continuar trabajando.- Se otorga un subsidio tendiente a cubrir parte del pago que se realice a la institución o persona que se haga cargo del cuidado del menor. Cuando la persona encargada del menor concorra al domicilio, el subsidio comprenderá también una cantidad destinada a cubrir en su totalidad las prestaciones de la persona que cuida a los menores.

2. En el caso de que el padre o la madre decidan reducir la jornada de trabajo, o bien, descansar de la actividad laboral para abocarse al cuidado de su o sus hijos, se otorgará un subsidio económico atendiendo a los siguientes lineamientos:

a. En el caso de hijos uterinos, el subsidio tendrá una duración de seis meses, tiempo que será aumentado hasta dos años cuando ya se tengan dos o más hijos. En el caso de nacimiento de trillizos el subsidio tendrá una duración de seis años.

b. En el caso de la adopción, se otorgará un año de subsidio por un menor adoptado, dos por dos y tres por tres.

Otra prestación que llama nuestra atención en el derecho francés es la que se deriva del artículo L. 122- 25- 4 del Código del Trabajo de este país, que señala que el hombre trabajador tendrá derecho a un descanso de 11 días consecutivos por causa de paternidad, periodo, que se ampliara a 18 días en el caso de nacimiento múltiple.

El descanso por paternidad concedido por la legislación francesa, que en nuestro país sólo ha sido reglamentado en los contratos colectivos de trabajo, encuentra eco en las legislaciones españolas. Así, el artículo 48 bis del ET, señala

que en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo, suspensión, independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al padre. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48 fracción cuarta del ET²³ sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

Cabe destacar que, actualmente, las prestaciones otorgadas a favor del padre y la madre por motivo de adopción y acogimiento, se reglamentan atendiendo al principio de igualdad. Es atendiendo al acto de paternidad y maternidad biológica en donde se establecen diferencias en torno a la reglamentación, diferencias, que obedecen a la función orgánica que en el hombre y la mujer es diversa.

Una forma en que España apoya el ejercicio de la maternidad y la paternidad es a partir de la *excedencia familiar*, reglamentada en el artículo 46 fracción tercera del ET, precepto, que establece a favor del trabajador (hombre o mujer) el derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para abocarse al cuidado del hijo (consanguíneo o por adopción) o de un menor acogido. También se concede el derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

²³ El descanso contenido en el artículo 48 fracción cuarta del ET es el de 16 semanas concedido por causa de embarazo, adopción o acogimiento.

Otro ejemplo de disposiciones que coadyuvan con el ejercicio de la paternidad y la maternidad, son las contenidas bajo el rubro de *prestaciones familiares por hijo a cargo*:

Las prestaciones familiares por hijo a cargo en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social se establecen para hacer frente a la situación de necesidad económica o de incremento en las cargas económicas de la familia, que pueden producirse para determinadas personas por tener uno o varios hijos a cargo; y que, en definitiva, consisten en una cantidad determinada esencialmente a cubrir los gastos del hijo, que, además, deben ser cubiertos en virtud de la obligación alimenticia por sus ascendientes.²⁴

Debe considerarse como hijo a cargo: “...a aquel que, cualquiera que sea su filiación legal (hijos matrimoniales, extramatrimoniales, naturales y adoptados), vive con el beneficiario y a sus expensas... menor de dieciocho años y al mayor de dicha edad afectado por una minusvalía en grado de, al menos, sesenta y cinco por ciento... ”.²⁵

En el régimen contributivo pueden actualizar dos tipos de prestaciones:

1. Asignación económica por cada hijo a cargo tendiente a coadyuvar con las cargas económicas de índole familiar.
2. Prestaciones de índole no económica “que consiste en la consideración como periodo de cotización efectiva del primer año de excedencia para el cuidado del hijo, con reserva del puesto de trabajo, que los trabajadores disfruten en de acuerdo con la legislación aplicable”.²⁶

Todas las normas enunciadas a lo largo de este apartado, sin lugar a dudas colaboran con la protección de la maternidad, asimismo, son el más claro ejemplo de que la concepción de la maternidad como una prestación análoga a una enfermedad (esto es, como el sólo objeto de garantizar el ingreso económico y la protección a la salud) ha quedado por mucho superada.

²⁴ Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *op. cit.*, nota. 127, p. 568.

²⁵ *Ibidem.*, pp. 569 y 570.

²⁶ *Ibidem.*, p. 573.

Estamos seguros que en un futuro, muchas de las prerrogativas que antes hemos enunciado y otras tantas de naturaleza análoga, serán incorporadas a nuestro sistema jurídico en beneficio de las madres y padres trabajadores de nuestro país.

En el tiempo que corre no consideramos pertinente la legislación exhaustiva de prerrogativas análogas a las que hemos expuesto, porque ello, podría resultar no sólo incosteable, sino también, inadecuado a nuestro contexto (comenzando por el hecho de que nuestra tasa de natalidad es superior a la de los países antes señalados). Lo apremiante, es el análisis de la forma y alcances de protección que el derecho tiene respecto al ejercicio de la maternidad y paternidad en ámbito laboral y de la seguridad social, así como, verificar aquellas disposiciones que de manera urgente es menester adecuar a la realidad de nuestra sociedad para alcanzar la tan decantada justicia social a partir del respeto a la igualdad y equidad de géneros.

IV. LEGISLACIÓN COMPARADA DE PRESTACIONES POR MATERNIDAD DE MÉXICO FRENTE A LAS LEGISLACIONES EUROPEAS Y REGLAMENTACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Consideramos pertinente, hacer un breve recuento del tratamiento que por maternidad y paternidad se ha hecho en nuestro país, en contraposición, a la reglamentación que se ha realizado en los instrumentos internacionales y de los diversos países que hemos venido abordando.

Para cumplimentar dicho objetivo, hemos elaborado una serie de cuadros, mismos, que hemos dividido en dos columnas. La columna del lado izquierdo tiene por objeto señalar la reglamentación vigente en nuestro país, en tanto que la del lado derecho comprende algunas de las disposiciones contenidas tanto en los instrumentos internacionales como en las legislaciones de los países a los que nos hemos venido refiriendo.

Hecho generador	
México	Legislaciones Europeas
La reglamentación de la maternidad se constriñe únicamente a la maternidad biológica.	La maternidad se concibe no sólo desde la perspectiva biológica, sino también desde una perspectiva cultural, por ello se equiparan la adopción y el acogimiento.

Sujetos que pueden acceder a las prestaciones por maternidad	
México	Legislaciones Europeas
Mujer trabajadora o pensionada (antes trabajadora).	Trabajadores (sin distinción de sexo).
Cónyuge o concubina del asegurado o pensionado (antes trabajador).	Cónyuge o concubina.
Hija del asegurado/a	Hijas de los trabajadores.
Hija del pensionado/a (antes trabajador).	

Prestaciones Económicas	
México	Legislaciones Europeas
Contempla 12 semanas de subsidio económico del 100% del salario (Sólo en el caso de embarazo).	Contempla hasta veinte semanas de subsidio salarial del 100%. Lo anterior, por causa de embarazo, adopción o acogimiento. Pago de gastos devengados en caso de que la mujer sufra detrimento de

	<p>naturaleza económica por motivo de gastos derivados del alumbramiento.</p> <p>Cobro del subsidio de maternidad por el padre, ello, en el caso de muerte de la madre.</p>
--	---

Prestaciones en especie	
México	Legislaciones Europeas
<p>12 semanas de periodo de descanso.</p>	<p>Hasta veinte semanas de descanso (por causa de embarazo, adopción o acogimiento).</p> <p>Derecho a licencia para la realización de exámenes pre-natales con goce de sueldo.</p> <p>Posibilidad de organizar su tiempo de la mejor manera en tanto se respete el descanso por seis semanas posteriores al parto.</p> <p>Derecho de la madre renunciar a parte de su tiempo de descanso en favor de su cónyuge.</p> <p>Goce del tiempo de descanso originalmente destinado a la maternidad por el padre en el caso de imposibilidad o muerte de la madre.</p>

<p>Asistencia médica, hospitalización y medicamentos.</p> <p>Canastilla.</p> <p>Ayuda para la lactancia.</p>	<p>Derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, en el caso de que ésta, no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones económicas.</p> <p>Ampliación del periodo de descanso posparto por hospitalización del menor.</p> <p>Aumento del periodo de descanso en el caso de nacimiento de gemelos.</p> <p>Asistencia médica, hospitalización y medicamentos.</p> <p>Ayuda Empresarial.</p> <p>Asistencia psicológica y social para la preparación a la maternidad y la paternidad responsable y los problemas de la pareja y la familia.</p> <p>Información y asistencia sobre problemas de esterilidad e infertilidad humana y técnicas de procreación médicamente asistida.</p>
--	--

	Información sobre los procedimientos de adopción y acogimiento familiar.
--	--

Requisitos para acceder a las prestaciones	
México	Legislaciones Europeas
Cotizaciones.	Cotizaciones.
Certificación médica.	Certificación médica.
Afiliación.	Afiliación.
Dependencia económica o estado de necesidad (en el caso de las no aseguradas).	

Protección a riesgos en el embarazo	
México	Legislaciones Europeas
Protege contra la realización de trabajos pesados, peligrosos o insalubres que pongan en peligro la salud de la madre o el desarrollo del menor.	
La mujer debe ser asignada a otra función que no implique riesgo.	
En caso de no poder asignarse a la mujer a otra función debe otorgársele descanso.	
Subsidio del 50% del salario (conforme ala LFT).	Subsidio del 80 % de su salario.

Otras normas que coadyuvan al ejercicio De la maternidad y la paternidad responsable

México	Legislaciones Europeas
<p>Existen prestaciones que permiten ausentarse del trabajo sólo en los casos de los contratos colectivos de trabajo.</p> <p>Dos descansos de media hora diarios durante la lactancia a favor de la madre trabajadora (no se establece que tiempo comprende</p>	<p>Contar con periodos que van de los seis meses a dos años de abstención al trabajo, para abocarse al hogar y cuidado de los hijos con goce de un subsidio económico.</p> <p>Abstención de poder ausentarse del trabajo hasta por un periodo de cinco días en el caso de enfermedad de los hijos.</p> <p>Las protecciones se extienden hasta los ochos años de vida del menor.</p> <p>Subsidio económico único por nacimiento o adopción de un menor.</p> <p>Subsidio económico semanal para coadyuvar con los gastos de lo menores.</p> <p>Subsidio económico destinado a los gastos que se desprenden del cuidado del menor en horas de trabajo del o los padres (ya sea para el pago de niñera a domicilio o servicio de guardería).</p> <p>Dos periodos de descanso diarios de una hora a favor de la madre trabajadora.</p> <p>Posibilidad de que el padre pueda subrogar, en los descansos referidos en el enunciado anterior, a la madre.</p>

<p>la lactancia).</p> <p>Descanso por paternidad (derecho que ha sido consagrado sólo en contrato colectivo de trabajo).</p>	<p>Descanso por paternidad de hasta 15 días.</p>
--	--

CAPITULO CUARTO

ASPECTOS DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA QUE IMPACTAN EN EL TRABAJO.

Ya hemos analizado ampliamente qué es, cómo se compone, y cuál es la finalidad de la familia tanto desde la perspectiva jurídica, como desde la sociológica e histórica. Por lo que respecta a este apartado, nos proponemos dar respuesta, desde la perspectiva netamente jurídica a las siguientes interrogantes: ¿A partir de qué criterio se establece la adición o exclusión de un individuo a un determinado grupo familiar? Y ¿Qué derechos y deberes acarrea al individuo su estado de familiar y cuáles son sus alcances?

Responder a estos cuestionamientos es por demás importante, ello, debido a la gran cantidad de instituciones y términos del derecho familiar que se utilizan con regularidad en el derecho laboral y el derecho de la seguridad social, tales como cónyuge, concubino/a, hijo, adoptado, familia, etc.

Para dar respuesta al primer cuestionamiento, analizaremos tres instituciones a partir de las cuales, conforme a derecho,¹ un individuo se vincula a una familia: el parentesco, el matrimonio y el concubinato. Por lo que respecta al segundo cuestionamiento, prestaremos especial atención a tres instituciones propias del derecho de familia, como lo son: a los alimentos, la patria potestad y la tutela.

Consideramos que el análisis de las figuras antes referidas, coadyuvará en nuestro esfuerzo por brindar una amplia comprensión de lo que la maternidad y la paternidad implican en el mundo de lo jurídico.

I. EL PARENTESCO

1. Introducción

¹ Véase el artículo 138 Quintus del Código Civil Federal.

Magallón Ibarra refiere que el parentesco “...es la relación humana que distingue y caracteriza al grupo familiar, pues señala y reconoce el vínculo natural y legal que en una colectividad compone, unifica y distingue a los miembros que la constituyen; determinando los lazos que entre ellos se van formando, para constituir el núcleo fundamental de toda sociedad humana”.² Por su parte, Rojina Villegas alude al parentesco en los siguientes términos: “El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto a que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, el matrimonio o la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.”³

Dos términos nos parecen de vital importancia en las definiciones antes transcritas: situación jurídica y vínculo. Villoro Toranzo refiere que situaciones jurídicas son:

...los modos de ser de alguien o de algo...El que un hombre sea padre es una situación jurídica ya que hace que ese hombre exista respecto de alguien (su hijo) en modo diferente respecto del que tiene de otros seres humanos. La situación de paternidad deriva del hecho del nacimiento del hijo y del hecho que ese hijo ha nacido por actos imputados a su padre.⁴

Respecto de la noción de vínculo o relación, la que surge del parentesco puede ser entendida al tenor del artículo 138 quáter del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que refiere que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de una familia. El vínculo del parentesco, al igual que los otros vínculos familiares, conforme a lo establecido en el artículo 138 sextus del mismo ordenamiento, impone a los que lo sustentan el deber de observar entre sí consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

² Magallón Ibarra, José Mario, *op. cit.*, nota 64, p.49.

³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 38ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, t. I: *Introducción, personas y familia*, p. 260.

⁴ Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 112, p. 323.

Conforme al artículo 292 del Código Civil Federal, el vínculo de parentesco nace a partir de un hecho jurídico: *el nacimiento*, del cual surge el parentesco consanguíneo, o, en virtud de distintos actos jurídicos como la adopción y el matrimonio, de los cuales se derivan el parentesco civil y el parentesco por afinidad. De estas formas de parentesco nos ocuparemos de manera especial en los apartados subsiguientes.

La situación jurídica de pariente, nos ayuda a dirimir controversias jurídicas respecto intereses de índole:

- Patrimonial: Como lo es el caso de la sucesión legítima.
- Sexual: A partir de prohibiciones de relaciones de esta índole entre parientes.
- Alimentario: Determinando los derechos y deberes que a partir del parentesco se constituyen para satisfacer necesidades básicas (habitación, vestido, comida, etc.) de sus miembros.
- De competencia: En los casos en que las legislaciones prohíben la intervención de sujetos que guarden entre sí relación de parentesco en determinados actos procesales.
- Referentes al ejercicio de la patria potestad y de tutela.

Dada la importancia que representa para la dinámica social *la solidaridad familiar*, los vínculos que surgen bajo la tutela del derecho de familia tiene una reglamentación mucho más severa en comparación con las prerrogativas y obligaciones de otra índole.

...los derechos relacionados con el parentesco sólo pueden extinguirse de acuerdo con los modos limitantes previstos por el derecho objetivo...En materias tan delicadas, y de orden público, no podemos dar rienda suelta a la voluntad de los particulares...los derechos de la sangre no pueden anularse libremente por actos jurídicos privados.⁵

Lo anterior es comprensible en el entendido de que la naturaleza humana, en virtud de su libre albedrío, no sólo da muestra de adelanto, sino también, de

⁵ Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, nota 6, pp. 206.

retroceso. Luego, son necesarios mecanismos ordenadores, que, aunque puedan parecer arbitrarios, fortalecen la solidaridad familiar, y como consecuencia, la solidaridad social.

