

# LA MATERNIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ\*

Héctor ROSALES ZARCO\*\*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Evolución de la familia y el papel de la mujer en la misma.* III. *El desempeño laboral femenino.* IV. *Reglamentación jurídica de los derechos laborales para las mujeres.* V. *Derecho comparado.* VI. *La importancia del derecho de familia en las prestaciones por maternidad otorgadas en el derecho de la seguridad social.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La mujer contemporánea deja hoy en día las labores del hogar y le imprime un toque de feminidad al mundo laboral; la limitada y antiquísima concepción de la mujer desempeñando roles como hija, hermana, madre, ama de casa, pasiva consejera y compañera del hombre ha quedado superada; sin embargo, la sociedad y propiamente el derecho no han creado, ni fomentado, medios para que la mujer incurriera en el mundo laboral en igualdad de circunstancias, así como tampoco se han ocupado de establecer las “nuevas” responsabilidades de los hombres dentro de la familia al perder la exclusividad como proveedores de recursos económicos y sobre todo lo más preocupante: la responsabilidad del trabajo doméstico, entendiendo a éste como el trabajo que incluye el cuidado y educación de los niños y la atención a otros miembros de la familia (ancianos y discapacitados), así como el aseo y administración del hogar.

\* Profesora investigadora de la Facultad de Derecho y C. S. de la UAEM.

\*\* Asistente de investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la UAEM.

El presente análisis, lejos de un enfoque feminista, pretende demostrar dos cuestiones básicas para el desarrollo de la protección jurídica de la familia:

1o. Que el derecho ha detenido su evolución en materia familiar, en lo concerniente al trabajo y las prestaciones familiares de la seguridad social, por lo que nos siguen regulando normas obsoletas en temas como la maternidad, el otorgamiento de pensiones por vejez a las trabajadoras, la reasignación de roles y responsabilidades familiares, entre otros, y

2o. Que no existe una concatenación entre los derechos y obligaciones que se establecen para las familias y en específico para las mujeres dentro de los ordenamientos de carácter social y privatistas.

No es coincidencia, que la mujer (obligada por las circunstancias económicas actuales o debido al desarrollo personal) se posiciona lentamente en el mundo laboral, mientras que aumentan los índices de desintegración familiar. En 1950 la población económicamente activa total de México era de 8.345,240 habitantes, de ellos sólo 1.137,646 eran mujeres que trabajaban<sup>1</sup> y se registraron 7,929 divorcios, es decir 4.5 divorcios por cada 100 matrimonios,<sup>2</sup> mientras que en el año 2004 se registraron 43.398,755 habitantes que conforman la PEA, de los cuales 15.385,216 son mujeres,<sup>3</sup> y el dato más reciente sobre divorcios registrado en el año 2002, arroja una cantidad de 60 mil 641 casos, en otras palabras 9.8 divorcios por cada 100 matrimonios,<sup>4</sup> más del doble si consideramos una aproximación para el año actual; con ello no se pretende establecer como causa de divorcio el desarrollo profesional de las mujeres, es obvio que el derecho no está respondiendo a las necesidades de las nuevas dinámicas familiares, que mientras se avanzó en la difusión y perfeccionamiento de las reglas jurídicas para el divorcio, y que el trabajo constituye un rasgo determinante en el desarrollo de las familias, no se incluyeron reformas laborales y de seguridad social para

<sup>1</sup> <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mtra01&c=3650>, fecha de consulta 15 de junio de 2005.

<sup>2</sup> Situación Conyugal, <http://www.eurosur.org/FLACSO/mujeres/mexico/demo-6.htm>, fecha de consulta 22 de agosto de 2005.

<sup>3</sup> <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mtra02&c=3651>, fecha de consulta 22 de agosto de 2005.

<sup>4</sup> <http://www.dif.gob.mx/inegi/14%20DE%20FEBRERO.pdf>, fecha de consulta 22 de agosto de 2005.

las familias, sin embargo para llegar a esa conclusión es necesario analizar primero el desarrollo de la mujer en el mundo laboral.

## II. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA Y EL PAPEL DE LA MUJER EN LA MISMA

La familia es “un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros, adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”.<sup>5</sup> La familia como institución se encuentra protegida y sus funciones reglamentadas mediante el derecho de familia, definido por Julian Bonecasse de la siguiente forma: “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”.<sup>6</sup>

No en pocas ocasiones hemos escuchado que la familia es la célula de la sociedad, por lo que ordenamientos que la regulan no sólo se encuentran dentro del derecho familiar, sino que se extienden a todo el complejo jurídico de cada país. Los problemas actuales que hoy presenta la familia afectan directamente a toda la sociedad, es por ello que la evolución contemporánea de la misma es un tema no poco importante para diversas áreas del derecho. De esta forma nos encontramos con que la familia amplia (en el sentido de aquella cuyos integrantes se extienden a la madre, el padre, los hijos, los abuelos y parientes cercanos como tíos y sobrinos) está perdiendo sus vínculos afectivos y por lo tanto también de protección en la actualidad. Esto no es nuevo, si hacemos un pequeño paréntesis y analizamos el cambio social que trajo aparejada la revolución industrial, nos encontramos que los mecanismos de protección social debieron evolucionar en la medida en que la familia amplia dejó de serlo debido a la incursión del trabajo en las fábricas y con ello de la mayoría de los miembros de la familia, para poder subsistir con los míseros salarios que recibían. Hoy en día no sólo estamos frente a familias nucleares, sino familias monoparentales (comunidades dirigidas sólo por uno de los progenitores y sus hijos a consecuencia principalmente del divorcio o muerte de algunos de los pa-

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada*, 18a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, t. I.

<sup>6</sup> Rojina Villegas, Rafael, “Derecho de Familia”, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1998, p. 14, t. II.

dres). Lo cierto es que la mayoría de las familias monoparentales están formadas por la madre y sus hijos. Independientemente de ello, el o la jefe de familia monoparental no sólo adquiere el rol de padre y madre en la educación, sino que además es el sostén económico de la familia.

Las familias monoparentales traen grandes consecuencias sociales que el derecho social aún no ha solucionado. Una de ellas es el desarrollo laboral de las mujeres en la actualidad: bifurcación entre trabajo y familia, punto que será analizado a continuación.

