

## LAS ASIGNACIONES FAMILIARES

1. El tema de las asignaciones familiares parece involucrar, en una primera consideración, el de la transformación del llamado derecho de familia, asunto este último que ha ocupado a distinguidos autores<sup>1</sup> lo suficiente para que aquí no se intente sino subrayar algunos momentos relevantes.

Marín Pérez señaló<sup>2</sup> las líneas principales que ha seguido la doctrina en el derecho de familia, situando a Savigny como referencia inicial por su empeño clasificador del derecho civil, en una de cuyas cuatro grandes partes se consagra el derecho de familia, división frecuente, aunque no unánimemente aceptada hasta nuestros días. De entre las voces discordantes al respecto habría que recordar a Cicu quien pretendió la autonomía del derecho de familia partiendo de la discutida distinción entre derecho público y privado. Sin abandonar la óptica tradicional se admite que la regulación jurídica de las relaciones familiares supone el interés de la familia como superior al interés individual. Así, Santoro-Pasarelli las define como "aquellas que aseguran la satisfacción de un interés de la familia. En ellas el poder se atribuye en ocasiones al particular, o sólo para la tutela del interés de la familia como interés superior, ... o por el contrario también para la tutela de un interés individual aunque siempre coincidente o dependiente del interés de la familia".<sup>3</sup>

En otro enfoque, el derecho de familia tendría que adecuarse a lo que Radbruch anunciara principiando el siglo: "... por detrás de las relaciones jurídicas de los individuales y de las personas privadas que en ellas participan surge como tercero y supremo interesado la gran figura de la sociedad organizada, del Estado, observando, pronto a la intervención o interviniendo frecuentemente, que también la más privada de las relaciones jurídicas ha de concebirse no sólo como un asunto de las personas que en ella participan, sino también como un asunto social, es decir, como una relación de derecho público."<sup>4</sup> Las asignaciones familiares son un buen indicador de esta trans-

<sup>1</sup> De la literatura jurídica en nuestro idioma. Cfr. especialmente: Marín Pérez, Pascual. *Estudio sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales*, Barcelona, 1959; Santos Briz, Jaime. *Derecho económico y Derecho civil*, Madrid 1963; Friedmann, W. *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966.

<sup>2</sup> Marín Pérez, *op. cit.*

<sup>3</sup> Santoro Passarelli, Francisco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Madrid, 1964, p. 79. En sentido opuesto, Hariou, Mauricio. *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 75 y ss.

<sup>4</sup> Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1959.

formación en la concepción de algunos problemas del derecho de familia, sin pretender por otra parte que integren lo que así se conoce en el derecho civil. Como instituciones del derecho de la seguridad social han modificado la concepción estrecha del derecho de familia de cuño tradicional. "Las prestaciones familiares (*lato sensu*) al conjugar para la designación del beneficiario el parentesco escrito con la dependencia económica respecto al asegurado están introduciendo paulatinamente —al decir de Alonso Olea— modificaciones profundas en los derechos familiares y sucesorios." <sup>5</sup> De entre numerosos ejemplos ilustrativos de lo que venimos diciendo y adelantándonos en la exposición bastaría recordar que en el sistema francés de prestaciones familiares la noción de *enfant a charge* no supone la existencia de ningún lazo jurídico de filiación, lo que conduce a Dupeyroux a afirmar que el derecho social hace a un lado pretendidas consideraciones de orden moral que, se dice, inspiran al derecho civil, para atenerse a consideraciones económicas de hecho <sup>6</sup> Lyon-Caen ha llegado más lejos con la tesis de que el nuevo derecho social francés es, con mucho, un derecho social familiar. Hay que advertir también que la preocupación por la reforma del derecho familiar insiste en consideraciones nuevas sobre las relaciones entre padres e hijos. La transformación de las relaciones entre padres e hijos puede condensarse en tres aspectos principales —al decir de Friedmann—: 1) la sustitución de los poderes más o menos absolutos del padre, basados en los derechos de propiedad, por obligaciones morales y legales más amplias hacia sus hijos; 2) la traducción de la emancipación social y jurídica de la mujer casada en la correspondiente igualdad de derechos y deberes hacia los hijos; 3) las crecientes obligaciones del Estado y otras autoridades públicas en relación con el bienestar de los niños. Habremos de observar estos tres aspectos en el desarrollo de las asignaciones familiares, que responden así a nuevos planteamientos en las relaciones familiares. Para Friedmann estamos en presencia de un derecho familiar administrativo, que se separa del derecho familiar inscrito en la órbita del derecho privado, nacido de una complicada red de obligaciones modernas de bienestar social. Quede pues, enfocada la cuestión, que merecería más amplio y mejor desarrollo del que aquí podríamos darle.

2. No parece existir discrepancia entre los estudiosos del tema sobre la procedencia de la corriente ideológica que impulsó las primeras instituciones de protección a la familia. Es en verdad la historia de un amplio movimiento empeñado en vitalizar el contenido justiciero del cristianismo, denominado "catolicismo social", que gira en torno a Friburgo, Lovaina y Lieja entre otros centros, y al que dan relevancia los nombres de Lamennais, Lacordaire,

<sup>5</sup> Alonso Olea, Manuel. *Instituciones de seguridad social*, 2ª edición, Madrid, 1967, p. 178.

<sup>6</sup> Dupeyroux, Jean Jacques *Securité sociale*, Paris, 1973, p. 521.

