

54/  
2ej

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE  
LA SEGURIDAD SOCIAL



## DEL SEGURO DE GUARDERIAS PARA HIJOS DE TRABAJADORES ASEGURADOS, Y SU REGULACION EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A

ERVIN EDUARDO VARGAS RODRIGUEZ WYLER

MEXICO, D. F.

1999

TESIS CON  
ALLA DE ORIGEN

278552



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO  
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD  
SOCIAL.

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

Muy Distinguido Señor Director:

El compañero ERVIN EDUARDO VARGAS RODRIGUEZ WYLER, inscrito en el ---- Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "DEL SEGURO DE GUARDERIAS PARA HIJOS DE TRABAJADORES ASEGURADOS, Y SU REGULACION EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES", bajo la dirección del Lic. GUILLERMO ZUMAYA PEREZ, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La Lic. MARIA FERNANDA GROVAS, en oficio de fecha 1 de noviembre de 1999, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D.F. 11 de Noviembre 1999.

Lic. Guillermo Hori Robaina  
Director del Seminario

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaria General de la Facultad.

**A mis padres:**

**Por el apoyo y respaldo que me han brindado durante toda mi vida, sin el cuál nunca hubiera alcanzado mis metas.**

**A Angélica:**

**Mi compañera de siempre, que con su alegría y cariño me ha motivado para la elaboración y conclusión de este trabajo.**

## INDICE

INTRODUCCION.....	I
CAPITULO I	
MARCO HISTORICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	
1.1 EPOCA ANTIGUA.....	2
A) Grecia.....	2
B) Roma.....	3
1.2 EDAD MEDIA.....	4
A) Gremios y Guildas.....	6
B) Ordenes Mendicantes.....	7
C) Seguros Privados.....	8
1.3 EPOCA MODERNA.....	9
A) Importancia del Estado.....	10
B) Liberalismo.....	11
C) Crecimiento de Seguros Privados.....	13
D) El Socialismo.....	14
E) Diversos Seguros Sociales.....	17
1.4 ANTECEDENTES EN MEXICO.....	19
A) Mundo Precolombino y Colonial.....	19
B) La Colonia.....	20

C) De la Constitución	
de 1857 a la Revolución de 1910.....	21
D) Marco Jurídico	
Institucional Pos Revolucionario.....	24

## CAPITULO II

### CONCEPTOS GENERALES

2.1 TRABAJADOR .....	30
2.2 SEGURIDAD SOCIAL.....	31
2.3 GUARDERIA .....	34
2.4 IGUALDAD .....	36
2.5 ESTADO CIVIL.....	38
2.6 PATRIA POTESTAD .....	41

## CAPITULO III

### REGULACION DEL SEGURO DE GUARDERIAS EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EN MEXICO.

3.1 CONSTITUCION POLITICA DE 1917	
(ARTICULO 123) .....	46
3.2 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970 .....	51
3.3 LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES	
AL SERVICIO DEL ESTADO DE 1963 .....	54

3.4 LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 1995.....	55
3.5 LEGISLACION DE SEGURIDAD SOCIAL	
PARA LAS FUERZAS ARMADAS DE 1976 .....	59
3.6 LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES	
PARA LOS TRABAJADORES DEL ESTADO DE 1983.....	61
3.7 LEGISLACION DEL TRABAJO DEL SERVICIO	
PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1983 .....	62

#### CAPITULO IV

### IGUALDAD DEL SEGURO DE GUARDERIAS PARA HIJOS DE LOS TRABAJADORES ASEGURADOS, Y SU REGULACION EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES.

4.1 IGUALDAD CONTEMPLADA EN LA CONSTITUCION	
POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	64
4.2 EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS .....	68
4.3 DERECHOS DE LOS HIJOS ADOPTADOS.....	73
4.4 DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD .....	76
4.5 LA CUSTODIA EJERCIDA POR LOS	
PADRES SOBRE SUS MENORES HIJOS.....	79
4.6 EL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS .....	82
4.7 LOS PUPILOS DEL TRABAJADOR ASEGURADO.....	86

**4.8 LA DECLARACION DE AUSENCIA SOBRE**

**LA ESPOSA DEL TRABAJADOR ASEGURADO..... 88**

**4.9 DERECHO POSITIVO DE LOS TRABAJADORES**

**RESPECTO AL SEGURO DE GUARDERIAS ..... 94**

**CONCLUSIONES..... 104**

**BIBLIOGRAFIA..... 106**

## INTRODUCCION

El Derecho de la Seguridad Social, podríamos decir, es un derecho que no ha surgido de la noche a la mañana. Es un derecho fruto de muchos años de transformaciones, de intentos por parte de la clase trabajadora de poner fin a la situación de angustia que ocasiona la llegada de un imprevisto en forma concreta, y de manera más amplia una estricta regulación sobre las condiciones de seguridad e higiene que deben imperar en los centros de trabajo, el derecho a la cultura y recreación y el establecimiento de mecanismos de seguridad social que hagan cumplir por parte del Estado los pactos a que se encuentra obligado con la carta magna hacia la clase trabajadora.

Con el fin de hacer cumplir esos derechos y obligaciones a que hacemos referencia, el Estado ha creado una serie de legislaciones en las que se consagran las garantías que como mínimo debe tener todo ciudadano en materia de seguridad social. Pero esto no es suficiente, existen una serie de lagunas y condiciones dentro de los preceptos que regulan la previsión de los trabajadores, que aplicadas a un determinado caso en concreto no cumplen con las finalidades por las que fueron creadas, dejando desprotegidos a los sujetos de derecho más importantes en la vida de nuestra sociedad, siendo en este caso, los menores.

Es por eso que las diversas legislaciones en materia de seguridad

social deben regular plenamente el derecho que tienen dichos menores, hijos de sujetos trabajadores, para que con esa simple condición y mediante la regulación plena sobre el seguro de guarderías, sus hijos se encuentren ampliamente protegidos y cuidados, durante el tiempo que los padres trabajadores desempeñan sus labores.

A fin de obtener una visión más amplia sobre lo que estamos planteando, en la presente investigación se proporcionarán los conceptos fundamentales para una mejor comprensión del tema a desarrollar, todos de vital importancia para comprender las cuestiones en estudio.

Hablaremos del concepto de igualdad contemplado en nuestra carta magna, así como la forma en la que se aplica dicho concepto en nuestras diversas legislaciones.

Se manifestarán las diferencias que existen en los diversos estados civiles de las personas, a fin de aplicarlos a la legislación de seguridad social, haciendo hincapié en las diversas realidades sociales por las que atraviesa el país, respecto al registro de menores.

Desarrollaremos como se encuentra regulado el seguro de guarderías en las diversas legislaciones, y en su caso, que medidas se toman para

proteger al menor hijo del trabajador en caso de no encontrarse regulado dicho seguro en la ley respectiva.

Por último, demostraremos que no sólo los hijos de los trabajadores viudos o divorciados deben tener derecho al cuidado de sus hijos en las guarderías, ya que por el contrario, al existir algún otro tipo de relación de éstos hacia sus hijos que se encuentre regulada en la legislación civil, pero no contemplada en la legislación de seguridad social, los menores quedarían desprotegidos al no encuadrar en las hipótesis respectivas previstas por la ley de seguridad social correspondiente.

En este espacio trataremos de exponer de manera breve, el marco histórico dentro del cuál se desarrolló la seguridad social, cuáles fueron los acontecimientos o circunstancias que le dieron origen tanto en México como en el mundo, a efecto de entender la evolución que ha tenido la misma sobre el hombre desde sus inicios evolutivos y hasta nuestros días, así como las diversas transformaciones que ha sufrido la vida del trabajador en materia de seguridad social.

De esta forma demostraremos que los logros que se han obtenido con el transcurso del tiempo deben ser cumplidos sin tratar de condicionar situación alguna hacia el sujeto que se beneficia con este derecho.

Lo anterior es con la finalidad de subrayar y demostrar que el esfuerzo que ha desempeñado la clase trabajadora por tratar de obtener un mínimo de seguridad, en cuánto a los riesgos a los que se encuentra expuesta, no se ha dado en una transformación espontánea, sino que ha seguido infinidad de transformaciones desde las primitivas agrupaciones sociales hasta el logro de la legislación en la que se contemplan un mínimo de derechos en caso de sufrir la clase trabajadora un imprevisto que pudiera afectar su vida, y como consecuencia, la de su familia.

En virtud de lo anterior, dichos logros no deben ser condicionados al trabajador con una discriminación de sexo o estado civil, sino que por el

contrario, los mismos deben ser aplicados en igualdad de circunstancias.

A manera de contemplar con mayor claridad el surgimiento de la seguridad social hasta nuestros días, desglosaremos el tema de la siguiente forma:

## **1.1 EPOCA ANTIGUA**

Desde los inicios de la humanidad, el ser humano siempre ha vivido con temores y bajo la amenaza de la inseguridad. Esta situación lo ha obligado a unirse, primero en organizaciones muy simples como aquéllas que se encuentran vinculadas por el parentesco, y más adelante por unas un poco más complejas, siendo el caso aquéllas controladas por los ancianos, personas que por su gran experiencia y vida contaban con una sabiduría superior a la de sus semejantes.

En un principio, existía la creencia que todos los males que aquejaban a los seres humanos se encontraban derivados de la existencia de demonios o seres sobrenaturales a los cuáles había que erradicar mediante ofrendas, teniendo tal carácter determinados rituales que incluían el ofrecimiento de sacrificios humanos.

### **A) Grecia.**

En Grecia existe un gran avance en la medicina. Las curaciones ya no se basan en procesos mágicos y no se consideran las enfermedades como un origen maligno o una influencia del estado de ánimo de los Dioses o Demonios (mismos que anteriormente eran llamados en forma general "seres sobrenaturales"), sino que el sistema médico Griego se basó en la observación y acumulación sistemática de los males.

Sin embargo, y aunque la salud en Grecia era muy considerada entre los filósofos, no existían instituciones que se dedicaran a tratar remedios en contra de las eventualidades hacia los habitantes de dicha nación, tanto en lo individual como en lo social. El único que plantea una solución en forma general a la problemática de la necesidad es Platón, en su obra "La República", ya que el mismo habla de un Estado con un gobernante de naturaleza filósofo exclusivamente, integrado en su conjunto por sujetos que sufren necesidades y sujetos que pueden satisfacerlas. Platón entiende como necesidades no solo aquellas que puedan originarse por motivo de una eventualidad, sino aquellas que van relacionadas a satisfacer las necesidades primarias de los individuos como alimentación, vestido, habitación, etc...

## **B) Roma.**

En el derecho Romano, el poder que ejercía el pater familias sobre la persona y bienes de los hijos fue decreciendo con el transcurso del tiempo. Se llega a atribuir al patrón la compensación del riesgo profesional, y en forma posterior aparece el concepto de la responsabilidad objetiva del riesgo. Se reguló el ejercicio de la medicina en atención al número de habitantes de las ciudades.

Epicuro enseñó, que la felicidad y los intereses de los individuos son anteriores a los de la sociedad, y que ésta y el Estado solo deben proteger al individuo.

En Roma ya existen instituciones que se dedicaron a proteger a sus asociados en forma directa o indirecta, de los efectos de la inseguridad social.

El primer testimonio de la "sociedad de socorros mutuos" en la Historia son las *diconías*. Estas tenían como propósito la práctica de la caridad, obligándose a proporcionar alimentos y enterrar a los muertos pobres, proteger a indigentes, huérfanos y ancianos.(1)

## 1.2 EDAD MEDIA

---

(1).vid. BRISEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, México, 1993, pág. 47.

La edad media da inicio con la migración de los pueblos germánicos, ostrogodos, visigodos, vándalos, francos y borgoñeses ante la constante presión violenta de los hunos y avaros, obligándolos a abandonar sus tierras y a forzar los límites del Imperio Romano.

Con la caída de la influencia política de Roma en occidente no desaparecieron sus formas de civilización, pero se vieron empobrecidas. El Feudalismo como forma de protección fracasa debido a los abusos de los señores feudales.

Existe la ayuda al prójimo, principalmente hacia el necesitado y desvalido, teniendo un carácter primordialmente religioso y basado en una recompensa divina fuera de lo terrenal, creando por parte de la Iglesia establecimientos para socorrer necesidades humanas, escuelas, hospitales, casas de horfandad y en forma general, ayuda al necesitado.

Esta forma de prestación de ayuda al necesitado se encuentra proporcionada como lo hemos manifestado, principalmente por la Iglesia, pero existen otras agrupaciones privadas, en casos específicos que prestaban su ayuda por conducto del señor, artesano, corporaciones o asociaciones laicas, o grupos de individuos particulares.

Estas organizaciones de caridad prestan sus servicios en forma directa o material, o bien, mediante aportaciones de dinero o uso de sus propiedades, trabajo y sacrificio sin remuneración, sino con sólo la esperanza de recompensa en la otra vida y basada en amor al prójimo, pero siempre proporcionando esta ayuda de acuerdo a la capacidad o disponibilidad de aquéllos que la prestaban, limitada a la posibilidad económica y cabe aclarar que el sujeto que recibe la ayuda o el beneficio nunca puede considerarse como un sujeto activo de derecho.

En esta época medieval existió la concepción de considerar como titulares de los bienes de estas organizaciones a los sujetos que recibían la ayuda, pobres, enfermos, leprosos, etc., bajo el nombramiento de una comisión para administrar. (2)

#### A) Gremios Guildas

Dentro de la edad media, en las ciudades de origen germano aparecen las guildas, que son asociaciones de defensa y asistencia y cuyo principal objetivo era la asistencia mutua en caso de enfermedad, así como solidaridad de los miembros en casos de agresiones, extendiéndose las mismas hacia Alemania, Francia e Inglaterra.

---

(2) *Ibidem*, p.14.

Las cofradías de artesanos tuvieron su origen en Italia. Eran agrupaciones de hombres dedicados a una misma actividad y se encontraban en organizaciones religiosas que tenían el nombre de scholae, quienes practicaban su culto en forma colectiva. Estas corporaciones entregaban a sus socios pobres y enfermos parte de sus rentas.

En España se encuentra comprobada la aparición de cofradías y gremios. Primero aparece la cofradía benéfica religiosa y oficios regulados por fueros municipales después. Al conjugarse la cofradía con el oficio aparece la cofradía gremial, donde ya aparecerá como vínculo en la comunidad el interés profesional.(3)

### **B) Ordenes Mendicantes.**

Fueron fundadas por San Francisco de Asís y San Benito. En forma primordial predicaban pobreza, humildad y ayuda al prójimo. Sus predicadores carecían de bienes y no se encontraban ubicados en determinado sitio para que acudieran a ellos, sino que se trasladaban de un lado a otro para prestar ayuda y cuidado a los enfermos. Convivían con los miserables y ofrecían consuelo y consejos.

---

(3).vid. DAVALOS MORALES, José. Derecho del Trabajo I, tercera edición, Porrúa, México, 1990, pág. 6.

### **C) Seguros Privados**

Para entender lo que conceptuaremos como riesgo, es necesario precisar antecedentes sobre el surgimiento de los seguros, en forma primordial, el seguro marítimo.