### III. EL DESEMPEÑO LABORAL FEMENINO

El mundo laboral de la mujer presenta una dicotomía: debe trabajar frente al hombre en la igualdad jurídica, para que su trabajo no sea valorado ni a la mitad. Basta un ejemplo para constatar la gravedad del asunto:

De acuerdo con el INEGI, para el 2002<sup>7</sup> había 19.712,749 varones jefes de familia, cuyos porcentajes de ingresos variaban entre el 32.6% que percibía sólo un máximo de 2 salarios mínimos y el 4.9% de esos jefes de familia que recibía más de 14 salarios mínimos. Si observamos los mismos datos estadísticos con enfoque de género, nos encontramos que para el mismo año había 4.937,420 mujeres jefas de familia, de las cuales el 40.9% percibían hasta 2 salarios mínimos y sólo el 0.4% más de 14 salarios mínimos.<sup>8</sup> Estos porcentajes reflejan la gran desigualdad salarial entre géneros en nuestro país, pese a que la capacitación para desarrollarlo se encuentre cada vez más en circunstancias similares.

A los aspectos de discriminación de carácter cultural por diferencia de género se antepone la diferencia fisiológica. La maternidad constituye la principal fuente de discriminación laboral de género en el México moderno, lo anterior se materializa en acciones tales como la solicitud del certificado de no embarazo para contratar a una mujer, la peti-

<sup>7</sup> Cabe señalar que son las estadísticas más actualizadas con las que cuenta el país en materia de desarrollo laboral.

<sup>8</sup> INEGI, distribución porcentual de los hogares por sexo del jefe y rangos de salarios mínimos equivalentes, 1992-2002. En <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=ming02&c=3314> de fecha 9 de junio de 2005.

ción periódica de exámenes de embarazo y por supuesto el despido por esta causa.

La incursión femenina al sector laboral ha sido tardía en comparación a los hombres y además en circunstancias desventajosas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) informó que el 80% del trabajo informal en Latinoamérica es realizado por mujeres.<sup>9</sup> Aquí se debe resaltar la reflexión siguiente: las mujeres mexicanas al desarrollar actividades dentro de la economía informal no generan derechos laborales (como la antigüedad, el aguinaldo o la prima vacacional, por mencionar algunos), ni tampoco de seguridad social (como pensiones o subsidios por incapacidades laborales) y además carecen de mecanismos jurídicos que les permitan ingresar a la economía formal, sin embargo le ahorran considerables gastos a la seguridad social y al Estado al encargarse del cuidado de los niños, ancianos y miembros discapacitados de sus familias, actividad, cuyo desarrollo es simultáneo al trabajo formal o informal. La consecuencia de esta doble actividad es la menor experiencia femenina en el campo laboral, menor disposición de horarios y de ocupaciones (una madre de familia difícilmente acepta un empleo que le requiera viajar), que se traducen en menores salarios, prestaciones y calidad de vida, aunadas a las transformaciones en la esfera familiar que conducen a serios problemas sociales como la adicción a las drogas, desintegración familiar y aumento de la criminalidad en los peores casos.

Al respecto señala Raúl González del Solar, connotado estudioso de la delincuencia juvenil: “En el fondo de muchos trastornos psíquicos de los que abundan en la sociedad actual, se encuentra el descontento de la vida, que tiene su origen en una familia constituida por padres insatisfechos, tristes, nerviosos”.<sup>10</sup> El citado autor encuentra como una de las principales causas de la delincuencia juvenil a las familias disfuncionales o problemáticas, incapaces de incorporar sanamente a un menor a su entorno social. Por ello es indudable, que la falta de educación paterna (refiriéndonos a ambos padres) motivada por su ausencia en el hogar a consecuencia de su trabajo constituye también un problema familiar, que afecta a la sociedad en su conjunto.

<sup>9</sup> Regina, Clark, “El mito del sistema pensionario chileno: un desafío pendiente”, *Sistema de pensiones/desafíos y oportunidades*, México, Comisión de Seguridad Social de la Cámara de Diputados, 2004, p. 257.

<sup>10</sup> González del Solar Raúl, *Delincuencia juvenil*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1986, p. 57.

### *Mujer y educación*

Uno de los pocos factores que han facilitado la incursión de la mujer al sector laboral es la educación, tema de preocupación durante el siglo XIX y principios del siglo XX, hoy dicha preocupación se vierte sobre la forma de conciliar los estereotipos familiares milenarios con su capacidad para asirse a la vida laboral y jugar diversos roles en la sociedad.

La conquista del mundo intelectual por las mujeres mexicanas se revela en las estadísticas nacionales, donde se observa que las mujeres constituyen un poco más de la mitad de la población total mexicana, y de acuerdo con el INEGI para el 2003 se encontraban matriculados 1.252,027 estudiantes del nivel superior en México, de los cuales el 9.8% fueron hombres y el 50.2% eran mujeres. Respecto a los estudios de posgrado de 143,629 estudiantes matriculados en México el 54.7% correspondía a hombres, en tanto que el 45.3% son mujeres.<sup>11</sup> Desafortunadamente como se vio en el punto anterior estos porcentajes no se han reflejado en la ocupación de puestos, ni en los respectivos ingresos por la actividad laboral.

#### IV. REGLAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS LABORALES PARA LAS MUJERES

La inserción laboral femenina no ha sido producto de la casualidad, sino de una serie de movimientos sociales de género en los últimos siglos que dieron como resultado conquistas de nuevos derechos a favor de la mujer, por lo que se torna pertinente realizar una pequeña exposición de la evolución de las prestaciones laborales a favor de la mujer en los últimos tiempos, para comprobar el estancamiento que éstos presentan hoy en día.

A nivel internacional se han generado diversas legislaciones para proteger a la mujer en el sector laboral, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948, en su artículo 22 establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social

<sup>11</sup> INEGI, Distribución porcentual de la matrícula escolar según sexo para cada nivel educativo, 1990-2003, en <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=medu17&c=3285>, de fecha 2 de mayo de 2005.

y posteriormente en el segundo apartado de su artículo 25 manifiesta que la maternidad debe ser materia de un trato especial. Es a partir de este momento que el desarrollo de la protección laboral de la mujer se vuelve sinónimo de dos contingencias protegidas: la no discriminación y la maternidad, mismas que recogen cada uno de los ordenamientos jurídicos aplicables de nuestro país.<sup>12</sup>

La maternidad trascendió a la esfera internacional cuando por primera vez es contemplada en 1919 por la OIT en un convenio destinado a proteger a las trabajadoras antes y después del parto, dicho convenio fue revisado y ratificado por poco más de 30 naciones en 1952, otorgando de igual manera prerrogativas para las mujeres trabajadoras y pugnando por una reglamentación especial de la maternidad en materia laboral. Resulta importante señalar que México no ha ratificado dicho convenio.