2. Parentesco por afinidad

Conforme al artículo 294 del Código Civil Federal el parentesco por afinidad es aquél que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón. Este tipo de parentesco, en el derecho vigente, tiene repercusiones en los siguientes supuestos:

- En el derecho sucesorio a partir del contenido del artículo 1603 CCF en donde se señala que el parentesco por afinidad no da derecho de heredar.
- Sirve como referente para establecer restricciones de índole procesal; así, el artículo 39 CFPC señala textualmente que: *fijada la competencia de un juez, magistrado o ministro...conocerá del negocio en que se haya fijado, si no se encuentra comprendido en los siguientes casos de impedimentos...IV.- Ser pariente, por consanguinidad o afinidad, del abogado o procurador de alguna de las partes.*
- Constituye un impedimento para contraer matrimonio en la hipótesis contenida en el artículo 156 del CCF que literalmente establece: *Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio...IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.*

Respecto a este último supuesto, Magallón Ibarra comenta:

...resulta a primera vista extraño el que se incluya en el catálogo de impedimentos para celebrar válidamente la unión, la vinculación por afinidad. A este respecto, debe advertirse que un señor no puede casarse con la hermana de su esposa, no por la existencia de dicha afinidad, sino por que ya está casado y la subsistencia del vínculo en sí mismo, es un impedimento. Luego entonces, deberá verificarse que el legislador se refiere a una afinidad que subsistirá, con plena eficacia desde el punto de vista del impedimento para celebrar el matrimonio, no obstante que el vínculo jurídico que lo creó, ya no exista. Creemos que su inclusión en el catálogo

opera en razón de los lazos morales que debieron hacerse establecido entre las partes, en razón de la preexistencia de la unión conyugal.⁶

Cabe agregar que el parentesco por afinidad puede tener mayores alcances tal y como sucede en el Código para la Familia del Estado de Morelos que expresamente señala: *ARTÍCULO 35.- ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS. La obligación de dar alimentos se deriva del matrimonio, del concubinato, del parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad y por disposición de la ley.*

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, es también diferente en lo que a la reglamentación del parentesco por afinidad se refiere, ello, dado que hace nacer el mismo no sólo del matrimonio, sino también, del concubinato: *Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.*

En contraposición al contenido del artículo 294 antes transcrito, encontramos el siguiente comentario:

El parentesco entre esposos y concubinos queda fuera de entorno jurídico siempre aceptado, en su caso, los esposos integran el tronco común, ajeno al parentesco propiamente dicho...el concubinato no puede generar parentesco con los parientes consanguíneos de la pareja, por regla general se carece de prueba eficaz, por lo que el supuesto parentesco sería endeble; en efecto, el concubinato para constituirse en hecho que genere derechos, debe tener entre otras características, la singularidad, si esta se pierde, desaparecerá el parentesco.⁷

Finalmente, queremos puntualizar que el parentesco por afinidad no tiene ninguna clase de repercusión en el derecho de los seguros sociales, más aún, los familiares protegidos por los diversos institutos son sólo los del primer grado y se excluyen de toda consideración los parientes en segundo grado y aquellos que lo son por afinidad. Ante este panorama cabría preguntarnos ¿Por qué si se me obliga (como en el caso de la legislación familiar morelense) a dar alimentos a los

⁶ Magallón Ibarra, José Mario, *op. cit.*, nota 64, p.59.

⁷ Zavala Pérez, Diego H., *Derecho familiar*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, p. 29.

parientes por afinidad no puedo inscribir a los mismos como beneficiarios en los diversos seguros sociales? Verbigracia, en el caso de que un tío político fuese obligado a dar alimentos a su sobrino y éste se accidentase, tendría que erogar dinero en el pago de un médico privado puesto que no podría inscribirlo como su beneficiario al instituto de seguridad social en el que fuese asegurado.

Ante este hecho sólo podemos aseverar que las cargas de orden familiar que me imputa el Estado, no son de modo alguno equitativas en relación con los derechos que me confiere.⁸ Lo anterior puede ser explicado en el entendido de que no existe una verdadera coordinación entre las legislaciones del orden civil, laboral y de seguridad social.

3. Parentesco por consanguinidad

El Código Civil Federal en su artículo 293 señala que el parentesco consanguíneo es el que existe entre personas que nacen de un mismo progenitor. Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 293 además de considerar a la hipótesis antes mencionada agrega:

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Aún cuando los acontecimientos que acompañan a la adopción y la reproducción asistida son diversos. La naturaleza del menor que nace a partir de una reproducción asistida, en algunas ocasiones, no guarda diferencia alguna con la adopción, dado que en ambos casos se vincula a un menor con otra persona

⁸ Véase el apartado III. OTRAS NORMAS QUE COADYUVAN EJERCICIO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD RESPONSABLE del capítulo cuarto del presente trabajo.

con la que no guarda un tronco en común.

Especial interés nos represente el caso de la maternidad subrogada, en donde una mujer distinta a la madre, presta su vientre a efecto de gestar y dar a luz al hijo de otra mujer. En este caso, se establece el parentesco consanguíneo no con la mujer que ha dado a luz, sino con la madre genética y con el padre genético o que haya procurado el acto a efecto de adjudicarse la paternidad. La maternidad subrogada al igual que la adopción, no encuentra ninguna clase de prestación derivada de las legislaciones de los seguros sociales de nuestro país.

En otro orden de ideas, Rojina Villegas señala que las principales consecuencias que se desprenden del parentesco por consanguinidad son:

1°- Crea el derecho y la obligación de alimentos.

2°- Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.

3°- Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos y situaciones jurídicas. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.

4°- Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.⁹

4. Parentesco civil

Margadant refiere la adopción en el derecho romano en los siguientes términos:

Por este procedimiento, el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello...Originalmente, la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar. Vendiendo a ésta tres veces y recuperando su patria potestad después de cada venta, el antiguo *paterfamilias* perdía la patria potestad, según las XII Tablas; y después de la tercera venta, el adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo *paterfamilias* figuraba en el proceso ficticio como

⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, op. cit.*, nota 153, p.264.

demandado.¹⁰

En nuestro país la adopción procede mediante dos modalidades: la simple y la plena. Conforme al artículo 410 A del CCF, el adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. Asimismo, tiene para con la familia del o los adoptantes, los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes.

Por su parte, los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio (el artículo 157 del CCF establece que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes). Asimismo, conforme al contenido del artículo 403 los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que, en su caso, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado (porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges).

II. EL MATRIMONIO

Respecto al matrimonio Rojina Villegas se expresa en los siguientes términos: “*El matrimonio como idea de obrar significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos*”.¹¹ Del artículo 147 del Código Civil Federal, podemos desprender que los fines del matrimonio son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los consortes.

Nuestra legislación otorga al matrimonio una naturaleza contractual cuyas

¹⁰ Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, nota 6, pp. 203 y 204.

¹¹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, op. cit.*, nota 153, p. 291.

implicaciones no son prominentemente de carácter patrimonial. Conforme al CCF del matrimonio se desprenden las siguientes obligaciones para los cónyuges:

- A contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente (Art. 162).
- A vivir juntos en el domicilio conyugal (art. 163).
- A contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, (art. 164).

Asimismo, tienen las siguientes prerrogativas:

- A decidir de manera libre, conjunta, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos (art. 162).
- Disfrutarán en el hogar autoridad y consideraciones iguales (arts. 163 y 168).
- A desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta (art. 169).
- A contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes (172).
- A ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro.

Rojina Villegas manifiesta que uno de los efectos que se desprende del matrimonio es el relativo al cumplimiento del débito carnal¹², ello, derivado del entendido de que el artículo 162 del CCF impone el deber a los consortes de contribuir a los fines del matrimonio. Asimismo, los cónyuges se deben fidelidad conforme a lo establecido en el artículo 267 fracción I del CCF, dado que su incumplimiento, es causal de divorcio.

Es pertinente aclarar, que por lo que respecta al CCDF los efectos a los que se refiere Rojina Villegas han quedado sin efecto, debido, a que conforme a lo establecido por el artículo 146 el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua *con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada*, luego, la procreación de los hijos conforme a esta

¹² *Ibidem.*, p. 330.

legislación deja de ser el eje rector del vínculo matrimonial. Por lo que respecta a la fidelidad, conforme al ordenamiento que nos venimos refiriendo, desaparece dicha consideración como causal de divorcio, no obstante, persiste la reprobación de dicha conducta en el ámbito jurídico en el entendido de que conforme al artículo 156 fracción V del CCDF, constituye un impedimento para contraer matrimonio el adulterio habido entre las personas que pretendan unirse, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; sin embargo, la probanza del adulterio se daba al tiempo que se apelaba al mismo como causal de divorcio, luego, no habiendo ya necesidad de apelar a una causal para el divorcio ¿en qué momento se debe probar el adulterio para que constituya impedimento para contraer matrimonio?

Por lo que respecta al presente trabajo de investigación, sólo nos interesa enfatizar, que el matrimonio constituye un vínculo entre dos personas, y que a partir de dicho vínculo se desprenden derechos y obligaciones, entre los que se encuentra la obligación alimentaría recíproca y hacía sus menores hijos, por regla general en iguales términos, aunque esto puede variar atendiendo a las circunstancias propias de cada pareja.

Ahora bien, hemos observado algunos ejemplos de cómo se ha comenzado a legislar en materia de seguridad social atendiendo a la pareja, así, vimos casos en que la prestaciones se otorgan a la pareja y es la misma la que decide quién y en qué proporción disfrutará de la prestación otorgada por el Estado.

En nuestro país, la posibilidad de otorgar prestaciones tendientes a beneficiar a las parejas aún se ve lejana, sobre todo en el caso de que los cónyuges sean trabajadores afiliados a institutos de seguridad social diversos.

III. EL CONCUBINATO

Respecto a las similitudes y diferencias del matrimonio y el concubinato en el antiguo derecho romano Margadat comenta:

Fuera del contubernium, el derecho romano nos muestra dos formas de matrimonio que de ninguna manera tenían la importancia jurídica que tiene el

matrimonio actualmente (Gayo sólo menciona el matrimonio como fuente de patria potestad).

a) *lustae nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas.

b) Concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas...

Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron "vivas" no celebradas en forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas...¹³

En la actualidad, se considera al concubinato como un estado de hecho que implica una vida en común constante de un hombre con una mujer, libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo, que han procreado uno o varios hijos o que han vivido juntos por un tiempo determinado que varía dependiendo de la legislación de la que se trate, así, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 291 exige un periodo mínimo de dos años, por su parte, tanto el CCF en su artículo 1635 como el CFEM en su artículo 213 exigen un periodo de cinco años. Para efectos de los seguros sociales, el concubinato tiene efectos en los mismos términos señalados por el CCF.

Las principales consecuencias que se desprenden de este estado de hecho, conforme al CCF, son las siguientes:

- Obligación recíproca alimentaria entre los concubinos (artículo 302).
- Deber de evitar conductas que generen violencia familiar (artículo 323 ter).
- Presunción de hijos del concubinato a los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato y los nacidos los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común (art. 383).
- Derechos hereditarios ya sea para concurrir a la sucesión legítima o para reclamar alimentos conforme (artículos 1368, 1373, 1602 y 1635).

El CCDF incorporó diversas innovaciones en esta materia tales como:

- El artículo 291 Bis establece que la persona que haya actuado de buena fe, con otra que haya establecido varias relaciones de concubinato, podrá demandar del otro, una indemnización de daños y perjuicios.
- Da lugar a parentesco por afinidad conforme al artículo 294 del CCDF.

¹³ Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, nota 6, p. 207.

- Se les concede la posibilidad de adoptar conforme al artículo 391 del CCDF.
- Se les concede la posibilidad de constituir patrimonio familiar (artículo 724).

En materia de seguridad social, hemos visto como el concubinato tiene los mismos alcances que el matrimonio para efecto de determinar a los beneficiarios de los distintos seguros.

IV. DEBERES FAMILIARES

1. Introducción

Rojina Villegas refiere que:

Los deberes subjetivos familiares se definen como los diversos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o la tutela y los parientes entre sí...En los deberes subjetivos familiares, este estado de sujeción jurídica adquiere las características de una situación permanente, por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente...¹⁴

Son tres los deberes que nos interesa revisar para efectos de esta investigación: Los alimentos, el ejercicio de la patria potestad y el ejercicio de la tutela. El primero, en el entendido de que comprenden todo el universo material que los padres deben proveer a los hijos, en tanto que la patria potestad y la tutela, comprenden todo el universo conductual que se espera de un padre o tutor en relación con un menor.

Consideramos que el ejercicio de la paternidad y la maternidad en materia civil, se circunscribe a estas instituciones, por tal motivo, resulta fundamental su análisis si pretendemos comprender con qué dinámica de relaciones deben coadyuvar el derecho laboral y de la seguridad social para la consecución del

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, op. cit.*, nota 153, p. 240.

bienestar familiar y el ejercicio de la paternidad y la maternidad.

2. Los alimentos

De Ibarrola se expresa respecto a los alimentos de la manera siguiente:

Nos viene de la palabra del latín *alimentum*, *ab alere*, alimentar, nutrir. En sentido recto, significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo, y que en el lenguaje jurídico se usa para asignar lo que se da a una persona para atender su subsistencia...El fundamento de la obligación es el derecho a la vida que tienen las personas, del que es emanación la asistencia, como conjunto de prestaciones a que el hombre tiene derecho, que se traducen en el deber de alimentos, y que no se concreta a la sustentación del cuerpo, sino que se extiende al cultivo y educación del espíritu, puesto que el hombre es un ser racional. Ello explica que la institución alimenticia sea en realidad de orden e interés público y por eso el Estado se encuentra obligado a menudo a prestar alimentos, como resultado de su acción supletoria, tutelar, que provee en defecto de los individuos a las necesidades de asistencia del ser humano...¹⁵

El CCF enuncia en su artículo 308 lo que debe entenderse por 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.*

En relación al artículo antes mencionado cabría preguntarse ¿a qué se refiere cuando manifiesta que se debe proporcionar al menor *algún oficio, arte o profesión adecuados a su sexo*? Consideramos que este artículo no es más que una reminiscencia de las marcadas diferencias de género que tuvieron vigencia el siglo pasado y que hoy en día no tienen razón ser, más aún, es contrario a lo establecido en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979* que en su artículo 10 señala:

¹⁵ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, nota 36, pp. 131 y 132.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza...

Por otra parte, el artículo 309 del mismo ordenamiento señala: *El obligado a dar alimentos cumple con esta obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario o incorporándolo a su familia.* Asimismo, el artículo 311 establece que: *Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del quien deba recibirlos.*

Al analizar detenidamente el contenido de los artículos 308, 309 y 311 antes mencionados, frente al contenido de las normas propias de las legislaciones de seguridad social, estaremos en posición de predicar lo siguiente:

1. En ambos casos se patentiza la búsqueda de seguridad para los individuos, esto es, ambas materias (derecho de familia y derecho de la seguridad social) tienden a asegurar que todo individuo este en posición de obtener satisfactores básicos conforme a las posibilidades de quién debe otorgarlos (un particular en el caso del derecho de familia y el Estado en el caso del derecho de los seguros sociales).
2. Si bien el concepto de alimentos no es tan recurrido en el derecho de la seguridad social, como lo es en el derecho de familia, no es menos cierto que dicho concepto bien puede subsumir los alcances de las prestaciones a cargo de los seguros sociales en favor de sus beneficiarios.

La vida en comunidad ha permitido al hombre especializarse en múltiples disciplinas, así, hemos tejido una intrincada red que nos hace dependientes de nuestros semejantes a la vez que útiles a la satisfacción de sus necesidades, en pocas palabras, hemos conquistado el derecho y el deber de necesitarnos y ayudarnos mutuamente. Rojina Villegas define el derecho de alimentos cómo la *“...facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir en virtud del parentesco consanguíneo, del*

matrimonio o del divorcio en algunos casos".¹⁶ Cabe entonces preguntarnos ¿Qué es aquello que denominamos *necesario para subsistir*? Y ¿Bajo que criterio podemos justificar que la carga del deber alimentario sea asumida por aquellos que conforman el núcleo familiar?

Una respuesta simple a la primera pregunta sería que aquello que tenemos por necesario no es más que la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad y la educación, sin embargo, el problema no resulta tan sencillo si ahondamos un poco más en el mismo, preguntémonos entonces ¿Cuándo es suficiente? Es decir, que cantidad de comida o vestido o en que condiciones debe darse la educación y la habitación para considerarse que se ha cumplido con la obligación alimentaría.

Imaginemos que un menor requiere de tratamientos médicos para un cancer, si se tratase de una familia con ingresos correspondientes al salario mínimo, la atención médica acorde a sus posibilidades sería inexistente, sin embargo, cuando este grupo primario de protección es rebasado en sus posibilidades, el sujeto puede acceder a los servicios de los seguros sociales, la beneficia pública o la asistencia social, dicho grupo primario será entonces respaldado por todo un sistema nacional de salud. La idea que predicamos es acorde al contenido de los artículos 544 y 545 del CCF, mismos, que delegan el cuidado de algunos individuos al Estado en casos excepcionales:

Artículo 544.- Si los menores o mayores de edad con incapacidades como las que señala el Artículo 450¹⁷ en su fracción II no tienen personas que estén obligadas a

¹⁶ *Ibidem.*, p. 265.

¹⁷ El Artículo 450 Fracción segunda señala: *Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no*

alimentarlos, o sí teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del juez de lo familiar, quien oirá el parecer del curador y el consejo local de las tutelas, pondrá al tutelado en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse. En su caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta.

Artículo 545.- Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal; pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se reembolse al Gobierno de los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto por este artículo.

En otro orden de ideas, respecto al cuestionamiento ¿Bajo que criterio podemos justificar que la carga del deber alimentario sea asumida por aquellos que conforman el núcleo familiar? Hemos de presumir que el otorgamiento de los alimentos no fue una idea, sino, un reflejo que de la conducta humana recogió la ley.