En un principio en la edad media, los riesgos mercantiles se van repartiendo entre los socios. La primera forma de seguro consiste en el seguro marítimo, y de éste se derivan las demás aplicaciones, siendo la primera que se encuentra minuciosamente regulada el seguro contra la huida de esclavos en el año de 1412, donde se pagaba por el aseguramiento de esclavos mayores de diez años una prima anual o semestral en forma proporcional a la cantidad estimada con la que son registrados. Si ocurría una fuga del esclavo y en un lapso de dos meses no era restituido al dueño, el seguro pagaba al propietario el importe del valor.

En el seguro social, el concepto de riesgo se separa del de desgracia y se otorga al afligido por pérdida o necesidad. No es ya el favorecido, sino aquél que ostenta un derecho a la compensación por un riesgo cubierto. La técnica del seguro se aplicará al seguro social en forma definitiva con finalidad y propósitos diferentes.

Poco tiempo después, el consulado de Sevilla debido a los constantes

abusos que se originaron con el seguro y evitando que se cobraran varias veces los bienes asegurados, se decretó que el seguro debería ser público bajo pena de ser nulo, y en el caso de los navíos , éstos no podían asegurarse por más de las dos terceras partes de su valor, corriendo el asegurado el riesgo con la diferencia.

El seguro fue evolucionando hasta incluso prohibir cambiar rutas a los mercaderes a fin de evitar los constantes siniestros a que eran sujetos. (4)

### 1.3 EPOCA MODERNA

Para los siglos XV y XVI existe en Inglaterra un notorio aumento en la miseria. La industria de la Lana al desarrollarse en forma extraordinaria por las ganancias que aportaba ocasionó que los trabajadores agrícolas quedaran sin ocupación, y en consecuencia, sin medios para subsistir, por lo que abundó la miseria y la vida vagabunda, motivo por el cuál la asistencia social se volvió tan necesaria que el gobierno tuvo que asumir las funciones que en otros tiempos desempeñaron las obras de caridad, lo que obligó al Rey Enrique VIII en 1531 a promulgar un estatuto en donde disponía que los funcionarios locales se abocaran a la búsqueda e investigación de indigentes, ancianos e incapaces que se dedicaran a subsistir de la limosna, a fin de otorgarles una cédula de identidad con autorización

---

(4). Vid. BRISEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, pág.

especial para solicitar caridad. Esta legislación será continuada por el Rey Eduardo II y hasta la ley de pobres en 1561 del periodo de la Reina Isabel.

Para esta época, los gremios, guildas y cofradías van en decadencia hasta llegar a convertirse a partir del siglo XVI en corporaciones cerradas que impedían el acceso a personas ajenas a la situación de las familias agremiadas. Esta exclusividad va a provocar que estas agrupaciones sean acusadas de ser ligas y monopolios cuya tendencia se encontraba encaminada a subir los precios, lo que originó que las mismas sean abolidas o suprimidas, pero no desapareciendo por completo, sino transformando sus actividades a fines religiosos y de mutualidad. (5)

Finalmente, a principios del siglo XVIII se va a institucionalizar el seguro.

#### A) Importancia del Estado.

La Iglesia, que durante la época medieval asumió y cumplió funciones sociales y de beneficencia, para ésta época se verá limitada por el Estado. Dicha limitación se irá graduando hasta hacerle perder en forma definitiva dichas funciones, para así queda en poder del Estado, quién llegará a ser una Institución de utilidad común.

---

(5). *Ibidem*, p.53.

Las cofradías, corporaciones, gremios y demás fundaciones medievales se conservan, pero ahora los servicios que prestaban pasan a ser función del Estado.

En España, en 1555, las cortes de Valladolid solicitaron al Rey la creación de un “padre de pobres”, quién debía encargarse de buscar una ocupación remunerada a los que careciesen de ella.

El padre Mariana manifiesta que el Estado debe asistir a los humildes en los casos de riesgo; Es propio de la piedad y la justicia amparar a los desvalidos e indigentes de la miseria, criar a los huérfanos y auxiliar a los necesitados. Este es el principal y más sublime oficio del Soberano.

Cristóbal Pérez de Herrera destaca proteger a la niñez abandonada, mediante su colocación en familias o asilos, reformar a las mujeres vagabundas o delincuentes y la creación de un sistema de pensiones a cargo del Estado para la invalidez de los militares. Propone la fundación de una casa en Madrid en donde acudan y se reciban a todos los inútiles o afectados por la guerra, o bien, que por su vejez no puedan ya estar en servicio. (6)

## B) El Liberalismo

---

(6) Idem.

El estado liberal se desarrolla a finales del siglo XVIII, tomando como base los esquemas de Juan Jacobo Rosseau en su obra "El contrato social" y Montesquieu en su obra "El espíritu de las leyes".

Rousseau fundamenta su obra en la felicidad en que goza el hombre al vivir en libertad; Considera que la civilización, la vida en comunidad y sumisión al Estado originan infelicidad.

Montesquieu considera que la autoridad propende el abuso, y que cuando ésta se encuentra en una sola mano se excede en este.

Para evitar que el poder no se exceda hay que dividirlo en funciones, a fin de que las mismas sean limitadas y compensadas en un equilibrio.

La reacción en contra de los abusos del poder y la doctrina individualista y liberal en la ilustración inspiraron "Las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" que fueron el pronunciamiento de la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, quienes en sus tablas de derechos reconocen en forma primordial la libertad.

La doctrina contenida en "Las Declaraciones de Derecho" informa la dogmática a seguir de todas las Constituciones modernas. Se busca la protección de

los derechos individuales mediante la división y equilibrio entre los poderes, y a fin de garantizar la libertad.

Para el Estado, la libertad constituye únicamente un problema de vigilancia y regulación, con el objeto de que se cumpla, no acumulando o evitando la circulación de la riqueza y evitando la repetición de los errores pasados.

En esta época y ambiente, se organizan y regulan las cajas de pensiones y seguros privados, mediante los cuáles los individuos ponen en práctica su propia previsión, mientras que el mismo Estado va creando servicios de beneficencia (hospitales, asilos, manicomios, hospicios) e impone medidas de higiene industrial, prevención de accidentes, limitación de jornadas de trabajo y prohibición en actividades peligrosas y trabajos para determinada edad.(7)

### **C) Crecimiento de Seguros Privados.**

A partir de la segunda mitad del Siglo XVII, se organizan, regulan y favorecen las cajas de pensiones y seguros privados, mediante los cuáles los individuos tienen posibilidad de poner en práctica su propia previsión en forma directa o mediante Instituciones privadas.

(7).vid. BRISENO RUIZ, Alberto. op. cit. pág. 58.

El seguro de vida demanda perfección de cálculo de probabilidades. Para su cálculo se toma en cuenta la probabilidad favorable o desfavorable del riesgo a asegurar, así como tomar en consideración registros de datos de las edades en las que habían muerto distintas personas.

Aunque el seguro de vida es de realización cierta, su acontecer es indeterminable, y por ello las primas pueden cubrirse durante bastante tiempo. Este seguro es pagado no como un consumo, sino como un individuo que prevé el riesgo y que se asegura mediante un sacrificio personal que le permite un ahorro para él, al acaecer la invalidez, o en su caso, un provecho a sus beneficiarios en caso de muerte.

El seguro de vida comenzó en 1762, cuando a la muerte del asegurado se fijaban primas diferenciadas según la edad.

El seguro privado se generaliza tanto en las cosas como en las personas; La vida social se transforma en la llamada Revolución Industrial en una nueva era, en una alianza entre capital industrial y científico.(8)

#### **D) El Socialismo.**

---

(8).vid. BRISEÑO RUIZ, Alberto. op. cit. pág. 60.

En contra de la doctrina liberal aparece el socialismo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, teniendo como base el incremento de las masas obreras y el aumento en la producción y consumo, así como derivado de la concentración de dichos trabajadores en las grandes ciudades, el incremento en el gasto público con el propósito de cubrir el gasto que con esto se origina.

El aumento en el gasto público se va a reflejar en Impuestos y elevación de precios, y como consecuencia, en la reducción del poder adquisitivo del salario, que será insuficiente para satisfacer las necesidades primordiales del trabajador.

El sistema que había sido fundado en el ahorro individual y en el seguro privado no sirve para corregir los riesgos con repercusión económica.

Con motivo de la evolución de los implementos de trabajo, el aumento en la población y la necesidad de reducir los gastos ocasiona que se dé otra inseguridad social: el desempleo. El aumento entre los desempleados origina que exista una gran cantidad de mano de obra que va a exceder en demasía a lo que necesita la industria, lo que va a envilecer los salarios.

Con todas estas situaciones se llega al resultado que el sistema liberal adoptado anteriormente no dio los resultados previstos, defraudando la esperanza

tenida durante medio siglo sobre los problemas humanos.

La problemática para satisfacer las necesidades del hombre en la forma en la que éstas van apareciendo, y no derivadas de un proceso económico, va a presentar dos vías de solución: La primera, en una transformación de la sociedad, desapareciendo las clases sociales, propiedad y libertad individual, apuntando al comunismo, y la segunda, conservando la libertad individual y las estructuras generales, pero mediante la dirección y regulación de las fuerzas económicas por parte del estado, al servicio del hombre.

Un tercer elemento existente lo es la mencionada clase obrera, cuyo propósito es satisfacer sus necesidades mediante el aumento de salario, mejores condiciones de trabajo y mediante la implantación de la previsión, es decir, el establecimiento de jornadas que no agoten al obrero, salarios suficientes y prestaciones sociales que impliquen al patrón en caso de accidente, enfermedad o edad que originen inutilización.

Cabe manifestar que para esta época continúan existiendo propuestas de solución a la problemática por parte de los religiosos, y resaltando que no ha desaparecido el pensamiento sobre la caridad.

De lo anteriormente señalado se llega a la necesidad de hallar remedios y ponerlos en práctica en favor de los más débiles, criticando por medio de los socialistas el Estado liberal.

Durante esta época, algunos de los primeros paliativos a las condiciones de la inseguridad en las que laboraban los obreros, se dieron por la clase trabajadora, estableciendo las llamadas "mutualidades" y "las cajas de ahorro", las cuáles servían como previsión frente a la inseguridad.

El Estado comenzó a legislar para la regulación de las condiciones de adquisición y utilización de la fuerza de trabajo, jornada laboral, salarios mínimos y trabajo femenino e infantil.

### **E) Diversos Seguros Sociales.**

En 1802, el parlamento Ingles aprueba una ley cuyo propósito fué limitar las horas de trabajo de los aprendices, así como "niveles mínimos para la higiene y educación de los trabajadores", que sin embargo tuvo poca trascendencia ya que no fué sino hasta la década de los años treinta que en Inglaterra se imponen los primeros límites a la explotación del trabajo asalariado y se establecen condiciones mínimas de protección a la clase obrera en materia de higiene y

seguridad, así como leyes reglamentarias de trabajo infantil y femenino en forma conjunta.

Un conjunto de medidas preventivas en materia de seguridad e higiene laboral encabezaron los primeros planes de previsión social surgidos en el mundo.

La primera ley que asegura a los obreros el pago de compensación por daños sufridos en la jornada de trabajo se establece en Inglaterra, y disposiciones semejantes en forma posterior en Alemania y Francia en 1884, Austria en 1887, Noruega en 1895, y Dinamarca e Italia en 1898.

En Alemania, durante la dictadura de Bismarck y mediante una fuerte presión sindical y movimientos obreros se promulgó la ley del seguro obligatorio de enfermedades, en 1883, y seguro por accidentes de trabajo de los obreros y seguro obligatorio de invalidez y vejez en 1889.

En Estados Unidos se dictan medidas de protección al trabajador a partir de 1898, realizando esfuerzos para que empresarios compartan gastos de accidentes de trabajo, a fin de evitarlos y compensarlos. Estas disposiciones se hacen efectivas hasta 1911 en el Estado de Wisconsin con la primera ley de

indemnización al trabajador.(9)

#### 1.4 ANTECEDENTES EN MEXICO.

##### A) Mundo Precolombino y Colonial.

En las sociedades indígenas de mesoamérica existían varias formas de solidaridad y asistencia que pueden ser consideradas como un antecedente de la previsión social en México.

Entre los aztecas era considerado un deber por parte del Estado la atención hacia los ancianos e inválidos. Al ser el pueblo Azteca un pueblo netamente guerrero, existía gran cantidad de pobladores que se encontraban lisiados, por lo que para atender a éstos y a los ancianos existía un hospital que se encargaría de brindarles atención, o en su caso, emplearlos en servicios propios del Estado a fin de proporcionarles una vida digna y útil.

Aquéllos ancianos que habían servido al Estado en el ejército con un alto rango, recibían alojamiento y alimentos en su calidad de retirados, operando de esta forma una especie de seguro de retiro.

(9).Cfr. BRISEÑO RUIZ, Alberto. op. cit. pág. 60.

En cuánto a la alimentación, existía un almacén en donde se guardaban las provisiones necesarias para satisfacer las necesidades del pueblo durante determinado tiempo en caso de que sobreviniera sequía, existiendo además una ayuda mutua entre los habitantes que se manifestaba mediante un día de trabajo gratuito para beneficio colectivo.

Para los zapotecas existe una forma de mutualismo que aún perdura hasta nuestros días, denominada "la guelaguetza", y que se da de acuerdo a las posibilidades económicas de los partícipes y no en proporción a lo recibido. Es una ayuda y protección del pueblo entre sí.

### **B) La Colonia.**

Durante la colonia los conquistadores tomaron medidas tendientes a proporcionar asistencia a los sectores más desprotegidos de la población. Por ejemplo, para el sostenimiento de hospitales y ayuda a huérfanos, viudas, ancianos, inválidos y enfermos, se crearon las "cajas de comunidad indígena o de censo", utilizando esta última palabra como sinónimo de préstamo, que mediante el producto que se obtenía por el cultivo de una parcela por parte de la comunidad era aplicada a dichas gentes.(10)

(10).Cfr. DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, decimasegunda edición, Porrúa, México, 1990. pág. 38.

Por otra parte, de nueva cuenta tenemos la alhóndiga, cuyo propósito, como se ha explicado anteriormente era almacenar semillas para evitar carencias futuras, y las cofradías, en donde se agrupaban trabajadores de una misma actividad u oficio para proporcionar asistencia en caso de muerte o enfermedad a los afiliados, situación que en España se encontraba bien definida.

Para la primera mitad del Siglo XVIII (1761) son creados los montepíos, que proporcionaban asistencia económica y social a los trabajadores del virreinato y beneficios a las viudas y huérfanos de empleados al servicio de los Ministerios de Justicia y Real Hacienda, así como burócratas de altos ingresos, pero nunca llegando a la población de escasos recursos, como en el caso de las cofradías que se abocaban a satisfacer las necesidades de ésta parte de la población.

### **C) De la Constitución de 1857 a la Revolución de 1910.**

Los artículos 4o. y 5o. de la Constitución de 1857 y los códigos civiles de 1870 y 1884 establecieron en materia laboral un marco jurídico que se fundaba en el principio de libertad del trabajo, aunque en la realidad ésta situación no se daba en esta época ya que aún existían los antiguos métodos de opresión al trabajador. Es para la década de los años de 1850 y 1860 que surgen las sociedades mutualistas como primera forma de resistencia y organización de las clases trabajadoras. Dichas sociedades se limitaban a proporcionar a sus miembros ayuda

en casos de enfermedad y muerte, con una capacidad de ayuda muy limitada frente a las condiciones de trabajo, salarios y despidos por los que atravesaban los trabajadores.