Ahora bien, en México las prerrogativas respecto a la maternidad aparecieron por primera vez consagradas en el texto fundamental en 1917 en el artículo 123, artículo que contiene los preceptos básicos para proteger a los trabajadores subordinados (es decir, empleados de la iniciativa privada) en el apartado A) del mismo y dentro del apartado B) se regulan las relaciones de los trabajadores al servicio del Estado. En este primer momento la maternidad protegió a la mujer respecto de la realización de trabajo físico que pueda menoscabar su salud en el embarazo, al otorgarle un mes de descanso obligatorio con goce de salario posparto, respeto a la integridad de los derechos laborales adquiridos y dos periodos de descanso extraordinario de 30 minutos durante la lactancia.<sup>13</sup>

Para el 31 de diciembre de 1974 el texto constitucional fue reformado, ahora en su apartado B. fracción XI inciso c), sumando a los derechos ya conquistados a favor de las trabajadoras el respeto a la salud, al exentarlas de trabajos físicos que impliquen peligro, ampliando el periodo de los tres últimos meses de gestación a todo el embarazo, el descanso para la mujer se amplió a tres meses, de los cuales uno se concede previo al parto y dos posteriores, percibiendo el salario íntegro

<sup>12</sup> V. gr. principalmente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social, Ley del ISSSTE y Ley del ISSFAM.

<sup>13</sup> Cfr. Lastra Lastra, José Manuel, "Artículo 123, derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones", *Enciclopedia Parlamentaria de México*, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 4a. ed., México, Porrúa, 1994, t. 12.

y conservando sus derechos laborales adquiridos; los periodos de descanso para la lactancia se conservan; y finalmente en un último párrafo se anexa el derecho a disfrutar de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayuda para la lactancia y de servicios de guarderías infantiles.

Por su parte el apartado A, fracc. V del mismo artículo 123 constitucional, establece el derecho de las mujeres trabajadoras subordinadas en caso de maternidad y señala prerrogativas similares, con la salvedad de otorgar un periodo de descanso de seis semanas preparto y seis posteriores.

La Ley Federal del Trabajo reglamenta los supuestos de protección establecidos en el artículo 123 constitucional de una manera más detallada y contempla un apartado denominado “Trabajo de las mujeres”, el cual incluye la igualdad de hombres y mujeres y la protección a la maternidad, el contenido de dicho apartado se puede resumir de la siguiente manera:

I. Protege la salud de la madre y de su hijo en gestación o lactancia prohibiendo labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial o en centros de servicios después de las 10 de la noche y horas extraordinarias.

II. Fija las obligaciones patronales al pago del salario íntegro durante los periodos pre y posparto. Obligaciones, de las cuales son relevados los patrones al momento de afiliar a sus trabajadoras en el Instituto Mexicano del Seguro Social.

III. Amplía la protección laboral de la madre para regresar a su desempeño laboral después del parto en un periodo máximo de un año.

IV. Fomenta la estabilidad laboral al establecer que se computen en su antigüedad los periodos pre y posparto.

V. Determina que la prestación por guardería quedará a cargo del IMSS.

VI. Imputa al patrón la obligación de proporcionar asientos suficientes a disposición de las madres trabajadoras.

De manera pormenorizada las legislaciones de seguridad social del IMSS, ISSSTE e ISSFAM, norman las prestaciones por maternidad para las trabajadoras y beneficiarias en México; a grandes rasgos dichas legislaciones señalan lo siguiente:

La maternidad dentro de la legislación del Seguro Social mexicano, es la contingencia asegurada que protege a las mujeres durante el emba-

razo, el alumbramiento y el puerperio principalmente, aunque dentro del artículo 28, en la fracc. II del Reglamento de Servicios Médicos del IMSS, se 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; sin embargo las definiciones antes dadas respecto de maternidad atienden aspectos principalmente médicos, dejando a un lado aspectos de carácter humano, puesto que maternidad como lo indica el *Diccionario de la Real Academia Española* es la cualidad o condición de madre y existen también madres adoptivas que juegan el mismo papel en la sociedad que las madres biológicas y que no obstante son excluidas de la legislación mexicana.

Las prestaciones que se otorgan a las madres trabajadoras por el IMSS y el ISSSTE se dividen en prestaciones en especie que incluyen servicios médico-obstétricos y apoyos en especie para los recién nacidos. La LSS en su artículo 94 y la LISSSTE en su artículo 28 disponen cuáles serán dichas prestaciones y en qué consistirán:

- Atención obstétrica.
- Ayuda para la lactancia.
- Canastilla.

El disfrute de las prestaciones por maternidad, se inicia con la certificación del embarazo hecha por un médico tratante del instituto, en la que se establecerá la fecha probable del parto, misma que servirá para el pago del subsidio a la madre trabajadora. Por lo tanto como requisito para acceder a las prestaciones en especie de esta rama de seguro se contempla por el IMSS únicamente que se reúnan los requisitos señalados para la afiliación al propio instituto, mientras que el ISSSTE establece que durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes los derechos de las trabajadoras o de la pensionista, o del trabajador o pensionista del que se deriven estas prestaciones (artículo 29 LISSSTE).

Como se pudo observar la maternidad dentro del Seguro Social contempla únicamente a las madres biológicas, si bien es cierto que son ellas las que requieren el tratamiento gineco-obstétrico, también los hijos independientemente del parto requieren del apoyo para la lactancia, por lo que de tratarse de la adopción de un lactante, el Seguro Social no concede derecho alguno para el hijo adoptivo de esa madre trabajadora.

En cuanto a las prestaciones económicas, se debe decir que el derecho del Seguro Social mexicano, como se mencionó previamente, reconoce las prestaciones pecuniarias de las trabajadoras en atención a lo establecido en el artículo 123 apartado A, fracción 5 y apartado B, fracción XI, inciso *c*) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fijando como derecho de las trabajadoras el recibir el 100% de su salario durante 12 semanas, 6 prenatales y 6 posnatales, o en su caso, un mes previo al alumbramiento y dos posteriores, por lo que las diversas normas reglamentarias se atienen a lo que establece el precepto constitucional.

Bien vale la pena preguntarnos el motivo del descanso forzoso pre y posparto, así como del pago del salario íntegro. El origen histórico 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 mayor descanso físico y en cuanto al periodo posparto es el lapso que se destina a la recuperación física de la madre tras el alumbramiento; sin embargo, en la actualidad las prestaciones del Seguro Social no se limitan a satisfacer las necesidades de salud o falta de ingreso económico de los trabajadores, tienden a integralizarse y principalmente a elevar la calidad de vida de sus asegurados, por lo que a lo largo de su propio desarrollo se incluyeron prestaciones como las sociales, poco típicas para algunos seguros sociales.