No es como pudiera parecer a primera vista una obligación que tuviera como fuente el principio de la autonomía de la voluntad, aún cuando se manifiesta preferentemente en su aspecto económico-patrimonial; sino propiamente resultado del vínculo moral de solidaridad que se deben -en materia de asistencia- quienes pertenecen a un mismo grupo familiar y que pudiera manifestarse como una expresión afín a los principios de claridad cristiana; aún cuando por su revestimiento legal, no puede identificarse con filantropía o limosna. De ahí que se había pensado que ética y jurídicamente, los parientes está obligados a solventar o a contribuir para la satisfacción de esas necesidades, con aquellos con los que se posee un vínculo cercano en el seno de la familia.¹⁸

Finalmente, el argumento que justifica la imposición de deberes de carácter alimentario, es la certidumbre o seguridad de *reciprocidad*. Ello cobra coherencia en una línea generacional infinita, donde el individuo requiere cuidados en los primeros años de vida por la generación que le antecede y en los últimos por la

puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

¹⁸ Magallón Ibarra, José Mario, *op. cit.*, nota 64, p.63.

generación que le procederá. Nuestro dicho, lo fundamentamos en el contenido del artículo 301 del CCF que señala expresamente: *La obligación de dar alimentos es reciproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos.*

3. La patria potestad

Las Instituciones de Justiniano refieren la patria potestad en los siguientes términos:

Bajo nuestra potestad se hayan nuestros hijos a quienes procreamos en justas nupcias...el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto y tu nieta, y de la misma manera tu biznieto y tu biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se haya bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.¹⁹

La patria potestad tiene su origen en la antigua Roma. En aquél entonces, era un poder ejercido por el *paterfamilias* con alcances casi ilimitados sobre los miembros de la *domus*. El sujeto a patria potestad era carente de personalidad y sus acciones tenían efectos legales en la persona del *paterfamilias*.²⁰ Huber Olea, alude a la patria potestad en los siguientes términos:

Se denomina de esta forma al poder que ejerce el *Paterfamilias* sobre los miembros de la *domus*, la que está prevista y regulada por el *Ius Civile*, por lo que únicamente un ciudadano romano puede ejercerla...tiene como principal objeto el interés del jefe de familia, más que la protección de los sujetos sometidos a él, de lo que devienen los siguientes principios: a) No son modificadas las facultades del *Paterfamilias* sobre los que se encuentran sujetos a su poder ni por la edad ni por el matrimonio; b) la *Patria Potestas* únicamente es ejercida por el jefe de familia (no es necesario ser padre para ser *Paterfamilias*, puesto que dicha acepción significa "el que ejerce el poder sobre el patrimonio doméstico", lo que nada tiene que ver con el tener o no descendencia); c) la mujer nunca puede ejercer la patria potestad.²¹

¹⁹ *Instituciones de Justiniano*, 2ª ed., trad. Melquíades Pérez Rivas, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2007, pp. 35 y 36.

²⁰ Véase, Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, op. cit., nota 6, pp. 200 y 201.

²¹ Huber Olea y Contro, José Francisco, *Diccionario de derecho romano*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, p. 522.

El poder que se desprendía del ejercicio de la *patria potestas* romana, tenía tantos alcances que no se diferenciaba, a grosso modo, del poder que tuviera el *paterfamilias* sobre una cosa. Gómez de la Serna, citado por Magallón Ibarra, al respecto, expresa:

...el poder absoluto sin ninguna clase de restricciones, fue desde la cuna de la ciudad el principio de la potestad paterna: en consecuencia el hijo se consideraba como una cosa, que estaba en dominio quiritarario del jefe de familia...no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir una familia.²²

Con el paso del tiempo, el poder concedido al *paterfamilias* derivado del ejercicio de la patria potestad, fue encontrado restricciones, transformándose, en una institución que imbuía a padre e hijo en una relación con derechos y deberes recíprocos, primordialmente, en lo tratante a los alimentos.²³

En la época de Antonio Caracalla (211-217), la venta de hijos fue declarada ilícita, sin embargo, fue permitida al padre en caso de necesidad para procurarse alimentos...Adriano (117-138) expatrió a un padre por haber matado a su hijo y ya Ulpiano decía que el padre no puede matar a su hijo sin forma de juicio, sino que debía acusarle ante el prefecto...Dioleciano (284-305) prohibió hacer sobre los hijos venta, donación o empeño y Constantino ordenó castigar a los padres que dieran muerte a sus hijos con pena igual a la correspondiente al parricidio; generalmente se acepta que, por lenta evolución, hacia el siglo II de la Era Cristiana, las facultades del padre en la patria potestad eran de simple corrección.²⁴

Dicha evolución obedece al hecho de que, si bien, la patria potestad es un poder presente a lo largo de la historia humana, la forma en que se ha expresado y los matices que ha adquirido, han sido resultado de las consideraciones de cada época.

²² Magallón Ibarra, José Mario, *op. cit.*, nota 64, p. 562.

²³ Véase, Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, nota 6, pp. 200 y 201.

²⁴ Zavala Pérez, Diego H., *op. cit.*, nota 157, p.319.

La familia es una institución natural, por ello, las relaciones paterno-filiales, preceden a la norma jurídica; la norma no crea las facultades de los padres, sólo las reconoce.

La relación paterno-filial es anterior a la norma jurídica; las facultades que los padres tienen respecto de sus hijos para cumplir con la función que naturalmente les corresponde, no las tienen porque la ley las disponga, sino que la ley lo dispone por que los padres naturalmente la tienen.

Es uno de los casos en los que la realidad social sale de los contornos de la normatividad jurídica; la ley determina un mínimo ético que es jurídicamente obligatorio, más las relaciones paterno-filiales no se agotan, no se cumplen por entero con la patria potestad; el que un hijo cumpla dieciocho años y por ello adquiera la mayoría de edad, no implica que los padres se desentiendan de él, que ya no contribuyan a su protección y educación.²⁵

La patria potestad en el derecho mexicano moderno, se encuentra regulada en el título octavo del Código Civil Federal que comprende los artículos del 411 al 448. Implica un poder de uno o más ascendientes (generalmente los padres y a falta o por imposibilidad de éstos los abuelos) sobre la persona y bienes de un menor no emancipado, en donde la voluntad del segundo debe subordinarse a la del o los primeros en cuanto al ejercicio de la guarda y educación se refiere.

Conlleva una convivencia de naturaleza personal correlativa de un poder de corrección. Es irrenunciable y sólo se acaba mediante la emancipación derivada del matrimonio de la persona en que recae, cumplimiento de la mayoría de edad del hijo o por la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en la que recaiga. Asimismo, la patria potestad puede perderse, limitarse o suspenderse, lo anterior en beneficio de los menores sujetos a la misma.

En la dinámica del ejercicio de la patria potestad deben observarse las siguientes determinaciones:

- En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.
- El interés del menor es preponderante en el ejercicio de dicho poder.
- La facultad de corregir no implica infligir al menor, actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

²⁵ *Ibidem.*, p.323.

- Mientras estuviere el menor sujeto a la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin previa autorización o decreto de la autoridad competente.
- El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del o de los que ejerzan aquel derecho.

Como ya lo hemos mencionado la finalidad de la patria potestad conforme al derecho vigente no es otra más que la guarda y la educación, su cumplimiento se efectúa otorgando los alimentos correspondientes bajo las pautas que antes hemos mencionado.

Finalmente, consideramos relevante el contenido del artículo 422 del CCF, mismo que señala: *A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.* Es en este aspecto en donde se materializa en plenitud el poder que implica el ejercicio de la patria potestad, ello, debido a que los ascendentes estarán en posición de elegir aquellos preceptos éticos, cívicos y sociales *convenientemente* bajo los cuales debe regirse la conducta del menor. Lo anterior es el reflejo de un poder amplísimo de los ascendentes sobre sus pupilos, dado que, al amparo del término *conveniente*, caben infinidad de posibilidades de educación que de ningún modo atentan con las restricciones que establece la ley, mismas que han sido referidas en párrafos anteriores.

4. La tutela y el acogimiento

Para aquellos casos en donde no exista persona que pueda ejercer la patria potestad, se actualiza la necesidad de la tutela. En las Instituciones de Justiniano se refiere que la tutela es “... según la definición de Servio, la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquél que por causa de su edad no puede defenderse a sí mismo”.²⁶

El artículo 449 del CCF, por su parte, establece textualmente que *el objeto*

²⁶ *Instituciones de Justiniano, op. cit., nota 169, p. 47.*

de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

Conforme al artículo 450 del CCF tienen incapacidad natural y legal:

- Los menores de edad,
- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia,
- Aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas, siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

El tutor tiene, conforme al artículo 537, la responsabilidad de alimentar y educar al incapacitado, los gastos que se produzcan por el cumplimiento de este deber deben correr a cargo de aquellos a los que les corresponda jurídicamente otorgar alimentos, lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 543 del CCF.

Para aquellos casos en que no exista persona alguna que tenga el deber de proporcionar alimentos, o, habiéndola, no puedan hacerlo, el artículo 544 del CCF dispone que *el tutor con autorización del juez de lo familiar, quien oirá el parecer del curador y el consejo local de las tutelas, pondrá al tutelado en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse. En su caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta.*

Por su parte, el artículo 545 del CCF establece que los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios antes indicados, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal.

Es curioso como los causes de la razón nos hacen desembocar en un sistema normativo civil que pretende dar protección y certeza de seguridad alimentaría absoluta a los individuos, y que para ello, rebasa los límites su competencia recurriendo a entidades ajenas a la Familia para garantizar los alimentos a los individuos.

Un esquema que asegure el suministro de satisfactores elementales a una persona zigzagea entre los esfuerzos individuales y colectivos. No existe ser humano que sea autosuficiente en todas las etapas de su vida. Parece que lo único seguro de nuestra vida es la inminente dependencia a los demás en algún momento, por lo que, la interacción social es ineludible.

Otro artículo trascendente para la investigación que realizamos es el 492 del CCF, que textualmente señala: *La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.*

Del artículo citado salta a la vista el término *acogido*, la Real Academia de la Lengua Española define dicha palabra de la forma que a continuación transcribimos: “*Acoger...Admitir en su casa o compañía a alguien...Servir de refugio o albergue a alguien...Proteger, amparar...*”.²⁷ Así, la ley contempla situaciones de hecho en donde una persona interactúa en un núcleo familiar sin la preconstitución de un vínculo de tutela o parentesco.

No obstante todo lo antes aludido respecto a la tutela, lo cierto es que la misma, en aquellos casos en donde no existe un interés de carácter económico, suele ser ineficaz. Si bien a los incapaces les resulta beneficioso contar con un tutor oficialmente designado, para este último, la aceptación del cargo en nada le beneficiará con respecto al simple ejercicio de la función al margen del nombramiento judicial.

Por otra parte, en no pocas ocasiones, aquellos que ejercen la tutela respecto a un menor, son también obligados alimentarios o, sin tener la obligación, participan en la suministración de los mismos a los menores que tienen a su cargo.

²⁷ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit, nota 49. p. 31.*

En conclusión, con fundamento en la legislación civil, se responsabiliza a un individuo del cuidado de un menor a partir del conferimiento del cargo de tutor, sin embargo, en las legislaciones de los seguros sociales este hecho, salvo algunas excepciones, no da lugar al nacimiento de prestaciones a favor del tutor y el menor bajo su cargo.

V. MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN EL DERECHO CIVIL

En el ámbito civil, la maternidad y la paternidad deben ser entendidas como *situaciones jurídicas*, cuya materialización, se actualiza a partir de dos deberes: El ejercicio de la patria potestad y los alimentos.

Al desprendernos de la concepción tradicional de la maternidad en el derecho de los seguros sociales, es pertinente tener en cuenta la consideración que de esta institución se hace en el ámbito civil, así, coadyuvaremos con la concretización de los deberes a los que antes hemos hecho alusión.

Se trata pues, de implementar mecanismos que además de garantizar la continuidad del ejercicio de la maternidad y la paternidad, constituyan medios para la elevación de la calidad de vida familiar. El derecho de la seguridad social apenas comenzó a dar sus primeros pasos apartándose del derecho del trabajo decidió echarse a volar. Luego, en el derecho de la seguridad social en general y en particular en el derecho de los seguros sociales, la protección a la maternidad y paternidad se ha incrementado en algunos países, a tal grado, que en la actualidad en diversas y dispersas legislaciones sociales encontramos que la institución en comento comprende una gama de prestaciones completísimas previas a la gestación y hasta el final de la primera infancia cuyos objetivos se han encaminado a la protección en los siguientes rubros:

- Planificación familiar,
- Integración familiar,
- Atención conjunta de la pareja de los deberes inherentes al cuidado del hogar y la familia,
- Atención médica en auxilio a la reproducción humana,

- Protección al ingreso económico,
- Protección de la economía familiar en general mediante el apoyo de subsidios complementarios,
- Ayuda empresarial (Consistente en apoyo para la realización de trabajos que la asegurada realiza y los cuales nos pueden ser suspendidos),
- Educación prenatal para el ejercicio a la maternidad y paternidad,
- Protección contra riesgos en el embarazo,
- Descanso paterno en caso de muerte de la madre en el parto,
- Atención psicológica para la mujer en el caso de aborto,
- Protección de la salud de la madre y el menor en el periodo pre y post—parto y en el acto de alumbramiento,
- Protección de la lactancia,
- Descanso por maternidad y paternidad en los casos de adopción y acogimiento,
- Cuidado del menor a partir del servicio de guarderías o niñeras,
- Oportunidad de ejercicio de la maternidad y paternidad a partir de descansos en períodos que van de los seis meses a los seis años con goce de subsidio,
- Licencias para ausentarse del trabajo por causa de acontecimientos de relevancia familiar, primordialmente, enfermedad de los hijos, etc.

Se antoja como abrumadora y compleja la lista de prerrogativas a favor del ejercicio de la maternidad y paternidad arriba expuesta. Nuestra actitud ante la complejidad legislativa y la multitud de hipótesis, se asemeja al hombre que a punto de ahogarse, emerge de entre las aguas dando una bocanada desesperada de aire, así, el ser humano respira a todo pulmón los refrescantes vientos de una seguridad social que por milenios le fue negada a nuestra especie.

Es imperativo que la solidaridad que se exige de los miembros de una familia para consigo mismos sea respaldada por las instituciones públicas materializando con ello la seguridad social. La maternidad y la paternidad ya no deben sujetarse más al tiempo y espacio del hogar. Hoy por hoy, el hombre rechaza el ser dividido y experimenta sus roles familiares al tiempo que participa

de la producción nacional.

En nuestro país, hay mucho por hacer respecto al asunto de la sistematización del derecho familiar, del trabajo y de la seguridad social, pero, lo cierto es, que ante lo abrumador del panorama, en las últimas décadas hemos avanzado a paso lento pero firme en la construcción de la justicia social.

Luego de explorar normas sociales y civiles que tratan aspectos relacionados con la maternidad y paternidad en México y en el mundo, sólo nos queda preguntarnos ¿qué hay pendiente y qué podemos hacer en lo que atañe al ejercicio de la maternidad y la paternidad en nuestro país? A continuación, dedicaremos el último capítulo a dar respuesta a esta interrogante.

CAPÍTULO QUINTO
LA CONCILIACIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD
CON EL TRABAJO.

I. FUNDAMENTO TEÓRICO EN EL EJERCICIO
DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

1. Reglamentación de la maternidad en el derecho familiar, derecho del trabajo y derecho de la seguridad social

En el siglo pasado se suscitó un intenso debate respecto de la legitimidad de la autonomía del derecho del trabajo con relación al derecho civil, en nuestros días a estas dos ramas las concebimos como distintas no sólo a nivel conceptual, sino también a en el plano de la legislación vigente. Por lo que respecta al derecho de la seguridad social las cosas han sido distintas, en nuestro país su reglamentación es precaria y en el caso de los seguros sociales estrechamente vinculada con el derecho laboral.

El tema nos interesa en el entendido de que hablamos de familia y del ejercicio de la maternidad y la paternidad en tres materias distintas: El derecho de familia, el derecho laboral y el derecho de la seguridad social (fundamentalmente en su rama que atiende lo concerniente en los seguros sociales). Luego, en la compleja tarea a la que nos venimos avocando, cuya pretensión estriba en vincular la vida laboral y familiar a partir del análisis de la maternidad y la paternidad, cabe preguntarnos ¿Cuál es el objeto y los mecanismos de reglamentación de la maternidad en cada una de las materias que hemos venido comentando?

A continuación presentamos un par de esquemas que consideramos útiles para dar respuesta a la interrogante que arriba hemos formulado.

Materia	Maternidad como objeto de reglamentación	Finalidad de la reglamentación	Mecanismos
Derecho	Señala los deberes y derechos	Determinar los alcances del	Patria potestad.

Familiar	que se desprenden de la situación jurídica de madre.	ejercicio de la maternidad.	Deber alimentario.
Derecho del Trabajo	Protección en el trabajo de la mujer y su producto durante el embarazo y la lactancia.	Preservar la salud de la madre y del menor a partir de la inhibición de actividades peligrosas e insalubres. Proteger los derechos laborales de la mujer ante la posible merma de los mismos por motivos relacionados con la maternidad.	Condiciones de trabajo.
Derecho de los Seguros Sociales	Protección de la mujer durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio.	Proteger la salud y de la madre y el menor, así como el ingreso económico de la primera.	Contingencias sociales.