Durante el porfiriato, las condiciones de los trabajadores fueron en extremo miserables, con jornadas de trabajo de siete días y mayores a las doce horas diarias, malos tratos, bajos salarios, multas y carencias de medidas de higiene y seguridad laboral, agregando a éstas enfermedades falta de educación y vivienda, todo esto respaldado por la dictadura porfirista, situación por la que en esta época no se originó un avance en materia laboral, a excepción de las leyes de 1904 y 1906 dictadas en los estados de México y Nuevo León respectivamente, y que establecían la obligación por parte del patrón de atención médica y pago de salarios en caso de enfermedad o accidente del trabajador en el desempeño de su trabajo, así como una indemnización a sus familiares en caso de muerte. En la mayoría de los casos, éstas situaciones eran pasadas por alto mediante el contubernio entre patrones y autoridades.

Estas condiciones de trabajo ocasionaron que las demandas de los trabajadores giraran en torno a mejores salarios y derecho a descanso dominical, dejando a un lado el ámbito de la previsión social, siendo por otra parte el Partido Liberal Mexicano de oposición el único que en su programa prestó atención a la *cuestión del trabajo*, *exigiendo una jornada máxima de ocho horas*, la fijación de un

salario mínimo, reglamentación de trabajo doméstico a domicilio y a destajo; la higiene y seguridad laboral, la prohibición de trabajo infantil, el descanso dominical, la indemnización por accidentes, el pago de pensión a obreros jubilados, la prohibición de multas y descuentos, la obligación de pagar íntegramente con dinero en efectivo el salario, así como la anulación de las deudas de los jornaleros.

A la caída de la dictadura porfirista se creó en Enero de 1912 dentro de la Secretaría de Fomento, el Departamento del Trabajo, encargado básicamente de mediar los conflictos obrero patronales.

El gobierno de Madero, a fin de frenar las constantes huelgas y ganarse el apoyo de los trabajadores propuso un reglamento que consideraba la reducción de la jornada de trabajo a diez horas, incremento al salario mínimo y alza salarial general, que una vez aprobado el plan logró fijar la jornada máxima en 10 horas, salario mínimo de \$1.25, prohibición de multas y limitación de autoridad de empresarios para despedir trabajadores, pero sin tomar en cuenta las condiciones de seguridad, indemnizaciones por accidente, enfermedad o muerte en el trabajo, ni trabajo de mujeres o menores de edad.

A la caída de Huerta se dictaron en distintos Estados de la República reglamentos y códigos relativos a las condiciones de trabajo. Aparecen en diversas entidades disposiciones que contemplan el descanso dominical, jornada máxima de

trabajo, abolición de las tiendas de raya, etc. En Veracruz se decretó la obligación patronal de establecer hospitales y escuelas laicas para los trabajadores y sus familias. En diciembre de 1915 a iniciativa del general Salvador Alvarado se promulgó en el estado de Yucatán la primera ley que estableció el seguro social en el país.

#### **D) Marco Jurídico Institucional Pos Revolucionario.**

Ante los diputados del congreso de Querétaro, Carranza presentó una propuesta constitucional que en materia laboral contemplaba la fijación del salario mínimo, la duración máxima de la jornada de trabajo, la responsabilidad patronal en los accidentes de trabajo y el seguro de enfermedad y retiro de los trabajadores; proponía así mismo, un carácter federal para la legislación laboral.

Debido al rechazo de la mayoría de los delegados de la propuesta hecha por Carranza, se declaró un nuevo documento que finalmente se plasmó en lo que ahora conocemos como el artículo 123, donde se disponía que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados debían expedir leyes conforme a una serie de bases, entre las que destacaban jornadas máximas de ocho horas de trabajo diurno, siete para nocturno, y seis para menores de 12 a 16 años. Prohibición de trabajo para menores de 12 años, establecimiento de un día de descanso por cada seis de trabajo, prolongación de la jornada de trabajo sólo bajo circunstancias extraordinarias,

prohibición de la jornada extraordinaria a mujeres y menores de 16 años, a quienes también se les prohibía el desempeño de labores insalubres y peligrosas; prohibición de que las mujeres tres meses antes del parto desempeñaran trabajos físicos que requirieran esfuerzos considerables, y concesión de un mes de descanso después del parto sin demérito de empleo y derechos adquiridos; obligación patronal de pagar un salario mínimo e indemnizaciones a obreros en casos de accidentes y enfermedades profesionales, lo mismo que la obligación de sufragar gastos para escuelas, dispensarios y habitación para los trabajadores, así como observar los preceptos legales sobre higiene y seguridad en el trabajo; creación de casas de seguros populares, de invalidez, de cesantía involuntaria, de accidentes y de otras con fines análogos.

Cabe destacar que en ese entonces el artículo 123 surgido del congreso constituyente otorgó a los Estados y no a la federación en forma exclusiva la facultad de jurisdicción para legislar en materia laboral, lo que tuvo como consecuencia que los Congresos Estatales dictaran reglamentos en base a dicho artículo, pero por lógica, estos reglamentos fueron dictados de conformidad a las condiciones económicas y laborales que prevalecían en sus respectivas entidades.

Durante todos esos años los avances en materia de previsión social fueron relativamente pocos. El lapso transcurrido entre la aprobación del artículo 123 constitucional en 1917 y su reglamentación de carácter Federal en 1931,

representa un paréntesis en el que se inscriben la creación de dependencias gubernamentales de poca importancia, así como iniciativas que no llegaron a prosperar.(11)

A la caída de Carranza, el gobierno provisional de Adolfo de la Huerta creó un departamento de previsión social. En marzo de 1921, el General Obregón presentó una iniciativa de ley a fin de crear la Secretaría de Trabajo, que junto con la propuesta del seguro obrero (hoy Seguro Social) no prosperaron.

Dadas las condiciones que se originaban con las diversas legislaciones del trabajo entre los Estados, Emilio Portes Gil elaboró un proyecto de Ley Federal del Trabajo, de carácter Federal que no fué otorgado sino hasta el periodo presidencial de Pascual Ortiz Rubio en que fué aprobado, y que vendría a reglamentar entre otras cosas el derecho a la organización sindical, derecho de huelga, cuestiones relativas a despidos de personal y duración de jornadas de trabajo, salarios, responsabilidad patronal y pago por accidentes y enfermedades de trabajo.

La participación el Estado en el trabajo se extiende y refuerza con la Ley del Seguro Social, que como hemos dicho, tuvo su antecedente en el Seguro

---

(11).Cfr. DE LA CUEVA, Mario. op. cit. pág. 4

Obrero que se contemplaba en el proyecto del Código Federal de Emilio Portes Gil en diciembre de 1928, y que fué rechazado por los empresarios.

Para el año de 1929 se reforma la fracción XXIX del artículo 123 dando al Seguro Social la categoría de derecho público obligatorio, y otorgándose al congreso de la federación la facultad exclusiva de legislar sobre la materia. Pero no fué sino hasta diez años después de dicha reforma que el Partido de la Revolución Mexicana en su segundo plan sexenal de gobierno (1940-1946) adquirió el compromiso de establecer el Seguro Social hasta el año de 1941, pero dicha ley no fué promulgada sino hasta el 19 de Enero de 1943.(12)

Del artículo 123 de la Constitución a la promulgación de la Ley del Seguro Social y pasando por la Ley Federal del Trabajo, se definen los fundamentos jurídicos e institucionales en materia de previsión social, mismos que serán ampliados en 1960 y 1962 con la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFAM).

En la actualidad, el papel y la importancia de la vida social y económica del país alcanzado por las diversas instituciones de seguridad social, representa el avance experimentado en los últimos años, aunque el desarrollo en la (12).vid. DE LA CUEVA, Mario. op. cit. pág. 50.

No hay que perder de vista que el derecho laboral es una rama moderna del derecho, que se ubica dentro del derecho social y que tiene como primordial objetivo, el de cuidar los intereses de una clase social débil, que es representada en este caso por los trabajadores y su familia. Si tomamos en cuenta lo anterior, aunado a que el bien de sus hijos es una situación de vital importancia y un principio rector para nuestras diversas instituciones, ya que la protección que la ley garantiza debe ser igual para los nacidos dentro o fuera de matrimonio, y también para aquéllos que no tienen relación biológica alguna, como es el caso de la adopción, es por lo que en consecuencia, la ley expedida por el estado debe procurar una protección igualitaria para los menores hijos de la clase trabajadora en general, y más aún, porque los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad, independientemente de su origen.

Es ésta la razón por la cuál el legislador debe tomar en consideración los conflictos que se le ponen a consideración, eliminando en forma práctica las condiciones de estado civil del trabajador para brindar la protección que debe ser consagrada a los menores en cuánto a su cuidado durante la jornada de trabajo de sus padres, mediante una correcta prestación del seguro de guarderías.

En la elaboración de éste capítulo, pretendemos mostrar los principales conceptos y definiciones que proporciona la legislación así como diversos autores respecto a nuestro tema de tesis, y que mediante la comprensión de

las figuras que se tratarán a lo largo del presente capítulo, harán más sencillo el entendimiento de la figura de la igualdad tal y como se contempla en la Carta Magna, y la correcta aplicación de la misma en la legislación laboral, en forma particular, en las diversas legislaciones de seguridad social.

## 2.1 TRABAJADOR

Al referimos al concepto de trabajador en forma general, lo hacemos en un carácter sustantivo entendiéndolo como una persona que trabaja, como una persona que desarrolla un trabajo. En este sentido, con excepción de los ociosos, todas las personas son trabajadores.(13)

Pero el sentido o significado que pretendemos analizar, lo expresan de mejor forma los maestros Alberto Trueba Urbina y Mario de la Cueva, citados por Baltasar Cavazos Flores quienes dicen en forma respectiva que : "todo el mundo es trabajador" o "quién pertenezca a la clase trabajadora".(14)

En virtud de que tales conceptos a nuestro parecer no aportan elementos más importantes a los que analizamos en el concepto general, es por lo

---

(13).vid.CAVAZOS FLORES, Baltasar. 40 Lecciones de Derecho Laboral. octava edición, Trillas, México, 1994, p. 79.

(14).CAVAZOS FLORES, Baltasar. op. cit. p. 78.

que preferimos la definición que proporciona el artículo octavo de la Ley Federal del Trabajo en vigor, que previene: "Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado".

Esta definición es la que parece acertada, no sólo por ser la que contempla nuestra legislación laboral, sino porque además permite desprender los elementos que integran a la misma, como son: a) la de ser siempre una persona física el trabajador, ya que por lo consiguiente las personas morales nunca podrán serlo, y b) la prestación de un trabajo personal subordinado, entendiendo como subordinación la facultad de mandar y el derecho a ser obedecido, pero siempre tomando en consideración que dicha facultad de mando debe ser referida en cuanto al trabajo estipulado, y ejercida durante la jornada de trabajo.

Vistos los anteriores conceptos, pasemos a buscar una definición adecuada para el término de seguridad social.

## **2.2 SEGURIDAD SOCIAL**

El Diccionario Jurídico Mexicano define el término de seguridad social desde el punto de vista Institucional, y para tal efecto manifiesta:

"Son los organismos que forman parte del sistema encaminado a la protección de la clase trabajadora, de sus familias y de la comunidad misma, contra los riesgos derivados del trabajo y de la existencia en general (riesgos vitales)." (15)

Como podemos apreciar, ésta definición es indicada para los fines que pretendemos manifestar, en virtud de que la misma reafirma la búsqueda de protección hacia la clase trabajadora como parte de un núcleo social y no como un simple sujeto, y más aún, a su familia y a la comunidad a la que pertenecen, no sólo contra la existencia de riesgos en el trabajo sino cualquier riesgo en general.

No obstante lo anterior, es necesario estudiar que dice la legislación respecto al concepto de seguridad social, y al efecto, el artículo segundo de la Ley del Seguro Social atiende principalmente la finalidad de dicho concepto y señala:

"La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado".

(15). Diccionario Jurídico Mexicano, tomo I-O, segunda edición, Porrúa y U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988, p.1753.

Ahora bien, un par de conceptos que engloban los elementos de las definiciones anteriormente citadas los proporcionan, primeramente Alberto Briseño Ruiz quién manifiesta:

"La seguridad social es el conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, y permite la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural."(16)

Así como la proporcionada por el tratadista Argentino Miguel A. Cordini quién explica:

"Es el conjunto de principios y normas que, en función de solidaridad social, regula los sistemas e instituciones destinados a conferir una protección jurídicamente garantizada en los casos de necesidad bioeconómica determinados por contingencias sociales."(17)

Ambas, a nuestro punto de vista, completas y de fácil comprensión en virtud de que las mismas se encuentran encaminadas a explicar la protección jurídica a que tienen derecho todos los individuos en caso de contingencias, pero

(16).BRISEÑO RUIZ, Alberto. op. cit. p.15.

(17).CORDINI A., Miguel.Derecho de la Seguridad Social, Eudeba, Argentina, 1966, p.9.

haciendo mención de las instituciones encaminadas a prestar dichos servicios.

## 2.3 GUARDERIA

Sobre la definición de guardería, los tratadistas han omitido proporcionar un concepto, por lo que transcribimos la definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española respecto al tema, misma que a continuación se transcribe:

"guardería infantil. Lugar donde se cuida y se atiende a los niños de corta edad."(18)

Es de observarse que esta definición debido a su brevedad y la forma tan general en que se basa, no proporciona una buena idea sobre lo que son en sí las guarderías, ya que se concreta a manifestar que es un lugar en donde se cuida a los niños de corta edad, lo que dejaría a un criterio muy particular para considerar cuál es la misma, así como una omisión sobre las condiciones y los motivos por los que debe prestarse dicho servicio.

En virtud de lo anterior, es por lo que consideramos que la más

(18).Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición, Madrid, 1992.

adecuada es la que señala el Diccionario Jurídico Mexicano, el cuál la define como:

"Servicio social que se presta a los trabajadores para el cuidado y protección de sus hijos, hasta los seis años de edad, durante el periodo de la jornada de trabajo. Prestación especial que se otorga a las madres trabajadoras, consignada en algunos contratos colectivos de trabajo y extendida en la actualidad a los trabajadores viudos o divorciados que acrediten este derecho."(19)

No obstante que es la definición más acertada, a nuestro punto de vista, no se encuentra adecuada a nuestra legislación, ya que ésta manifiesta que será proporcionado dicho servicio hasta los cuatro años de edad, y que el mismo se encuentra extendido a los trabajadores viudos o divorciados, situación que como más adelante estudiaremos es por demás limitativa en virtud de que dicho servicio debe ser ampliado en forma auxiliar a una necesidad especial o en casos de emergencia.

La legislación mexicana en materia de seguridad social no proporciona una definición acerca del seguro de guarderías, sino que única y exclusivamente el capítulo VII sección primera de la Ley del Seguro Social, se concreta a enunciar las condiciones bajo los cuáles deberá ser prestado y los

(19). Diccionario Jurídico Mexicano, tomo IV, U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983, p.311.

riesgos que cubre dicho ramo en ésta legislación, así como el tipo de servicios incluidos.