Montalembert, Charles de Coux, Von Ketteler, Mermillod, Toniolo, Rene de la Tour du Pin, De Mun, Pottier y Leon Harmel, este último creador en 1891, en sus fábricas de Val-au-Bois del suplemento familiar del salario.<sup>7</sup> El planteamiento inicial del problema refuta la teoría liberal del salario y exige una remuneración del trabajo suficiente para el mantenimiento del trabajador y de su familia. Esta tesis, en el movimiento mencionado corresponde a la de la Unión de Friburgo, mientras que la escuela de los católicos liberales, o escuela de Angers defendió el principio de que el salario debe corresponder al trabajo, no a las necesidades. La cuestión fue abordada en *Rerum Novarum* de 15 de mayo de 1891: "... luego, aun concedido que el obrero y su amo libremente convengan... en la cantidad de salario, queda sin embargo por ver una cosa que dimana de la justicia natural y que es de más peso y anterior a la libre voluntad de los que hacen el contrato y es ésta: que el salario debe ser suficiente para la sustentación de un obrero frugal y de buenas costumbres. Y si acaeciese alguna vez que el obrero, obligado por la necesidad o movido por el miedo de un mal mayor, aceptase una condición más dura, que contra su voluntad tuviera que aceptar por imponérsele absolutamente el amo o el contratista, sería esa hacerle violencia y contra esta violencia reclama justicia."<sup>8</sup> Los comentarios recientes sobre el documento citado concluyen en el sentido de que la Encíclica no trataba explícitamente del salario familiar, pero que lo exigía de forma implícita. El momento siguiente de la doctrina social católica lo establece *Quadragesimo Anno* el 15 de mayo de 1931, que inequívocamente consagra el principio de una remuneración suficiente para la sustentación del obrero y de su familia. Fuera oportuno, en otro apartado, dedicarnos a precisar la discusión del problema del llamado salario familiar.

La preocupación por las cargas familiares fue recogida por los patronos católicos. Pero, a fin de no colocar en posición desfavorable a las empresas que hubieran contratado padres de familia, algunas toman espontáneamente la iniciativa de crear las llamadas "cajas de compensación"<sup>9</sup> para uniformar las prestaciones. En el origen de las prestaciones familiares se conciben fundadas en el espíritu de liberalidad del empresario, lo que despierta la hostilidad del movimiento sindical. "Los sindicatos ven ahí, detrás de una fachada de idealismo, el medio de hacer naufragar las demandas de aumento de salario."<sup>10</sup> La síntesis de Alonso Olea es acertada: "Las prestaciones familiares comienzan siendo fondos formados por empresas determinadas para conceder suplementos salariales por cargas familiares, concebida la concesión

<sup>7</sup> Cfr. Van Gestel, C. *La doctrina social de la Iglesia*, Barcelona, 1959, p. 245 y ss.

<sup>8</sup> León XIII, *Rerum Novarum*.

<sup>9</sup> Cfr. Lyon-Caen, G. *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Paris, 1955, p. 317; De Ferrari, Francisco. *Los principios de la seguridad social*, 2ª edición, Buenos Aires, 1972.

<sup>10</sup> Lyon-Caen, G., *op. cit.*, p. 317.

como fundada en el espíritu de liberalidad del empresario, produciéndose a continuación una doble transformación: de un lado van surgiendo, a medida que la práctica es adoptada por más y más empresas, cajas de compensación, que uniforman las prestaciones; de otro la manifestación de benevolencia pasa a ser obligación del ordenamiento de seguridad social." <sup>11</sup>

3. El conjunto de normas jurídicas sobre prestaciones familiares puede considerarse como medio al servicio de una política social. La doctrina discute sobre los fines buscados a través de dichos instrumentos, que perfeccionados por vez primera en Francia, debieron responder a la *mise en Oeuvre* de particular política demográfica. Lyon-Caen al distinguir las líneas rectoras del plan francés de seguridad social insistió en las preocupaciones demográficas que animaron el sistema, preocupaciones éstas que lo distinguen del esquema inglés. Esta característica del ordenamiento francés explica la amplitud y el extenso campo de aplicación de las prestaciones familiares, sistema que resulta completísimo si se le compara con otros intentos europeos. Sin embargo Netter primero y después Dupeyroux consideraron que la persecución de objetivos natalistas no puede ser sino finalidad accesoria del sistema. "La política francesa sobre la familia no puede ser asociada únicamente a los fines natalistas presentes en uno u otro momento de su desarrollo." <sup>12</sup> Hochard insiste en que pudiendo constituir un estímulo natalista se debe desarrollar las prestaciones familiares con prudencia en los países en los que el crecimiento de la población marcha con ritmo más acelerado que el aumento del ingreso nacional.

Los profesores franceses últimamente citados distinguen así varias finalidades del instrumento protector: Desde luego, restablecer el desequilibrio entre solteros y padres de familia que gozan de ingresos profesionales idénticos. Deben ser suficientes para evitar que el padre de familia se vea en situación de notable desventaja a causa de las cargas que debe soportar. Pueden también instrumentar la política de escolarización y formación técnica o universitaria, al subordinar la prestación a la matriculación del niño o del joven en un establecimiento educativo y al prolongar el disfrute bajo condición de prosecución de los estudios. El fin sanitario no podría excluirse cuando de las prestaciones familiares *lato sensu* se enfocan las llamadas prenatales y de maternidad, finalidad subrayada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, la cual recomienda la atención sanitaria tanto en la maternidad como en el caso de enfermedad de los beneficiarios del sistema. Dupeyroux menciona además la política de la vivienda en la que las prestaciones familiares francesas han hecho hincapié.

Bajo una consideración económica mucho se ha escrito sobre la redistri-

<sup>11</sup> Alonso Olea, Manuel, *op. cit.*, p. 175.

<sup>12</sup> Dupeyroux, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 514.

bución del ingreso que las prestaciones familiares operan, "gracias a la cual el peso de las cargas de familia sobre la economía puede ser reducida a lo estrictamente necesario, al mismo tiempo que la repartición individual del ingreso resulta socialmente, más justo".<sup>13</sup> El mismo autor recuerda que en algunos países se ha considerado la legislación de las prestaciones familiares como un medio de transferir recursos a categorías de personas socialmente interesantes. Tal parece haber sido el objeto de la ley federal suiza sobre las asignaciones familiares para los trabajadores agrícolas y los campesinos de la montaña. García Oviedo, en su "Tratado" recurre al mismo orden de ideas al entender el sistema como un reparto equitativo de las cargas familiares entre todos los que han de contribuir a costearlas. Dupeyroux no olvida que, dentro del enfoque económico de la cuestión, el otorgamiento de prestaciones familiares puede ser un medio para evitar el alza general de los salarios, satisfaciendo solamente las necesidades más urgentes, es decir, aquellas de la familia.<sup>14</sup> Por su parte, Fischlowitz también desde una óptica económica insiste en que las asignaciones familiares "miran antes que nada al fortalecimiento de los presupuestos de las familias proletarias durante el periodo en que parece evidente el divorcio entre los ingresos de trabajo, relativamente estacionarios, y en gastos que manifiestan fuerte incremento", periodo que no es abandonado sino cuando los hijos pasan a contribuir con sus propios rendimientos al gasto presupuestal.<sup>15</sup>