El cuadro anterior, señala el cómo se encuentra reglamentada la maternidad en nuestros días. Sin embargo, la forma de reglamentación que proponemos, en donde contemplamos también la perspectiva de protección a la paternidad, puede esquematizarse de la siguiente manera:

Materia	Maternidad y paternidad como Objeto de reglamentación	Finalidad de la reglamentación	Mecanismos
Derecho Familiar	Señala los deberes y derechos que se desprenden de la situación jurídica de madre.	Determinar los alcances del ejercicio de la maternidad y la paternidad, ello en relación con la dinámica familiar.	Patria potestad Deber alimentario
Derecho del Trabajo	Protección a la expectativa y ejercicio de la maternidad y la paternidad durante la jornada de trabajo.	Preservar la salud de la madre y del menor a partir de la inhibición de actividades peligrosas e insalubres. Proteger los derechos laborales de la mujer ante la posible merma de los mismos por motivos relacionados con la maternidad. Evitar acciones de discriminación, por causa del estado de gravidez y por causa de la maternidad y la	Condiciones de trabajo.

		paternidad, ya sea para el acceso y estabilidad en el trabajo.	
Derecho de los Seguros Sociales	Protección a la expectativa y ejercicio de la maternidad para mejorar la calidad de vida de los trabajadores.	Proteger la salud de la madre y el menor. Favorecer la incorporación del menor al núcleo familiar. Posibilitar la repartición equitativa de responsabilidades en el hogar entre el varón y la mujer. Proteger la dinámica interna familiar. Garantizar el ingreso económico familiar.	Contingencias sociales

El esquema que hemos planteado con anterioridad, esta basado en el análisis que hemos realizado en torno a la maternidad en los capítulos anteriores. Luego, pretendemos proponer una nueva manera de esquematizar y concebir lo concerniente a la reglamentación de la maternidad y la paternidad en las materias antes referidas, ello, con la finalidad de que en el futuro se cuenten con los fundamentos teóricos necesarios, para incorporar nuevos mecanismos que favorezcan el ejercicio de la maternidad y la paternidad en beneficio de la institución familiar.

En los próximos apartados, expondremos los pormenores del cuadro que acabamos de revisar.

2. Objeto de la protección de la maternidad y paternidad en el derecho familiar, derecho del trabajo y derecho de la seguridad social

A lo largo de nuestra investigación analizamos una gran gama de normatividades y ensayos en donde se manifiesta la importancia de la protección a la maternidad, sin embargo, cabe preguntarnos *¿Qué es lo que realmente implica proteger a la maternidad?*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, refiere el termino proteger como: “...Amparar, favorecer, defender...Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro...”.¹

Nos concierne, dada la naturaleza de nuestro trabajo, únicamente la noción jurídica del término maternidad. En el ámbito laboral y de seguridad social el término es simétrico; la LFT simplemente se constriñe a manifestar la necesidad de la protección a la maternidad en su artículo 165, en tanto que en el ámbito de los seguros sociales se hace alusión a la maternidad como un *estado fisiológico de la mujer*.² Delimitar la maternidad a un estado fisiológico, es dejar de lado todos los aspectos humanos que implica el estado de madre. Ya hemos manifestado que bajo esta pauta no existe posibilidad de incorporar a la adopción o el acogimiento como hechos susceptibles de desplegar la protección de la maternidad.

En el ámbito civil, la maternidad se entiende como una *situación jurídica*.³ García Máynez, siguiendo las ideas de Bonecasse, apunta la existencia de dos tipos de situaciones jurídicas: abstractas y concretas; mismas que describe de la siguiente manera:

...Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada...la situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídicos, que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e *ipso facto* le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución...La transformación de una situación jurídica abstracta en concreto no depende, en todo caso, de la voluntad de los interesados. Algunas veces deriva de hechos no voluntarios...Para determinar si una persona se halla, en relación con cierta ley, en una situación jurídica, abstracta o concreta, bastará con inquirir si se han producido o no el hecho o el acto jurídico que condicionan el nacimiento de las facultades o deberes derivados de la misma norma.⁴

¹ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, nota 49, p.1849.

² Véase la pagina 43.

³ Véase la exposición que hicimos en torno al parentesco en las páginas 115 y 116.

⁴ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 59ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 396 y 397.

Ahora bien, consideramos que el error en el que incurre la concepción actual de la maternidad, es que se confunde un hecho jurídico con una situación jurídica, ello, porque hemos visto que se protegen los hechos de embarazo, alumbramiento y puerperio, pero no la maternidad en sí, porque la maternidad no se agota con estos tres hechos, sino que se prolonga a lo largo de la vida del trabajador.

...un hecho es un suceso temporal y espacialmente localizado, que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente...una situación jurídica o un derecho subjetivo no son hechos, ni transformaciones de la realidad, ni se hallan tampoco espacialmente circunscritos. Sin embargo, condicionan el nacimiento de facultades y deberes...⁵

Por ello es que la protección que se hace de la maternidad, tanto en el derecho de la seguridad como en el derecho laboral, no es acorde con la reglamentación civil, que sí tiene a la maternidad como una situación jurídica.

Por lo antes dicho, consideramos que la maternidad debe ser entendida como: *La situación jurídica de una persona en su calidad de madre con respecto a otra que tiene la calidad de hijo.* Luego, por *madre* debemos entender: *mujer que ha parido o adoptado.*

Con estas definiciones consideramos que satisfacemos por completo las exigencias de objetividad requerida por nuestro sistema normativo vigente. Sin embargo, la denominación de madre es un regalo tan asombroso, que en la realidad, resulta impropio constreñirlo de manera exclusiva a la adopción o al embarazo. La maternidad, es un ejercicio diario, una constante que implica cuidados nutrimentales, convivencia emocional, educación, entre otras cosas; en pocas palabras el título de madre se ha humanizado. La maternidad se actualiza en nuestra sociedad con o sin el título de madre, así, abuelas, tías o hermanas, en muchas ocasiones subsanan la ausencia o abandono de una madre biológica.

Aún cuando se pudiese pensar que a partir de las definiciones expuestas excluimos a las madres que lo son de hecho mas no de nombre, lo cierto es que

⁵ *Ibidem.*, pp.170 y 171.

nuestra pretensión estriba en guardar una concordancia con los textos vigentes, por lo que, la protección a estas mujeres que de *facto* cumplen funciones inherentes a la maternidad se realizará al actualizarse otras instituciones, verbigracia, la tutela. Más adelante nos ocuparemos de los hechos generadores de prestaciones que protegen a la maternidad o situaciones análogas a la misma; por ahora nos abocaremos a realizar algunas precisiones terminológicas para estar en aptitud de comprender el esquema que arriba señalamos.

Recapitulando, lo hasta aquí expuesto, hemos manifestado que:

- El derecho familiar se aboca a reglamentar el ejercicio de la maternidad a partir del cumplimiento de los deberes relativos a la patria potestad y el deber alimentario.
- Por su parte, el derecho del trabajo tiene por finalidad garantizar que la ejecución del trabajo no menoscabe la expectativa y el ejercicio de la maternidad, lo anterior, a partir de la matización de condiciones de trabajo.
- Y en lo que al derecho de la seguridad social atañe, éste protege la expectativa y el ejercicio de la maternidad con miras a elevar la calidad de vida de los asegurados y sus familias, utilizando como mecanismos el establecimiento de contingencias que en caso de actualizarse requerirán la satisfacción de ciertas necesidades.

La clarificación de los términos *ejercicio* y *expectativa* resulta fundamental en esta parte de nuestra investigación, ello, para comprender los alcances que cada una de las materias tiene en lo que concierne a la reglamentación de la maternidad.

Con el término *ejercicio*, conforme al Diccionario de la Real académica de la Lengua Española debemos entender la “...*Acción y efecto de ejercer...*”.⁶ Ejercer, por su parte, es definido como: “...*Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión...Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud...Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc...Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición*”.⁷ Así, debemos de entender por ejercicio

⁶ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, nota 49, p. 868.

⁷ *Idem.*

de la maternidad: *el cumplimiento de los deberes a los que esta constreñida una persona por causa de su calidad de madre.*

Ahora bien, en tanto el derecho familiar se encarga de señalar cómo debe ejercitarse la maternidad, el derecho laboral y el derecho de la seguridad social protegen ese ejercicio a partir del establecimiento de normas no interferentes o facilitadoras del ejercicio de la maternidad, mismas, que analizaremos detenidamente más adelante.

Luego, si concebimos que la protección a la que nos venimos refiriendo es en relación al ejercicio y no a la situación de maternidad, nuestro ámbito de protección comprende también a aquellas personas que no siendo madres, ejercen funciones inherentes a esta situación, ello, como acontece en el caso de la tutela, acogimiento, o cuando uno de los abuelos es el que ejercita la patria potestad.

Por su parte, el término expectativa es definido por el Diccionario de la Real Académica de la Lengua Española como: “...*Esperanza de realizar o conseguir algo...Posibilidad razonable de que algo suceda...Posibilidad de conseguir un derecho, una herencia, un empleo u otra cosa, al ocurrir un suceso que se prevé...*”.⁸ La expectativa que se guarda es en relación a la situación jurídica de madre y no a la de un derecho.⁹ Así, por *expectativa de la maternidad* debemos entender: *la posibilidad de que una persona adquiera la calidad de madre.*

Pongamos algunos ejemplos. Cuando una trabajadora esta próxima a adoptar, tiene que cumplir con una serie de procedimientos que le ocuparan mucho tiempo, probablemente, dichos procedimientos deban de realizarse en horas de trabajo, por lo que, en beneficio del trabajadora es posible establecer, con carácter de obligatorio, el que el patrón conceda permisos para que la trabajadora quede en disposición de realizar los procedimientos necesarios para la

⁸ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, nota 49, p. 1020.

⁹ Rojina Villegas refiere que la expectativa jurídica es “...*una esperanza o posibilidad legal respecto de un sujeto determinado o indeterminado, para llegar a tener en lo futuro un derecho adquirido*”. Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, 38ª ed., *op. cit.*, nota. 153, p. 42.

adopción. En este caso, la trabajadora aún no puede ser considerada como madre dado que aún no se ha formalizado la adopción, sin embargo, no podemos negar que existe una posibilidad inmediata de que adquiera la situación jurídica de madre.

Otro claro ejemplo lo encontramos en las normas que tienden a evitar la discriminación por causa del embarazo, así, al repudiar el hecho de que una mujer sea sometida a un examen para verificar que no se encuentre en un estado de gravidez, el Estado no protege la maternidad sino la expectativa de la misma. Esto es, el derecho que tiene toda persona a convertirse en madre en el momento que así lo desee.

Por lo que atañe a la paternidad, son aplicables de manera general las mismas ideas que en este capítulo hemos referido respecto a la maternidad. Esto es, la concepción doctrinal aplica en iguales términos tanto a la paternidad como a la maternidad, sin embargo, es en su ejecución donde se precisan medidas que divergen atendiendo a la función reproductiva de hombres y mujeres.

En adelante, el plan de trabajo que seguiremos implica, en primera instancia, la descripción detallada de la maternidad y paternidad en el derecho laboral y el derecho de la seguridad social conforme a los fundamentos arriba expuestos. En segunda instancia, nos abocaremos a la exposición de un proyecto legislativo acorde a los fundamentos teóricos que sostenemos.

3. La maternidad y la paternidad en el derecho del trabajo

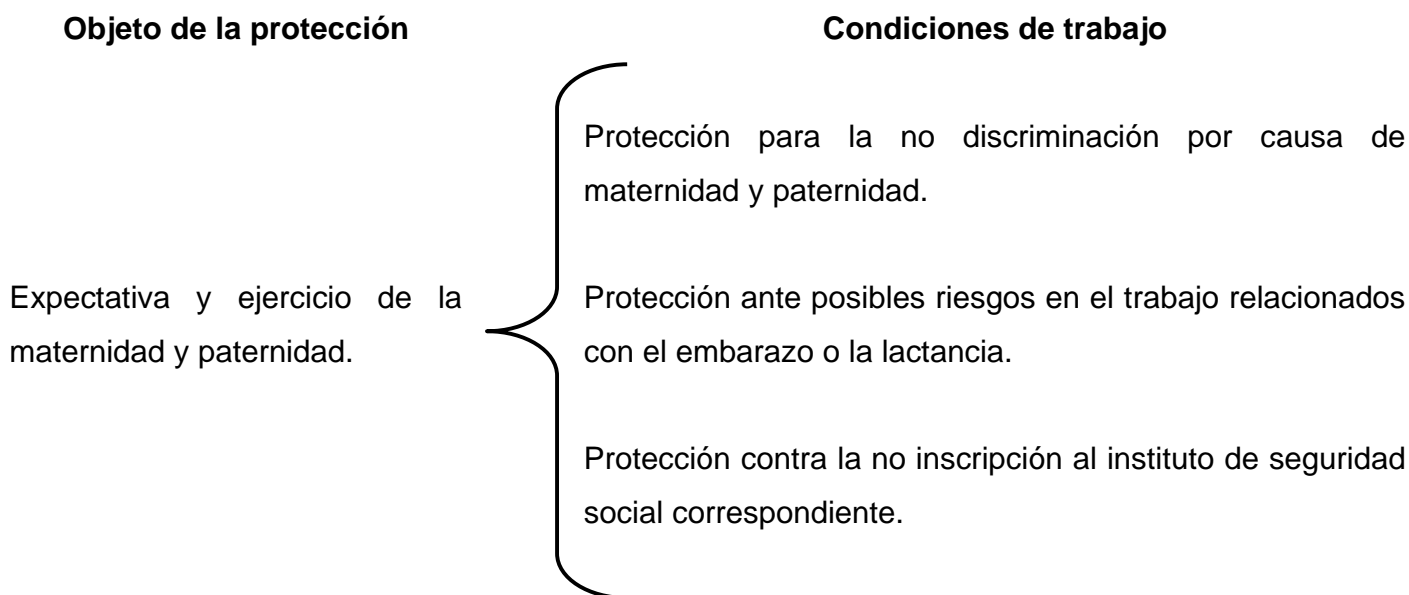
Hemos manifestado, respecto a la maternidad y la paternidad, que *el derecho del trabajo tiene por finalidad garantizar que la ejecución del trabajo no menoscabe la expectativa y el ejercicio de la maternidad, lo anterior, a partir de la matización de condiciones de trabajo*. Ya hemos precisado a qué nos referimos con expectativa y ejercicio de la maternidad, sólo nos falta precisar qué queremos expresar con *matizar las condiciones de trabajo*.

Referente al concepto de las *condiciones de trabajo*, Mario de la Cueva señala: *“Entendemos por condiciones de trabajo las normas que fijan los requisitos*

para la defensa de la salud y la vida de los trabajadores en los establecimientos y lugares de trabajo y las que determinan las prestaciones que debe recibir un hombre por su trabajo”.¹⁰ Aún cuando se le pudiese criticar por ser omisa respecto a los beneficios concedidos a los patrones,¹¹ nos parece una definición puntual, claro esta, con la reserva que hemos apuntado.

Por matizar las condiciones de trabajo nos referimos a la adaptación que tienen que hacerse de las normas del trabajo para evitar que se restrinja o menoscabe *la expectativa y el ejercicio* de la maternidad y paternidad.

Luego, hemos realizado dos esquemas en donde señalamos el objeto de protección (*expectativa o ejercicio* de la maternidad y paternidad) y las condiciones especiales de trabajo que deben implementarse con esa finalidad.



¹⁰ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op cit., nota 101, p. 266.

¹¹ Véase, De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, op. cit., nota 100, p. 125.

Objeto de la protección

Condiciones de trabajo

Protección del ejercicio de la maternidad y paternidad

Protección del deber de alimentar al menor durante el periodo de lactancia.

A continuación analizaremos los pormenores de cada una de las formas de protección de la maternidad y la paternidad que se actualizan, como condiciones de trabajo, en el derecho laboral.

A. Protección para la no discriminación por causa de maternidad o paternidad

Para la Real Academia de la Lengua Española discriminar es: “...*Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc...*”.¹² Por su parte, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979* en su artículo primero señala que la expresión *discriminación contra la mujer* denota *toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer*. El trato discriminatorio por causa de maternidad se ha actualizado en nuestro país de las siguientes maneras:

1. En el acceso al trabajo: Acontece cuando a una mujer se le solicita someterse a un examen para determinar si se encuentra o no en estado de gravidez, como condición para conceder el trabajo. Para evitar esta clase de discriminación se han dictado las siguientes medidas:
 - a. Prohibición al patrón de exigir como requisito para acceder al trabajo, que se someta a un examen para determinar si se encuentra o no en estado de gravidez.

¹² *Diccionario de la Lengua Española, Op. cit.*, nota 49, p. 833.

- b. Se ha llegado a considerar como un delito o una falta administrativa el condicionar el trabajo a un examen para determinar si se encuentra o no en estado de gravidez.
2. Cuando se atenta contra la estabilidad en el trabajo o el menoscabo de derechos del trabajador a causa de la maternidad o la paternidad: Es posible que el patrón, a raíz de las medidas que deben tomarse para proteger la salud de la mujer y su hijo durante gestación o de lactancia, quiera despedir a la mujer para eludir sus responsabilidades.

Por otra parte, existen circunstancias tales como la enfermedad de un hijo, el embarazo, la realización de trámites de adopción, etc, en las que es preciso dejar de lado las responsabilidades inherentes al trabajo en favor de la expectativa o ejercicio de la maternidad y la paternidad. Al actualizarse algunos hechos de índole parental que reclaman por su naturaleza un periodo de descanso, es preciso también que este descanso no afecte derechos adquiridos o mejoras a las condiciones de trabajo que se ganen durante el periodo de descanso.