Para que las trabajadoras mexicanas puedan gozar de las prestaciones económicas por maternidad, que otorgan los diversos institutos del Seguro Social, deben sólo ser trabajadoras, aunque la Ley del Seguro Social prevé como requisitos para obtener el subsidio de maternidad los siguientes:

I. Que haya cubierto por lo menos 30 cotizaciones semanales en el periodo de 12 meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio.

II. Que se haya certificado por el instituto el embarazo y la fecha probable de parto.

III. Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

En caso de que las madres trabajadoras no reúnan las cotizaciones indispensables para tener derecho al subsidio por maternidad que

otorga el IMSS, en aplicación del multicitado artículo 123 constitucional no quedan desamparadas, al transferirse la carga del pago del salario completo al patrón. Este supuesto en la realidad da origen al trato laboral discriminatorio hacia las madres, en virtud de los siguientes puntos:

1. Los patrones para evitar la disminución de su ingreso debido al pago del salario en los periodos pre y posparto evitan contratar a mujeres embarazadas.

2. La forma de cerciorarse del estado de no gravidez es mediante la presentación de los certificados correspondientes, expedidos por laboratorios clínicos, mismos que se suman a la lista de requisitos que deben llenar las aspirantes a una vacante.

Lo que es importante señalar con el análisis anterior, es que la protección limitada que ofrecen las prestaciones tanto en especie como económicas por maternidad dentro del Seguro Social en México se conservan sin mejora notable a favor de los derechos de igualdad de la mujer, es decir no constituyen una base regulatoria que permita lograr una redistribución social de las cargas familiares.

Una conceptualización más acorde a nuestra realidad debería abordar la maternidad no sólo desde un punto de vista biológico, sino social, tomando en consideración la relación que surge entre el menor y aquellos que ven por él, ya sea padres biológicos o adoptivos, así mismo tampoco podemos restarle importancia a instituciones tales como el acogimiento<sup>14</sup> que si bien, no se han incluido en la legislación mexicana, son sumamente necesarias. Dentro de esta figura jurídica (acogimiento) el menor posiblemente no se incorpore de manera permanente al hogar que lo acoge, sin embargo durante el tiempo que dure dicha situación jurídica, la relación presentará características similares y por tanto requiere de protección de las leyes sociales.

<sup>14</sup> El acogimiento familiar es una medida que consiste en otorgar la guarda de un niño(a) menor de edad desprotegido a una persona o núcleo familiar, con la obligación de cuidarlo, alimentarlo y educarlo por un tiempo. Con ello se pretende integrar al menor, durante el período de tiempo que precise, en una vida familiar que sustituya a la suya natural. El acogimiento familiar es una medida temporal que, normalmente, concluye con el retorno del(la) menor al hogar de origen, por lo que durante el mismo existen visitas y relación con su padre y/o madre biológicos. En alguna ocasión pudiera derivarse en adopción. En [http://www.gizarte.net/familia\\_dfa/acogimiento\\_c.htm](http://www.gizarte.net/familia_dfa/acogimiento_c.htm). de fecha 10 de mayo de 2005.

Un ejemplo palpable de apoyo jurídico a la redistribución de cargas familiares lo encontramos en las legislaciones de otros países europeos como Alemania, Austria, España e Italia principalmente, donde se logró dejar a un lado la visión de la maternidad exclusivamente como hecho biológico y como tiempo de descanso necesario para que la madre recobre su salud, por lo que la reglamentación ya no obedece exclusivamente al interés femenino y se ha incorporado la figura masculina en este terreno. Las acciones concretas incorporadas facilitan la integración familiar y corresponsabilidad en el hogar, toda vez que conceden al padre descansos para compartir el fenómeno natural del nacimiento de sus hijos, así como el cuidado de los recién nacidos en caso de fallecimiento de la madre, al delegarle completamente los derechos de las madres después del parto. Un punto práctico más lo constituyen los permisos para ausentarse del trabajo en caso de enfermedad de los hijos menores de siete años, mediante el cual tanto padres como madres gozan de algunos días al año por este concepto (legislación italiana).

La constante presión social que se ha encargado de separar la vida familiar de la laboral no tiene razón de ser, y sólo ha generado discriminación hacia la mujer impidiéndole desarrollarse a la par de los hombres y en los hombres sólo ha contribuido a la permanencia de actitudes machistas.

La maternidad hoy en día puede integrarse a nuestro sistema jurídico como una prestación de carácter familiar, que si bien no será la respuesta a todas las problemáticas sociales respecto a esta institución y a la convivencia perfecta de la mujer en el sector laboral, sí coadyuvará para el alcance de dichos objetivos.

## V. DERECHO COMPARADO

La realidad del derecho mexicano es que siempre se vincula más con derechos extranjeros, sea mediante relaciones con otras naciones, como con organismos internacionales, lo cierto es que hacen al derecho ir más allá de los límites espaciales de jurisdicción. Hoy en día el tema de la Seguridad Social se presenta de manera constante como un reclamo, siempre más conciente y participativo, de la población hacia el propio Estado y más aún tratándose de derechos rezagados de grupos vulnerables, como lo son los derechos por la maternidad y familiares y por

lo mismo es importante que forme parte de las principales agendas políticas y académicas en la actualidad.

Es por ello que en los siguientes puntos se presenta un análisis de confrontación de las prestaciones por maternidad de los seguros sociales insertos no sólo al derecho social, sino familiar también, en diversos ordenamientos internacionales (legislación austriaca, española e italiana).

### 1. *Hecho generador de las prestaciones por maternidad*

Desde el punto de vista de la legislación española extiende su hipótesis de protección a tres supuestos:<sup>15</sup>

1. La maternidad biológica;
2. La adopción, y
3. El acogimiento familiar (tanto preadoptivo como permanente).

En el caso de la maternidad biológica, esta hipótesis se condiciona a que el feto haya permanecido por lo menos 180 días en el seno materno.<sup>16</sup> En los supuestos de adopción o acogimiento contemplan a los menores de seis años cualquiera que sea su situación, y en el caso de que se pretenda adoptar o acoger a menores que sean mayores de seis años, sólo se estará en la situación jurídica protegida, cuando se trate de personas con discapacidad o minusválidos o que por sus circunstancias o experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tenga especiales dificultades para su inserción social y familiar.<sup>17</sup>

En *Italia* la protección por maternidad se ha extendido en los últimos años,<sup>18</sup> avance notable, que es importante resaltar, donde se encuadran perfectamente prestaciones de los seguros sociales y de la asistencia social.<sup>19</sup> Por lo que respecta al hecho generador, vale la pena mencionar lo siguiente:

<sup>15</sup> *Cfr.* Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 435.

<sup>16</sup> *Ibidem*, nota 15.

<sup>17</sup> Artículo 30 numeral 3o. párrafo cuarto de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública de España.

<sup>18</sup> *Cfr.* Giudice, F. del y Mariani, F., *Compendio di diritto della previdenza sociale*, 3a. ed., Nápoles, Edizioni Simone, 2002, pp. 182-187.

<sup>19</sup> Posteriormente se analizarán los supuestos en los apartados correspondientes a los beneficiarios y las prestaciones.

- Hasta el 30 de junio del año 2000, el hecho generador se consideraba únicamente el nacimiento de los hijos de las ciudadanas italianas, residentes en Italia.

- A partir del 1o. de julio al 31 de diciembre de 2000, el hecho generador fue el nacimiento de cada hijo, la adopción y acogimiento de menores de seis años, independientemente de la ciudadanía de los padres, obviamente en territorio italiano. Cabe señalar que posteriormente, las prestaciones asistenciales por maternidad se extendieron, sin embargo los supuestos del hecho generador permanecieron sin cambio.

## 2. *Derechohabientes*

En *Austria* son derechohabientes sin excepción de edad o estado civil o número de cotizaciones, las madres aseguradas en cualquier instituto de seguridad social,<sup>20</sup> y al igual que en México, las prestaciones económicas se otorgan sólo a las madres trabajadoras.

En España pueden ser beneficiarios de las prestaciones de seguridad social<sup>21</sup> y por ende de maternidad:

- Cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta ajena.

- b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente.

- c) Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

- d) Estudiantes.

- e) Funcionarios públicos, civiles y militares.

Específicamente se contemplan como beneficiarios como asistencia sanitaria por maternidad:<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Cabe señalar que en Austria existen 27 institutos del seguro social.

<sup>21</sup> Artículo 7o. de la Ley General de Seguridad Social española.

<sup>22</sup> *Cfr.* Blasco Lahoz, Francisco *et. al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 367.

- a) Las trabajadoras afiliadas y en alta en el régimen de seguridad social.
- b) Las pensionistas y perceptoras de prestaciones periódicas del citado régimen.
- c) Las beneficiarias a cargo de los titulares con derecho a asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral.
- d) Las esposas de los trabajadores titulares del derecho.
- e) Las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de empresas incluidas en el régimen de seguridad social español.

En *Italia* se otorga protección a las madres aseguradas y de forma paralela con la asistencia social se otorgan prestaciones económicas por nacimiento también a las madres no trabajadoras, bajo ciertos requisitos. Dentro de la legislación laboral se contemplan como derechohabientes tanto el padre como la madre por la prestación de maternidad.<sup>23</sup> El régimen de aseguramiento social en Italia incluye no sólo a todos los trabajadores subordinados públicos y privados, sino también a casi la totalidad de los trabajadores autónomos, sean profesionistas (abogados, médicos, farmacéuticos, notarios, ingenieros, etcétera.) como a los artesanos, pequeños comerciantes, pescadores, trabajadores agrícolas autónomos, etcétera.

### 3. Prestaciones en especie y económicas

*Austria*: Los derechos prestacionarios en Austria de las beneficiarias en caso de maternidad son los siguientes:

Prestaciones en especie: estas prestaciones se otorgan a las aseguradas y a las beneficiarias; la rama del seguro de enfermedades contempla legalmente en los artículos 159 al 161 de la ASVG<sup>24</sup> como prestaciones en especie a la asistencia médica, asistencia especializada por comadronas (*Hebammenbeistand*) y enfermeras pediatras y neonatales, medicamentos, aparatos médicos y atención en hospitales o en maternidades (la estancia hospitalaria prevista incluye 10 días y en caso de

<sup>23</sup> Giudice, F. del, Mariani e Izzo, F., *Diritto del lavoro*, Italia, Nápoles, Edizione Giuridiche Simone, 2001, p. 353.

<sup>24</sup> Ley General de Seguridad Social austriaca.

que la madre requiera tratamiento médico en hospitalización más largo, no será contemplado dentro de las prestaciones de la maternidad, sino de enfermedad).

La Ley del Seguro Social de los Trabajadores Independientes (*Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz-GSVG*) y la Ley del Seguro Social de los Campesinos (*Bauernsozialversicherungsgesetz-BSVG*) contemplan como prestación en especie a la “ayuda empresarial” (*Betriebshilfe*), consistente en el apoyo a la realización de trabajos en la empresa o agricultura que la asegurada realiza y los cuales no pueden ser suspendidos, a través de personas preparadas técnicamente en el campo de la agricultura o empresarial; cuando esto no es posible le resta a la asegurada el derecho al subsidio diario por maternidad.

Prestaciones económicas:

El artículo 162 de la Ley General del Seguro Social (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz-ASVG*) otorga a las madres que padecen como consecuencia de la maternidad un detrimento de su salario, no sólo derecho al cubrimiento total del costo devengado por motivo del alumbramiento por parte del instituto del seguro social, sino también como respuesta al riesgo social de la falta salarial se les otorga subsidio de maternidad durante ocho semanas anteriores al parto y las ocho semanas posteriores al mismo.

En caso de partos prematuros, cesáreas o partos múltiples el subsidio de maternidad se extenderá a doce semanas. Para calcular el monto del subsidio de maternidad se tomará en cuenta el salario neto obtenido en las últimas trece semanas. Para cumplir con la meta política de apoyo a la familia el fondo de la carga social para la familia absorbe el 70% de los gastos devengados por esta prestación.<sup>25</sup>

Aunada a las prestaciones anteriores se suma la del subsidio por carencia (*Karenzgeld*), administrado por la oficina del mercado laboral, cuyos destinatarios son ambos padres y consiste en otorgar durante veinticuatro meses una prestación económica al padre o madre que suspenda su actividad laboral, para dedicarse al cuidado del hijo recién nacido.

*España:* Las prestaciones en especie se contemplan por la legislación española de la manera que a continuación se expone:

<sup>25</sup> Grillberger, *Osterreichisches Sozialrecht*, Manz, Wien, 40. Auflage, 1998, p. 44.

- Atención médica que se desprende del numeral 1o., inciso a) del artículo 38 de la Ley General de Seguridad Social Española que a la letra dice: “La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”.