Frente a los fines contemplados quisiéramos retener muy especialmente el que se refiere a la política de la infancia. Mario de la Cueva sostuvo en su ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que la protección debe estar presente desde el nacimiento del niño hasta el momento en que el joven esté suficientemente capacitado para luchar en la vida social,<sup>16</sup> objetivo reconocido por Netter para quien las prestaciones familiares contribuyen a igualar las oportunidades de los niños en la vida. La Conferencia de Bellagio de la UNICEF en 1964 trabajó con la premisa de que los recursos humanos son esenciales para el desarrollo y son por lo menos tan importantes como los recursos materiales para la edificación del progreso económico y social. La infancia y la juventud —se dijo en aquella ocasión— representan la base para el desarrollo de tales recursos.<sup>17</sup> En su intervención en la Conferencia de Bellagio, Sicault sostuvo

<sup>13</sup> Netter, F. *La sécurité sociale et ses principes*. Paris, 1959.

<sup>14</sup> Dupeyroux, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 516.

<sup>15</sup> Fischlowitz, Estanişlau. *Correlación entre la seguridad social y los fenómenos sociales* (en "Sociología de la Seguridad social", México, 1963).

<sup>16</sup> De la Cueva, Mario. *La seguridad social y la gente del campo*. Ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Publicación de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1973.

<sup>17</sup> Varios: *La Infancia y la juventud en la planificación del desarrollo* (Edición preparada por Francisco López Cámara). UNICEF, México, 1965.

que "una planificación destinada a movilizar los recursos humanos, incluso si se hace abstracción de todos los aspectos humanitarios y sociales, debe preveer disposiciones que permitan asegurar un mínimo de salud al niño: se trata de salvaguardar su salud y defenderlo de las grandes infecciones y dificultades nutricionales. Se le debe asegurar un mínimo de protección social mediante una legislación apropiada y la creación de servicios sociales".<sup>18</sup>

Hay, por último, una consideración de singular importancia en lo que ve a la justificación de las asignaciones familiares. Ellas vienen a significar la afirmación del derecho a la total autonomía económica, del derecho al ingreso propio, que toda sociedad —al decir de Ferrari— debe asegurar al que no ha adquirido todavía capacidad de trabajar.<sup>19</sup>

4. La investigación ha establecido la influencia de la Unión de Friburgo sobre *Rerum Novarum* y se sabe de la preocupación de aquella y de la Escuela de Lieja respecto al llamado "salario familiar", históricamente ligado al planteamiento inicial de las prestaciones familiares. La tesis del catolicismo social del momento proclamaba que "el salario mínimo se calcula *inmediatamente* en conformidad con la estimación general del valor efectivo del trabajo humano, mientras dicha estimación no esté basada sobre el abuso o explotación de la miseria de las clases obreras... *Mediatamente* el salario mínimo debe reglamentarse según las necesidades del obrero para su subsistencia y no debe, por consiguiente, ser inferior al presupuesto necesario para subvenir a los gastos de mantenimiento del obrero y el de su familia".<sup>20</sup> A pesar de las críticas, hoy todavía algún profesor de Freising insiste en que la política estatal de salarios debe tender al salario familiar, que permita al trabajador fundar y mantener una familia.<sup>21</sup> Convertir las prestaciones familiares en integrantes del salario acarrecaba graves consecuencias: sólo podrían ser disfrutadas por los asalariados y éstos quedaban desprotegidos en caso de desempleo; y como no es difícil imaginarse los empresarios preferirían trabajadores célibes o casados con familias reducidas. Así, el propio trabajador optaría por ocultar sus cargas familiares desvirtuando la institución. Los que hoy hablan de salario familiar precisan que no se entenderá por tal el que se proporciona al número de individuos que constituyen la familia, sino al que considera las necesidades del trabajador en su situación normal, que es la de formar familia.<sup>22</sup>

En el intento de delimitar la noción de prestación familiar frente a la del salario se dibujaron dos corrientes: la que consideró las prestaciones como

<sup>18</sup> Sicault, George. *Razones y objetivos de una política para la infancia* (en "La Infancia y la Juventud en la planificación del desarrollo", México, 1963, p. 126).

<sup>19</sup> De Ferrari, Francisco, *op. cit.*, p. 276.

<sup>20</sup> En Van Gestel, C., *op. cit.*, p. 236.

<sup>21</sup> Fellermeier, Jakob. *Compendio de Sociología católica*, Barcelona, 1962, p. 193.

<sup>22</sup> Cfr. García Oviedo, Carlos. *Tratado elemental de Derecho social*, Madrid, 1948, p. 186.

complemento del salario y aquella que las situó en el campo de las prestaciones sociales, sin relación con aquél y destinadas a satisfacer necesidades características. En algunos países aparecen como complemento salarial, y en otros son prestaciones destinadas a garantizar una distribución más justa del ingreso entre aquellos que tienen cargas de familia diferentes. Cuando se pretendió reunir los conceptos se recurrió a la noción de "salario justo" como aquel que tiende a asegurar un conveniente nivel de vida a la familia del trabajador y que corrige el principio de remuneración según la obra realizada. En este concepto cabría incluir prestaciones en dinero del régimen de seguridad social, llegado al extremo que señalara Lyon-Caen: bajo el nombre de salario social se designa algo que no debe ser estudiado en el derecho del trabajo sino que pertenece al derecho de la seguridad social. Dado que el término salario debe reservarse a la remuneración del trabajo, designando así a la suma de dinero que el patrón se obliga a entregar al trabajador en contrapartida del trabajo prestado. La obligación de pagar el salario tiene por causa el trabajo prestado, de donde resulta que la calificación de salario es aplicable a toda suma, sea cual fuere su denominación, dada a cambio del trabajo.<sup>23</sup>

La discusión que venimos refiriendo es comprensible si se recuerda, como lo hace Jacques Hochard, que las prestaciones familiares han nacido en el régimen capitalista, el cual por principio, prescinde, en sus reglas de distribución económica, de la noción de necesidades reales, que constituye la base misma de aquellas prestaciones. La dualidad fundamental que existe entre el principio de una distribución de ingreso en función de la participación positiva en la producción y el principio de una distribución del ingreso en función de las necesidades, pone de manifiesto las imperfecciones del sistema, pues las prestaciones familiares se han hecho necesarias para cubrir la falta de remuneración correcta de la actividad productora.