La protección para la no discriminación por causa de maternidad o paternidad se actualiza en diversas legislaciones adoptando las medidas siguientes:

1. Prohibición de despedir a un trabajador por causa referente al ejercicio de la maternidad o la paternidad.
2. Computo del periodo de descanso en la antigüedad del trabajador.
3. Beneficiar al trabajador de las modificaciones a las condiciones de trabajo que se hayan puesto en marcha al momento que gozaban de su descanso.
4. Posibilidad de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo una vez que haya concluido el descanso.
5. Garantizar el goce del salario.
6. Prohibición del patrón de interferir en el goce de los descansos a los que tiene derecho el trabajador.

B. Protección ante posibles riesgos en el trabajo relacionados con el embarazo o la lactancia

Este tipo de protección tiende a salvaguardar a la mujer y a su hijo tanto durante el embarazo, como durante la lactancia. El objeto principal de este tipo de protección es evitar que la mujer realice cualquier clase de actividad que represente un peligro, por la condición en la que se encuentra, ya sea a su salud o a la de su hijo.

Las determinaciones que se han dictado para hacer efectivo este tipo de protección son las siguientes:

1. Prohibición de realizar actividades insalubres y peligrosas que pongan en peligro la salud de la madre y del menor ya sea en estado de embarazo o de lactancia.
2. Prohibición del desempeño de actividades que requieran de un esfuerzo considerable en relación al embarazo.
3. Modificación de las actividades laborales, cuando las actuales, se encuentre en cualquiera de los dos supuestos anteriores.
4. Descanso laboral cuando el patrón no pueda asignar a la mujer a una actividad diversa a la que realiza, que no implique ninguna clase de riesgo en relación a la salud de la mujer en la gestación o la lactancia.

Por otra parte, puede acontecer que nos encontremos ante la problemática de que concurra a la par del embarazo una enfermedad o accidente que imposibilite a la mujer la realización de sus actividades laborales de forma normal. En este caso, al derecho del trabajo únicamente le corresponde asegurar que la mujer sea relevada de sus funciones de manera inmediata, sin perjuicio obviamente de sus derechos laborales. Respecto al tipo de prestaciones, especialmente en lo que se refiere al monto del subsidio que le correspondería, nos ocuparemos más adelante cuando tratemos lo que compete a la seguridad social.

C. Protección contra la no inscripción al instituto de seguridad social correspondiente

Como ya ha quedado más que señalado, el derecho de los seguros sociales implica un orden distinto al derecho laboral, si bien ambos órdenes deben su origen a la lucha obrero patronal, la emancipación del derecho de los seguros sociales cada día es más palpable. Al respecto Mario de la Cueva comentaba:

La segunda guerra mundial lanzó a la historia universal la idea *seguridad social*, que se extendió con la rapidez de un relámpago para todos los pueblos de la tierra hasta convertirse en una de las *ideas fuerza* de la segunda mitad de este siglo...la idea de seguridad social se impuso como uno de los estatutos nuevos del siglo XX, que no solamente convirtió a la antigua previsión social en una parte de ella, sino que postuló la pretensión de arrebatar al viejo derecho del trabajo algunos de sus temas, y tal vez, absorberlo en un día no lejano.¹³

...los seguros sociales nacieron por la presión del movimiento obrero para asegurar el futuro del trabajo asalariado, por lo que, no obstante su enorme valor, tuvieron una visión limitada a un sector de hombres que viven de su trabajo. En cambio, la idea de la seguridad social respondió a un clamor universal, a la existencia de paz en la tierra y de justicia en cada nación, por lo que rompió todas las limitaciones, contemplo al hombre en sí mismo, sin ningún calificativo, se adelantó a las exigencias concretas, le hizo frente a la necesidad, entendida en su significación más amplia, y señaló los caminos para la vida del mañana de todos los seres humanos, que se fincará sobre su trabajo en el pasado y en el presente.¹⁴

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico y partiendo del orden constitucional, aún se identifican muchas disposiciones que son claramente objeto de reglamentación de la seguridad social, y específico del derecho de los seguros sociales, como parte del derecho del trabajo. Probablemente ello sea más palpable en la materia que estamos tratando, puesto que, las legislaciones de los seguros sociales prácticamente repiten de manera literal el contenido del título *Trabajo de las Mujeres* de la LFT.

¹³ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 15ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, t. II: "*Seguridad social, derecho colectivo del trabajo, sindicación, convenciones colectivas*", conflictos de trabajo, la huelga, p. 3.

¹⁴ *Ibidem.*, pp. 55 y 56.

Si bien esta históricamente justificada la razón de que el derecho de trabajo contemple disposiciones propias del derecho de la seguridad social, consideramos que en el tiempo que corre el derecho del trabajo únicamente debe asegurarse de que el patrón cumpla con la obligación de inscribir al trabajador en el instituto, más no le compete, determinar los montos del subsidio, ni el tipo de atención que debe brindarse a los trabajadores porque ello es materia del derecho de la seguridad social. Señalar, en una legislación laboral, el tiempo de descanso y el monto del subsidio por maternidad resulta tan absurdo como si se propusiese reglamentar los montos de las pensiones por orfandad o viudez o la edad mínima para la cesantía en edad avanzada.

Por lo antes manifestado, consideramos que la protección contra la no inscripción al instituto de seguridad social correspondiente no debe hacerse consignando los pormenores de las prestaciones parentales en la LFT, sino simplemente, mediante mecanismos que comprendan lo siguiente:

1. El patrón está obligado a registrar a todo trabajador al seguro social correspondiente.
2. El patrón debe responder por los daños y perjuicios ocasionados por no cumplir la obligación de registrar a sus trabajadores en el instituto de seguridad social que le correspondiera.
3. El seguro social correspondiente debe otorgar todas las prestaciones que, conforme a los hechos y las normas que reglamentan la protección de la expectativa y el ejercicio parental, correspondan al trabajador. Y en el caso de que el trabajador no tenga las cotizaciones necesarias para acceder a las prestaciones económicas, éstas deben ser proporcionadas por el patrón en los mismos términos que lo haría el instituto.

D. Protección del deber de alimentar al menor durante el periodo de lactancia

La protección del deber de alimentar al menor en el periodo de lactancia se fundamenta a partir de dos razones de peso: 1) la leche materna es el mejor alimento para el menor y le protege de enfermedades durante los primeros seis

meses de vida, 2) los primeros meses de vida el menor establece vínculos afectivos y de reconocimiento primordialmente con la persona que lo alimenta.

La protección del deber de alimentar al menor durante el periodo de lactancia se actualiza de la manera siguiente:

1. Descanso para alimentar al menor por dos periodos de media o una hora durante la jornada de trabajo a favor de la madre trabajadora.
2. Posibilidad de que el varón sustituya a la mujer en este descanso ya sea cuando la madre haya fallecido o no pueda hacerlo por su condición física.
3. Suministro de leche de formula para alimentar al menor durante los primeros meses de vida.

Como puede apreciarse, se posibilita al varón a que participe, cuando la madre haya muerto o este imposibilitada de hacer, en la alimentación del menor lactante. Es obvio que el varón jamás podrá vincularse con el menor de la manera que lo hace la madre, porque es a ésta a la que la naturaleza ha delegado la función alimentaría del niño, pero es claro también, que ante la falta de la madre la persona que guarda más proximidad del menor es el padre, por lo tanto presumimos que de manera regular será al que le preocupe más el bienestar del menor.

4. La maternidad y la paternidad en el derecho de la seguridad social

Al iniciar el presente estudio, además de la falta de precisión legislativa y teórica en torno al significado de maternidad, nos topamos con el hecho de que la mayoría de los autores realizan la exposición del capítulo referente al seguro de enfermedades y maternidad, sin hacer ningún esfuerzo por ofrecer una definición de lo que debe entenderse por: *seguro de maternidad*.

Mendizábal Bermúdez, nos ofrece una noción de lo que comprende el seguro de maternidad en los siguientes términos: "*La maternidad es, dentro de la*

legislación del seguro social mexicano, la contingencia asegurada que protege a las mujeres durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio..."¹⁵

Esta definición es del todo correcta y precisa si atendemos exclusivamente lo que hoy en día comprende la reglamentación positiva del seguro en comento, sin embargo, ya hemos manifestado el porqué de la necesidad de apartarnos de la concepción de la maternidad comprendida exclusivamente como *estado fisiológico*. Ruiz Moreno, en la exposición de su obra *El Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, se refiere a la maternidad con el término *contingencia*.¹⁶

Ahora bien, ya hemos establecido lo que a nuestro criterio debemos entender por maternidad y paternidad en el ámbito jurídico, pero no hemos establecido qué debemos entender por seguro ni por contingencia, términos que consideramos claves para formular una definición de *seguro parental*.¹⁷

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere al término *seguro*, en los siguientes términos: "...*Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo...Cierto, indubitable y en cierta manera infalible...Firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse...*"¹⁸

El Diccionario Espasa Jvrídico define el seguro como: "...*Aquel contrato por el que el asegurado se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*".¹⁹ Nos parecen pertinentes los comentarios que Ruiz Moreno efectúa en torno al seguro: "*El seguro es en la*

¹⁵ Mendizábal Bermúdez, *La seguridad social en México, op. cit.*, nota 84, p. 271.

¹⁶ Véase, Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social, op. cit.*, nota 83, pp. 584.

¹⁷ *Parental* es un término: "...*que refiere a uno o ambos padres...*". *Diccionario de la Lengua Española, Op. cit.*, nota 49, p.1682.

¹⁸ *Diccionario Jvrídico Espasa*, Fundación Tomas Moro, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1110, p.2040.

¹⁹ *Ibidem.*, p.906.

actualidad el único medio que tiene el ser humano para librarse de la tiranía del azar".²⁰

El término *seguro*, en el derecho de la seguridad social no puede ser considerado como un contrato, ello, puesto que no requerimos de un acuerdo de voluntades para que el mismo subsista. En realidad el término *seguro* es utilizado para referir una institución jurídica que participa de una garantía de un hacer por parte de un instituto de seguridad social en el caso de que se actualice determinado hecho o acto jurídico. Para efecto de la presente investigación, el término institución debe comprenderse como "...un núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza...".²¹

Por su parte, el término contingencia ha sido definido por Guillermo Cabanellas cómo: "*Riesgo, acaecimiento que pueda sobrevenir o no... Acaso, caso fortuito...Eventualidad...Posibilidad de un hecho*". Esta concepción no nos parece afortunada en el entendido de que utiliza el término riesgo. El *riesgo* alude aquello que puede o no suceder, pero que sin embargo, de poder eludirlo de alguna manera lo haríamos. Es una perspectiva de un futuro desagradable ¿A quién le gusta enfermarse, accidentarse o envejecer?

En la actualidad, se ha establecido por los tratadistas del derecho de la seguridad social una diferencia entre el término *riesgo* y el de *contingencia*, prefiriéndose la utilización del segundo en detrimento del primero por las circunstancias que expone Ruiz Moreno de la manera siguiente:

...en sus inicios, los seguros sociales se estructuraron a partir del reconocimiento de que el riesgo es —al igual que el seguro privado—, un evento posible, dañoso, futuro e incierto, cuya realización no depende de la voluntad del asegurado. Pero al paso del tiempo, debemos dar cuenta de la dificultad que existió para la adecuación del concepto *riesgo* en los seguros sociales, por los postulados de la definición general en los sistemas de los seguros privados tradicionales —máxime cuando vemos que en los primeros se dan acontecimientos tales como la

²⁰ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, *op. cit.*, nota 83, p. 212.

²¹ García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit.*, nota 179, p.128.

maternidad, la vejez, y las llamadas cargas u obligaciones de la familia, que no son propiamente “riesgos”, sino hechos o “contingencias sociales”—. Entonces, el concepto *daño* que tradicionalmente figura en toda definición de *riesgo* de los seguros sociales, debe en nuestra opinión modificarse, adoptándose en su lugar los conceptos *contingencia o carga social*, que comprenden a todos aquellos eventos que provocan una *necesidad susceptible de compensación, al provocar una emergencia económica*.

Es posible afirmar entonces que los actuales seguros sociales protegen al asegurado de los denominados *riesgos sociales*, es decir, todos aquellos eventos *preestablecidos por la ley, que requieren de la intervención del órgano asegurador para que repare, mediante un valor económico de sustitución, una necesidad determinada*, en la inteligencia de que como ya veremos, la cobertura de los seguros sociales se extiende también a prestaciones preventivas y no sólo de reparación.²²

Mario de la Cueva se manifiesta a favor de la utilización del término contingencia en el derecho de la seguridad social de la manera siguiente:

...la seguridad social del mañana ya no partirá de la noción de riesgo, ya que su propósito es cubrir la necesidad, donde quiera se presente. Por otra parte, el término riesgo, tal como se le define, no coincide con los fines de la seguridad social, pues, a ejemplo, la maternidad o la educación de los hijos o la capacitación de los trabajadores, no encajan en aquella definición.

El *Diccionario de la Academia* define la palabra *riesgo* como “la contingencia o proximidad de un daño”, y como una concepción particularizada agrega que es “cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro” [Actualmente el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española mantiene la misma definición]. No sabemos cuantos siglos de existencia tenga esta definición, nos parece que en sus dos párrafos se da una incongruencia que ya señalamos, pues, aun en el seguro privado, que es la institución que tuvo a la vista el *Diccionario*, su definición de riesgo está totalmente superada, pues, acabamos también de decirlo, hay riesgos, en sentido de acontecimientos, que no sólo no constituyen un *daño*, sino que son fuentes de alegría.²³

Ruiz Moreno define la *contingencia* como: “*el evento futuro e incierto, previsto por la ley, que puede ocurrirle al asegurado o sus*

²² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, op. cit., nota 83, p. 223.

²³ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., nota 190, p. 56.

beneficiarios".²⁴ Consideramos oportuna esta definición y nos serviremos de la misma.

Ahora bien, a lo largo de nuestra exposición nos hemos referido casi de manera exclusiva a la protección de la maternidad, ello, debido a que fue a partir de esta institución, que surgió la protección parental en el ámbito de la seguridad social. Sin embargo, el papel que el varón desempeña en lo que al cuidado de los hijos se refiere, se ha dejado de lado, contribuyendo con ello a que el hombre se mantenga al margen de las responsabilidades inherentes al cuidado de los hijos.

Luego, teniendo claro, que la mujer, tiene una función reproductiva más ardua que el hombre y que por su fisiología desempeña un importante papel en la alimentación de los niños, hoy en día, reglamentamos a favor de la expectativa y el ejercicio de la maternidad y la paternidad en equidad, en razón, a que nos interesa proteger a la familia y no sólo la salud de la mujer como hasta nuestros días lo sigue haciendo la legislación vigente, en pocas palabras: hablamos de la posibilidad de implementar un *Seguro Parental*.

Así, consideramos que por *Seguro Parental* debe entenderse: *Aquella institución jurídica que comprende un conjunto de contingencias aseguradas por los institutos de seguridad social en los términos de sus leyes reglamentarias, que tienen por objeto proteger la expectativa y ejercicio de la maternidad y la paternidad*. En otras palabras el *Seguro Parental* comprende un conjunto de eventos futuros, a raíz de los cuales, la institución de seguridad social otorga prestaciones tendientes a la satisfacción de ciertas necesidades para proteger la expectativa y el ejercicio de la maternidad y la paternidad, en los términos previsto de la ley, que puede ocurrirle al asegurado o sus beneficiarios.

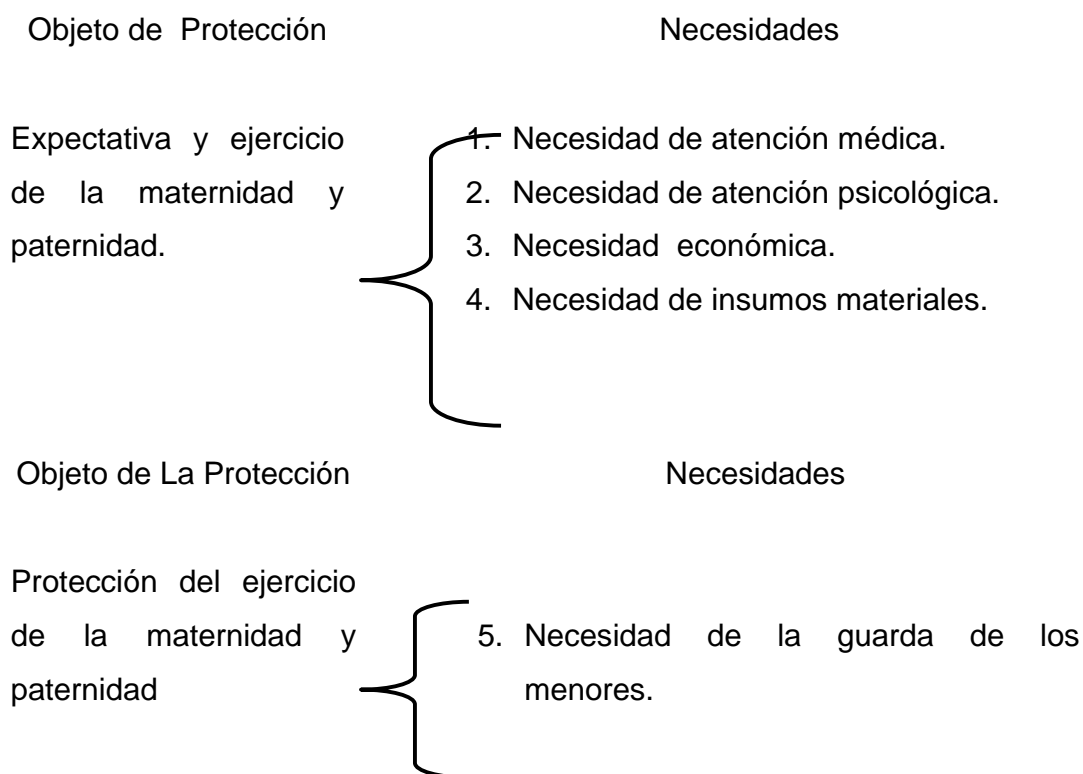
Como podrá apreciarse, no consideramos que la maternidad por sí misma actualice la contingencia, ello, debido a que como ya lo hemos dicho en repetidas ocasiones la maternidad es una situación jurídica y no un hecho jurídico. Así, la situación jurídica nace por un hecho (embarazo y adopción) y se prolonga en el

²⁴ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, op. cit., nota 83, p. 222.

tiempo, en donde, se pueden actualizar otros hechos, y por tanto, hacer surgir otro tipo de prestaciones.