- Una particularidad de la legislación española es que el periodo de descanso por maternidad se prevé por la legislación laboral y administrativa como una suspensión de la relación de trabajo, a la que tendrán derecho todos los beneficiarios, independientes del subsidio por maternidad, que se otorgará sólo bajo la satisfacción de determinados requisitos.<sup>26</sup> Estos periodos de descanso por maternidad se contemplan en el numeral 4o. del artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1/1995, del 24 de marzo y en el numeral 3o. del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, de donde se desprende un periodo de descanso de dieciséis semanas ininterrumpidas. Dichas semanas se distribuirán pre o posparto a elección de la interesada, con la condicionante de que por lo menos el periodo posterior al parto comprenda seis semanas; el periodo de descanso se ampliará dos semanas más cuando se trate de parto múltiple. Así mismo en la legislación española se desprende un derecho accesorio al derecho de descanso de la madre, para el padre teniendo la facultad la madre de otorgarle parte de su descanso a éste (las cuatro últimas semanas respetando las seis obligatorias para ella antes señaladas) excepto cuando el parto haya implicado riesgo para la madre o cuando la madre no sea sujeto causante de la prestación. Ello representa un importante avance en dicha legislación porque permite a la pareja el compartir responsabilidades y apoyarse mutuamente en el cuidado del menor. En caso del fallecimiento de la madre, el padre podrá disfrutar de las semanas que le restaban a su pareja. Por su parte el Real Decreto Legislativo 1/1995 da el mismo tratamiento respecto de esta prestación, diferenciándose de la misma en que respecto del tiempo adicional en caso de parto múltiple sólo permite alargar el periodo de descanso en un máximo de dieciocho semanas.

Tratándose de adopción y acogimiento (Ley 30/1984) se les otorgarán las dieciséis semanas con ampliación de dos semanas por cada menor a partir del segundo, la única diferencia radica en que en el caso

<sup>26</sup> Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 439.

de que la madre y el padre trabajen, éstos tendrán que llegar a un acuerdo respecto del periodo de descanso que les resulta común, por ejemplo: tratándose de una adopción o acogimiento en donde se tiene un hijo, la pareja tendría derecho al descanso de dieciséis semanas, mismas que puede disfrutar de forma continua simultánea o sucesivamente, con las salvedades que establece el real Decreto Legislativo 1/1995:

En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas contadas, a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Si el hijo adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas. En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho.

Cabe señalar que dentro de las prestaciones sanitarias se contempla en específico la atención a la mujer, que se ocupará de: “la atención precoz y el seguimiento sanitario del embarazo, la preparación para el parto; la visita durante el primer mes del posparto...”.<sup>27</sup>

Las prestaciones económicas por maternidad cuentan con fundamento legal en el artículo 38, inciso *b*) de la Ley General de Seguridad Social Española, donde se señala como parte de la protección de la seguridad social a las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad por maternidad y riesgo durante el embarazo, entre otras.

Por su parte el artículo 3o. del Real Decreto 1251/2001 establece como prestaciones económicas las siguientes:

1. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*, nota 15, p. 369.

<sup>28</sup> El mecanismo para el cálculo de la base reguladora, contemplada en el precepto legal anteriormente citado, encuentra su reglamentación en el artículo 6o. del decreto en comento, donde se afirma que para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso. No obstante, durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral. La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes según el artículo 13 del decreto 1.646/72, es el re-

2. En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial.

*Italia:* Las prestaciones en especie que contempla la legislación italiana<sup>29</sup> consisten en:

- Servicio ginecológico, aunado al servicio médico pediátrico y neonatológico, asistencia al parto hospitalaria o con modalidades alternativas.
- Cursos de preparación para el parto.
- Asistencia particular o por pareja.
- Atención asistencial, que se puede resumir en: información jurídica para la gestante sobre los servicios sociales, sanitarios y asistenciales; información sobre los derechos laborales para mujeres; asesoría con cualquier problema derivado del embarazo e información y asesoría en caso de interrupción voluntaria del embarazo.<sup>30</sup>

Las prestaciones económicas se encuentran reguladas en dos ordenamientos jurídicos que se complementan: el reglamentario del derecho laboral (aunque las prestaciones por él contempladas son otorgadas por las entidades gestoras de la seguridad social) y por la Ley de Asistencia Social.

Dentro de la legislación laboral se conceden condiciones de trabajo que permitan la adecuación a las madres trabajadoras con su función esencial familiar y que además aseguren la protección especial, que requieren tanto la madre como su hijo. Para ello se cuentan con diversos ordenamientos que tutelan la maternidad (*Tutela della maternità*) L.1247/71, L.53/2000 y D:lgs. 26-3-2001, núm. 151, mismos que reglamentan las prestaciones económicas en los siguientes términos:

sultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador correspondiente a dichas contingencias, accidente no laboral o enfermedad común, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiere.

<sup>29</sup> L. 29-7-1975, núm. 405. Asistencia a la familia y a la maternidad.

<sup>30</sup> D'Ambrosio G. e Izzo R., *Compendio di legislazione sanitaria e sociale*, 7a. ed., Nápoles, Edizioni Giuridice Simone, 2000, p. 153.

- Abstención obligatoria laboral<sup>31</sup> consistente en el descanso laboral de un periodo de dos meses previos al parto, mismo que se pueden ampliar bajo dos circunstancias: 1a. Debido a complicaciones en el embarazo y 2a. Cuando las condiciones laborales o ambientales sean perjudiciales a la salud de la madre o su hijo. Dentro de este periodo las madres trabajadoras recibirán el 80% del salario, erogación directa del Instituto Nacional de Previsión Social italiano.

- Prohibición de adscribir a la trabajadora gestante a otro centro de trabajo.

- Derecho a conservar el mismo puesto de trabajo (salvo renuncia personal) y a mantenerlo durante el primer año del niño.

- Derecho a que los periodos de licencia por incapacidad se computen en la antigüedad de la trabajadora con todos los efectos laborales que esto comporte: pensiones, vacaciones y aguinaldo.

- En los primeros ocho años de vida del niño, se establece el derecho de ambos padres a ausentarse del trabajo en los siguientes términos (artículo 14 de la L.1204/71):

a) La madre trabajadora después del periodo de incapacidad por maternidad obligatoria, se puede ausentar de su trabajo por un periodo fraccionado o continuo no mayor a seis meses;

b) Al padre trabajador se le concede el ausentarse un periodo continuado o fraccionado no superior a seis meses, dando como suma los periodos de ausencia laboral de ambos padres un plazo no mayor de diez meses, y

c) Al progenitor único, un periodo continuo o fraccionado de diez meses.

La prestación económica que se otorga durante estos periodos de descanso por maternidad varía según la edad del hijo de la siguiente manera: Hasta el cumplimiento de los primeros tres años de vida del hijo se otorgará una indemnización equivalente al 30% de la retribución, con la salvedad de no exceder de seis meses entre ambos padres. Al periodo posterior restante o su totalidad (en caso de no haberse exigido este derecho previamente) entre los tres a los ocho años de vida se indemnizará con el 30% de la retribución, sólo en los casos en que

<sup>31</sup> Artículo 4o. de la L.1204/71, reformada el 8 de marzo de 2000, núm. 53.

el salario no sea mayor a 2.5 veces el importe de la pensión mínima a cargo de la aseguración general obligatoria.<sup>32</sup>

- Derecho de ambos padres a ausentarse del trabajo durante cinco días hábiles por cada año, en caso de enfermedad del hijo menor de ocho años, previa certificación del médico especialista del Servicio Sanitario Nacional.

- Derecho para las madres trabajadoras al periodo de descanso de una hora dividida en dos lapsos, durante el primer año de vida del niño.

- Las últimas modificaciones (L.53/2000) reconocen el derecho del padre trabajador a ausentarse del trabajo por un periodo de tres meses sucesivamente al parto, bajo circunstancias especiales, tales como la muerte o enfermedad grave de la madre, abandono de la madre o cuando el cuidado del menor se confía exclusivamente al padre, lo anterior aunado al derecho de ausentarse conjuntamente con la madre por un periodo no mayor de diez meses.

Paralelo a estas prestaciones laborales se otorgan por parte de la asistencia social algunas otras, que complementan el paquete prestacionario en materia de maternidad. La normativa L.299-7-1975, núm. 405, integrada y reformada por la sucesiva L.22-5-1978, núm. 194 prevén un servicio público de asistencia a la familia y a la maternidad, donde se conjunta prestaciones en especie (mencionadas anteriormente) y una económica consistente en una asignación económica equivalente a 2.500,000.00 liras italianas, actualmente el importe equivalente en euros corresponde a 1,300.00 euros. Esta asignación se otorga al nacimiento de cada hijo, adopción o acogimiento familiar de los ciudadanos italianos o comunitarios, residentes en Italia, con un ingreso familiar no mayor a un cierto indicador de la situación económica (*Indicatore della situazione economica ISE*).<sup>33</sup>

#### 4. *Requisitos prestacionarios*

*Austria:* Los requisitos establecidos por la seguridad social en Austria se encuentran regulados en dos apartados diversos, el 1o. por la Ley General de Seguridad Social (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*) y equivalentes y el 2o. por la Ley del Subsidio por Carencia

<sup>32</sup> *Diritto del Lavoro*, Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2004, p. 241.

<sup>33</sup> *Cfr.* Giudice, F. del y Mariani, F., *op. cit.*, nota 18, pp. 185-187.

(*Karenzgeldgesetz*), ambos dan derechos a prestaciones diversas, tanto sanitarias como económicas; sin embargo se pueden resumir en los siguientes:

- Ser trabajadora asegurada o beneficiaria de un derechohabiente en cualquier instituto de seguridad social austriaco.
- Como requisito específico para el subsidio por carencia se establecen los siguientes:

a) Que la madre y su hijo (adoptivo o natural) o el niño en caso de acogimiento, vivan en comunidad bajo el mismo techo, siendo este último su dependiente económico y además cuente con el cuidado personal de la madre.

b) Reunir los periodos de cotización, consistentes en 52 semanas de cotización en los últimos 24 meses previos a la generación del derecho al subsidio. De este requisito se exime a las madres que previo a la solicitud del subsidio se encuentren disfrutando un subsidio por maternidad anterior.

*España:* El único requisito exigido explícitamente por la Ley General de Seguridad Social española para acceder a las prestaciones por maternidad es el de los periodos de cotización; sin embargo, derivado del análisis de la legislación, se pueden deducir como requisitos los siguientes:

a) Estar en las hipótesis de periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

b) Estar afiliadas y en alta en el régimen general de seguridad social o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

c) Acreditar un periodo mínimo de cotización de 180 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.

*Italia:* Los requisitos particulares a las prestaciones se pueden resumir en dos: estar debidamente inscrito al Servicio Nacional de Sanidad, y ser asegurado de algún instituto del seguro social italiano: Instituto Nacional de la Previsión Social, Instituto Nacional para la Aseguración contra los Infortunios del Trabajo, Instituto Nacional de Previsión para

los Dependientes de la Administración Pública e institutos menores (institutos que gestionan la previsión y asistencia para categorías singulares de trabajadores, *v. gr.* los trabajadores del espectáculo, sector marítimo, etcétera).<sup>34</sup> Cabe señalar que, el seguro social se oferta a los trabajadores subordinados, independientes y los pequeños emprendedores. No por ello se debe menospreciar el apoyo que la asistencia social en suplencia a las prestaciones de los seguros sociales otorga a las madres italianas, extranjeras con permiso de estancia legal o las madres miembros de la Unión Europea con residencia en Italia. Consistente en subsidios económicos, antes analizados.

Como se pudo observar con los ejemplos de las legislaciones europeas, existen nuevas perspectivas y alternativas respecto de la visión del derecho a la maternidad como factor determinante para la conciliación de la vida familiar en igualdad de responsabilidades por género, sin detrimento en el sector laboral, al respecto vale la pena incluir un breve extracto del pensamiento de tratadistas españoles.

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.<sup>35</sup>

Por último debe señalarse la siguiente reflexión: Al promulgarse la constitución mexicana de 1917 con parámetros de protección social imaginados hasta esa fecha a nivel mundial, le valieron el gozo del calificativo de progresiva y adelantada a su tiempo, sin embargo el desarrollo social la ha rebasado y las acciones legislativas en beneficio social han permanecido en la obsolescencia. La dinámica familiar requiere del replanteamiento urgente legislativo que corresponda a la realidad actual: familias integradas por progenitores que paralelamente deben desarrollar actividades laborales y domésticas. La sociedad pierde sus valores y una

<sup>34</sup> *Cfr. Elementi di diritto di lavoro e legislazione sociale*, 8a. ed., Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2001, pp. 90 y 91.

<sup>35</sup> Blasco, F.; López, J. y Momparier, Ma., *Curso de seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 434.

causa de ello es la desprotección social, el derecho no proporciona aún las herramientas para fomentarlos desde el seno familiar. El conducto es el derecho laboral y el derecho de la seguridad social en interacción en pro de los derechos familiares, se requiere de la transición jurídica de la protección de la maternidad a la protección familiar.

#### VI. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD OTORGADAS EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Una vez analizadas la evolución y situación actual de la mujer dentro de la familia y la institución de la maternidad como su principal prestación dentro del derecho de la seguridad social en México y en algunos países europeos, expondremos la correlación de esta institución con las disposiciones de carácter civil. Así de esta manera hemos expuesto cómo es que el derecho ha detenido su evolución en materia familiar, en lo concerniente al trabajo y las prestaciones familiares de la seguridad social y estamos en posibilidad de exponer que además no existe una concatenación entre los derechos y obligaciones que se establecen para las familias y en específico para las mujeres dentro de los ordenamientos de carácter social y privatistas.

Existe una disparidad entre el derecho familiar y el de la seguridad social: mientras que en el derecho civil la familia tiene una importancia trascendental, protegida como la principal institución forjadora de los futuros hombres y mujeres de la sociedad y todos los derechos y obligaciones se confieren para todos los miembros de nuestro país en igualdad de circunstancias, en el derecho de la seguridad social mexicano no ha alcanzado la importancia que merece, puesto que su protección se extiende sólo a grupos de asegurados que no corresponden, por mucho, a la totalidad de los mexicanos.

El primer párrafo del artículo 4o. constitucional establece: “El varón y la mujer son iguales ante la Ley. *Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia*”. La protección de la familia, siendo un mandato constitucional, debe de prevalecer en todas las esferas jurídicas de manera coordinada, no dictando disposiciones que contravengan el desarrollo y bienestar de la misma, por el contrario, las disposiciones deben tender a salvaguardar esta institución.

El derecho de familia regula las relaciones entre los sujetos pertenecientes a ésta, imponiéndoles obligaciones y derechos a fin de lograr la ayuda mutua y protección entre sus miembros; por su parte el derecho de la seguridad social en su búsqueda para obtener la mejor calidad de vida de una persona, debe atender el fortalecimiento de la familia en virtud de ser la primera y más importante institución donde el individuo se desarrolla, ya que en gran medida del bienestar en su interior dependerá la calidad de vida de sus miembros, es así como se otorgan prestaciones como las guarderías o las prestaciones sociales encaminadas al desarrollo físico y cultural de la población derechohabiente; sin embargo éstas requieren de un continuo desarrollo y armonización con la realidad de las familias mexicanas.

Es absurdo creer que un acto jurídico sólo traerá consecuencias jurídicas en su esfera de creación civil, penal o mercantil, sino por el contrario, esta consecuencia jurídica puede extenderse a dos o más ámbitos jurídicos, de la manera siguiente:

1. Un acto jurídico de un ámbito de derecho genera derechos y obligaciones en otro ámbito, *v. gr.:* En el supuesto de que un ascendiente pierda su trabajo y como consecuencia no sea capaz de proveerse de alimentos por sí mismo, su descendiente estará obligado a proveerle de alimentos, es así que un acto netamente laboral como la terminación de un contrato de trabajo repercute en el derecho civil provocando la obligación de dar alimentos.

2. Un hecho trasciende en dos ramas del derecho, *v. gr.:* al dar a luz una mujer trabajadora, se enfrentará a diversas consecuencias jurídicas, tales como: el nacimiento de derechos y obligaciones por filiación, en tanto que en la esfera laboral la mujer será acreedora de diversas prestaciones de seguridad social.

Es por ello que se requiere una armonización del derecho, que permita la protección integral de la familia, para que no se continúe como hasta ahora, aislándola en las legislaciones de carácter civil.

## VII. CONCLUSIONES

1a. La inserción al mundo laboral por parte de las mujeres ha sido tardía y en desigualdad de circunstancias: discriminación salarial, de puestos y mayor tendencia al subempleo y empleo informal.

2a. Una de las pocas medidas a favor de la mujer son los derechos concedidos por maternidad que han detenido su evolución.

Una conceptualización más acorde a nuestra realidad debería abordar la maternidad no sólo como prestación femenina asimilable a la incapacidad temporal, sino como una prestación de carácter familiar tomando en consideración la relación que surge entre el menor y aquellos que ven por él, ya sea padres biológicos o adoptivos.

3a. El derecho laboral y de la seguridad social mexicanos no respetan que la familia es “un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros, adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”, por lo que erróneamente le imponen completamente la carga del cuidado a las mujeres, puesto que sólo a ellas se les conceden algunos derechos extras como los de la maternidad, mismos que constituyen causas de discriminación de género.

4a. Al constituirse la maternidad como una prestación familiar, automáticamente se debe incorporar al padre dentro del disfrute de la misma, logrando con ello repartir la constante presión social, que se ha encargado de separar la vida familiar de la laboral y que no tiene razón de ser, puesto que sólo ha generado discriminación hacia la mujer impidiéndole desarrollarse a la par de los hombres y en los hombres sólo ha contribuido a la permanencia de actitudes machistas. Las prestaciones por maternidad deberían ser un apoyo jurídico a la redistribución de cargas familiares.

5a. No existe una concatenación entre los derechos y obligaciones que se establecen para las familias y en específico para las mujeres dentro de los ordenamientos de carácter social y privatistas.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO LAHOZ, Francisco, LÓPEZ GANDÍA, Juan y MOMPARIER CARRASCO, Ma. Ángeles, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 18a. ed, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, t. I.

- CLARK, Regina, “El mito del sistema pensionario chileno: un desafío pendiente”, *Sistema de pensiones-desafíos y oportunidades*, México, Comisión de Seguridad Social de la Cámara de Diputados, 2004.
- Diritto del Lavoro*, Italia, Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2004.
- D’AMBROSIO, G. e IZZO, R., *Compendio di legislazione sanitaria e sociale*, 7a. ed., Italia, Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2000.
- “Elementi di Diritto di Lavoro e Legislazione Sociale”, 8a. ed., Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2001.
- GIUDICE, F. del, Mariani e IZZO, F., *Diritto del lavoro*, Italia, Nápoles, Edizione Giuridiche Simone, 2001.
- , *Compendio di diritto della previdenza sociale*, 3a. ed., Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2002.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, Raúl, *Delincuencia juvenil*, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- GRILLBERGER, *Osterreichisches Sozialrecht*, 4a. ed., Manz, 1998.
- LASTRA LASTRA, José Manuel, “Artículo 123, derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones”, *Enciclopedia Parlamentaria de México*, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 4a. ed., México, Porrúa, 1994, t. 12.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, “Derecho de Familia”, México, Porrúa, 1998, t. II.