Propugnar por el salario familiar es, para Alonso Olea, proponer lo que es imposible en la práctica; consistiría en relacionar de alguna forma los salarios con las cargas familiares sin tener en cuenta que siendo el salario una prestación del empresario que sinalagmáticamente se corresponde con los frutos de su trabajo que el trabajador le cede, no existen términos hábiles en virtud de los cuales tal prestación pueda venir contractualmente influida por la circunstancia de que el trabajador cedente sostenga económicamente a una o varias personas de su familia.<sup>24</sup>

A fin de relacionar el salario con las prestaciones familiares la doctrina ensayó la noción de sobresueldo o suplemento salarial. La justificación de tal mejora se fundó en la necesidad de preveer la renovación de la mano de obra en la persona de los niños destinados a convertirse en trabajadores.

<sup>23</sup> Lyon-Caen, G., *op. cit.*, pp. 280 y ss.

<sup>24</sup> Alonso Olea, Manuel, *op. cit.*, p. 174.

Considerar las prestaciones como un suplemento del salario es retener la característica naturaleza alimenticia de éste, destinado a conservar la fuerza de trabajo. Pero cuando las prestaciones fueron utilizadas como instrumentos de política natalista fue necesario disociarlas del salario: una política natalista —explicó Dupeyroux— no podría ser privativa de los asalariados sino extenderse a todas las clases sociales. De esta forma la ley francesa de 23 de julio de 1939 consagró dicha disociación reconociendo el derecho a algunas prestaciones familiares de los no asalariados y reconociendo que los asalariados tenían derecho a ellas durante los periodos de inactividad forzosa. El cambio de la legislación y la doctrina hizo modificar la tesis primera del catolicismo social y la afirmación de Van Gestel, profesor de Lovaina y estudioso de aquel movimiento es clara: No puede considerarse el subsidio familiar como una parte del salario porque “de buen principio” se conceden también a los no asalariados. Hay que considerarlo como una ayuda, concedida por la comunidad nacional o profesional a los que aseguran el porvenir por la educación de las generaciones futuras. Dentro de la doctrina social católica constituyen una exigencia del bien común, noción frecuentemente utilizada por la Escuela.

Messner, justificando el otorgamiento de asignaciones familiares, también maneja aquella noción: “En tanto no se pueda asegurar el mínimo vital familiar (por medio de la política tributaria) las ayudas por los hijos constituirán una exigencia de justicia, de la justicia del bien común”.<sup>25</sup> La Sede Pontificia misma hubo de declarar: “el trabajo es la obra personal del obrero y no de su familia. De la misma manera que la familia no añade nada al trabajo, asimismo el patrono no está obligado a aumentar el salario obrero sólo por consideraciones respecto a las cargas familiares”. Lyon-Caen ha relatado la evolución jurisprudencial de la cuestión: a partir de la sentencia de 2 de mayo de 1931 se consideró que los subsidios familiares implicaban la existencia de un contrato de trabajo y resultaban un complemento del salario, como éste, soportado por los patronos. Las consecuencias jurídicas de tal apreciación fueron entre otras, considerar que el monto de los subsidios debía incorporarse en el cálculo del salario-base en materia de accidentes de trabajo. Además, los subsidios percibidos por la divorciada, siendo parte del salario del marido, debían integrar la pensión alimenticia a ella debida en caso de haberle sido confiados los hijos. Con el movimiento legislativo francés de ampliación subjetiva de los subsidios, los trabajadores independientes, fueron incluidos como sujetos protegidos. La ley entonces ordenó otorgarles a toda persona con hijos a su cargo y ejerciendo una actividad profesional. De esta forma desaparecía el lazo entre subsidios y trabajo asalariado. Más aún: se conservaba el derecho a los subsidios no obstante que el asalariado hubiere perdido su derecho al salario.

<sup>25</sup> Messner, Johannes, *La cuestión social*, Madrid, 1969, p. 557.

Se subrayaba también que se entregarían a aquel que tuviera efectiva y permanentemente el niño a su cargo y además la legislación contemplaba nuevas prestaciones familiares, tales como las primas de maternidad, sin conexión ninguna con el salario. La Corte de Casación hubo de modificar su posición inicial, decidiendo que los subsidios familiares no deben entrar en el cálculo del salario base en materia de accidentes de trabajo, ya que los mencionados subsidios se acordaban, no a título de remuneración del trabajo efectuado y al trabajador mismo, sino a toda persona, fuera o no asalariado, que tuviera bajo su guarda niños; siendo éstos los verdaderos beneficiarios, los subsidios no podían constituir un suplemento del salario. A partir de la Segunda Guerra Mundial el movimiento francés llegó incluso a suprimir el requisito de ejercicio de una actividad profesional para tener derecho a algunas de las prestaciones derrotando así la tesis que incluía las prestaciones en el salario.

En una de las más recientes obras sobre el derecho de la seguridad social<sup>26</sup> se prefiere atribuir a las prestaciones familiares un carácter mixto: habiendo partido éstas de la noción de suplemento de salario, se orientan hacia la de una ayuda social a la familia, pero sin que el nexo con el trabajo sea enteramente roto. La doctrina ha rechazado el carácter salarial de las prestaciones. Para Cordini dicho carácter es inadmisibles porque su causa no es el trabajo, sino la necesidad crecida por la carga familiar.<sup>27</sup>