## **2.4 IGUALDAD**

El concepto de igualdad en el sentido vulgar significa "lo mismo para todos", situación que si bien es cierto es perfectamente entendible, pero como analizaremos más adelante no es posible buscar una igualdad entre todos los elementos a tratar debido a que existen infinidad de características que van a resaltar diferencias. El concepto de igualdad, en un sentido más amplio lo podemos explicar como una conformidad de una cosa con otra. No es difícil entender el concepto de igualdad en un sentido amplio, pero lo que interesa es dar una definición de lo que significa la palabra igualdad desde el punto de vista jurídico, y tomando en consideración de que el derecho del trabajo no puede ser un instrumento para crear diferencias entre los seres humanos.

El ideal igualitario se traduce en nuestra Constitución en un dogma del constitucionalismo moderno. El artículo cuarto Constitucional, en su párrafo segundo dispone:

"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

De esta forma, resalta el derecho de todos los hombres (entendiendo esta palabra en sentido general) para ser juzgados por las mismas leyes, por un derecho común aplicable a todos, y principalmente, siendo tratados de la misma manera, considerando a la igualdad como un elemento fundamental de la justicia.

La igualdad que garantiza el orden jurídico a los hombres no significa que éstos tengan siempre los mismos derechos y facultades, ya que la igualdad así considerada es prácticamente inconcebible si tomamos en cuenta la materia sobre la que estamos trabajando, donde prácticamente sería impensable que a los hombres se les impusieran las mismas obligaciones y tuvieran los mismos derechos sin hacer ninguna distinción entre ellos, atendiendo a su sexo o edad.

El Diccionario Jurídico Mexicano no proporciona en sí una definición concreta de lo que es la igualdad jurídica, sino que en forma por demás sencilla se concreta a explicar:

"Establecer la igualdad jurídica significa que las instituciones que crean y aplican el derecho no pueden tomar en consideración, en el trato de individuos, diferencias excluidas por el orden jurídico; los órganos de aplicación sólo pueden tomar en consideración las diferencias "aceptadas" o "recibidas" por las normas de un orden jurídico". (20)

(20) Diccionario Jurídico Mexicano, tomo I-O, op cit. p.1611.

Idea que proporciona una explicación más acertada sobre lo que es la igualdad, en virtud de que como acertadamente se manifiesta y lo hemos mencionado en los párrafos que anteceden, la igualdad jurídica debe establecerse basándose en las diferencias existentes a los entes a aplicar dicha igualdad en el orden jurídico.

## **2.5 ESTADO CIVIL.**

Al hablar del estado civil de las personas lo hacemos en una forma estricta a las personas físicas, y no a las morales, ya que éstas carecen de dicho atributo que es característico sólo de la persona humana.

No debe confundirse el estado civil de las personas con la actividad a la que dedican sus labores, puesto que ésta solo señala la función específica de su ocupación, y mucho más aún, debemos descartar la posición o esfera social en la que el individuo se encuentra y que tampoco debe ser considerada dentro de los elementos del estado civil.

El estado civil de las personas se prueba con las actas del Registro Civil, pero cuando en innumerables casos no existan dichas actas no podrá comprobarse dicho estado. Sin embargo, ante los ojos de los demás, dichas personas estarán gozando de ese estado o situación, aunque por falta de registro o de

cualquier otra circunstancia como más adelante analizaremos, muchos no podrán comprobar que son hijos de su padre, aunque la colectividad y el padre mismo le haya dado trato de hijo.

Aún cuando el estado civil es susceptible de posesión, la posesión de un determinado estado civil no conlleva a adquirir dicho estado, lo que significa que el estado civil no se adquiere o extingue por la posesión, es inalienable por ser personalismo y es indivisible.

Para la sociedad, generalmente la persona o individuo que detenta un estado civil o que tiene sus apariencias es su titular; sin embargo, dicha posesión sólo constituye una presunción de la realidad.(21)

Una vez explicado lo anterior, analizaremos algunas definiciones que proporcionan los diversos autores, comenzando por el Diccionario Jurídico que explica:

"Atributo de la personalidad que se refiere a la posición que ocupa una persona en relación con la familia; presupuesto necesario junto con el estado político, para conocer cuál es la capacidad de una persona. Comprende el estado de

---

(21)cfr.MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Porrúa, México, 1987, p.105.

cónyuge y el de pariente, ya sea por afinidad, adopción o consanguinidad. Tiene su origen en un hecho jurídico -el nacimiento- o en actos de voluntad como el matrimonio. Este estado se comprueba mediante las constancias respectivas en el Registro Civil, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".(22)

Esta definición sintetiza lo que hemos mencionado anteriormente, y más aún, se extiende a los medios sobre los que puede ser comprobado el estado civil, por lo que aunado a los diversos conceptos que mencionaremos nos parece correcta.

Un concepto semejante, pero más breve lo proporciona el maestro Magallón Ibarra en su obra "Instituciones de Derecho Civil", y sobre la cuál coinciden los estudiosos de la materia y transcribe:

"Es el conjunto de cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia".(23)

Y continúa enunciando que los modernos lo definen como:

(22).Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D-H, op. cit. p.1328.

(23).MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. "Atributos de la personalidad". Tomo II, Porrúa, México, 1987, p. 97.

"Es la posición jurídica reveladora de un grado especial de capacidad, algo así como la medida de la personalidad y de su virtud operatoria".(24)

De los anteriores conceptos podemos concluir que los diversos autores coinciden en definir al estado civil como una calidad de distinción del individuo, ya sea con respecto a su familia o la sociedad.

## **2.6 PATRIA POTESTAD**

El Código civil no proporciona una definición o concepto sobre lo que es en sí la patria potestad, sino que única y exclusivamente detalla el efecto de la patria potestad respecto la persona de los hijos y sus bienes y quién puede ejercerla, y en forma final, las formas de acabarse o suspenderse la misma, manifestándonos el artículo 413 lo siguiente:

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal".

---

(24).IDEM.

Como lo hemos manifestado, dicho precepto no proporciona una definición sobre lo que la ley interpreta en sí como patria potestad. La doctrina no es uniforme en cuánto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos autores la definen como una Institución, otros como una potestad, y otros como una función, pero siempre coincidiendo en que la misma tiene como objeto el cuidado y protección de los menores no emancipados, y que tiene como base u origen la relación, no siempre ni precisamente de padres o hijos, sino de ascendiente descendiente.

José María Alvarez en 1827 la definió como:

"Aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados".(25)

Definición que no parece acertada, ya que más hacia nuestra época dicho concepto no se encuentra muy acorde a nuestra realidad legislativa, ya que en forma independiente a que la autoridad otorgada a los padres se encuentra plenamente limitada en muchos aspectos, existe una limitación de dicha definición en cuánto a los fines de la patria potestad, porque según dicho concepto, se basa en forma primordial y tajante a una educación a conveniencia de los padres, lo que

(25).ALVAREZ, José María.Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias, Tomo I, U.N.A.M., México, 1982, p.117.

sólo es un factor dentro de la finalidad de la patria potestad que en su sentido más amplio busca la protección que debe ser brindada hacia el menor.

Una definición correcta y más completa la proporciona el maestro Galindo Garfias, quién manifiesta:

"Es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad".(26)

Definición con la que estamos parcialmente de acuerdo, en virtud de que la misma manifiesta que si bien la patria potestad es una autoridad, la misma se encuentra en cumplimiento de un deber, es decir, una obligación de no sólo educar, sino también de proteger a los hijos. Lo único en lo que no estamos de acuerdo es en que manifiesta que la misma es una función propia de maternidad y paternidad, siendo que por el contrario, conforme a nuestra legislación no solo los padres están obligados hacia dicho ejercicio.

Por último, proporcionaremos la definición que da el Diccionario (26).GALINDO GARFIAS. Ignacio. Derecho Civil, segunda edición, Porrúa, México, 1976, p. 656.

Jurídico Mexicano:

"Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes".(27)

De igual manera que la anterior, si bien es cierto que proporciona ya un sentido más amplio hacia las personas que se encuentran facultadas para ejercer la patria potestad, en este caso los ascendientes; la definición misma manifiesta una obligación, en un sentido general, pero no especifica el sentido de protección que busca en sí la patria potestad.

Con esto concluimos, que la patria potestad no es solo una facultad conferida hacia los padres, sino que puede encontrarse en diversos ascendientes y llevar consigo un conjunto de obligaciones cuya meta primordial es la correcta educación y protección de los menores que se encuentran a cargo de los mismos.

---

(27).Diccionario Jurídico Mexicano, tomo P-Z, op.cit., p.2351.

### **CAPITULO III**

#### **REGULACION DEL SEGURO DE GUARDERIAS EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EN MEXICO.**

**3.1 CONSTITUCION POLITICA DE 1917 (ARTICULO 123).**

**3.2 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970.**

**3.3 LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO  
DE 1963.**

**3.4 LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 1995.**

**3.5 LEGISLACION DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS  
ARMADAS DE 1976.**

**3.6 LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES PARA  
LOS TRABAJADORES DEL ESTADO DE 1983.**

**3.7 LEGISLACION DEL TRABAJO DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y  
CREDITO DE 1983.**

En el presente capítulo abordaremos acerca de la forma en la que se encuentra regulado el seguro de guarderías en el marco legislativo mexicano, principiando por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y poniendo mayor interés en la garantía de igualdad que consagra la misma en su artículo cuarto, en forma conjunta con la contemplación del apoyo que debe proporcionar la ley y las diversas instituciones en favor de los menores con la finalidad de lograr su protección y un correcto desarrollo físico y emocional durante los primeros años de su vida, lo que es de vital importancia para los menores durante el tiempo que sus padres se encuentran laborando en sus centros de trabajo, y por este motivo no pueden brindarles en forma personal dichos cuidados.

Asimismo, a lo largo del presente capítulo hablaremos sobre la falta de regulación del seguro de guarderías en las diversas legislaciones, así como los problemas que pueden ocasionar en perjuicio de los menores los requisitos establecidos por la ley, en aquéllas legislaciones en que se encuentra contemplado dicho seguro con los requerimientos y condiciones empleados para la prestación de éste servicio.

Por último, mostraremos una visión muy general respecto a la situación por la que atraviesan los menores hijos o familiares de trabajadores observando la realidad por la que atraviesa nuestro país respecto a la problemática

infantil y el registro de menores, señalando algunos de los casos por los que frecuentemente se ven afectados los mismos durante el desarrollo de su infancia.

### **3.1 CONSTITUCION POLITICA DE 1917 (ARTICULO 123).**

La Constitución es la Ley suprema y fundamental de un Estado; está compuesta por un conjunto de normas que dirigen la estructura y las relaciones entre los poderes públicos y la situación de los individuos frente al estado. Esta se encuentra integrada por dos partes, la primera, la Dogmática, se encuentra encaminada a tratar los derechos fundamentales de los hombres con las limitaciones que tiene el Estado frente a los particulares. La segunda, o parte orgánica, organiza el poder público, estableciendo las facultades de sus órganos.

Al hablar de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos trataremos de explicar el fundamento dentro del cuál se encuentra establecido el seguro de guarderías, así como sus características esenciales.

El fundamento Constitucional del seguro de guarderías lo encontramos en el artículo 123 de nuestra Carta Magna, que en el apartado A en su fracción XXIX establece:

"Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares;"

Como podemos analizar, en el mismo no sólo se busca brindar una protección y bienestar a los trabajadores, sino que la misma engloba en forma general a los familiares de los mismos, situación por la que de dicho precepto se puede establecer que para su exacto cumplimiento va a jugar un papel muy importante las leyes secundarias que se expidan para tal motivo, puesto que tocará a dichas legislaciones establecer los mecanismos mediante los cuáles se dará cumplimiento en forma detallada a las instituciones creadas para tal fin, siendo en este caso, la protección del trabajador y sus familiares, ya que como hemos analizado anteriormente, la Constitución Mexicana actual fué promulgada el 5 de febrero de 1917, entrando en vigor el primero de mayo del mismo año, por lo que durante los 82 años que lleva de vigencia la misma ha sido revisada en infinidad de ocasiones para reformarla o adicionarla, dando con este motivo una adecuación más práctica a la realidad nacional.

Ahora bien, el apartado B del artículo 123 de la Constitución regula las relaciones entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus

trabajadores, y encuentra su fundamento constitucional sobre el seguro de guarderías en la fracción XI, inciso c), que manifiesta:

XI La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además disfrutarán de asistencia médica y obstétrica de medicinas, de ayudas para lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

Si bien es cierto, que dicha fracción se encuentra encaminada hacia las mujeres trabajadoras, el apartado de referencia no sólo contempla a éstas, sino a los trabajadores en general, situación que se aplica en la legislación respectiva y que más adelante estudiaremos.

Por otra parte, a nuestro criterio manifestamos que dichos preceptos se encuentran complementados en forma primordial con lo dispuesto por el artículo cuarto de nuestra citada Carta Magna, que en lo relativo a sus párrafos segundo y sexto, manifiestan:

"El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."

Del párrafo anteriormente transcrito se desprende que no sólo se debe proteger a la familia como base de la sociedad, siendo por demás ahondar en la igualdad que consagra dicho párrafo entre el varón y la mujer como entes jurídicos, pero lo que es necesario es resaltar la función protectora que señala dicho precepto hacia la organización y desarrollo de la familia, y más aún, si complementamos dicha idea con el carácter de "parte débil" que ha proporcionado nuestra legislación a la clase trabajadora en atención al principio de desigualdad procesal que opera en materia laboral en atención a la desigualdad económica de los factores de la producción, y al que los tratadistas no se han puesto de acuerdo si debe operar o no. En relación a ésta idea el maestro Alberto Trueba Urbina señala:

"En virtud de la desigualdad económica entre los factores de la producción, deja de tener efecto el presupuesto de igualdad de las partes en el proceso.

Naturalmente es lógico que en el proceso del trabajo se establezcan desigualdades jurídico procesales en favor de los asalariados, con el fin de compensar la desigualdad económica frente a los propietarios".(28)

Ideas que en su conjunto deben recalcar que si se busca una protección hacia la familia, por ser, como lo hemos manifestado en párrafos anteriores la base de la sociedad, dicha protección debe encontrarse más firme al tratarse de la familia de la clase trabajadora, y por lógica, de sus menores hijos que son la parte más desprotegida.

Ahora bien, por otro lado en su párrafo sexto el artículo cuarto constitucional detalla:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Lo que obliga a los ascendientes de los menores a buscar su protección en el ámbito físico y mental, pero comprometiendo a la legislación respectiva a apoyar dicha obligación mediante las Instituciones públicas creadas

---

(28).TRUEBA URBINA, Alberto.**Nuevo Derecho Procesal del Trabajo.**"Teoría Integral", quinta edición, Porrúa, México, 1980, p. 330.

para tal efecto.

### **3.2 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970.**

Como hemos venido manifestando, el derecho del trabajo es una rama del derecho social que se encuentra por mandato Constitucional encaminado a la protección del trabajador, entendiendo como tal a la persona física que presta a otra física o moral un trabajo personal subordinado, (como la propia legislación Federal del Trabajo marca en su artículo 8o.) y mediante una remuneración, sea autónomo o dependiente, e inclusive en la actualidad, tomando en consideración las relaciones que se encuentran derivadas del código civil y código de comercio en materia de contratos de prestación de servicios que se regulen como tal, pero que realmente impliquen una relación de trabajo.

Las leyes del trabajo deben proteger y tutelar a los trabajadores, llegando incluso a suplir las quejas formuladas por estos.

La facultad para legislar en materia de trabajo se encuentra contemplada en la fracción X del artículo 73 Constitucional, que señala:

Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación

y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.

La Ley Federal del Trabajo rige las relaciones laborales comprendidas en el artículo 123 apartado A de la Constitución Política aplicable a obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos, universitarios y como lo hemos manifestado anteriormente, todo contrato de trabajo de aquél que preste un servicio a otro, y conteniendo no sólo la parte conducente al derecho sustantivo del trabajo, sino los preceptos constitutivos del derecho procesal laboral y disposiciones de carácter administrativo.

Ahora bien, la Ley Federal del Trabajo contempla el seguro de guarderías en su Título Quinto relativo al Trabajo de las Mujeres, y en forma especial en el artículo 171 que manifiesta:

"Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias."

Del precepto anteriormente citado podemos concluir que conforme a las reformas hechas a la ley del seguro social, publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 21 de Diciembre de 1995, dicho artículo no debe encontrarse

contemplado únicamente en el Título Quinto, denominado "Trabajo de las Mujeres", porque como más adelante lo analizaremos dicha prestación ya no solo contempla a la mujer trabajadora como beneficiaria de este seguro, por lo que existe la necesidad de modificar el artículo cumplimentándolo a fin de quedar acorde con las reformas previstas a la ley del seguro social y contemplar así el poder proporcionar esta prestación al trabajador.

Ahora bien, éste artículo a nuestra consideración se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 164 de la Ley Federal del Trabajo, el cuál señala:

"Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres".

Si tomamos en consideración ambos artículos estaremos de acuerdo en la igualdad a la que hemos venido haciendo referencia a lo largo del presente trabajo de investigación, haciendo hincapié de nueva cuenta que la misma debe ser contemplada para una correcta regulación del seguro de guarderías.

Cabe señalar que dentro de las obligaciones conferidas al patrón en el artículo 132 de la Ley Federal del Trabajo no se encuentra expresamente

contemplado la instalación de guarderías en beneficio de los trabajadores, sino que única y exclusivamente en su fracción I manifiesta en forma general:

*"...Cumplir con las disposiciones de las normas de trabajo aplicables a sus empresas o establecimientos".*

### **3.3 LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO DE 1963.**

El apartado B del artículo 123 constitucional se encuentra encaminado a regular las relaciones de trabajo entre el estado y sus servidores, o sea, entre aquéllas personas que prestan sus servicios a los Poderes de la unión y Gobierno del Distrito Federal.

Dentro de las obligaciones encomendadas a los titulares de las dependencias públicas que tienen a su cargo trabajadores, encontramos el fundamento del seguro de guarderías, que en su artículo 43 fracción VI inciso e) enuncia entre otras:

*"...e) Establecimiento de centros para vacaciones y para recuperación, de guarderías infantiles y de tiendas económicas".*

Es este precepto el único dentro de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en donde encontramos un precedente o fundamento para la regulación del seguro de guarderías, por lo que más adelante analizaremos en forma conjunta con el reglamento del seguro de guarderías relativo a la ley del seguro social, dada su relación e igualdad en los preceptos aplicables en materia de seguridad social, en forma específica la encaminada a regular esta prestación.

### **3.4 LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 1995.**

Desde nuestro punto de vista, la legislación del seguro social es la más completa en cuanto a la regulación del seguro de guarderías, situación por la cuál las diversas legislaciones que hemos analizado y que continuaremos estudiando basan su organización en esta ley y su reglamento.

No obstante lo anterior, esto no significa que dicha ley, a pesar de las reformas que ha tenido y en forma particular en materia de seguro de guarderías, regule a nuestro parecer correctamente dicha prestación.

El seguro de guarderías se encuentra comprendido en forma conjunta con las prestaciones sociales, dentro del régimen obligatorio en el Ramo V y dentro del artículo 11 de la Ley.

En efecto, la Ley del seguro social contempla en su capítulo VII el denominado "Del seguro de guarderías y de las prestaciones sociales", en forma primordial en su sección primera la "Del ramo de guarderías", pretendiendo regular en siete artículos específicamente ubicados del 201 al 207 esa prestación.

El artículo 201 de dicho ordenamiento señala:

"El ramo de guarderías cubre el riesgo de la mujer trabajadora y del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de los hijos de no poder proporcionar cuidados durante su jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo".

Del contenido de dicho artículo podemos destacar que el seguro de guarderías se encuentra encaminado a cubrir el riesgo de la mujer trabajadora en general, pero tratándose de el trabajador debe reunir como requisitos el ser viudo o divorciado, y que no obstante lo anterior conserve la custodia de sus hijos, lo que viola flagrantemente el principio de igualdad contemplado en el artículo cuarto de nuestra carta magna.

Si tomamos en consideración que hacia la mujer única y exclusivamente basta que la misma esté laborando para poder gozar de este servicio durante su jornada, es por lo que consideramos incorrecto que el trabajador

necesariamente deba ser viudo o divorciado para obtener dicha prestación, ya que en la actualidad existen infinidad de casos en concreto que originan que los hijos de los trabajadores hombres se encuentren desprotegidos mientras éstos prestan sus servicios en sus centros de trabajo, existiendo por lo tanto otros casos que trataremos en su oportunidad.

Si analizamos que el artículo 202 de la ley del seguro social se encuentra encaminado a proteger la salud de los menores y su buen desarrollo en forma física y mental y mediante la unión a la familia, en el mismo se enuncia a los menores en general, entendiendo por familia a todo el núcleo que vive en forma conjunta. Es por esto que consideramos que este servicio se debe regular a diversas personas que bajo sus cuidados o su custodia tengan a los menores que requieran dicha prestación.

En su artículo 204 ésta legislación busca prestar dichos servicios en instalaciones especiales por zonas convenientemente localizadas conforme a los centros de trabajo y habitación, situación que conforme a la realidad y a las necesidades por las que atraviesa el país no puede ser posible, ya que de acuerdo a la información proporcionada por el Instituto Mexicano del Seguro Social, existen sólo 52 guarderías en todo el Distrito Federal, cuyas vacantes se encuentran destinadas atendiendo al número de lugares disponibles, siendo que si se encuentran saturadas se remitirá al beneficiario a la que siga en turno conforme a la zona, y así

sucesivamente hasta encontrar, como hemos mencionado, una vacante, y por lo tanto la zona que abarcan es insuficiente para la prestación de dicho servicio, más aún, si tomamos en cuenta que el mismo se encuentra condicionado como hemos manifestado a la ocupación que cada una tenga, así como a los lugares disponibles, y por otra parte que en la actualidad es un porcentaje muy elevado de familias en las que ambos padres se ven obligados a laborar en forma conjunta para sustentar las necesidades de sus hijos y aquéllos familiares que por alguna razón específica habitan con ellos, lo que no implica necesariamente que la mujer trabajadora se encuentre inscrita en el ramo del seguro.

Por otra parte, el artículo 205 de ésta legislación especifica que se tendrá derecho a los servicios de guardería infantil, durante las horas de la jornada de trabajo, remitiéndonos al reglamento respectivo y condicionando de nueva cuenta al trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de sus hijos, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Dicho servicio se proporcionará de los 43 días y hasta los 4 años cumplidos, conservando el trabajador a la baja del régimen obligatorio durante 4 semanas el derecho a las prestaciones de este seguro.

Ahora bien, y como lo manifestamos con anterioridad, el Reglamento de los Servicios de Guarderías para Hijos de Aseguradas señala tanto en el seguro social como en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado:

"Igualmente quedarán protegidos sobre las mismas bases que se señalan para los hijos de las aseguradas, los de los trabajadores asegurados viudos o divorciados a quienes judicialmente se les haya confiado la guarda y cuidado de sus hijos, mientras no contraigan matrimonio o entren en concubinato".

Como podemos apreciar del precepto anteriormente transcrito, el mismo es casi idéntico a lo dispuesto por los artículos 201 y 205 de la ley del seguro social, sólo que el Reglamento se extiende a una custodia otorgada por autoridad judicial, situación que no puede acontecer en la mayoría de los casos por las razones que más adelante expondremos.

Cabe hacer mención que tanto el Reglamento como el Instructivo para la prestación del seguro de guarderías se encuentran dirigidos única y exclusivamente a la madre asegurada, con la salvedad del artículo que hemos citado.

### **3.5 LEGISLACION DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS DE 1976.**

El Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas es un organismo público descentralizado federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, encaminado a administrar y prestar servicios a los cuerpos

integrantes de las fuerzas armadas, así como la administración de sus propios recursos y bienes.

Dentro de las prestaciones otorgadas por dicho instituto se contemplan los centros de bienestar infantil, que en su caso sería el equivalente al seguro de guarderías proporcionado por las diversas legislaciones sociales, en virtud de que dicha legislación no contempla la prestación de éste seguro.

Como hemos dicho, dentro de dicha legislación existe un capítulo específico denominado "centros de bienestar infantil", que en su único artículo enuncia:

Artículo 144: El Instituto establecerá en plazas de importancia, Centros de Bienestar Infantil para atender a los niños mayores de 45 días y menores de 7 años, hijos de militares, cuando se acredite la necesidad de esa ayuda.

Como podemos apreciar, ésta legislación sí contempla la prestación de éste servicio a militares en forma general, con la única necesidad de acreditar la necesidad del seguro y reunir los requisitos establecidos de ser mayores de 45 días y menores de siete años, pudiendo notar con esto que es más extenso el plazo de cuidado a los hijos de los militares que el proporcionado por los demás institutos.

No obstante lo anterior, existe una sanción en contra de aquellos militares que en forma general hagan uso de un derecho o beneficio contemplado en su ley respectiva sin necesidad, manifestando por lo consiguiente el artículo 225:

"El instituto tomará las medidas pertinentes en contra de quienes indebidamente aprovechen o hagan uso de los derechos o beneficios establecidos por esta ley y ejercerá ante los Tribunales las acciones que correspondan, presentará las denuncias, formulará las querellas y realizará todos los actos y gestiones que legalmente procedan, así como contra cualesquiera que causen daños o perjuicio a su patrimonio o traten de realizar alguno de los actos anteriormente enunciados".

### **3.6 LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES PARA LOS TRABAJADORES DEL ESTADO DE 1983.**

Dentro de la ley del ISSSTE el seguro de guarderías encuentra su fundamento en la fracción XI del artículo tercero, la cuál denomina a dicha prestación como servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil, y proporcionando dicho servicio mediante la creación de centros con ese fin.

No existe dentro de ésta legislación capítulo específico que se encargue de regular lo concerniente al seguro de guarderías, o en su caso las

estancias de bienestar y desarrollo infantil, como lo denomina dicha legislación, por lo que tenemos que recurrir al reglamento de este servicio que en forma general y como lo hemos analizado remite a lo manifestado por la ley del seguro social y el reglamento para la prestación de este servicio, estableciendo dicha prestación para los hijos de las madres trabajadoras, o al trabajador viudo o divorciado que tenga la custodia sobre sus menores hijos, y variando única y exclusivamente en el horario de atención en cada centro, pero en igualdad de condiciones/respecto al turno de los centros de bienestar para la prestación de este servicio, así como a las limitantes respecto al cupo en cada centro.

### **3.7 LEGISLACION DEL TRABAJO DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1983.**

La presente legislación se encuentra encaminada a regular las relaciones laborales de los trabajadores al servicio de las instituciones que prestan servicios de banca y crédito, Banco de México, y Patronato del Ahorro Nacional, tal y como lo dispone el artículo primero de la misma.

Ahora bien, Los trabajadores bancarios gozarán de los beneficios establecidos por la ley del IMSS, incluyendo el servicio de "... guarderías para hijos de aseguradas...", como propiamente lo establece la ley en forma textual en su artículo 17.

Cabe resaltar con esto que dicha legislación ha quedado omisa respecto a la prestación de éste servicio hacia el padre trabajador asegurado, tal y como lo hemos venido estudiando en los capítulos que anteceden con sus beneficios y limitaciones respectivas en cuánto a la presente ley, no obstante que la misma se suple por lo dispuesto en la legislación correspondiente del seguro social.

Por último, debemos hacer mención que los trabajadores del servicio de banca, al recibir prestaciones otorgadas en forma directa por las propias instituciones en sustitución del IMSS, gozarán de los mismos derechos que el Instituto les confiere en su propia ley.

## CAPITULO IV

IGUALDAD DEL SEGURO DE GUARDERIAS PARA HIJOS DE LOS TRABAJADORES ASEGURADOS, Y SU REGULACION EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES.

4.1 IGUALDAD CONTEMPLADA EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

4.2 EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS.

4.3 DERECHOS DE LOS HIJOS ADOPTADOS.

4.4 DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

4.5 LA CUSTODIA EJERCIDA POR LOS PADRES SOBRE SUS MENORES HIJOS.

4.6 EL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS.

4.7 LOS PUPUILOS DEL TRABAJADOR ASEGURADO.

4.8 LA DECLARACION DE AUSENCIA SOBRE LA ESPOSA DEL TRABAJADOR ASEGURADO.

4.9 DERECHO POSITIVO DE LOS TRABAJADORES RESPECTO AL SEGURO DE GUARDERIAS.

En el presente capítulo, estudiaremos más a fondo el sentido de igualdad que se encuentra contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como analizaremos algunas de las causas sobre las cuáles pueden quedar desprotegidos los menores hijos de los trabajadores asegurados durante su jornada laboral, atendiendo tanto a su estado civil como a la realidad aplicada a un caso concreto, así como los derechos que tienen los hijos de los trabajadores.

#### **4.1 IGUALDAD CONTEMPLADA EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Antes de entrar al estudio del concepto de igualdad analicemos en una forma breve que es la Constitución.

La Constitución literalmente en su aspecto latino significa "acción de constituir", que se encuentra derivada de la palabra CONTIPATIO ONIOS, por lo que debemos deducir que la Constitución es una ley suprema que da lugar u origen a otras leyes, y de la que emanan los órganos del poder público, teniéndose como característica primordial como hemos mencionado, la de colocarse como una ley suprema.

En su sentido formal, la palabra Constitución es aplicada a un documento que contiene las normas relativas a la estructura de un Estado, siendo considerada también como ley fundamental.

Dentro de la Constitución encontramos la consagración de los más elementales derechos y deberes que protegen la integridad de la persona humana, y a los cuáles generalmente se les denomina "garantías individuales", que en nuestra carta magna se encuentran consagradas en el título primero, capítulo I, que incluye un total de 29 artículos.

En los diferentes tipos de garantías podemos encontrar, las denominadas "garantías de igualdad" que se encuentran contempladas en los artículos 1, 2, 4, 12 y 13 de la Constitución Política.

Ahora bien, y una vez que hemos dado una explicación respecto a las garantías consagradas en la Constitución y analizado en su capítulo respectivo algunas definiciones sobre la igualdad, estudiaremos que *significa más a fondo* este concepto.

En la actualidad, el complejo concepto de igualdad ocupa un papel muy importante en virtud de que los tratadistas aún no se ha puesto de acuerdo en defender que los hombres deben de ser desiguales.

Los criterios para definir la igualdad son contradictorios. El principio de igualdad no es una descripción, sino una exigencia de como deben ser las personas en una sociedad justa, evitando así el justificar el dominio del hombre sobre la mujer y como consiguiente, la desigualdad en la sociedad.

Las cuestiones de igualdad cambian a través de la historia, ya que lo que en un tiempo ha sido una concepción de igualdad puede no serlo en otra época.

La igualdad jurídica se basa en una ruptura de privilegios y somete a todos los ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico, pero buscando tratar lo igual de igual forma, y lo desigual en forma desigual.

El análisis cualitativo y cuantitativo de varias actividades llevó al congreso de la República a elevar al plano constitucional la igualdad plena entre el varón y la mujer, rechazando cualquier privilegio derivado en razón del sexo, ya que en el terreno del empleo la mujer ha contribuido enormemente a la creación de la riqueza, lo que constituye un beneficio para el progreso de la familia mexicana.

Se ha considerado necesaria la inserción de éste derecho en la constitución, ya que deben ser las normas de derecho común, las que garanticen al menor una existencia placentera con una amplia gama de cuestiones que atañen a la

protección del menor. Esto se encuentra basado en la desprotección, abuso y desatención en la que frecuentemente se encuentran los menores, aunado al maltrato de que son víctimas, lo que demuestra la necesidad de un orden jurídico de mayor jerarquía para su protección y con esto garantizar los mínimos derechos que les corresponden.

Ahora bien, estudiaremos en forma especial lo dispuesto por el artículo cuarto Constitucional, que en su párrafo segundo en forma textual manifiesta:

"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

Del anterior párrafo se desprende una idea clara y tajante: el varón y la mujer ante la ley son iguales. No existe duda sobre lo que nuestra carta magna trata de establecer respecto a la igualdad entre ambos sujetos de derecho, por lo que no existe razón o motivo alguno para realizar una diferenciación jurídicamente hablando.

La segunda frase se encuentra encaminada a resaltar la finalidad que la ley busca respecto a la familia, resaltando claramente de nueva cuenta el ya manifiesto sentido de protección a la organización y desarrollo de la familia.

Por otra parte, el último párrafo del precepto en estudio en forma textual manifiesta:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Este último párrafo resalta la obligación de ambos padres para cuidar el derecho que tienen los menores para la satisfacción de sus necesidades, ampliando las mismas a la salud física y mental, estableciendo en la ley la forma de apoyo para la protección de los menores a cargo de las Instituciones Públicas. Una forma de entre muchas existentes de brindar esa protección es la prestación del seguro de guarderías para los hijos de los asegurados, y cuya finalidad es brindar los cuidados que los hijos necesitan mientras sus padres laboran, o en su caso, mientras el padre trabajador presta sus servicios en su centro de trabajo, atendiendo a la igualdad que hemos estudiado en líneas anteriores y a los casos en concreto que en forma posterior analizaremos.

#### **4.2 EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS.**

El estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil. El Registro del Estado Civil es una institución que

permite el conocimiento de la personalidad de todos y cada uno de los miembros del Estado, mismos que pueden ser investigados y comprobados por todo el mundo.

Las actas del estado civil están destinadas a asegurar la existencia de las personas físicas y su estado civil. El maestro Magallón Ibarra, respecto al estado civil de las personas dice:

"Los estudiosos del derecho de familia coinciden en señalar respecto al estado civil de las personas que es el conjunto de cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia."(29)

Coincidiendo además en que son ciertas calidades que son inherentes a cada individuo, en forma unida a la persona.

Comenta además el maestro Magallón Ibarra respecto a las partidas:

"Decían las partidas que el estado vale tanto como posición, postura, manera de ser, estar o vivir las personas, según sus circunstancias, condición o manera en que los hombres viven o están, esto es, que "estado jurídico civil será la distinta consideración que la persona merece a la ley según sus circunstancias".(30)

(29).MAGALLON IBARRA, Jorge Mario.Instituciones de Derecho Civil. Porrúa, México, 1987. p. 97.

(30).IDEM, p. 99.

En el orden personal el estado civil denota que uno puede ser soltero, casado, viudo o divorciado. Estas características tienen una condición, la de que son alternativas, esto es, que no pueden coexistir, ya que una de ellas excluye a la otra, así como que las mismas son imprescriptibles, inalienables, indivisibles e intransigibles, lo que significa que la posesión de un estado civil no puede llevar a adquirir dicho estado.

Al hablar de las personas nos referimos única y exclusivamente a las personas físicas y no a las morales, ya que como lo hemos referido al inicio del presente análisis este atributo es característico de la persona humana.

Retomando la materia que a analizar, nuestra legislación señala con relación al estado civil como lo hemos manifestado en líneas anteriores, que uno puede ser casado, soltero, viudo o divorciado, así como sin manifestarlo extensamente, unido en concubinato. Ahora bien, de dichos estados civiles que hemos enunciado se desprende que no solo única y exclusivamente pueden tener hijos los padres que hayan contraído matrimonio, y que por este carácter o derivado del mismo sean viudos o divorciados, sino que puede darse el caso que mediante el concubinato, la unión libre o simplemente estando solteros aquéllos padres trabajadores puedan tener bajo su custodia o su patria potestad el cuidado de algún menor durante su jornada de trabajo, lo que implicaría que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 201 de la ley del seguro social y lo relativo al reglamento

de los centros de bienestar infantil correspondiente al ISSSTE no encuadraría esta situación con el caso a tratar, dejando en indefensión y sin cuidado durante la jornada de trabajo al menor que en este caso hemos mencionado, y esto aunado a los hijos nacidos fuera de matrimonio que se encuentran bajo el cuidado de la figura paterna.

Por otra parte, puede darse el caso de encontrarse viciado por algún impedimento que lo anule un matrimonio en el que existan menores, y más aún, si la causa fué originada por la madre trabajadora dichos menores quedarán bajo el cuidado del padre trabajador, que de nueva cuenta dejaría a sus hijos desprotegidos durante la jornada laboral al no encuadrar de nueva cuenta dicha figura en el precepto de la ley del seguro social que hemos señalado, aunado a todo esto, que los menores que hemos citado no pierden los derechos adquiridos por tal motivo, más aún si se encuentran registrados y a cargo de la figura paterna trabajadora, atendiendo a lo manifestado por el artículo 255 del código civil que manifiesta:

"El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario".

Así como lo dispuesto por el artículo 256 del código civil que manifiesta:

"Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos".

Más aún si la mala fe prevista anteriormente se desprende de la madre trabajadora en su calidad de esposa, o en los casos previstos por los artículos 259 y 354 que señalan respectivamente:

"Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso".

"El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

Un caso más en el que el menor hijo de padres trabajadores señalado por el artículo 201 de la ley del seguro social o los reglamentos respectivos de las

demás legislaciones de seguridad social queda desprotegido se encuentra contemplado en el artículo 380 del código civil, que señala:

"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Dicha desprotección se complementa cuando en su caso ambos padres no han contraído matrimonio y el convenio de referencia o la decisión tomada por el Juzgador otorga la custodia del menor al padre trabajador.

Por último, cabe hacer mención en este apartado que los hijos de los padres trabajadores conforme a la legislación civil vigente tienen todos los derechos que marca la ley, aún cuando los mismos no hayan contraído nupcias o sobrevenga alguno de los casos estudiados en párrafos anteriores, bastando única y exclusivamente como lo hemos manifestado, el reconocimiento de la figura del hijo, todo esto en relación al padre de acuerdo a la materia que nos trata.

### **4.3 DERECHOS DE LOS HIJOS ADOPTADOS.**

La palabra adopción proviene del latín *adoptio*, *onem*, *adoptare*, de ad

y optare, desear. El tratadista Antonio de Ibarrola tomando la definición de Cassio la define como "ficción legal por la que se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza". (31)

En la época moderna los partidarios de la adopción la alegan como el consuelo de los que no tienen hijos y de los que no tiene padres, pero estando de acuerdo con la que manifiesta Antonio de Ibarrola por su sencillez jurídica.

La adopción es un acto bilateral que requiere el consentimiento del adoptante y el adoptado, que si es menor se encuentra representado por alguna otra persona, y se encuentra perfeccionado por una sentencia.

Antes de hablar de los derechos que tienen los hijos adoptados respecto a los adoptantes, hablaremos del parentesco por adopción. Respecto al parentesco por adopción dice el maestro Rojina Villegas:

"El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre, y que para algunos autores constituye un contrato".(32)

---

(31).DE IBARROLA, Antonio.Derecho de Familia, cuarta edición, Porrúa, México, 1993. p. 435.

---

(32).ROJINA VILLEGAS, Rafael.Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia. vigésima sexta edición, Porrúa, México, 1995. p. 263.

Ahora bien, por virtud de dicho contrato se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padres e hijos, es decir, todo el conjunto de derechos y obligaciones que impone la filiación legítima entre padre e hijo debe ser aplicada a adoptante y adoptado.

En relación a lo anterior el código civil para el Distrito Federal señala en su artículo 390 como requisito para adoptar el siguiente:

"El mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado..." señalando además los requisitos que debe acreditar el adoptante.

Del anterior precepto citado podemos resaltar que el adoptante, sea hombre o mujer puede encontrarse libre de matrimonio para llevar a cabo una adopción.

Por otra parte, si dicho trabajador mayor de 25 años decide adoptar a un menor de cuatro años, es obvio que durante su jornada de trabajo va a necesitar de los servicios de guardería para el cuidado del menor, en virtud de que como hemos manifestado no es impedimento para el trabajador el ser viudo o divorciado

para adoptar a un menor, situación que apegándonos a lo dispuesto por los requisitos establecidos en las legislaciones que hemos estudiado, dicho trabajador, como padre de familia y teniendo los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro padre, debe brindar por esto cuidados y protección a su menor hijo adoptado durante el tiempo que dure su jornada de trabajo.

#### **4.4 DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.**

La expresión de patria potestad proviene del latín patrius, a, um, lo relativo al padre, y potestas, potestad, pero nuestro código civil se abstiene de definirla.

La institución de la patria potestad se refiere a las relaciones del padre con el hijo, y como son un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos hacen posible el cumplimiento de tales obligaciones.

El tratadista Antonio de Ibarrola define a la patria potestad como "una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad".(33)

Dentro del parentesco se originan las relaciones que impone la patria potestad entre padres e hijos, o en su caso, entre abuelos y nietos. Los derechos que

---

(33).DE IBARROLA, Antonio.Derecho de Familia,op. cit.p.441.

origina la patria potestad entre éstos sujetos no son los mismos que los determinados por el parentesco en forma general.

Mediante la patria potestad un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, conducta, actividad jurídica y patrimonio de otro.

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativos para quién la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos y representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes y proporcionar alimentos.

Como lo analizamos en el capítulo de antecedentes en el presente estudio, en la época primitiva de cultura la protección de los miembros de la familia se encontraba encomendada precisamente a ésta, mediante la unión de sus componentes. En el Estado moderno actual, la familia vela por la vida y el honor de sus miembros.

La educación del niño comienza desde su concepción, o muchas veces antes de que llegue al mundo.

El artículo 414 del código civil señala en forma textual que la patria

potestad se ejerc e:

- I. Por el padre y la madre.
- II. Por el abuelo y abuela paternos.
- III. Por el abuelo y abuela maternos.

Hablando del hijo nacido fuera de matrimonio, cuando los dos progenitores lo han reconocido y viven juntos ambos ejercerán la patria potestad; pero si en su caso viven separados se convendrá cuál de los dos ejercerá su custodia, resolviendo en su caso el Juez de lo familiar oyendo al Ministerio Público, y atendiendo por último, que cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres entrará a ejercerla el otro. La patria potestad del hijo adoptivo será ejercida por las personas que lo adopten.

El artículo 425 del código civil señala en su parte inicial:

"Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella..."

Ahora bien, si tomamos en consideración que el papel primordial del Estado es buscar la protección del niño, de nueva cuenta y como lo hemos venido manifestando lo comprendido por las legislaciones estudiadas, y en forma especial

los artículos 201 y 205 de la ley del seguro social no atienden a dicha finalidad, que en forma clara se encuentra descrita en el artículo 202 de la citada ley enunciando la finalidad de la prestación del seguro de guarderías, ya que como lo hemos analizado, no debe confundirse la figura del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de su menor hijo, con aquél trabajador que no estando comprendido dentro de éstos casos va más allá de la custodia, ejerciendo la patria potestad del menor.

Si como lo hemos estudiado, la patria potestad puede ejercerse por el trabajador, bastando el reconocimiento de la calidad de hijo del menor, sin haber contraído matrimonio, estando casado y ejerciendo tanto la patria potestad como la guarda y custodia sin ser viudo o divorciado, por lo que se deben modificar dichos preceptos para que los mismos se encuentren acordes a la realidad social y a la legislación civil, y a mayor abundamiento, ampliando la prestación de éste servicio a los abuelos o abuelas en los casos que sean trabajadores y que durante su jornada de trabajo no puedan prestar atención a los menores que se encuentran bajo su cuidado por las razones expuestas en este capítulo.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

#### **4.5 LA CUSTODIA EJERCIDA POR LOS PADRES SOBRE SUS MENORES HIJOS.**

El tema de la custodia se encuentra íntimamente relacionado con el de

la patria potestad que acabamos de estudiar. Como hemos repetido a lo largo del presente trabajo el artículo 201 de la ley del seguro social, así como los reglamentos respectivos de la ley del IMSS e ISSSTEE especifican a quienes cubre el riesgo del ramo de guarderías y en relación al trabajador indica que:

"...del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de sus hijos de no poder proporcionar cuidados..."

Ahora bien, debemos analizar que es lo que significa la palabra custodia.

La legislación mexicana civil no contempla ni define en forma específica que es la custodia. La palabra custodia proviene del latín custos, que significa guarda o guardar, y que a su vez se deriva del curtos, forma del verbo curare que significa cuidar. En virtud de lo anterior, tanto la acción como el efecto de custodiar es el guardar con cuidado alguna cosa.

En el derecho mexicano la palabra custodia se refiere a la facultad de corrección, y por lo tanto de cuidado que se concede a quienes ejercen la patria potestad sobre sus menores hijos.

La guarda y custodia de los menores se encuentra comprendida dentro

de la serie de derechos y obligaciones correlativos de quién ejerce la patria potestad, así como la facultad de educarlos y corregirlos, siendo la custodia el primer deber de los padres en relación a sus hijos menores, lo que significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.

Nuestros Tribunales hablan de la guarda y custodia como el mismo deber, estando facultada inclusive la autoridad para restringir a quienes ejercen dicha patria potestad sobre sus menores.

*La custodia debe ser un cuidado, atención, amor y respeto a la figura del menor. Planiol define a la guarda de la siguiente forma:*

*"La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres".(34)*

No estamos muy de acuerdo con dicha definición, en virtud de que la guarda busca un sentido de protección más amplio de acuerdo a los párrafos anteriores, a que hemos hecho mención, y la proporcionada por Planiol la encamina única y exclusivamente a un derecho de habitación del menor en la casa de los padres.

(34).MARCEL, Planiol.Tratado Elemental de Derecho Civil. Cajica, S.A., México, 1980.

Ahora bien, corresponde al padre el ejercicio de la patria potestad con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentran la guarda y custodia. En la custodia se encuentran comprendidos otros deberes y derechos correlativos como lo son la convivencia, la protección y vigilancia del menor, así como la educación completa moral y religiosa.

En virtud de lo anterior, y como lo hemos mencionado en el capítulo respectivo de la patria potestad, la guarda y custodia de un menor no se encuentra implícita o relacionada con el estado civil de quienes la ejercen, sino que puede ser independiente, así como lo hemos manifestado en líneas anteriores, se encuentra encaminada a buscar la compañía y vigilancia de dichos menores, lo que en resumen podemos concluir que la guarda y custodia de los menores hijos de padres trabajadores se encuentra comprendida en el cuidado, educación y protección de los mismos, incluyendo durante su jornada de trabajo, pero no llevando implícita la condición del estado civil del padre trabajador.

#### **4.6 EL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS.**

El maestro Rafael Rojina Villegas sobre el reconocimiento dice:

"El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cuál se asumen, por aquél que reconoce y en

favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación".(35)

No obstante, de que no estamos de acuerdo sobre el carácter de irrevocable que da a la figura del reconocimiento el maestro Rafael Rojina Villegas a su definición, la misma nos parece excelente. Manifestaciones que hacemos en atención a lo dispuesto por el artículo 369 del código civil que permite la revocación de dicha figura.

Los hijos en forma general pueden ser definidos como "un producto de la generación de seres vivos",<sup>(36)</sup> por lo que como lo manifiesta el maestro Antonio de Ibarrola en este amplio sentido, puede ser llamado hijo el producto generado tanto por hombres como por animales y plantas.

Conforme a nuestra realidad, los hijos mantienen con sus padres relaciones de distinto carácter que se resuelven en diferentes hechos, dependiendo del punto de vista religioso, moral, económico y jurídico del ambiente y época en la que se nace. Nuestra legislación civil solo distingue a los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, concediéndoles idénticos derechos, teniendo sólo en cuenta que el núcleo primordial es la familia.

---

(35).ROJINA VILLEGAS,Rafael.Compendio de Derecho Civil.op. cit. p. 504.

(36).DE IBARROLA, Antonio.Derecho de Familia.op. cit. p. 417.

Los padres de hijos naturales tienen obligaciones respecto a sus hijos. Al respecto, nuestro código civil establece en sus artículos 360, 365 y 366 lo siguiente:

"La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad".

"Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente".

"El reconocimiento echo por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor".

En la actualidad hemos borrado la distinción y clasificación de hijos naturales, ilegítimos, incestuosos y nefarios, que eran los habidos entre parientes que no podían contraer matrimonio entre sí por ser imposible concederles la dispensa. Los requisitos que la ley exige para estimar persona a un recién nacido son el tener figura humana y vivir enteramente desprendido del seno materno durante un periodo de 24 horas, o ser presentado vivo al Registro Civil.

El reconocimiento en nuestro derecho es un modo de prueba del lazo de filiación y un acto de voluntad, que como hemos analizado, sólo afecta al padre que lo hace.

En virtud de lo anterior, y visto que un padre puede reconocer en cualquier momento y sin estar unido en matrimonio a su menor hijo, esto no implica que teniéndolo bajo su custodia no pueda tener acceso al seguro de guardería para su cuidado y protección durante el tiempo que dure su jornada de trabajo, aunque esta realidad o situación no encuadra de nueva cuenta en las hipótesis que prevén las diversas legislaciones de seguridad social y sus reglamentos respectivos, enunciando en forma especial lo dispuesto por el artículo 201 y siguientes de la ley del seguro social para la prestación de dicho servicio hacia la figura paterna, ya que se desprende que dicho padre trabajador tiene los mismos derechos y obligaciones con este menor como si fuera cualquier otro hijo nacido en matrimonio.

Son muy frecuentes los casos en los que en la familia mexicana el padre de hijo natural se cree libre de cualquier obligación respecto al niño, pero no son excepcionales los casos en los que la mujer abandona o desatiende a su hijo, situación donde el menor queda bajo el cuidado de su padre o algún familiar.

En atención a lo anteriormente manifestado, es importante resaltar lo que manifiesta el artículo 372 del código civil, aplicándolo en relación a la

figura materna:

"El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento de su otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste".

Lo que implica por lógica que dicho menor quedaría bajo el cuidado de la figura paterna sin verse en la necesidad de encuadrar en los casos estudiados.

#### **4.7 LOS PUPILOS DEL TRABAJADOR ASEGURADO.**

La palabra tutela proviene del verbo latino tueor, que significa defender o proteger, y el maestro Ignacio Galindo Garfias al respecto de la misma dice:

"Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente incapaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio".(37)

El objeto de la tutela es la guarda de la persona bienes de los que no (37).GALINDO GARFIAS, Ignacio.Derecho Civil.Parte General, Personas, Familia. décimo cuarta edición, Porrúa, México, 1995. p.712.

estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

La tutela es una forma de dar protección social y defensa no solo a los incapaces, sino a los menores no sujetos a autoridad paterna que están abandonados o son maltratados.

Esta figura se diferencia de la patria potestad en que no deriva del vínculo natural de padres a hijos, sino que fue creada única y exclusivamente en base al derecho positivo, teniendo límites legales más estrechos que la patria potestad, y siendo además un cargo de interés público del que nadie se puede eximir sino por una causa legítima. Se crea y organiza para cuidar de la persona o patrimonio de un tercero, pero dicha protección ha de referirse a un incapaz que no se encuentre bajo la patria potestad.

Los menores de edad están sujetos a la tutela por la sola razón de su edad. Respecto de éstos menores, la ley llama a desempeñar la tutela en forma primordial a los hermanos, y a falta o incapacidad de éstos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive, a elección del Juez si son varios.

Ahora bien y entrando de nueva cuenta a estudio en nuestra materia, si tomamos en consideración que un trabajador ejerce la tutela sobre uno de los

menores previstos por el artículo 201 de la ley del seguro social, por lógica y de nueva cuenta esta realidad no encuadra dentro del citado precepto legal o los reglamentos estudiados, siendo que sin embargo y como lo hemos mencionado, dentro de las obligaciones conferidas a dicho trabajador respecto a su pupilo se encuentran las de cuidado y protección, lo que siendo un trabajador no cumpliría con los propósitos establecidos y previstos en el artículo 202 del ordenamiento anteriormente citado.

En este orden de ideas, al no ser el trabajador viudo o divorciado que conserva la custodia de sus hijos, pero sin embargo encontrándose bajo su cuidado y protección un pupilo menor, por lógica no se le podrán proporcionar los cuidados que necesita y que le son encomendados durante el tiempo que dure su jornada de trabajo, lo que no lleva implícito por lo mismo que necesariamente sea casado, y más aún, en virtud de que el tutor no solo será removido de su cargo si infringe maltrato a su pupilo, sino por negligencia a la atención que debe proporcionar a la persona y a los intereses de dicho menor.

#### **4.3 LA DECLARACION DE AUSENCIA SOBRE LA ESPOSA DEL TRABAJADOR ASEGURADO.**

Es importante el estudiar la figura civil de la declaración de ausencia relacionándola con el trabajador, en virtud de que como lo analizaremos más

adelante puede configurarse un supuesto más en el que los hijos de los trabajadores asegurados quedan en estado de desprotección al no encuadrarse las condiciones previstas por las diversas legislaciones de seguridad social respecto al seguro de guarderías para el cuidado de los menores, situación que como lo analizaremos oportunamente no se encuentra contemplada en la legislación como se ha dicho, o en los reglamentos correspondientes a las mismas.

En virtud de lo anterior, estudiaremos en forma breve pero profunda los pasos a seguir en una declaración de ausencia.

El procedimiento para declarar ausente a una persona no es un procedimiento sencillo y rápido, sino por el contrario, es un procedimiento técnico que se encuentra basado principalmente en el transcurso del tiempo en forma primordial para poder llegar a su fin y poder obtener así la declaratoria buscada.

La ausencia no se configura por el solo hecho de no encontrarse una persona en su domicilio. Es necesario que existan los siguientes tres elementos:

A) que el ausente no haya dejado quién lo represente, B) que se ignore su paradero y C) que no se tenga certeza sobre su existencia o fallecimiento.

El maestro Ignacio Galindo Garfias define a la ausencia como "El hecho de que una persona haya desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de él, de manera que no se sepa si ha muerto o vive".(38)

De la anterior definición podemos resaltar que una de las características de la ausencia es el estado de incertidumbre, mismo que proviene de la falta de noticias que deben prolongarse por un tiempo determinado, y que además, que la existencia de dicha situación haya sido confirmada por Resolución Judicial.

En la ausencia, la incertidumbre sobre la vida o la muerte se debe como lo hemos manifestado, a la falta prolongada de noticias, lo que nos permitirá saber o presumir si una persona falleció. La situación de la ausencia interesa al consorte, a sus descendientes, a quienes están ligados con él por lazos de parentesco y a todos con quienes el ausente tenga una relación jurídica, por lo que se necesitaría ser una persona familiarmente sola y ajena a la sociedad que nos rodeara en forma completa para que la desaparición de la misma no llegara a interesar o afectar de algún modo social o jurídico a alguien.

La ausencia es un procedimiento para resolver, aunque no sea en forma definitiva, numerosos problemas que surgen con la desaparición de una

(38).GALINDO GARFIAS, Ignacio.Derecho Civil. op. cit.p.384.

persona y relativas a sus bienes, a los derechos de los presuntos herederos, a la situación del cónyuge, y en forma primordial, al tema que estamos tratando, que se encuentra relativo a la protección de los hijos menores de aquél que se encuentra ausente o cuya muerte se presume.

A grandes rasgos, el periodo provisional de ausencia se inicia ante el juez, a petición de parte o de oficio cuando una persona ha desaparecido, se ignora dónde se haya y no ha dejado representación, nombrando el juez depositario de sus bienes y citándose mediante edictos al ausente por un término a su criterio no inferior a tres y no mayor a seis meses, dictando las providencias necesarias para el aseguramiento de sus bienes.

Cuando respecto del ausente existen hijos menores que como lo hemos estudiado se encuentran bajo su patria potestad, sin existir ascendientes que puedan ejercerla conforme a la ley o tutores, a petición del Ministerio Público se les designará un tutor.

Cabe hacer resaltar en este momento y como lo estudiamos oportunamente, que la legislación civil no confunde la figura de la patria potestad con la de la guarda y custodia, como lo realizan las legislaciones sociales relativas al seguro de guarderías, esto atento a que como se analizó, no depende ni se lleva implícita una con la otra, o en su caso y como también lo estudiamos

oportunamente, la figura de un tutor o algún otro ascendiente que pueda ejercer dicha patria potestad.

Si dentro de este término el ausente no se presenta, a petición del Ministerio Público o de cualquier otro interesado se le designará un representante que tendrá facultades de representación del ausente, con las obligaciones y restricciones que la ley impone a los tutores.

Ahora bien, cada año al día que corresponda el nombramiento del representante se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, haciendo constar el nombre y domicilio del representante y el tiempo faltante para que se cumpla el plazo de dos años, o tres señalado por el código civil en caso de que el ausente haya designado apoderado general, y que nos servirá de base para pedir la declaración de ausencia.

Pasado dicho término como lo hemos manifestado, podrá pedirse la declaración de ausencia, donde si la demanda es fundada se publicará durante tres meses con intervalos de quince días durante los mismos.

Pasados cuatro meses contados apartir de la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente u oposición se declarará en forma la ausencia, misma que se publicará tres veces con intervalos de quince días,

repitiéndose cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte, cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia.

Después de este término, el Juez a instancia de parte interesada abrirá un tercer periodo que consiste en la declaración de presunción de muerte.

No es sino hasta este momento en el que él trabajador asegurado padre de menores de 4 años y mayores de 40 días encuadraría en las causas previstas por el artículo 201 de la Ley del Seguro Social, si tomamos en consideración que conforme al artículo 206 de la citada ley, el seguro de guarderías se proporciona a dichos menores como lo hemos mencionado, desde la edad de 40 días y hasta los 4 años de edad, proporcionando el servicio a los trabajadores viudos o divorciados; en el caso de la madre ausente, apegándose a la legislación y los reglamentos respectivos el trabajador asegurado deberá esperar los lapsos de tiempo previstos en párrafos anteriores para poder reunir los requisitos que la ley prevé para la prestación de éste seguro hacia sus hijos, siendo que una vez transcurridos dichos plazos, los menores de la hipótesis más baja prevista no necesitarían ya en forma alguna la prestación de dicho servicio, todo esto en atención a que como lo mencionamos y en forma breve lo analizamos, el trámite para llegar a la declaración de ausencia o bien la presunción de muerte es muy tardado.

#### 4.9 DERECHO POSITIVO DE LOS TRABAJADORES RESPECTO AL SEGURO DE GUARDERIAS.

Hemos hecho mención y analizado una serie de diversos preceptos legales y legislaciones relativas al seguro de guarderías. Ahora analizaremos cuáles de los anteriores preceptos y legislaciones tienen vigencia y aplicación dentro del Derecho Positivo Mexicano. En virtud de lo anterior, y a fin de comprender en una forma más amplia el presente punto debemos principalmente aclarar que es lo que debemos entender por Derecho Positivo.

El tratadista español Joaquín Escriche define al Derecho Positivo como "El conjunto de las leyes, bien sean divinas, bien humanas, que han sido establecidas expresamente por voluntad del legislador. Se diferencia del derecho natural, en que puede mudarse por la autoridad que lo ha establecido, mientras que el natural es invariable".(39).

Por otra parte, si bien es cierto que dicho concepto en forma muy concreta explica lo que es en sí el derecho positivo y su diferenciación del derecho natural, su definición aunque correcta carece de uno de los elementos primordiales del positivismo, que es no solo el establecimiento de una ley en sí, sino la

(39).ESCRICHE, Joaquín.Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991. p.547.

...  
...  
...  
...  
...

...  
...  
...  
...

...  
...  
...  
...

...  
...

aplicación que deberá tener la misma, por lo que consideramos que el maestro Eduardo García Maynes es más explícito y acertado sin proporcionar exactamente una definición en sí, con dos ideas proporcionadas en su obra *Introducción al Estudio del Derecho*, en la que manifiesta respecto al Derecho Positivo primeramente:

"De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y en una cierta época".(40)

Y continúa manifestando:

"El positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuéntrase condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia".(41)

En virtud de lo anterior, podemos concluir que el derecho positivo no solo es aquél que se encuentra vigente dentro de una sociedad y época determinada, (40).GARCIA MAYNES, Eduardo.Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición, Porrúa, México, 1961. p.40.

(41).IDEM.

sino que además, el mismo debe ser cumplido, es decir, tener aplicación.

Ahora bien, y como lo hemos analizado en su momento, si bien es cierto que es notorio el avance que ha sufrido la legislación mexicana en materia de seguridad social y todas las áreas que la componen, (en forma primordial el seguro de guarderías que hemos venido analizando), el desarrollo que ha sufrido la misma en los últimos años ha sido desigual conforme al incremento de la población infantil respecto de los hijos de trabajadores que tiene derecho a este servicio.

Lo que sí no podemos omitir es que la legislación relativa a las guarderías infantiles es una legislación que en forma independiente al encontrarse regulada y vigente, aunque en algunas ocasiones en forma muy pobre, la debemos considerar positiva porque efectivamente cuenta con aplicación.

La función de las guarderías se encuentra principalmente regulada en las diversas legislaciones de Seguridad Social en sus respectivos reglamentos, siendo éstos los que en una forma más precisa determinan las omisiones en cuánto a la prestación del servicio.

Dentro de la aplicación de la legislación sobre guarderías podemos insistir en forma un poco más amplia, que las mismas son insuficientes para atender las necesidades de la población infantil, ya que los lugares y los grupos destinados

para tal fin se encuentran delimitados en atención al espacio disponible dentro de la ubicación del inmueble correspondiente, y no a la necesidad del número de personas que habitan en la zona y que buscan la prestación del servicio.

Respecto a la Legislación del Seguro Social y su Reglamento, estas zonas de conformidad a la información proporcionada por la Sede Delegacional del Instituto Mexicano del Seguro Social se encuentran ubicadas en cuatro Delegaciones denominadas Noreste, Sureste, Noroeste y Suroeste, que en su conjunto cuentan con un total de 49 guarderías en todo el Distrito Federal.

Con la finalidad de proporcionar el servicio a la trabajadora, se toman en cuenta tres factores primordiales que son:

- a) el domicilio de la madre asegurada
- b) el domicilio del centro de trabajo
- c) la capacidad de las instalaciones

Así como un cuarto factor que es de gran importancia para los supuestos que adelante analizaremos:

d) demás circunstancias a juicio del Instituto para brindar una mejor prestación del servicio.

Este último factor manifestamos que es de gran importancia, ya que el Instituto contará con las más amplias facultades para que en caso de no existir vacante cercano al domicilio o centro de trabajo del usuario, se seguirá en un orden progresivo sucesivamente hasta ubicar el lugar dentro del cuál pueda prestarse el servicio, lo que por lógica no es lo más conveniente para la trabajadora o el trabajador, pero siempre respetando un orden cronológico a las solicitudes pendientes.

Cabe resaltar que de conformidad a estas amplias facultades con las que cuenta el Instituto respecto a la prestación del servicio, se encuentra la de decidir en forma pronta sin necesidad de fundamento legal al respecto, si se concede o no la prestación del servicio en los casos que hemos hecho mención sobre los trabajadores asegurados y los posibles pupilos o hijos de los mismos, quedando como se ha dicho a su consideración la prestación del servicio.

Respecto al seguro de Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil, como lo mencionamos en forma anterior, la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado sólo contempla la prestación de este servicio mediante dicha denominación en un solo artículo. En virtud de lo anterior, dicho servicio se regula en forma más amplia en su reglamento correspondiente, el cuál en su artículo sexto señala:

"Serán beneficiarios del servicio las madres trabajadoras, los padres trabajadores, viudos o divorciados, que tengan la patria potestad del niño, en tanto no contraigan matrimonio o entren en concubinato y los tutores que así lo acrediten..."

De lo anteriormente transcrito se desprende que el reglamento de igual forma cae en las omisiones que estudiamos a través del presente trabajo, pero que no obstante lo anterior este sí toma en consideración a los tutores para brindar la prestación del servicio a sus pupilos como beneficiarios, prestando el servicio desde los 60 días de nacidos y hasta los seis años de edad cumplidos al mes de septiembre del año de la prestación del servicio de la fecha en que da inicio el ciclo escolar, lo que no implica que si el menor cumple los seis años antes de la finalización del curso le será suspendido el servicio, sino que por el contrario se le permitirá la terminación de este. Así mismo, y en una forma de prestación más amplia que el servicio otorgado por el Seguro Social, se podrá ampliar el disfrute de esta prestación en época de licencia del trabajador cuando se encuentre incapacitado para atender al niño que asiste a la estancia, previo dictamen del equipo interdisciplinario de la estancia respectiva, y hasta los dos meses siguientes de la fecha de terminación de la relación laboral.

Este servicio estará prestado en tres secciones, que constarán respectivamente de lactantes, maternas y preescolar y la atención estará condicionada lo siguiente:

- I.- La capacidad del local.
- II.- El personal adscrito.
- III.- La suficiencia financiera; y
- IV.- La demanda del servicio por sección.

Y en forma primordial, la prestación del servicio estará sujeta a la capacidad física instalada de la sección encaminada a la atención del menor, la cuál se registrará mediante una lista de espera, dando trámite una vez que exista lugar en la sección respectiva, y al buen estado de salud del menor, sin el cuál no se le brindará el servicio.

De nueva cuenta cabe hacer notar que compete a la Subdirección y a las Delegaciones disponer lo necesario para el funcionamiento de las estancias, así como que actualmente la prestación del servicio de las Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil se encuentra dirigida en la ciudad por cuatro zonas, correspondiéndoles respectivamente la Norte, Sur, Oriente y Poniente, con un total de 54 estancias.

Debemos resaltar que dentro de los requisitos solicitados por el ISSSTE para la prestación del servicio de guarderías es necesario e indispensable la presentación de la copia certificada del documento que acredite al trabajador tener la custodia del menor a su cargo, así como insistir en algo muy importante y que hemos venido tratando y relativo a que el reglamento correspondiente a las Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil dependientes de esta Institución confunde de nueva cuenta el derecho de guarda y custodia sobre un menor hijo, con la figura de la patria potestad, ya que el citado reglamento en su artículo sexto precisa:

"Serán beneficiarios del servicio las madres trabajadoras, los padres trabajadores viudos o divorciados, que tengan la patria potestad del niño, en tanto no contraigan matrimonio o entren en concubinato y los tutores que así lo acrediten".

Lo anterior, en atención a las diferencias establecidas en el presente estudio en cuanto a las figuras de la guarda y custodia y la patria potestad, así como el capítulo analizado concerniente a los tutores.

Por último, de acuerdo al análisis anteriormente realizado podemos concluir que el servicio prestado en relación a las Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil por el ISSSTE es más práctico y completo, así como que otorga

mayores beneficios a los proporcionados por el seguro de guarderías en beneficio de los trabajadores asegurados al IMSS, por las razones siguientes:

Primeramente, si bien es cierto que ambos reglamentos condicionan la prestación del Servicio de Guarderías Infantiles o Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil en beneficio del trabajador viudo o divorciado, así como que dentro de los requisitos establecidos para la prestación del servicio es necesaria la presentación del documento legal que acredite el otorgamiento de la custodia en relación al Seguro Social, o el de la Patria Potestad requerido por el ISSSTE, esta última legislación otorga más allá del padre y la madre la prestación del servicio, facilitándolo inclusive al tutor que acredite su calidad o ejercicio de la patria potestad sobre el menor a su cargo.

En segundo lugar, el servicio proporcionado por el ISSSTE se encuentra contemplado dentro de los sesenta días de nacido y hasta los seis años de edad, pudiéndose prorrogar el servicio si el menor una vez empezado el curso no ha concluido sus estudios al llegar a dicha edad, hasta que concluya el ciclo escolar; por otra parte, el IMSS proporciona el servicio desde los 43 días de nacido y hasta los cuatro años de edad cumplidos en forma definitiva, ya que el reglamento es omiso al respecto.

Por otra parte, la prestación del servicio dentro de las Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil continuará por dos meses más siguientes a la fecha de terminación laboral, siendo que dentro de las guarderías infantiles el servicio sólo continuará por cuatro semanas después del aviso de baja del trabajador al Instituto.

Dentro de las Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil el trabajador podrá recoger a su menor en el lapso de horario establecido con 10 minutos más de tolerancia, siendo que en caso de no presentarse el padre se podrá recoger al menor hasta sesenta minutos con posterioridad al cierre de la estancia, mientras que las guarderías regulan la salida del trabajador en atención al horario de entrada y salida del centro de trabajo del beneficiario, prorrogándose hasta una hora y media antes o después de su jornada, en atención al tiempo de traslado y distancia del centro de trabajo a la guardería.

Por último, dentro del IMSS el servicio de guardería no podrá ser prestado fuera de los días de trabajo del beneficiario, no permitiéndose el acceso al menor en vacaciones, días de descanso o días en que no trabaje el beneficiario asegurado, siendo que conforme al reglamento de las Estancias de Bienestar y Desarrollo Infantil en el ISSSTE, podrá prestarse el servicio durante los periodos de licencia, gravidez, licencia por antigüedad o con goce de sueldo o por enfermedad, siempre que se encuentre incapacitado para atender al menor y previo dictamen del equipo interdisciplinario de la estancia.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. Consideramos que los seguros de guarderías y estancias de bienestar y desarrollo infantil en forma general, prácticamente no se encuentran perfectamente regulados en las diversas legislaciones de seguridad social, apoyándose exclusivamente en los reglamentos, los cuales en muchos aspectos son incongruentes con la realidad social por la que atraviesa el país, por lo que deberá contemplarse la prestación del servicio en los capítulos respectivos en las legislaciones de seguridad social.

SEGUNDA. Consideramos que de acuerdo al estudio realizado en la presente investigación, son insuficientes los centros que se encuentran destinados para el cuidado de los hijos de los trabajadores durante el tiempo que desempeñan su jornada de trabajo.

TERCERA. Deberán incrementarse en forma periódica los centros de cuidados infantiles tomando en consideración el incremento que sufra la población infantil, así como tomando en consideración el aumento de personal en los centros laborales y como consecuencia el incremento de éstos últimos en las diversas zonas.

CUARTA. Deberán ampliarse en las leyes respectivas la prestación del seguro de guarderías no solo a la madre trabajadora o al trabajador viudo o

divorciado, sino a todos los trabajadores en general que acrediten la necesidad de la prestación de este servicio.

QUINTA. Se deberá establecer un criterio único en las legislaciones de seguridad social respecto a la prestación del seguro de guarderías, derogándose la condición de viudo o divorciado al padre trabajador, creando un artículo único que exprese: El ramo de guarderías cubre el riesgo de la mujer y hombre trabajadores que acrediten la imposibilidad de poder proporcionar cuidados a sus hijos en la primera infancia durante el tiempo que dure su jornada de trabajo, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

SEXTA. Creemos por las razones expuestas en el presente trabajo de investigación, que se deberá ampliar la prestación del seguro de guarderías a otros trabajadores que tengan bajo su cargo o custodia familiares menores que vivan con ellos y ameriten cuidados durante el tiempo que dure su jornada laboral.

## "BIBLIOGRAFIA"

- 1.- ALVAREZ, José María. Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias, tomo I, U.N.A.M., México, 1982.
- 2.- ARCE CANO, Gustavo. De los Seguros Sociales a la Seguridad Social. (prefacio del Dr. Mario de la Cueva). Porrúa, México, 1972.
- 3.- ARCE CANO, Gustavo. Los Seguros Sociales en México. Ediciones Botas, México, 1994.
- 4.- BAEZ MARTINEZ, Roberto. Derecho de la Seguridad Social. Trillas, México, 1991.
- 5.- BELLUCIO C., Augusto. Derecho de Familia. tomos II y III, De Palma, Argentina, 1981.
- 6.- BRISEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, México, 1993.
- 7.- CAVAZOS FLORES, Baltasar. 40 Lecciones de Derecho Laboral. octava edición, Trillas, México, 1994.
- 8.- CORDINI A., Miguel. Derecho de la Seguridad Social. Eudeba, Buenos Aires, 1966.
- 9.- DAVALOS MORALES, José. Derecho del Trabajo I. tercera edición, Porrúa, México, 1990.
- 10.- DE BUEN LOZANO, Néstor. Seguridad Social. Porrúa, México, 1995.

- 11.- DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo, tomo I, octava edición, Porrúa, México, 1991.
- 13.- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, cuarta edición, Porrúa, México, 1993.
- 14.- DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, sexta edición, Porrúa, México, 1961.
- 15.- DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, decimasegunda edición, Porrúa, México, 1990.
- 16.- DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Introducción-Personas-Familia, octava edición, Porrúa, México, 1997.
- 17.- DOMINGUEZ, Virgilio. Introducción al estudio del Derecho, quinta edición, E. Penagos, México, 1974.
- 18.- FASSI, Santiago Carlos. Estudio de Derecho de Familia. (Serie de Ensayos Jurídicos I). Editora Platense, Argentina, 1972.
- 19.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General, Personas, Familia. decimo cuarta edición, Porrúa, México, 1995.
- 20.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, segunda edición, Porrúa, México, 1976.
- 21.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición, Porrúa, México, 1961.
- 22.- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Porrúa, México, 1987.

- 23.- MARCEL, Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Cajica, S.A., México, 1980.
- 24.- MORENO PADILLA, Javier. Seguridad Social. Análisis Tematizado. Themis, México, 1996.
- 25.- MURETA SANCHEZ, Alfredo. Cien Preguntas y Respuestas Sobre Seguridad Social. Pac, México, 1991.
- 26.- MUGUERZA, Javier y otros autores. El Fundamento de los Derechos Humanos. Debate, Madrid, 1989.
- 27.- NARRO ROBLES, José. La Seguridad Social Mexicana en los Albores del Siglo XXI. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- 28.- RAMOS ALVAREZ, Oscar Gabriel. Trabajo y Seguro Social. Trillas, México, 1991.
- 29.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil tomo I. (Introducción, Personas y Familia), vigésima sexta edición, Porrúa, México, 1995.
- 30.- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia, quinta edición actualizada por Fernando Mujica, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986.
- 31.- SANCHEZ LEON, Gregorio. Derecho Mexicano de la Seguridad Social. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1987.
- 32.- SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Themis, Colombia, 1971.
- 33.- TENA SUCK, Rafael e Italo Hugo. Derecho de la Seguridad Social. Pac, México, 1987.

## LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, décima séptima edición, Porrúa, México, 1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, colección popular ciudad de México, serie textos jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1993.

Ley Federal del Trabajo, comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, septuagésima segunda edición, Porrúa, México, 1993.

Código Civil para el Distrito Federal, sexagésima quinta edición, Porrúa, México, 1996.

Ley del Seguro Social, Sista, México, 1997.

Ley del Seguro Social, Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 1995.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, trigésima edición, Porrúa, México, 1993.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, trigésima edición, Porrúa, México, 1993.

Legislación de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, trigésima edición, Porrúa, México, 1993.

Legislación del Trabajo del Servicio Público de Banca y Crédito, comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, trigésima edición, Porrúa, México, 1993.

## OTRAS FUENTES

BURGOA O., Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. tercera edición, Porrúa, México, 1992.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Heliasta, Argentina, 1972.

Diccionario jurídico Mexicano, cuarta edición, Porrúa y UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991.

Diccionario de la Lengua Española, (Real Academia Española), vigésima primera edición, Espasa-Calpe, España, 1992.

Enciclopedia Jurídica Ormeba, Tomos I, III, IV y VIII, Driskill, Argentina, 1990.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991. p.547.

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Heliasta, Argentina, 1990.

Rubistein J., Santiago. Diccionario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Depalma, Argentina, 1983.

Veb  
[Handwritten signature]