Luego, los hechos protegidos por el Seguro Parental, lo son en relación a que actualizan determinados estados de necesidad. El término necesidad es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española cómo: “...Carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida...Especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio...”²⁵

Las necesidades que consideramos deben ser satisfechas a partir del *Seguro Parental* son las siguientes:



A continuación analizaremos cada uno de los elementos en los que sustentaremos los alcances de lo que a nuestro criterio constituye el seguro parental.

²⁵ *Diccionario de la Lengua Española, Op. cit.*, nota 49, p.1571.

A. Hechos generadores

Hasta el momento hemos identificado como hechos generadores de las prestaciones por maternidad a los siguientes:

1. El embarazo: Consideramos pertinente signar como el nacimiento de las prestaciones por maternidad biológica al embarazo, dado que es a partir del mismo de donde parte la obligación del instituto de otorgar las prestaciones correspondientes. Por lo que se refiere al alumbramiento y al puerperio, si bien están protegidos dentro de lo que comprende la maternidad biológica, no hacen surgir por sí las prestaciones y son actos que siempre estarán precedidos por el embarazo.
2. La adopción: Ya sea en su modalidad plena o relativa conlleva los mismos derechos y deberes que la maternidad y paternidad biológica. Así, si la relación que se establecerá entre padres e hijos en el orden civil es la misma, sin importar si es por origen biológico o adoptivo, no hay consideración que valga en el sentido de pretender excluir la adopción como hecho generador del seguro parental.
3. La paternidad o maternidad por reproducción asistida: Como ya lo hemos visto, el CCDF establece que el parentesco consanguíneo surge a partir de la reproducción asistida, así, es preciso reconocer ésta como un hecho generador de prestaciones del seguro parental, diverso de la maternidad biológica y de la adopción.
4. El acogimiento: Por lo que respecta al acogimiento, en nuestro país carecemos de una reglamentación amplia del mismo. Más aún, no tiene la trascendencia que en otros lugares se le ha dado, por lo que no resulta viable, bajo la óptica de nuestra legislación civil vigente, considerarlo como un hecho generador de las prestaciones por maternidad. Lo apuntamos como precedente de lo que algún día podría llegar a constituir un hecho generador del seguro parental en nuestro país.
5. El auto de discernimiento de la tutela: En nuestro país existe gran cantidad de individuos que desarrollan las funciones de tutor de un menor sin que

hayan sido declarados como tales por la autoridad correspondiente. La institución de la tutela, como ha quedado señalado en el capítulo anterior, tiene por finalidad la protección del menor, por ello, consideramos oportuno que para beneficiarse de las prestaciones del seguro parental, debe mediar previo reconocimiento judicial como tutor, ello, permitirá no sólo que una autoridad haya revisado con detenimiento el asunto y se nombre a un curador que este alerta de la conducta del tutor, sino que también, permite contar con un medio idóneo de prueba para acceder las prestaciones.

6. La resolución que conceda la guarda y custodia de un nieto: Recordemos que el ejercicio de la patria potestad puede recaer en los abuelos del menor a falta o por imposibilidad de los padres. En este caso, la prueba idónea para acceder a las prestaciones del seguro parental será la resolución judicial en donde se declare que el ejercicio de la patria potestad queda a cargo del trabajador interesado.

B. Sujetos beneficiarios

Referente a quién debe ser tenido como asegurado, consideramos que hemos formulado los argumentos suficientes para sustentar que tanto la mujer como el varón pueden ser tenidos como tales, ello, respetando las consideraciones especiales que deben imperar en lo que al trato por la fisiología femenina se refiere. Lo mismo aplica al pensionado/a por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez.

Por lo que respecta a la cónyuge o concubina del asegurado o pensionado (por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez), juzgamos que tampoco existe problema respecto a considerarlas como beneficiarias de las prestaciones en especie del seguro parental.

El aspecto que aún queda abierto a debate es el referente a si debemos considerar a la hija, hermana o demás dependientes económicos del trabajador como sujetos del seguro parental. Dicho seguro, se actualizaría únicamente en el caso de embarazo y la beneficiaria exclusivamente tendría acceso a las

prestaciones en especie. Antes de pronunciarnos a favor o en contra, analicemos brevemente la situación.

Hablamos de las mujeres menores de dieciocho años o, mayores de esta edad pero menores de veintitrés años siempre y cuando se encuentren estudiando y, de los mayores de edad en estado de interdicción. Conforme al derecho civil, en tanto se actualicen las hipótesis que hemos señalado, subsiste la obligación alimenticia, sin embargo, en el derecho de la seguridad social sólo la LISSSTE protege a la hija del trabajador, en tanto que la LSS y la LISSFAM dejan a las hijas de los trabajadores fuera de las prestaciones por maternidad.

Nos encontramos ante un incapaz por razón a su edad, que debe hacerse cargo de un embarazo y de los cuidados de un menor sin que ella misma se encuentre en la plenitud de su formación. Las posibilidades a las que se enfrenta son las siguientes:

- Que su pareja se responsabilice de ella y su hijo y consiga trabajo con el cual pueda afrontar los gastos derivados de la manutención personal y del embarazo. Si, en el mejor de los casos, consiguiese un trabajo formal, podría acceder como beneficiaria a las prestaciones en especie por conducto de su consorte.
- Que sus padres se hicieran cargo de los gastos del embarazo, en cuyo caso, de estar afiliados al IMSS o al ISSSFAM no tendrían acceso a los servicios de atención médica y tendrían que acceder a servicios de índole privado.
- Que la menor afronte el embarazo por sí misma. En el mejor de los casos contará con una preparación técnica o artesanal, con la que afrontará los sinsabores de acceso a la fuente de trabajo por las situaciones que ya hemos plateado.
- En el peor de los casos, que no reciba apoyo de nadie ni pueda acceder a un trabajo, y sólo podrá acceder a los servicios médicos vía beneficencia pública o asistencia social en el caso de una emergencia médica.

El panorama al que se debe enfrentar una mujer, en las condiciones que antes hemos mencionado, no es en nada halagador.

La exclusión de mujeres, que se encuentran en las hipótesis que venimos refiriendo, del seguro por maternidad, no es más que una reminiscencia de viejas consideraciones morales, en donde la mujer al momento de quedar embarazada necesariamente debía contraer matrimonio y formar su propio hogar. Como ya lo hemos visto, el matrimonio fue considerado durante muchos años como un requisito indispensable para la concepción de la familia, por ello, si una mujer concebía al margen del sacramento del matrimonio, era relegada socialmente junto con su hijo.

Si consideramos que las prestaciones otorgadas a las hijas de los trabajadores se constriñen de manera exclusiva a la atención médica y algunos insumos materiales en beneficio del menor, los costos económicos que representa el ofrecer este seguro, en comparación con los gastos erogados para atender una enfermedad o un accidente son en muchas ocasiones inferiores. Luego, consideramos que resulta menos oneroso, peligroso y más próximo al sentido de protección familiar en la esfera civil, el brindar las prestaciones en especie del seguro parental a las dependientes de los trabajadores que así lo requieran.

C. Requisitos para acceder a las prestaciones

En relación a los requisitos para acceso a las prestaciones por maternidad y paternidad que hemos venido revisando, caben las siguientes consideraciones:

- Dependencia económica: Este requisito tiene por finalidad proteger la viabilidad financiera de instituto debido a que a partir del mismo, se verifica la efectiva necesidad de la prestación.
- Afiliación: La utilidad de este requisito radica en la necesidad, que tiene todo instituto, de llevar un registro de sus derechohabientes, ello, a efecto de identificar quienes están en aptitud de recibir o no el seguro correspondiente.
- Cotización: Consideramos adecuado el mecanismo consistente en establecer un periodo previo de cotización para tener acceso a las prestaciones económicas del seguro parental. Por otra parte, no nos

consideramos en aptitud de argumentar a favor o en contra de la duración del tiempo de cotización necesario para hacerse acreedor a las prestaciones, dado que, ello debe desprenderse de un estudio actuarial especializado.

- Certificación del hecho generador por parte del instituto: Es un requisito fundamental debido a que evita posibles fraudes en contra del instituto, asimismo, es momento donde se establece el periodo en el que se disfrutará del descanso y subsidio correspondiente. El certificado expedido por el instituto cobra importancia también en el derecho laboral, en el entendido de que debe ser presentado al patrón para que este tome las medidas pertinentes atendiendo a las disposiciones de la legislación laboral.
- Sujetarse a las prestaciones y tratamientos médicos indicados por el instituto: Es admisible este requisito en el entendido de que en el caso de actualizarse algún riesgo de trabajo en relación al embarazo, el instituto estará en aptitud de hacer las recomendaciones pertinentes al patrón y en su caso, determinar el subsidio por descanso que se puede actualizar por esta causa.
- Que no se ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores al parto: Nos parece de más este requisito, dado que, la ley debe establecer mecanismos a favor de la maternidad y la paternidad mas no erguirse como un gendarme vigilante de la conducta que lleva a cabo cada uno de sus asegurados. Por otra parte, mas que un requisito, la presente debería ser entendida como una causa de suspensión del subsidio, sin embargo, en este caso consideramos que cabe el mismo comentario que hemos hecho al inicio del párrafo.

Conforme a lo antes expuesto, consideramos que el los requisitos que deben ser contemplados en relación al seguro parental en nuestro país son los siguientes: Afiliación, cotización, sujeción a los tratamientos médicos indicados por el instituto y certificación del hecho generador.

D. Prestaciones

A lo largo de nuestra investigación hemos analizado una gran gama de prestaciones en beneficio de la maternidad, asimismo, hemos constatado como en no pocas ocasiones algunas son más generosas que otras.

La determinación de las prestaciones y los alcances de las mismas, esta subordinado a una gran cantidad de factores entre los que destaca: finalidades de la institución en la que se contengan, capacidad presupuestal del instituto que las otorgue, necesidades que se generan en virtud de los hechos que dan vida a las contingencias, políticas públicas, etc.

No consideramos oportuno adoptar de manera inmediata todas y cada una de las prestaciones que hemos analizado, ni mucho menos, suscribimos que sean todas las formas posibles de dar satisfacción a las necesidades que se actualizan como consecuencia de la expectativa y ejercicio de la maternidad.

A continuación analizaremos, las prestaciones que se han establecido a efecto de satisfacer cada una de las necesidades que atienden los seguros sociales, lo anterior, a efecto de que estemos en aptitud de determinar cuáles son las que conviene implementar en las legislaciones de los seguros sociales mexicanos:

1. Necesidad de atención médica: Se satisface a partir del otorgamiento de servicios sanitarios tanto al menor como a la madre durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio. Esta necesidad, hasta hoy ha sido prioridad en la reglamentación de la maternidad de los seguros sociales mexicanos, por ello la LSS contempla a la maternidad y a la enfermedad erróneamente como situaciones análogas.
2. Necesidad de atención psicológica: Es pertinente orientar a los padres respecto a todo lo que atañe a los aspectos psicológicos que conciernen al cuidado y educación del menor, así como, con respecto a su pareja durante el embarazo y una vez acontecido el alumbramiento. Por otra parte, en los casos en que se incorpore un menor a una familia por adopción, tutela o que quede a cargo de sus abuelos el ejercicio de la patria potestad, es

necesario estar alerta ante la nueva situación que afrontará la familia, ello, a efecto de que la inserción del menor se beneficie para el mismo y no perjudicial para sí y para la nueva familia. Esta necesidad, no es siquiera identificada por el sistema de seguridad social mexicano, probablemente si se prestará más atención a esta necesidad contribuiríamos a aminorar la tasa de incidencia de violencia intrafamiliar.

3. Necesidad económica: Esta necesidad se actualiza en diversas circunstancias en las que la trabajadora o el trabajador requerirán de subsidios económicos ante la falta de percepción salarial o para cubrir gastos que se desprenden de la maternidad y la paternidad. Hasta la fecha sólo se contempla el subsidio por el caso de embarazo, dejando totalmente fuera de todo subsidio a las madres y padres que lo son por adopción o a las personas que van a ejercer funciones inherentes a la maternidad y la paternidad sin ostentar el título de padre o madre.
4. Necesidad de insumos materiales: Por insumos materiales hacemos referencia a todas aquellas cosas muebles que se entregan al trabajador o su familia, con motivo de reducir los gastos familiares y coadyuvar con ello a la manutención del menor. Estos insumos son: la leche de fórmula que se otorga para la alimentación del lactante o la ropa, biberones, cobijas y demás cosas de primera necesidad que se otorgan para el uso del menor. Cabe mencionar, que no podemos establecer una regla en relación a las cosas que debiera otorgar el instituto, en atención, a que siempre se podrá dar más o menos en la medida de su capacidad económica. Lo cierto es que el otorgamiento de muchos de estos insumos ayudan en materia de previsión social, en el entendido de que un niño que cuenta con el abrigo y el alimento idóneo será menos susceptible a enfermarse, y por tal motivo, ello redundará en el ahorro de los institutos de salud en menor índice de pacientes atendidos bajo la modalidad del seguro de enfermedades y accidentes no profesionales.
5. Necesidad de la guarda de los menores: Aún, cuando en unos sistemas hemos apreciado como la guarda de los menores se reduce a una

necesidad económica,²⁶ en nuestro país, no funciona así; la mecánica de la atención de menores a partir del servicio de guarderías o instancias infantiles representa una solución menos onerosa a la satisfacción de la necesidad de guarda de los menores. Por otra parte, queremos reiterar nuestro desacuerdo en relación a que los servicios de guarderías y de instancias infantiles en nuestro país se otorguen de manera general a la mujer trabajadora, y sólo en algunos casos, al padre trabajador, ante esta situación y atendiendo a las circunstancias que antes hemos mencionado,²⁷ consideramos que el seguro debe beneficiar en iguales circunstancias al padre y a la madre, asimismo, debe ampliarse este beneficio a aquellos que ejerzan la tutela o la patria potestad sobre el menor.

Finalmente, existe una gran cantidad de prestaciones que, aún cuando guardan cierta relación con la maternidad y la paternidad, consideramos deben ser reglamentadas en otro apartado diverso al que se destine a los aspectos propios de la maternidad y la paternidad, ello, con la finalidad de ser coherentes con la naturaleza que le es propia al acto de que se trate. Específicamente nos referimos a los siguientes:

- El otorgamiento de tratamientos de fertilidad: En este caso, no hablamos de un ejercicio de la maternidad o de la paternidad, dado que, una preconditionante para actualizar dicho ejercicio es la existencia de un menor y un adulto, y en este caso, aún no hay aún menor. Tampoco podemos hablar de que exista una expectativa, dado que, la infertilidad es en sí misma una enfermedad que debe tratarse si lo que se desea es estar en aptitud de ser madre o padre, así, el efecto inmediato será lograr la fertilidad y el mediato la paternidad o la maternidad, por ello, consideramos que los tratamientos de fertilidad deben ser considerados dentro del seguro enfermedades y no en los de índole parental.
- El aborto: El aborto acaba abruptamente con la expectativa de la maternidad, a diferencia de esta, su actualización no es otra cosa que un

²⁶ Véase, p. 105.

²⁷ Véase, pp. 78-80.

sinistro que debe ser atendido por el seguro de enfermedades. Es preciso señalar, que la mujer que ha sufrido un aborto requiere de una atención especial tanto en lo psicológico como en lo físico, por lo que, deben tomarse medidas en atención a la singularidad de las patologías propias del aborto y no en relación a la maternidad.

E. Financiamiento

En este apartado, cabe el señalamiento de Ruiz Moreno en el siguiente sentido:

...es evidente, que los seguros sociales, al igual a como lo hacen los seguros privados, operan bajo estadísticas y estudios matemático-actuariales diseñados bajo el principio de cálculo de probabilidades de que ocurra un riesgo o un evento predefinido en ley – el que aquí se llamará “contingencia social protegida”— por lo que la determinación sobre el monto de cuotas a cargo de todos los sujetos obligados, según el caso específico – al igual que el monto de las pensiones o subsidios por cubrir—, no quedan al capricho de la institución encargada del seguro social, sino que se predeterminan para que exista el indispensable equilibrio financiero y no se descapitalice el organismo prestador del servicio público, poniendo en riesgo su existencia o funcionamiento.²⁸

Consideramos que en el presente trabajo no estamos calificados para determinar el monto de las cuotas que deben ser aportadas por el patrón, el trabajador y el Estado. Simplemente nos constreñiremos a señalar que las aportaciones del seguro parental deben ser separadas del seguro de enfermedades, ello, dado que, como ha quedado señalado a lo largo de toda nuestra exposición, la protección a la maternidad y la paternidad va mucho más allá de la satisfacción de necesidades médicas y económicas, por lo que su financiamiento debe considerar otras necesidades que rebasan las comprendidas por el seguro de enfermedades.

II. PROPUESTA DE REFORMA: EL SEGURO PARENTAL EN MÉXICO

²⁸ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, op. cit., nota 83, pp. 31 y 32.

1. Perspectiva de reforma en el sistema jurídico mexicano para la protección a la maternidad y la paternidad

Es increíble que en nuestra búsqueda de seguridad, históricamente, nos hayamos abocado a protegernos, en primera instancia, de nosotros mismos a través del derecho penal y que sólo desde hace algunas décadas, después de miles de años de civilización, comencemos a brindarnos mutua ayuda frente a los implacables efectos del medio ambiente. Que frívola ha resultado la naturaleza humana, el hombre se protege de su lobo que es el propio hombre antes de vislumbrar los múltiples riesgos que ya de por sí implica el sólo hecho de vivir.

Arriba hemos desarrollado los pormenores de lo que consideramos debe ser el seguro parental, sin embargo queda aún por responder la siguiente interrogante: ¿De que manera podemos incorporar esta nueva concepción a las legislaciones vigentes del trabajo y de los seguros sociales en nuestro país?

El primer paso que nos corresponde dar, en lo que al ámbito legislativo se refiere, es la implementación de normas protectoras y estimulantes al ejercicio de la paternidad y la maternidad, mismas que tendrán como eje rector las siguientes premisas:

- Debe de crearse un apartado especial tendiente a reglamentar el ejercicio de la Maternidad y la Paternidad, independiente del apartado que tiene por objeto reglamentar las enfermedades, en las legislaciones de los seguros sociales.
- Es preciso analizar el problema referente al número idóneo de semanas de cotización para tener acceso a las prestaciones pecuniarias o en especie de índole parental, ello, en atención a la incorporación de los aspectos que hemos venido comentando.
- Aumento del descanso por maternidad a catorce semanas, para cumplir con el mínimo requerido por la OIT en el *Convenido sobre la protección a la maternidad del 2000*.
- Deben incluirse las hipótesis de adopción, tutela, ejercicio de la patria

potestad y paternidad o maternidad por reproducción asistida por maternidad subrogada como hechos generadores de las prestaciones del seguro parental.

- El varón debe tener acceso a descansos por nacimiento de su hijo.
- Deben implementarse a favor de la mujer y el varón permisos para los casos en que sus hijos sufran alguna enfermedad.
- Debe establecerse el periodo en el que la trabajadora gozará de los descansos por lactancia, que a nuestra consideración, debe ser hasta el cumplimiento de los seis meses de vida del menor.
- Debe permitirse al varón el descanso por lactancia en las siguientes hipótesis: a) Por muerte de la madre; b) Cuando el cuidado del menor este confiado de manera exclusiva al trabajador. c) En los casos en que medie certificado médico en donde conste que la madre se encuentra imposibilitada para hacerlo por causa de enfermedad o accidente.
- El varón debe tener derecho a un descanso con goce de subsidio en el caso de que su cónyuge o concubina falleciere al momento de dar a luz a efecto de no desamparar al menor recién nacido.
- El varón debe tener derecho al servicio de guardería, sin las limitaciones que actualmente la ley le exige.
- Deben incorporarse prerrogativas tendientes a evitar la discriminación por causa de maternidad o paternidad.
- Todo aquel que tenga deberes, en los términos del Código Civil en el orden familiar respecto a un menor, debe tener acceso a los servicios de guardería.

A continuación, procedemos a señalar, a manera de ejemplo, como pueden implementarse las medidas arriba señaladas tanto en la constitución como en las leyes reglamentarias del trabajo (tomando como ejemplo la Ley Federal de Trabajo) y de los seguros sociales (sirviéndonos de ejemplo la Ley del Seguro Social).

2. Reforma Constitucional

Ya hemos expuesto aquello que consideramos debe implementarse para reglamentar el ejercicio de la maternidad y la paternidad en armonía con el desempeño laboral.

Actualmente, el fundamento constitucional para la protección de la maternidad en el ámbito laboral está contenido en el artículo 123 constitucional en los siguientes términos:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo...

V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos...

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores...

XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas...

c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieran adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles...

Consideramos que debemos homogeneizar el contenido del artículo 123 apartado A y B, a partir de la incorporación del texto que a continuación proponemos:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación y la lactancia; gozarán forzosamente de siete semanas de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de siete semanas después del

mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieran adquirido por la relación de trabajo.

En el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, descansos que se extenderán hasta el cumplimiento de los seis meses de vida del menor. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas y de ayudas para la lactancia.

Al nacimiento de un hijo, el varón, tendrá derecho a diez días hábiles de descanso. En el caso de que su cónyuge o concubina hubiese fallecido por causa del alumbramiento del menor, el periodo de descanso será de siete semanas. Lo anterior, sin perjuicio de su salario y demás derechos que se desprendan de la relación laboral.

Tanto varón como la mujer, tendrán derecho al servicio de guarderías infantiles.

Se adoptarán medidas tendientes a proteger el ejercicio de funciones análogas a la paternidad y la maternidad.

Se adoptarán medidas tendientes a evitar que la maternidad y la paternidad constituyan causa de discriminación en el acceso y estabilidad en el trabajo. No será considerada como discriminación, la prohibición del trabajo de la mujer cuando la actividad que deba realizar pueda presentar un riesgo reconocido o significativo a su salud o a la de su hijo.

Por su parte, el artículo 123 apartado A fracción XXIX señala lo siguiente:

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Consideramos que la redacción de dicho artículo debe variar y redactarse de la manera siguiente:

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, *parental*, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

El texto que proponemos ofrece las siguientes novedades:

1. Se protege a la mujer en el periodo de lactancia de actividades que impliquen peligro en relación con su estado de salud y la del menor.
2. Se extiende el periodo de descanso por maternidad a catorce semanas. Ello, para respetar el mínimo de descanso establecido por la OIT.
3. Se precisa que el periodo de los descansos de lactancia se extenderá hasta que el menor cumpla los seis meses de edad.

4. Se establece la responsabilidad de crear mecanismos tendientes a garantizar la no discriminación de la mujer por causa de maternidad.
5. Se protege la paternidad ya no sólo como una posibilidad de sustituir a la mujer en el descanso y subsidio postparto en el caso de que esta falleciera, sino en general, como un derecho de cualquier trabajador aún cuando su cónyuge o concubina no fuese asegurada por ningún instituto.
6. Con esta medida el servicio de guardería deja de ser una protección exclusiva de la madre dado que se extiende al varón.
7. Al señalar que deben protegerse situaciones análogas, no solo cabe la posibilidad de la inclusión de las hipótesis que hemos manifestado con anterioridad, sino que se deja abierta la puerta a la protección de hechos que en el futuro requirieran de una protección.

Como podrá apreciarse, hemos dejado subsistente la obligación patronal de cubrir el salario integro de la mujer en aquellos casos en que no sea sustituido en dicha obligación por el instituto, más aún, lo responsabilizamos del pago de salario al trabajador cuando aconteciera el nacimiento de un hijo por un periodo de diez días y cuando aconteciera la muerte de su cónyuge o concubina por causa del alumbramiento.

Mantenemos el pronunciamiento que emitimos en el sentido de que debe quitarse tal carga del pago salarial al patrón por las razones que han quedado señaladas.²⁹ Sin embargo, consideramos que este mecanismo debe mantenerse hasta en tanto no se implemente un adecuado sistema, que vía asistencia social, atienda a las mujeres y hombres que no cuenten con las semanas de cotización que señalen las legislaciones de los seguros sociales para recibir los subsidios correspondientes.

3. Reformas a la Ley Federal del Trabajo

La manera más sencilla de reglamentar en la legislación laboral, el trabajo de la mujer y el ejercicio de la paternidad y la maternidad es mediante la reforma del

²⁹ Véase las páginas 56 y 57.

título quinto denominado Trabajo de las Mujeres sustituyéndolo por otro que llevaría por nombre *Trabajo, Maternidad y Paternidad*.

Actualmente el texto al que nos referimos se encuentra redactado de la siguiente manera:

TITULO QUINTO Trabajo de las Mujeres

Artículo 164.- Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres.

Artículo 165.- Las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad.

Artículo 166.- Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.

Artículo 167.- Para los efectos de este título, son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto.

Los reglamentos que se expidan determinarán los trabajos que quedan comprendidos en la definición anterior.

Artículo 168.- (Se deroga).

Artículo 169.- (Se deroga).

Artículo 170.- Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

I. Durante el período 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 períodos 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 período 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 períodos 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 período 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; y

VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.

Artículo 171.- Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

Artículo 172.- En los establecimientos en que trabajen mujeres, el patrón debe mantener un número suficiente de asientos o sillas a disposición de las madres trabajadoras.

Desde nuestra perspectiva, la redacción del título quinto debe ser de la manera siguiente:

TITULO QUINTO Trabajo Maternidad y Paternidad

Artículo 164.- Las mujeres disfrutarán de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres.

Artículo 165.- Las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad y la paternidad.

Artículo 166.- Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.

Artículo 167.- Para los efectos de este título, son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto.

Los reglamentos que se expidan determinarán los trabajos que quedan comprendidos en la definición anterior.

Artículo 167 BIS.- No podrá condicionarse, a la mujer, el acceso al trabajo a la previa verificación, por cualquier medio que sea, de que no se encuentra embarazada.

Artículo 168.- (Se deroga).

Artículo 169.- (Se deroga).

Artículo 170.- Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

I. A no realizar, durante el embarazo, 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. A dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos durante el periodo de lactancia, y hasta que el menor cumpla seis meses de edad, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;

III. A ser inscrita en el Instituto Mexicano del Seguro Social, y recibir, todas las prestaciones a las que tenga derecho conforme al Seguro Parental.

IV. A no ser molestada por el patrón en el goce de los descansos en los términos del Seguro Parental.

V. A un máximo de tres descansos anuales con goce de sueldo, con duración de tres días cada uno, en el caso de enfermedad, accidente u hospitalización de sus hijos, en tanto éstos, sean menores de once años.

VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha de inicio de los descansos señalados en el Seguro Parental; y

VII. A que se computen en su antigüedad los periodos de descanso señalados en el Seguro Parental.

Artículo 170 Bis.- Los padres trabajadores tendrán los siguientes Derechos:

I. A disfrutar de los descansos referidos en la fracción II del artículo 170 en los casos siguientes:

- a) Por muerte de la madre;
- b) Cuando el cuidado del menor este confiado de manera exclusiva al trabajador.
- c) En los casos en que medie certificado médico en donde conste que la madre se encuentra imposibilitada para hacerlo por causa de enfermedad o accidente.

II. A los prerrogativas consignadas en las fracciones III, IV, V, VI y VII del artículo 170.

Artículo 171.- Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

Artículo 172.- En los establecimientos en que trabajen mujeres, el patrón debe mantener un número suficiente de asientos o sillas a disposición de las madres trabajadoras.

En la propuesta arriba señalada se han incorporado las siguientes innovaciones:

1. Se atiende a la paternidad como objeto de protección laboral.
2. Se añade la prohibición al patrón de condicionar a la mujer el acceso al trabajo, previa comprobación de la no gravidez de la misma.
3. Incorporamos el término parental, para referirnos de manera genérica a las disposiciones que hacen alusión a la protección de la maternidad y paternidad.
4. Eliminamos la precisión del periodo de descanso y subsidio por maternidad, y simplemente, remitimos a que se atienda el contenido del Seguro Parental en la LSS donde se deben precisar todos los pormenores de los descansos y subsidios. Asimismo, responsabilizamos al patrón del pago del subsidio en los términos señalados en la LSS cuando el trabajador no haya cumplido con las semanas de cotización requeridas.
5. Se protegen los derechos laborales del hombre y la mujer en relación a los descansos parentales hasta por un año.
6. Se incorpora la posibilidad de que el padre pueda ser beneficiario del descanso por lactancia en determinados supuestos.
7. Se establece una implementación del servicio de guarderías en iguales circunstancias para hombres y mujeres.

4. Reformas a la Ley del Seguro Social

La reforma a las legislaciones de seguridad social, se torna un poco más complicada, ello, debido a que la maternidad hasta hoy ha sido reglamentada a la par de los servicios de índole sanitaria.

Consideramos que a lo largo de nuestro trabajo, hemos argumentado lo suficiente para demostrar que el aspecto sanitario de la maternidad es sólo una parte de todo lo que debe comprender la reglamentación de esta figura. Por ello, la propuesta que a continuación realizaremos será en relación a LSS, sin embargo, en similares circunstancias es posible incorporar el seguro parental en las otras legislaciones de seguridad social ya sean federales o locales. A continuación presentamos la propuesta de incorporación del Capítulo IV Bis en la LSS, tendiente a reglamentar lo concerniente al Seguro Parental:

CAPITULO IV BIS DEL SEGURO PARENTAL

SECCION PRIMERA GENERALIDADES

Artículo 109 A. Quedan amparados por este seguro:

- I. El asegurado;
- II. El pensionado por:
 - a) Incapacidad permanente total o parcial;
 - b) Invalidez;
 - c) Cesantía en edad avanzada y vejez, y
 - d) Viudez, orfandad o ascendencia;

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III.

V. Las hijas así como toda mujer vinculada al asegurado o pensionados, por estar sujeta a la patria potestad o tutela del mismo, siempre y cuando se encuentre en los siguientes supuestos:

- a) Que sean menores de dieciocho años;
- b) Cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional;
- c) Las mayores de dieciocho años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente, en los mismos casos y condiciones establecidos en el artículo 136;

VI. La madre del asegurado que viva en el hogar de éste.

Los sujetos comprendidos en las fracciones III, IV, V y VI tendrán derecho a las prestaciones en especie otorgadas por este seguro, en tanto demuestren la dependencia económica del asegurado o pensionado por incapacidad permanente total o parcial, invalidez, o cesantía en edad avanzada y vejez.

Artículo 109 B. Son hechos generadores del seguro parental:

- I. El embarazo,
- II. La maternidad o paternidad por reproducción asistida en madres subrogada.
- III. La adopción,
- IV. La tutela,
- V. La resolución que conceda la guarda y custodia de un nieto.

Artículo 109 C. El asegurado tendrá derecho a un descanso de:

- I. Siete semanas previas y siete semanas posteriores al parto, en el supuesto establecido en la fracción I del artículo 109 B.
- II. Siete semanas, en los supuestos señalados en las fracciones II, III, IV y V del artículo 109.

Para efecto del establecimiento de la fecha en que deba iniciarse el disfrute de las prestaciones del seguro parental, deberán certificarse los hechos consignados en el artículo anterior por el Instituto.

En el caso de embarazo, la certificación señalará la fecha probable del parto, la que servirá de base para el cómputo del descanso correspondiente.

En los casos señalados en las fracciones II, III, IV y V del artículo 109 B, la certificación señalará la fecha en que debe iniciarse el descanso; fecha, que deberá establecerse dentro de los diez días hábiles siguientes a la certificación, salvo, que el asegurado solicite se le asigne otra fecha para el inicio del goce del descanso y el subsidio correspondientes.

Cuando así lo solicite al Instituto, y en el caso de las hipótesis contenidas en las fracciones II, III, IV y V del artículo 109 B, el asegurado podrá prorrogar su periodo de descanso hasta por cuarenta y cinco semanas más, sin goce de

subsidio y sin perjuicio en sus derechos laborales. En el caso de la fracción I, sólo lo podrá, en iguales términos, por treinta y ocho semanas más.

Artículo 109 D. Para efectos de este seguro, deben tenerse en cuenta el contenido de los artículos 86, 88 y 89 de esta Ley.

SECCION SEGUNDA DE LAS PRESTACIONES EN ESPECIE

Artículo 109 E. El Instituto otorgará a la asegurada y la pensionada por incapacidad permanente total o parcial, invalidez o cesantía en edad avanzada y vejez, durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, las prestaciones siguientes:

- I. Asistencia obstétrica;
- II. Asistencia psicológica en relación al embarazo, cuidado de los hijos y relación con su pareja;
- III. Ayuda en especie por seis meses para lactancia, y
- IV. Una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

En los casos señalados en las fracciones II, III, IV y V del artículo 109 B, el asegurado o pensionado en términos arriba señalados, tendrá derecho a disfrutar de la prestación contenida en la fracción II del presente artículo en tanto el menor no cumpla los seis meses de edad.

SECCION TERCERA DE LAS PRESTACIONES EN DINERO

Artículo 109 F. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante siete semanas anteriores al parto y siete semanas posteriores al mismo.

Respecto de la fracción I del artículo 109 B, en los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por las siete semanas posteriores al mismo, sin importar que el período anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el período anterior al parto, se pagarán en los términos del párrafo precedente. El subsidio se pagará por períodos vencidos que no excederán de una semana.

En los casos en que la asegurada se encuentre imposibilitada para trabajar, fuera de los periodos comprendidos en la fracción I del artículo 109 C, recibirá un subsidio equivalente al cincuenta por ciento del salario que percibe, siempre y cuando éste no sea menor a los tres salarios mínimos, en cuyo caso,

recibirá un subsidio equivalente al cien por ciento del último salario percibido. En los dos supuestos anteriores, por un periodo máximo de sesenta días.

Artículo 109 G. El asegurado, por nacimiento de un hijo, tendrá derecho a un descanso de diez días con goce de un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario base de cotización.

En el caso de muerte de la cónyuge o concubina del asegurado al momento del alumbramiento, éste, tendrá derecho a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante siete semanas siguientes a la muerte.

Artículo 109 H. En los supuestos de las fracciones II, III, IV y V, el asegurado, tendrá derecho a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario base de cotización el que recibirá durante siete semanas a partir de la fecha señalada en el certificado correspondiente.

Artículo 109 I. Para que el asegurado tenga derecho al subsidio que se señala en los artículos 109 F, 109 G y 109 H, se requiere:

I. Que haya cubierto por lo menos.....cotizaciones semanales en el período de..... anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;³⁰

II. Que se haya certificado por el Instituto el hecho del que se desprenda la prestación;

Si el asegurado estuviera percibiendo otro subsidio, se cancelará el que sea por menor cantidad.

Artículo 109 J. El goce por parte del asegurado de los subsidios establecidos en los artículos 109 F, 109 G y 109 H, exime al patrón de las obligaciones de pago del salario íntegro a que se refiere la fracción V del apartado A del artículo 123 constitucional, hasta los límites establecidos por esta Ley.

Cuando el asegurado no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro.

SECCION CUARTA DEL REGIMEN FINANCIERO

109 K.....

Respecto a esta sección ya hemos formulado las consideraciones pertinentes en el apartado de *Financiamiento* en las páginas 168 y 169 del presente trabajo.

³⁰ Véase el apartado de *Financiamiento* en las páginas 168 y 169.

SECCION QUINTA DE LA CONSERVACION DE DERECHOS

Artículo 109 L. El asegurado que quede privado de trabajo remunerado, pero que haya cubierto inmediatamente antes de tal privación un mínimo de ocho cotizaciones semanales ininterrumpidas, conservará durante las ocho semanas posteriores a la desocupación, el derecho a recibir, exclusivamente la prestación contenida en la fracción I del artículo 109 E. Del mismo derecho disfrutarán sus beneficiarios.

Para efectos de este seguro, aplican las disposiciones de los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 109 de la presente Ley.

En la propuesta que hemos realizado pueden apreciarse las siguientes innovaciones:

- Se protege de manera general a todas las mujeres, parientes consanguíneos en primer grado del asegurado y el pensionado (por incapacidad permanente total o parcial, invalidez, y cesantía en edad avanzada y vejez).
- Se protege a todas aquellas mujeres que están bajo el cuidado del asegurado ya por causa de tutela ya por guarda y custodia de sus abuelos.
- Se incorporan como hechos generadores de las prestaciones por maternidad: la maternidad o paternidad por reproducción asistida por maternidad subrogada, la adopción, la tutela y la resolución que conceda el ejercicio de la patria potestad respecto de un nieto.
- Se concede el descanso, por los hechos generadores señalados en el apartado inmediato superior, de siete semanas de descanso. Consideramos que esta solución es óptima dado que existen muchas parejas que se encuentran afiliadas a institutos diferentes, y no habiendo una ley que reglamente a la coordinación entre institutos, lo mejor es contemplar los sujetos beneficiarios y las prestaciones de manera independiente en cada instituto.
- Se permite la prorrogación por cuarenta y cinco o treinta y ocho semanas del descanso parental, posibilitando con ello, que quien lo desee, pueda abocarse de manera completa al cuidado de su hijo sin perjuicio en el

ámbito laboral. No consideramos pertinente el incorporar un subsidio para quien opte por tomar este descanso dado que podría significar un duro golpe a la economía de los institutos debido a que la tasa de natalidad en el país es por demás elevada.

- Se establece que en el caso de alargarse el periodo de descanso preparto, el instituto pague el subsidio al cien por ciento.
- Se otorga asesoría de índole psicológica para que oriente a la madre y al padre respecto a lo que el proceso de maternidad, cuidado de los hijos e interacción de la pareja se refiere. En análogas circunstancias se ofrece a aquellas personas que están a cargo de menores sin ser sus padres.
- En el caso de que la mujer estuviere imposibilitada para trabajar, fuera de los periodos correspondientes al descanso que tiene por causa la maternidad biológica, se respetó el criterio del otorgamiento del cincuenta por ciento del salario, siempre y cuando este no sea menor a tres salarios mínimos, por un periodo máximo de sesenta días, lo anterior, para evitar fraudes o abusos al seguro.
- Se incorpora para el padre la protección del descanso por nacimiento del hijo o muerte de su cónyuge o concubina en por causa del alumbramiento.

Por otra parte, al incluir el nuevo apartado, deben derogarse los artículos siguientes: 94, 95, 101, 102, 103. Asimismo debe suprimirse el segundo párrafo del artículo 85 y, deben revisarse y adecuarse el contenido de los artículos 105 al 109, ello, debido a que en la actualidad tratan lo tocante a las enfermedades y la maternidad de manera conjunta.

Finalmente, es pertinente reformar la terminología de la LSS en atención a que existen algunos artículos cuyo contenido no es preciso modificar, pero si, hacer la corrección respecto a la mención que hacen del seguro de enfermedades y maternidad, para que en adelante, hagan mención de los dos seguros, o bien, simplemente supriman la mención del seguro de enfermedades o del nuevo seguro parental cuando ello sea conducente. Hemos identificado que los siguientes artículos de la LSS se encuentran en la situación antes referida: 25, 31, 44, 47, 88, 89, 109, 154, 162, 222, 225, 227, 237A, 240, 251, 262, 264 y 300.

En otro orden de ideas, por lo que al seguro de guarderías se refiere, consideramos que debe realizarse una modificación en el artículo 201 que actualmente señala:

Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

Consideramos que la redacción de este artículo debe quedar como sigue:

Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a los hijos del asegurado en la primera infancia, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la custodia de un menor, sin ser sus padres, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo o menor a cargo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

III. PROSPECTIVA DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA, MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

En el presente trabajo analizamos el origen, dinámica y finalidad de la familia, fundamentalmente, lo que al ejercicio de la maternidad y la paternidad se refiere. Asimismo, hemos abordado el problema que representa la reglamentación de la expectativa y el ejercicio de la maternidad en el derecho laboral y el derecho de los seguros sociales. Por otra parte, revisamos algunos mecanismos de protección

a la maternidad y la paternidad que se han adoptado en instrumentos internacionales y en algunas legislaciones europeas. Finalmente, hicimos una propuesta para la reglamentación inmediata en torno a la protección de la maternidad y la paternidad en la constitución, la LFT y la LSS.

No obstante todo lo que aquí hemos señalado, aún queda mucho por hacer en los siguientes rubros:

- Una mejor legislación constitucional en materia de derecho de la seguridad social (lo que nos permitirá a su vez, una mejor reglamentación en beneficio de la familia no sólo vía seguro social, sino también, vía asistencia social).
- Protección de la maternidad, paternidad y la familia vía no contributiva a partir de mecanismos de asistencia social.
- Establecer límites de competencia entre el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social en general, y de los seguros sociales en particular.
- Revisar los vínculos existentes entre el derecho de familia y de la seguridad social en otros rubros tales como pensiones por viudez u orfandad, asignaciones familiares, etc., a efecto sistematizar ambas materias en beneficio de la institución familiar.

En el futuro, la protección a la familia deberá estar comprendida en un orden jurídico verdaderamente sistemático, con materias definidas en la esfera de su competencia y con ramas de una materia que provean de una estructura lógica a toda ley tendiente a aplicarse a favor del núcleo familiar.

Así, ser humano hombre no será comprendido más por el Derecho como un sujeto que puede apreciarse en un rol determinado atendiendo a la materia de que se trata, sino, como un ser humano que interactúa en diversos roles sociales y que por tal, requiere de una protección integral para que tenga acceso a una efectiva calidad de vida.

Finalmente, queremos hacer patente que en nuestra búsqueda por la *seguridad*, los vínculos familiares han constituido un valuarte en lo que a eficacia se refiere. Luego, es en la protección y fortalecimiento de esta estructura primigenia de organización humana, donde debemos avocar grandes esfuerzos encaminados a la prevención y satisfacción de las necesidades de la misma, dado

que, la familia es la institución que por regla general tiene mayor impacto en el individuo, y de la calidad de interacción y satisfactores que reciba de la misma dependerá en gran medida el papel que decida desempeñar en sociedad, ya sea ciudadano útil o cómo carga o malestar social.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (Coord.), *Panorama internacional del derecho de familia*, México, Ed. Porrúa, 2006, t.II, pp.971.
- ÁVILA SALCEDO, Luís Fernando, *La seguridad social y el instituto mexicano del seguro social*, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 187.
- AZUARA PÉREZ, Leandro, *Sociología*, 9ª ed, México, Ed. Porrúa, 1987, pp.354
- BLASCO LAHOZ, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.pp.772.
- BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, 2ª ed., Ed. Harla, México, 1992, pp. 564.
- DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho de la seguridad social*, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 368.
- -- -- *Derecho del trabajo*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1979, t. II: *Derecho Colectivo*, pp.844.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002, pp.814.
- CÁZARES GARCÍA, Gustavo, *Derecho de la seguridad social*, México, Ed. Porrúa, 2007, pp. 571.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, 7ª ed., Argentina, Ed. Heliasta, 1972, t. I. pp.762.
- CHAVEZ ASECIO Manuel F., *La familia en el derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2003, pp. 547.
- CLAVIJERO, Francisco Javier, *Historia antigua de México*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 2003, colección Sepan Cuantos, pp.879.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del derecho en México*, 3ª reimpr., México, Ed. Oxford, 2006, pp.1042.
- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1978, pp. 647.

- -- -- *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 15ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, t. II: *Seguridad social, derecho colectivo del trabajo, sindicación, convenciones colectivas, conflictos de trabajo, la huelga*, pp. 788.
- DÁVALOS, José, *Derecho individual del trabajo*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, pp. 469.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Real Academia de la Lengua Española, 22ª ed., España, Ed. Espasa, 2001, pp. 2368.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA*, Fundación Tomas Moro, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1110, pp. 2368.
- ENGELS, Federico, *El origen de la familia la propiedad privada y el estado*, México, Ed. Colofón, pp.207.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo, *El derecho privado romano*, 1ª reimpr., 26ª ed., México, Ed. Esfinge, 2001, pp. 532.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 5ª reimpresión, 18ª ed., México, Ed. Esfinge, 2006, pp. 296.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 24ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005, pp. 790.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 59ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp.444.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp.648.
- HUBER OLEA Y REYNOSO, Francisco, *Derecho canónico matrimonial*, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 347.
- HUBER OLEA Y CONTRO, José Francisco, *Diccionario de derecho romano*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, pp. 904.
- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de familia*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 608.
- INSTITUCIONES DE JUSTINIANO*, 2ª ed., trad. Melquíades Pérez Rivas, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2007, pp. 299.
- F. del Giudice y F. Mariani, *Diritto della previdenza sociale*, 3ª ed., Italia, Ed. Simone, 2002, pp. 271.

- KESSLER, Francis, *Droit de la protection sociale*, 2ª ed., Francia, Ed. Dalloz, 2005, pp.663.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 212.
- LASTRA LASTRA (coord.), José Manuel, *Diccionario del derecho del trabajo*, México, Porrúa y UNAM, 2001, pp. 298.
- MAGALLÓN IBARRA, José Mario, *Instituciones del derecho civil*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001, t.III: *Derecho de familia*, pp. 631.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, *La seguridad social en México*, Ed. Porrúa, 2007, pp. 476.
- -- -- *Derecho del seguro social comparado (México-Austria)*, México, Ed. Cardenas, 2003, pp. 300.
- PETIT, Eugene, *Derecho romano*, 22ª ed., trad. de José Ferrández González, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 717.
- PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de familia*, 2ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 588.
- DE PINA VARA, Rafael, *Elementos del derecho civil mexicano*, 14ª ed., México, Ed. Porrúa, 1985, vol. I: *Introducción- personas- familia*, pp. 404.
- R. Izzo, G. D'Ambrosio, *Compendio di Legislazione Sanitaria e Sociale*, 7ª ed., Italia, Ed. Giuridiche Simone, 2000, pp. 415.
- RECASENS SICHES, Luís, *Sociología*, 3ª reimpr., 31ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 682.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1980, t. II: *Derecho de familia*, pp.803.
- -- -- *Compendio de derecho civil*, 38ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, t. I: *Introducción, personas y familia*, pp. 540.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 11ª ed., México. Ed. Porrúa, 2006, pp.860.
- -- -- *Las afore*, 6ª ed., México. Ed. Porrúa, 2009, pp. 318.
- SANTA BIBLIA, Brasil, Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, 2005, pp. 1568.

- SABAU GARCÍA, María Luisa (coord.), *Estampas de la Familia Mexicana*, s.e., México, 1994, pp. 189.
- DE SAHAGÚN, fr., Bernardino, *Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, 11ª ed., Ed. Porrúa, 2006, colección Sepan Cuantos, pp.1061.
- SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, *Familia y sociedad*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, pp. 92.
- SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*, España, Ed. Ariel, 1997, pp.474.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de familia*, Colombia, Ed. Temis, 2001, pp.480.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo derecho internacional social*, México, Ed. Porrúa, 1979, pp. 733.
- VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho romano*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 1996, pp. 484.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005, pp. 506.
- ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho familiar*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, pp. 531.

FUENTES LEGISLATIVAS

- Code du travail. (Francia)
- Código civil federal.
- Código civil para el distrito federal.
- Código de derecho canónico.
- Código federal de procedimientos civiles.
- Código familiar para el Estado de Morelos.
- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Contrato colectivo de trabajo celebrado por la Comisión Federal de Electricidad y el Sindicato Único de Trabajadores Electricistas de la república mexicana 2008-2010.
- Contrato colectivo de trabajo celebrado por petróleos mexicanos y el sindicato de trabajadores petroleros de la república mexicana.

Contrato colectivo de trabajo celebrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social 2007-2009.

Convenio general de colaboración celebrado por la Secretaría de Salud, el IMSS, y el ISSSTE el 28 de mayo de 2009.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convenio 3 sobre la protección de la maternidad, 1919.

Convenio 102 sobre la seguridad social (normas mínimas), 1952.

Convenio 103 sobre la protección de la maternidad, 1952.

Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, 2000.

Declaración universal de los derechos humanos.

Estatuto jurídico de los trabajadores al servicio de los gobiernos del Estado de Aguascalientes, sus municipios y organismos descentralizados.

Ley federal del trabajo.

Ley federal de los trabajadores al servicio del Estado, reglamentaria del apartado b) del artículo 123 constitucional.

Ley de trabajo de los servidores públicos del estado de Guerrero número 248.

Ley de los trabajadores al servicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, de los ayuntamientos y organismos descentralizados del estado de Quintana Roo.

Ley del servicio civil del Estado de Morelos.

Ley general de salud

Ley general de seguridad social. (España)

Ley del estatuto de los trabajadores. (España)

Ley 1204 de 30 de diciembre de 1971. (Italia)

Ley 405 de 29-7-1975. (Italia)

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. (España)

Real decreto 1251/201 de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo. (España)

Reglamento federal de seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo.

Reglamento de servicios médicos del instituto mexicano del seguro social.

Reglamento interior de trabajo. (IMSS)

Reglamento de servicios médicos del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del Estado.

Reglamento del servicio de estancias de estancias para el bienestar y desarrollo infantil. (ISSSTE).

Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53. (Italia).

FUENTES INFORMÁTICAS

INEGI <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/glosario.asp?t=mhog01&e=00> Fecha: 21 de Mayo de 2007.

INEGI <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mhog01&c=3299> Fecha: 21 de Mayo de 2007.

INEGI <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mhog02&c=3300>. Fecha: 3 de noviembre de 2006.

INSIGNIA, Jaime, El debate sobre la seguridad social en América Latina y la posición del sindicalismo. En: http://www.nuso.org/upload/articulos/2682_1.pdf. Fecha: 30 de septiembre de 2009.

PROGRAMA NACIONAL DE POLÍTICA LABORAL 2001-2006 p.111. En: <http://www.conasami.gob.mx/Archivos/MARCO%20JUR%20C3%8DDICO/PROGRAMA%20NAL%20POLITICA%20LABORAL.pdf> Fecha: 22 de mayo de 2009.

*Versión estenográfica del discurso del licenciado Felipe Calderón Hinojosa,
Presidente de la República, durante la ceremonia de conmemoración del
Día Internacional de la Salud de la Mujer,*
En:http://www.issste.gob.mx/website/comunicados/discursos/2009/may28_2009.html Fecha: 20 de junio de 2009.