5. En el tema que nos ocupa fue necesario distinguir dos nociones-base del derecho de los seguros sociales y del derecho de la seguridad social: las de riesgo y carga. Esto porque los autores vieron desde el principio que el nacimiento de los hijos no constituye estrictamente hablando, un riesgo, no siendo menos cierto, sin embargo, que dicho acontecimiento es origen de gastos que entrañan disminución en el nivel de vida de aquel que debe afrontarlos. A pesar de la distinción, Lyon-Caen concluyó que dichas cargas podían asimilarse a lo que los estudiosos llaman riesgos sociales, que resultan, como su nombre lo indica, de la vida social. Netter, por su parte, percibiendo el problema, afirmó que las prestaciones familiares se distinguen de otras prestaciones cuyo objeto es cubrir un riesgo determinado y que pertenecen a la legislación de seguros sociales o a la de accidentes de trabajo; aquellas constituyen una rama particular de la seguridad social.<sup>28</sup>

De entre los estudios sobre el derecho de la seguridad social que han abordado el problema de la evolución de la noción de riesgo habrá de recordarse el ejemplar trabajo de Almanza Pastor quien sitúa la cuestión en la

<sup>26</sup> Dupeyroux, Jean Jacques, *op. cit.*

<sup>27</sup> Cordini, Miguel Ángel. *Derecho de la seguridad social*, Buenos Aires, 1966, p. 140. En el mismo sentido: Alonso Olea, Manuel, *op. cit.*, p. 175; De Ferrari, Francisco, *op. cit.*, p. 266.

<sup>28</sup> Netter, F., *op. cit.*, p. 148.

determinación del objeto de la relación jurídica de seguridad social. El riesgo se convierte en la noción central de la doctrina de la previsión social, del seguro social; es el objeto de esa relación jurídica. "El seguro social tradicional adapta al campo socio-laboral el esquema jurídico del seguro privado. Con lo cual acoge, a efectos reparadores la exigencia de relación jurídica asegurativa preexistente con antelación al acaecimiento. Para el derecho entonces adquiere máxima relevancia la posibilidad de actualizarse el acaecimiento, que es el objeto de dicha relación previa, a la vez que el presupuesto para que se dé la reparación de la consecuencia... La doctrina tradicional ante el rechazo de la nota de involuntariedad por algunos riesgos, como el de maternidad, y en general, el familiar, hubo de atemperarla, centrándose en la presunción de que en la producción del evento no haya influido la preexistencia de la relación asegurativa..."<sup>29</sup> Almanza Pastor distingue entre el mecanismo anteriormente explicado y aquel que utiliza el llamado "seguro social progresivo". En éste la concepción del riesgo como posibilidad futura de un hecho se destruye, desde el momento en que la protección no atiende sólo a la posibilidad de eventos futuros e inciertos, sino también a hechos preexistentes y ciertos (ayuda familiar, por ejemplo, por hijos nacidos antes de constituirse la relación jurídica de seguro social) ... La transmutación que se opera en el seguro social progresivo hace ir desde el riesgo-posibilidad (seguro social tradicional) al riesgo causa<sup>30</sup> porque la noción de riesgo no desaparece totalmente en la relación de seguro social progresivo... "En lugar de tener en cuenta el acaecimiento antes de que éste se produzca y montar sobre él una relación jurídica previsora, se tiene más en cuenta el propio acaecimiento y su consecuencia. Mas a la hora de singularizar la protección concreta se ha de contar con la causa que produjo el hecho porque ella habrá de indicar si ésta merece protección y si merece más o menos protección."<sup>31</sup>

"En el seguro social tradicional el evento o acaecimiento cumple una doble función... De una parte, antes de producirse, constituye el término de referencia que individualiza el riesgo como hecho previsto, concretando la tipología de éste y de la relación asegurativa en su conjunto. De otra parte y una vez actualizado desencadena el efecto indemnizatorio en el asegurador, como consecuencia derivada del traslado del riesgo a este último. En calidad de caracterizador del riesgo, exige la doctrina que el hecho previsto sea de incidencia individual y produzca unas consecuencias susceptibles de evaluación económica. En calidad de impulsar reparación indemnizatoria al actualizarse, exige la doctrina la involuntariedad del asegurado... Las caracte-

<sup>29</sup> Almanza Pastor, José Manuel. *Derecho de la seguridad Social*, Madrid, 1973, pp. 260 y ss.

<sup>30</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>31</sup> *Idem*.

rísticas de individualidad, economicidad e involuntariedad impelen a sostener la concepción del evento, aun admitida la superación de la noción de riesgo en su configuración tradicional como posibilidad futura... Sin embargo son numerosos los autores que abogan por una supresión total de la noción de evento y la sustitución por nociones como la de carga social y contingencia social... La noción 'carga social' cobra sentido si se la contrapone no a la noción de riesgo, como suele entender parte de la doctrina, sino mejor a la de evento, toda vez que aquella hace referencia al acaecimiento actualizado y no puede situarse en el mismo plano de consideración del riesgo, ya temporal como posibilidad futura de éste, ya causal como origen eficiente del mismo... Las consecuencias del evento han de ser dañosas, esto es provocadoras de un desequilibrio económico desfavorable... Pero la dañiosidad no implica necesariamente indeseabilidad de las consecuencias, toda vez que éste puede ser deseable y al mismo tiempo dañoso en sentido teórico jurídico, bajo la variante del lucro cesante (natalidad).

"En el seguro social progresivo... es la consecuencia la que adquiere una mayor relevancia, al punto de convertirse, a través de la protección, en el verdadero objeto de la relación jurídica de seguro social... La doctrina abandona la teoría indemnizatoria en beneficio de la teoría de la necesidad, es decir, prefiere sustituir la consecuencia-daño, por la consecuencia-necesidad... La noción de daño no se ajusta fielmente a la función protectora del seguro social... por defecto, al existir acontecimientos deseados y felices (natalidad, nupcialidad) que no pueden ser considerados como dañosos en sí..."

Almanza Pastor, al dibujar los trazos esenciales de una seguridad social asistencial, establece que la necesidad será el verdadero objeto de la relación jurídica de seguridad social. Es decir, habrán de verse rebasadas las nociones de riesgo y evento. La primera, desde el momento en que el ordenamiento jurídico protege la necesidad una vez producida, sin atender a la causa que originó el hecho de que deriva. La segunda, porque al ordenamiento le bastará conocer la existencia de la necesidad, para otorgar su protección, con total prescindencia del hecho productor.

La necesidad protegida puede reducirse a un exceso de gastos o a un defecto de ingresos, rechazándose precisamente en el campo de las cargas familiares el criterio reductor a la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia. Así, la familia se considera contingencia protegida al ser productora de necesidad consistente en un exceso de gastos.<sup>32</sup>

La exposición del problema revela, a nuestro entender, que el tema de las prestaciones familiares ha obligado a replantear las nociones básicas de riesgo y carga para lograr ubicar correctamente las necesidades familiares.

<sup>32</sup> *Idem*, pp. 271-277. En el mismo sentido: Lyon-Caen, G., *op. cit.*, p. 337.

6. Los diversos sistemas de protección a la familia utilizan distintos términos para designar a los instrumentos protectores. La expresión "prestaciones familiares" en algunos ordenamientos incluye diversas subclases. La doctrina francesa por ejemplo distingue prestaciones de asignaciones, considerando estas últimas como indemnizaciones periódicas destinadas a compensar las cargas de familia. Lyon-Caen advierte la tendencia a substituir el término asignación por el más general de prestación, que designa la erogación que el sistema opera a título de indemnización en caso de realización del riesgo o a título de compensación de la carga.

En la clasificación de las prestaciones de seguridad social Almanza Pastor distingue pensiones, subsidios, asignaciones e indemnizaciones. Se utiliza la primera expresión cuando la situación de necesidad requiere el pago periódico de sumas dinerarias y su duración es para toda la vida (invalidez permanente, vejez). Hay subsidio cuando la atribución de sumas dinerarias es temporal (incapacidad laboral transitoria, desempleo). La asignación se entiende como parte del total de una prestación generalmente periódica (en la protección familiar, por cargas familiares). El término indemnización es utilizada refiriéndola a los riesgos de trabajo.

De la investigación realizada por Dupeyroux se desprende que las asignaciones familiares son una de las manifestaciones de la protección a la familia, que en el derecho de la seguridad social se engloba en el rubro "prestaciones familiares". Determinar qué deba entenderse por tales exige ensayar distintos criterios.<sup>33</sup>

El criterio teleológico revelaría —según el profesor francés— que las prestaciones familiares son todas aquellas que se dirigen al bienestar de la célula familiar. Criterio inconvenientemente amplio, porque englobaría otras prestaciones que traducen mediatamente preocupaciones familiares y que son mejoradas en razón de las cargas familiares. Frente a la amplitud del teleológico pudiera utilizarse el criterio exegético, admitiendo restrictivamente como prestaciones familiares aquellas que así sean calificadas por el legislador.

En la delimitación de las asignaciones familiares resalta el carácter periódico de estas prestaciones frente a aquellas otras, también dirigidas a la protección a la familia, pero que consisten en prestación única (así las llamadas primas por nacimiento). Atendiendo a su finalidad específica se distinguen de otras prestaciones familiares porque representan ayuda en razón de la carga que significa el mantenimiento de algunos miembros de la familia. Netter las contempla como aquellas que se traducen en una contribución regular y permanente al mantenimiento de personas cuya carga asume el jefe de familia.<sup>34</sup>

Algunos han entendido que de los instrumentos protectores de la familia

<sup>33</sup> Dupeyroux, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 504.

<sup>34</sup> Netter, F., *op. cit.*, p. 147.

tendría que construirse uno dedicado a la “seguridad de la existencia decorosa del niño y de su educación obligatoria” instrumento que Mario de la Cueva ubica como “asignaciones o subsidios familiares” en el caso de familias numerosas, o como “asignación o subsidio de orfandad”.<sup>35</sup> Cabría la pregunta sobre si los sistemas de asignaciones familiares han sido concebidos en este sentido. En el sistema francés “las prestaciones correspondientes al mantenimiento de los hijos” ocupan lugar propio y diferenciado respecto de otros instrumentos de protección familiar comprendiendo esas las asignaciones familiares y la asignación de salario único.<sup>36</sup> En el sistema que comentamos, las asignaciones familiares son, además, las más antiguas de las prestaciones dedicadas a la familia y a ellas tiene derecho toda persona que ejerza una actividad profesional o que justifique la imposibilidad de ejercer alguna y que resida en Francia. Además está prevista, como lo quiere Mario de la Cueva, una asignación de huérfano, porque “las condiciones de la vida moderna hacen cada vez más difícil la vida de aquellos hogares cuando uno de los padres ha desaparecido”, considerando asimilado al huérfano de padre, al niño cuya filiación no ha sido establecida sino con respecto a la madre.<sup>37</sup>

Los españoles crearon en 1938 una ley “mal llamada de subsidios familiares, ejemplo... del verdadero seguro social familiar sostenido por el patrón el trabajador y el Estado”.<sup>38</sup> Hoy cuentan con un sistema de protección más amplio en la Ley de 19 de junio de 1971 y Reglamento de 23 de diciembre del mismo año. El subsidio familiar ha sido concebido allá como un auxilio económico dispensado por el Estado al trabajador en relación con el número de beneficiarios que tenga a su cargo. Pero el subsidio responde a finalidades distintas: estímulo del matrimonio, fomento de la natalidad (lo que explica su extenso campo de aplicación) y defensa de la familia existente. “Por consiguiente son de dos clases los beneficios que se encierran en esta institución: el llamado premio de nupcialidad y el subsidio familiar propiamente hablado. Tiende aquel a facilitar los medios económicos para que el matrimonio se contraiga y el segundo a posibilitar el desenvolvimiento normal de las exigencias de familia.”<sup>39</sup> En otros ordenamientos también es extraña la asignación dedicada exclusivamente al niño englobando a éstos como subclase de la llamada cargas de familia, que abarca, frecuentemente a otros beneficiarios, además de los hijos (cfr. el régimen italiano).

7. La doctrina sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones de seguridad social ha sido resumida por Almanza Pastor en las siguientes posiciones: En un principio —como lo hemos relatado arriba— se habló de la naturaleza

<sup>35</sup> De la Cueva, Mario, *op. cit.*

<sup>36</sup> Netter, F., *op. cit.*, p. 148.

<sup>37</sup> Cfr. Dupeyroux, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 556.

<sup>38</sup> Bernaldo de Quiros, Juan. *El seguro social en Iberoamérica*, México, 1945, p. 71.

<sup>39</sup> Cfr. García Oviedo, Carlos, *op. cit.*, p. 815.

retributiva de las prestaciones, conectándolas con el contrato de trabajo, posición refutada por la legislación española que descarta expresamente del salario las prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social. También se ha pretendido la naturaleza sustitutiva de la retribución, trayendo como consecuencia la afirmación de que las prestaciones deben guiarse por los mismos principios y normas que la retribución sustituida. Desde otra óptica, la prestación es considerada como resarcitoria del daño. Pero se ha advertido que la prestación no resarce un daño, sino que se dirige a satisfacer necesidades esenciales de sustento. Además, mientras la necesidad consiste en la falta de bienes esenciales y vitales, el daño puede referirse a bienes que excedan de los necesarios. Para Almanza Pastor, la naturaleza que mejor conviene a la prestación es la asistencial, en cuanto dirigida a la subvención de necesidades sociales, carácter revelado por las disposiciones que revalorizan y adecúan las prestaciones para garantizar la suficiencia en la satisfacción de la necesidad.

La naturaleza jurídica de las asignaciones familiares opone éstas a otras prestaciones propias de los seguros sociales y del régimen de riesgos de trabajo, oposición que se desprende de la diferencia que existe entre riesgo y carga, según expusimos arriba. Las segundas —afirma Lyon-Caen— forman parte de la categoría general de “indemnizaciones por pérdida de salario” y tienen por lo tanto la misma naturaleza jurídica de éste. Aquellas han dejado de ser consideradas de naturaleza salarial para devenir asignaciones de asistencia. Para algún autor francés constituyen la contribución de todo el país a las cargas de los que tienen hijos; son la participación colectiva a las cargas que implica el mantenimiento de los hijos. Es la única rama de la seguridad social que asegura una redistribución no solamente del ingreso salarial, sino del nacional, desde el momento en que se entiende que las asignaciones constituyen carga que debe gravitar sobre el Estado y no sobre la industria. “A medida que el ámbito de cobertura se extiende, la tendencia es la de abandonar la ficción de que los empresarios sostienen el régimen (de hecho las cuotas repercuten sobre el público a través de los precios) para poner sin más las prestaciones a cargo del público, viniendo los fondos de consignaciones presupuestarias.”<sup>40</sup> Netter observa también esta tendencia: se entiende que en aquellos países en los que las prestaciones han sido instituidas primero en favor de los asalariados ellas fueran financiadas por los patrones. Pero el Estado debe intervenir cuando el campo de aplicación se extiende a toda población o cuando fuera necesario completar los recursos aportados por ciertas categorías de trabajadores (agrícolas, independientes). La obligación de educar a los hijos no corre a cargo de la industria, sino de la sociedad. “En efecto, todo grupo social —escribe De Ferrari— aspira a perpetuarse y a perfeccionar su forma de convivencia. La sociedad por eso mismo

<sup>40</sup> Alonso Olea, Manuel, *op. cit.*, p. 266.

(tiene) un deber que cumplir frente al hombre que le (ofrece) un hijo y lo (educa) para ella".<sup>41</sup> Transformadas en una obligación del Estado son una de las garantías mínimas comprendidas en el régimen de seguridad social.<sup>42</sup>

La doctrina ha explorado el problema del beneficiario de las asignaciones familiares. Jacques Hochard, se ha preguntado, "como la cuestión más importante", si las asignaciones están destinadas al niño. Admitir que estén destinadas a la familia implica aceptar que el jefe de ésta las perciba además de sus ingresos profesionales, reuniéndolas con los recursos del hogar y utilizables al arbitrio del padre. De admitir estén destinadas al niño, se reconocen los derechos de éste sobre la sociedad; en el caso, las asignaciones deberán ser utilizadas exclusivamente en interés de aquél. La hipótesis implica el derecho de vigilancia de la sociedad sobre el uso de las asignaciones. El autor citado ensaya las dos hipótesis en estos términos: "Puede decirse que las asignaciones familiares están destinadas a la familia: se pagan a los jefes de familia, permiten cierto restablecimiento de la equidad entre diversos individuos que teniendo recursos profesionales semejantes soportan cargas de familia diferentes. Son pues, un elemento del ingreso de la familia. Constituyen un recurso paralelo a los otros que pueden entrar en el hogar. En esta concepción debe ubicarse —según Hochard— la doctrina del catolicismo sobre la familia. Muy frecuentemente, además, las asignaciones son provocadas por la actividad del jefe de familia y varían en función de los recursos de ésta. La célula familiar es así considerada como un sujeto de derecho y como unidad económica con gastos e ingresos. A ella la sociedad le da su apoyo; con respecto de ella la sociedad ejerce su acción social por la vía indirecta de las asignaciones familiares."

Pero también es utilizable la segunda hipótesis: las asignaciones familiares son derechos del niño "Todos los individuos —escribe Hochard— por el hecho de serlo tienen créditos sobre la economía"; derechos innatos, independientes de los adquiridos. "Los individuos que no participan —porque no tienen los medios— en el esfuerzo colectivo de producción para el mejoramiento de bienestar general, tienen derechos. Son los que todavía no pueden producir: los niños. Son los que ya no pueden producir: los viejos. Son los que no pueden producir porque están físicamente impedidos: los enfermos. Son los que no pueden producir por falta de oportunidad: los desocupados... En razón de la subordinación moral y jurídica de los niños para con los padres dentro del marco familiar se ha podido buscar un vínculo entre la actividad profesional de los padres y el derecho de los niños a las prestaciones." Pero este vínculo sólo puede ser secundario. Se le toma en consideración por razones morales, administrativas o técnicas, y concluye: "No puede ser tomado

<sup>41</sup> De Ferrari, Francisco, *op. cit.*, p. 266.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 280.

en consideración para apreciar el derecho estricto de los niños en tanto que individuos a una distribución en su favor del ingreso de la colectividad.”<sup>43</sup>

El derecho positivo francés —comenta Dupeyroux— a pesar de todo no ha llegado a reconocer a cada niño un derecho comparable, por ejemplo a aquel de los viejos beneficiarios de pensiones o asignaciones.

Habría que observar que el abandono de la idea de sobresueldo y el no reconocimiento en el derecho positivo de la facultad del niño han creado un “vacío jurídico” como afirma el profesor Dupeyroux.

Para reforzar la argumentación que concluye en las asignaciones familiares como derechos del niño, De Ferrari cita el artículo 11 de la ley uruguaya de 20 de octubre de 1950 en donde se establece que el administrador de la asignación será el padre del menor o quien justifique la tenencia efectiva del beneficiario. Para aquel autor esto revela que se trata de un ingreso propio del menor, que nada tiene que ver con el salario, ya que el trabajador es *dueño* de su sueldo y tiene, no la simple administración, sino la disposición de éste.<sup>44</sup> Se entiende entonces que cuando el niño crece en condiciones de alimentación, de vivienda o de higiene manifiestamente defectuosas, o cuando las asignaciones no se utilicen en interés del niño, el Estado pueda nombrar un tutor de las asignaciones familiares, encargado de recibir la prestación y de afectarla a las exclusivas necesidades del niño. Este tutor difiere de la figura del derecho civil al no sustituir a los padres en la educación del niño; su papel se limita a la percepción de las prestaciones y a la afectación de éstas a las necesidades del niño.<sup>45</sup> En el derecho argentino la asignación debe pagarse directamente al padre. Si sólo trabajara la madre, ésta será quien debe percibirlo. En caso de divorcio, su percepción corresponde a quien acredite la tenencia del menor. Para Cordini, esta última peculiaridad permite poner de manifiesto que el subsidiado no es el trabajador en calidad de tal, sino como padre a cargo del hijo, tesis que se aleja de lo expuesto por algunos autores franceses arriba examinados.

En la discusión que nos ocupa es conveniente determinar quiénes son los sujetos protegidos en la relación jurídica de seguridad social, siguiendo en esto la completísima exposición del profesor José Manuel Almanza Pastor, quien recuerda que en los inicios del seguro social los sujetos que se hallaban protegidos o cubiertos por éste eran los trabajadores subordinados en general, ámbito que ha sido ampliado paulatinamente. La denominación de “asegurados” es equívoca porque en la historia, el empresario era asegurado respecto a los accidentes de trabajo y el término no abarca a todos los sujetos receptores de protección, dado que en él no caben los familiares protegidos, quienes

<sup>43</sup> Hochard, Jacques. *Las asignaciones familiares ejercen una acción, a la vez económica y social* (en “Gaceta del Trabajo”, año 3, mayo-junio, 1964, Ginebra, pp. 241 y ss).

<sup>44</sup> De Ferrari, Francisco, *op. cit.*, p. 284.

<sup>45</sup> Cfr. Netter, F., *op. cit.*; Duperyroux, Jean Jacques, *op. cit.*

en ocasiones ostentan un derecho a la protección. Las expresiones "afiliado", "cotizante", "beneficiario", "pensionista", "titular", etcétera, ostentan un significado relativo y particular. Afiliado —escribe el profesor español— alude a la situación jurídica en que se encuentra el sujeto en la relación subordinada de afiliación. Cotizante significa la situación del sujeto o de los sujetos obligados a cotizar en esta relación instrumental. Beneficiario supone la situación jurídica en que se encuentra un sujeto en la subordinada relación de protección, cuando hallándose en situación de necesidad y cumpliendo los requisitos exigidos por la ley ostenta un derecho actual a la protección. Pensionista alude al beneficiario cuyo derecho se concreta a un particular tipo de prestación, la pensión. Titular del derecho es sinónimo de beneficiario, pero subrayando que la protección proviene de un derecho propio y no derivado. Ahora bien, en el caso de las asignaciones familiares habría que explorar si la protección del niño constituye un derecho propio o bien se concibe como derivado. Sea lo que fuere, es posible afirmar que los niños son sujetos protegidos, al entender como tales aquellos que ostentan un derecho genérico, potencial o actual a la protección de seguridad social. En la relación jurídica de protección habrá de contemplárseles como beneficiarios, es decir —recordando la definición de Almanza Pastor— como sujetos protegidos que, por hallarse en situación de necesidad y reunir las condiciones exigidas legalmente, ostentan y ejercitan un derecho actual, directo o derivado, a percibir las prestaciones de seguridad social. En una concepción futura habrá de establecerse que los niños son beneficiarios de un derecho directo y no derivado, que es posible fundar en la argumentación de Hochard.

8. El derecho del niño a la protección de la seguridad social, que debe asegurarle la preparación que lo capacite a desarrollarse en la vida, puede diversificarse en instrumentos específicos, que resultan de una selección de necesidades. Así el problema de los huérfanos merece la creación de una asignación especial, porque se ha reconocido que las condiciones de la vida moderna hacen cada vez más difícil la vida de los hogares cuando uno de los padres ha desaparecido. Los menores minusválidos requieren un instrumento particular de protección, porque la carga que representan no puede gravitar únicamente sobre la familia, pues no constituyen un problema familiar sino social; luego debe ser resuelto bajo el principio de solidaridad nacional. Además, los gastos que el minusválido origina, en el supuesto de una educación especializada, entraña, en relación con la educación de un niño normal una diferencia difícilmente soportable por el presupuesto familiar.

El fenómeno de la creciente participación de las madres de familia en la actividad productora conduce al planteamiento de una asignación destinada a permitir a la madre afrontar los gastos por la guarda y vigilancia de los hijos. Esta asignación permitirá —según Dupeyroux— la libre elección

entre la dedicación completa al hogar y el derecho de la mujer a su desarrollo profesional. Debe entonces garantizarse que la educación del niño no resulte perjudicada y que la posibilidad de elección de la madre no se convierta en una ficción. En el sistema francés existe ya una disposición idónea cuya concepción debe relacionarse con la asignación de salario único en el hogar, que compensa a la madre por el renunciamiento al ejercicio profesional.

La evolución de los distintos aspectos del problema de las asignaciones familiares permite anticipar el momento en que éstas dejen de estar subordinadas a la condición de ejercicio de una actividad profesional, momento propio de un sistema de seguridad social asistencial en la que lo único relevante es el surgimiento de la necesidad. Sin embargo habrá de hacerse una modulación para ayudar prioritariamente a los hijos de familias de bajos ingresos, admitiendo la tesis de la solidaridad nacional.

IGNACIO CARRILLO PRIETO

Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM