



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

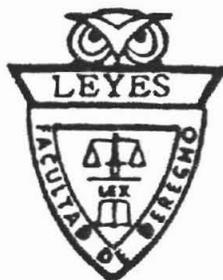
LA NECESIDAD DE LA REGULACION DEL ABORTO EN EL
RAMO DE MATERNIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

T E S I S

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

ALONDRA RUBISELA PINAS ZIRANDA

ASESOR: LIC. PEDRO ALFONSO REYES MIRELES



CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D. F.

2005

m 347141



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

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.

PRESENTE

Muy distinguido Señor Director:

La alumna: **ALONDRA RUBISELA PIÑAS ZIRANDA**, con número de cuenta 95239884, inscrita en el Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada: **"LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL RAMO DE MATERNIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL"**, bajo la dirección del Lic. **PEDRO A. REYES MIRELES**, para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El Lic. **MANUEL GUTIÉRREZ NATIVIDAD**, en el oficio con fecha 11 de abril de 2005., me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; por lo que, con apoyo a los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de la alumna referida.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., 9 de mayo 2005.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
LIC. PORFIRIO MARQUET GUERRERO
Director del Seminario

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: La interesada 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, caducará la autorización que ahora se le concede para someterse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserva su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedido por circunstancia grave, todo lo cuál calificará la Secretaria General de la Facultad.

c.c.p.-Seminario.
c.c.p.-Alumno (a).

DEDICATORIAS:

A MI MADRE:

*SILVIA ZIRANDA MEDINA,
POR SU GRAN APOYO, CARÍÑO Y COMPRENSIÓN,
QUE ME HA BRINDADO DURANTE TODA MI VIDA
Y QUE FUERON INDISPENSABLES
PARA PODER CUMPLIR ESTA META,
Y PORQUE SÉ QUE SIEMPRE PODRÉ CONTAR CON ELLA.*

A MI PADRE :

*ABEL PIÑAS ANAYA,
CON TODA MI GRATITUD,
POR SU PACIENCIA Y AYUDA
A LO LARGO DE MIS ESTUDIOS.*

A MIS HERMANOS:

*ANGEL AARÓN Y GERARDO OMAR,
POR OTORGARME SU CARÍÑO Y ALIENTO
QUE CONTRIBUYERON AL LOGRO DE MI CARRERA.*

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Y A LA FACULTAD DE DERECHO:
POR ABRIRME SUS PUERTAS Y DARME LA OPORTUNIDAD
DE DESARROLLARME PROFESIONALMENTE,
Y PERTENECER A SU COMUNIDAD.

AL LICENCIADO PEDRO A. REYES MIRELES:
POR BRINDARME SU APOYO Y TIEMPO,
ASÍ COMO SUS CONOCIMIENTOS,
QUE SIN DUDA, FUERON INDISPENSABLES
PARA LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO.

AL LICENCIADO JOSÉ RAMÓN MOLINA SAN MIGUEL:
POR HABER DEPOSITADO EN MI
SU CONFIANZA Y AMISTAD,
QUE FUERON ELEMENTALES
PARA LA REALIZACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL RAMO DE MATERNIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL ABORTO Y DEL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD	
1.1 Antecedentes Generales	3
1.2 Inglaterra	10
1.3 Alemania	16
1.4 Francia	25
1.5 España	32
1.6 México	39
CAPÍTULO 2. CONCEPTOS GENERALES EN TORNO AL ABORTO Y AL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD	
2.1 Derecho del Trabajo	49
2.1.1 Relación de trabajo	52

2.1.2 Trabajador	54
2.1.3 Patrón	55
2.2 Derecho de la Seguridad Social	56
2.2.1 Seguridad Social	58
2.2.2 Seguro Social	60
2.3 Enfermedad general	64
2.3.1 Incapacidad	65
2.4 Maternidad	66
2.4.1 Embarazo	68
2.4.2 Parto	69
2.4.3 Puerperio	70
2.5 Aborto	71
2.5.1 Concepto jurídico	72
2.5.2 Concepto médico	73
2.5.3 Clases de aborto	74
2.5.4 Sistemas de regulación del aborto	76

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO Y LEGISLATIVO DEL ABORTO Y DEL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	83
3.1.1 Artículo 123, Apartado A	85
3.1.2 Artículo 123, Apartado B	87
3.2 Ley Federal del Trabajo	89

3.3 Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.....	90
3.4 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	94
3.5 Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	97
3.6 Ley del Seguro Social	101
3.7 Reglamento de Servicios Médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social.....	107

CAPÍTULO 4. PROPUESTA DE REFORMA DE LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE MATERNIDAD, CON RELACIÓN AL ABORTO.

4.1 Reformas al artículo 123 Constitucional	115
4.2 En la Ley Federal del Trabajo	120
4.3 En la Ley del Seguro Social	123
4.3.1 Consideraciones del aborto como si fuera parto	124
4.3.2 Los días que deberían otorgarse a la mujer posteriores al aborto	126
4.3.3 Prestaciones en especie que debería de gozar la mujer después del aborto	127
4.3.4 Prestaciones en dinero que debería de recibir una mujer después del aborto	128
4.3.5 Modificación del Reglamento de Servicios Médicos	131
4.4 En la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	135
4.4.1 Modificación del Reglamento de Servicios Médicos del Instituto	

de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	139
4.5 En la Ley del Instituto de Seguridad Social para las	
Fuerzas Armadas Mexicanas	142
CONCLUSIONES	146
BIBLIOGRAFÍA	153

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto fundamental la modificación y complemento a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la Ley Federal del Trabajo vigente, y consecuentemente, a las demás leyes reglamentarias de las diferentes Instituciones de Seguridad Social, con respecto al caso del aborto.

Dicho tema se comienza a tratar a partir de sus antecedentes generales a manera de ubicar los orígenes del aborto así como de la seguridad social, y posteriormente se realiza, dentro de este Capítulo 1, un análisis de ambos temas en otros países, para pasar al caso concreto de México.

En el Capítulo 2 se establecen una serie de conceptos básicos relacionados con el tema del aborto y la seguridad social que resultan importantes para la comprensión del mismo desde el enfoque que en el presente estudio se le pretende dar, es decir, ubicándolo en el ramo de maternidad de la seguridad social, y abarcando tanto la conceptualización médica como desde luego la jurídica.

Dentro del Capítulo 3 se abarca el fundamento legal del ramo de maternidad de manera descendente, iniciando a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y continuando con la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y su Reglamento de Servicios Médicos, así como la Ley del Seguro Social y su Reglamento de Servicios Médicos, lo anterior para analizar la situación actual del tema de estudio y así poder apreciar aquellos aspectos en los que se carece de una regulación del mismo.

Por último, en el Capítulo 4 se trata el tema fundamental que señalo en el proemio,

con el fin de que se llegue a contemplar el aborto en las Leyes ya analizadas en el Capítulo anterior, debido a que la interrupción de la gestación no se encuentra regulada en ninguna Ley de seguridad social y, por supuesto, tampoco en la Ley Federal del Trabajo, lo cual representa una falta de protección hacia las mujeres asalariadas, ya que es bien sabido que la Seguridad Social persigue el objetivo de garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios necesarios para el bienestar individual y colectivo, a través de su instrumento básico que es el seguro social, por lo que las leyes de seguridad social deben de proteger a la mujer asalariada asegurada que se ubique en la hipótesis de la interrupción de la gestación.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL ABORTO Y DEL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD.

En este Capítulo se señalarán los antecedentes en cuanto al tema de la presente tesis, haciendo referencia a los orígenes del aborto en la humanidad. Asimismo, reseñamos los antecedentes de la seguridad social y del seguro de enfermedades y maternidad en los países de Inglaterra, Alemania, Francia, España, y por último, en México.

1.1 Antecedentes Generales

En realidad no hay un registro confiable que muestre el origen del aborto en la humanidad, pero existen datos que ayudan a analizar dicho fenómeno y su trato en la antigüedad, en específico, en la cultura Mesoamericana, para lo cual es necesario entender la manera de ver la sexualidad en el mundo indígena, visión que cambió por completo con la conquista de los españoles y su evangelización, factor determinante ya que por influencia del cristianismo, el Derecho se humanizó, y el aborto se comenzó a tratar como un crimen.

Las normas referentes a la sexualidad en Mesoamérica y en todo el continente americano indígena diferían radicalmente de las importadas por los misioneros católicos, dichas normas se articulaban en torno a evaluaciones muy diversas de los géneros, de lo que significaba ser mujer y ser varón, de lo permitido moral y éticamente concerniente al placer físico, la maternidad y el aborto. En forma determinante establecían una regulación distinta entre hombres y mujeres, de suma influencia en cuanto al aspecto de la maternidad y en específico del aborto en las mujeres indígenas.

En el mundo indígena las uniones de parejas no eran indisolubles, el maya consideraba natural que su mujer o él interrumpieran temporal o permanentemente la alianza, no así los españoles, que influyeron en el cambio de conducta de los indígenas, ya que los españoles mataban a sus mujeres cuando esta situación se presentaba.

En Mesoamérica, ambos géneros recibían castigos equivalentes para la misma culpa en materia sexual. La lujuria era el pecado más frecuente, no así el robo, el homicidio, la mentira, o la embriaguez. En los reportes especiales sobre normas mayas, aztecas o incas es difícil separar los juicios de valor de los evangelizadores católicos.

Para el poblador de América su cuerpo, su placer, su sexo, eran muy naturales. Fue a través de la influencia del catolicismo que se comenzó a manejar que el sexo era sucio y pecaminoso, e incluso la vida marital, legítima y bendecida por la Iglesia era sujeto de crítica inquisitorial.

Mientras de que el sexo era sucio en todo el occidente cristiano y todas las energías se dedican a negar el impulso sexual, las culturas arcaicas de América colocaban al centro rituales religiosos. La presencia abundante de divinidades femeninas dibuja un tejido social donde las mujeres juegan papeles relevantes. En las civilizaciones mesoamericanas, mujeres, sacerdotisas y diosas expresan una forma particular de ser mujer.

Los antiguos nahuas tenían dos divinidades que encarnaban la sexualidad: Xochiquetzal y Tlazolteotl. Es en el culto a estas diosas donde se revela la espiritualidad sexual de los mesoamericanos. Xochiquetzal era la patrona de las relaciones sexuales ritualizadas, y diosa de las flores; el énfasis sexual en Xochiquetzal está colocado en la actividad amorosa más que en la fecundidad, siendo que esta diosa protege las relaciones sexuales ilícitas y es la patrona de las sacerdotisas escogidas para realizar relaciones

sexuales rituales, por tanto, la fecundidad no es la finalidad de estas relaciones.

“Por el contrario, Tlazolteotl es la diosa del placer sexual y la voluptuosidad, pero asociada a la fecundidad. Su imagen nos muestra una mujer en el momento de dar a luz. Ella es la protectora de mujeres embarazadas y parteras. Tlazolteotl es también la diosa de la medicina, de las yerbas medicinales y además la patrona de aquellas curanderas que proveen de yerbas para provocar abortos.”¹ Con lo cual se aprecia que la visión de las culturas indígenas respecto a las cuestiones de sexualidad, y por lo tanto del aborto, era de una manera natural, aspecto que cambia con la llegada de los evangelizadores al situar las relaciones sexuales en un plano oscuro y satanizado, así que al tratarse del aborto, fue prohibido por la religión.

Haciendo una búsqueda más global, existen datos en donde se afirma que “desde la Grecia y la Roma antiguas el aborto, así como el infanticidio, estaban generalmente permitidas y socialmente aceptadas.”² En Roma, el paterfamilias poseía el derecho de vida o muerte sobre sus hijos; el aborto estaba difundido por la alta sociedad. Así también en Esparta se seleccionaba a los recién nacidos y rechazaba a los malformados.

Pero la conciencia cristiana rechazaba esos crímenes; la Didaché, el catecismo antiguo más conocido, escrito hacia el año 95 es tajante en este sentido: “No matarás al niño por medio del aborto o después de haber nacido... los que matan a su hijo matan la imagen de Dios en el seno de su madre”.

En la Biblia no existe mención explícita condenando el aborto. Por el contrario, el único pasaje que se refiere directamente al aborto se encuentra en el Antiguo Testamento, Exodo, 21-22, 24, donde se señala que si dos hombres pelean y ocurre que vayan a herir a

¹ PORTUGAL, Ana M. Mujeres e Iglesia. Sexualidad y aborto en América Latina. Distribuciones Fontamara. México, 1989. p. 24.

² CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. El aborto 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos. Quinta edición. Palabra, España 1995. p. 27.

una mujer embarazada y ésta aborta sin ningún daño, estos tendrán que pagar una multa impuesta por el marido de la mujer y que será pagada en presencia de jueces, pero si la mujer es dañada, se pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, y pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe. De esto se puede apreciar que la muerte del feto no tiene valor primordial en la cultura judía: por su muerte sólo se tenía que pagar una multa a un futuro padre, en cambio, si la mujer fallecía o era herida, el daño de su cuerpo desencadenaba un proceso de venganza y castigo.

“Por otro lado, el concepto griego de Aristóteles sobre cuerpo y alma del feto, parece que estaba en el trasfondo de la cultura judía. Para Aristóteles, el feto no tenía vida originalmente. Solamente a partir de un cierto tiempo de gestación, el alma le sería infundida. Para el filósofo griego, este momento era a los cuarenta días para el sexo masculino y ochenta para el sexo femenino.”³ Derivado de este concepto aristotélico del feto, en el año 305 d. C., se realiza el Concilio de Elvira en la ciudad del mismo nombre en España, en el que además de prometer excomunión a todas las mujeres que abortaban después de haber cometido adulterio, proclamó que la excomunión no podría ser absuelta ni siquiera en la hora de la muerte, lo cual revela que la finalidad de la excomunión era el aborto cometido después del adulterio, no aquel cometido dentro del matrimonio. Por lo anterior se puede afirmar que dentro del contexto de la época en que aún persistía el concepto aristotélico del feto, el castigo para una mujer era más severo en relación al adulterio que al aborto, es decir, el aborto era considerado un crimen en contra de la sexualidad establecida y no en contra de una vida.

En aquellos tiempos se entendía que la mujer era un receptáculo vacío y pasivo, que sólo daba condiciones a un espermatozoide masculino para que este se desenvuelva, por lo

³ PORTUGAL, Ana M. Op, cit, p.84.

que mediante esta ideología, se puede entender mejor el concepto de feto “animado” e “inanimado”, al cual se hacía referencia en la Constitución Apostólica donde solamente condenaba la supresión del feto “animado”.

En el Occidente, San Jerónimo estableció que el espermatozoide se forma gradualmente en el útero y no se puede hablar de homicidio antes que los elementos esparcidos reciban su apariencia y sus miembros. Así también, hacía referencia a mujeres que tratan de ocultar su embarazo adúltero, tomando sustancias que provocan esterilidad y matan a criaturas humanas no nacidas, por lo que se les consideraba culpables de tres crímenes: adulterio, suicidio y asesinato de sus hijos.

San Agustín afirmaba que “si el problema del alma no puede ser decidido apresuradamente, con juzgamientos rápidos y sin fundamentos, la ley prevé que un acto sea considerado como homicidio una vez que no pueda hablar todavía del alma viva en un cuerpo privado de sensaciones, en una carne todavía no formada.”⁴

De las afirmaciones que realizan San Agustín y San Jerónimo entre el aborto de feto animado e inanimado, se entiende que deben ser castigados los primeros y condenados los últimos. Es esta distinción entre “animado” e “inanimado” la que va a prevalecer en las leyes canónicas a lo largo de los siglos: solamente era castigado el aborto realizado contra un feto “animado”.

A partir del siglo VII, esta posición se acentúa cada vez más. El Cónon Aliquando de Graciano sólo prevé punición canónica para el aborto del feto animado.

Santo Tomás de Aquino insistía que la animación del feto no ocurría al momento de su concepción. Pero todos los abortos realizados en las fases anteriores a la “animación” eran moralmente condenados. De lo anterior se aprecia que Santo Tomás de

⁴ Ibidem. p 86.

Aquino colocaba el aborto en las primeras fases en la línea de la contracepción, que era generalmente condenada. Esta posición más tolerante comenzó a tomar consistencia más tarde, culminando en el Siglo XV con Sánchez, que consideraba hasta moralmente permitido el aborto de un feto “no animado”, siempre que hubiese razones, tales como la violación y el peligro de muerte para la madre, posición que prevalecería hasta nuestros días.

En el siglo XVIII, el más rígido de los moralistas, el propio San Alfonso de Ligorio, dejaba abierta la posibilidad del aborto terapéutico.

La Bula del Papa Sixto V decretaba que estarían sujetos a las leyes y castigos canónicos y civiles todos los que practicaban el aborto en cualquier fase del embarazo, fue anulada por su sucesor, Gregorio XIV, porque iba en contra de la práctica de la Penitenciaría y en contra de las posiciones de muchos canonistas y teólogos. Hasta 1869 el Papa Pío IX condena el aborto desde el momento de la concepción. Se terminó entonces la distinción milenaria entre feto “animado” e “inanimado”. Esto sucedió por los muchos descubrimientos en el campo de la Embriología, comenzando por el año 1850, cuando se descubre el fenómeno de la ovulación y el papel de la mujer durante el embarazo y el parto. Todos los Papas posteriores, comenzando por León XIII, seguido de Pío XII, el Segundo Concilio del Vaticano, Pablo VI y también todas las Conferencias Episcopales, pasaron a condenar unánimemente al aborto, en cualquier fase del embarazo, excepto en algunas ocasiones cuando la vida de la madre estaba en peligro. Todas estas declaraciones estaban basadas en un principio biológico, el cual decía que la vida humana se presenta en el feto desde el momento de la concepción.

En los tiempos pre-modernos, las teologías protestantes, especialmente las de Lutero y Calvino, que se oponían a la tesis católica/aristotélica del feto formado y no

formado eran hasta más severas que la teología católica tradicional, en lo que se refería al aborto.

Se puede afirmar que en la antigüedad la realización de abortos era un método generalizado para el control de natalidad. Después fue restringido o prohibido por la mayoría de las religiones, pero no se consideró una acción ilegal hasta el siglo XIX. El aborto se prohibió para proteger a las mujeres de intervenciones quirúrgicas que, en aquella época, no estaban exentas de riesgo; la única situación en la que estaba permitida su práctica era cuando peligraba la vida de la madre. En ocasiones también se permitía el aborto cuando había riesgos para la salud materna.

En el siglo XX, a partir de los años sesenta, cuando nacen los movimientos de mujeres, y donde el aborto se presenta como tema central, aparecen textos protestantes tomando en cuenta la condición de la mujer. La legislación ha liberalizado la interrupción de embarazos no deseados en diversas situaciones médicas, sociales o particulares. Los abortos por voluntad expresa de la madre fueron legalizados primero en la Rusia posrevolucionaria de 1920; posteriormente se permitieron en Japón y en algunos países de la Europa del Este después de la II Guerra Mundial. A finales de la década de 1960 la despenalización del aborto se extendió a muchos países. Las razones de estos cambios legales fueron de tres tipos: 1) el infanticidio y la mortalidad materna asociada a la práctica de abortos ilegales; 2) la sobrepoblación mundial; 3) el auge del movimiento feminista. Hacia 1980, el 20% de la población mundial habitaba en países donde la legislación sólo permitía el aborto en situaciones de riesgo para la vida de la madre. Otro 40% de la población mundial residía en países en los que el aborto estaba permitido en ciertos supuestos -riesgo para la salud materna, situaciones de violación o incesto, presencia de alteraciones congénitas o genéticas en el feto- o en situaciones sociales

especiales (madres solteras o con bajos ingresos). Otro 40% de la población mundial residía en países donde el aborto estaba liberalizado con las únicas condicionantes de los plazos legales para su realización. El movimiento de despenalización para ciertos supuestos, ha seguido creciendo desde entonces en todo el mundo y ha sido defendido en las conferencias mundiales sobre la mujer, especialmente en la de Pekín de 1995, aunque todavía hay países que sobre todo por razones religiosas se ven presionados a mantener legislaciones restrictivas y condenatorias con respecto al aborto.

1.2 Inglaterra

Las disposiciones legales en materia de seguridad social en su mayoría se refieren al Reino Unido de la Gran Bretaña como una unidad geográfica. Así, la legislación general se aplica en Inglaterra, Gales y Escocia. Otras partes del imperio Británico, como las Islas del Canal, la Isla de Man o Irlanda del Norte, caen fuera del campo de aplicación del derecho Británico de la seguridad social, aunque el Derecho aplicable en Irlanda del Norte es muy similar al británico.

Las causas que originan el establecimiento del Seguro Social en Inglaterra son diversas: van de la atención a los pobres, a la revolución industrial y a los movimientos sociales que no se atrevieron a alterar sus estructuras. Las leyes de pobres, los movimientos cartistas, el aislamiento de la gran isla y el crecimiento de las fábricas, configuran un sistema de indiscutible efectividad, muy distinto al alemán.

En Inglaterra el Seguro Social obedece a la iniciativa gubernamental de instaurar los seguros anticipándose a las reivindicaciones que pudieran imponer los socialistas revolucionarios. El seguro privado de principios del siglo XIX permitía adaptar sus principios al seguro social.

En 1870, el sacerdote de la Iglesia anglicana, William Lewery Blackley, propuso un sistema de seguros contra la vejez y las enfermedades. Estas ideas motivaron a Joseph Chamberlain a elaborar un plan de seguro voluntario para la vejez con aportaciones del Estado. En 1893 se nombró una comisión encargada de estudiar el problema de la ancianidad desvalida, en cuyo informe destacaba que el ahorro personal, las sociedades de socorros mutuos y de beneficencia bastaban para resolver el problema. En 1897 fue organizada en Inglaterra la primera medida específica, aprobándose una Ley de accidentes de trabajo (Workmen's Compensation Act), que basaba la protección en la responsabilidad objetiva del empresario, reconociendo al trabajador un derecho de indemnización directamente exigible frente a aquél. En 1899 la Cámara de los comunes, designó una nueva comisión para el estudio del problema de los ancianos pobres, que se pronunció a favor de un sistema de pensiones; en dicha comisión se encontraba David Lloyd George. Así se expidieron normas legales de previsión y seguridad social destinadas a proteger el derecho al trabajo y la tutela de los trabajadores:

- 1907. Ley sobre educación, inspección médica, cuidado de la salud y condición física de los menores, en escuela públicas elementales.

- 1908. Ley de pensiones para la vejez y ley reguladora del trabajo en las minas de carbón, con una jornada de ocho horas.

- 1909. Ley de bolsas de trabajo, con un sistema contra el paro forzoso; Ley de proyectos ciudades, para proporcionar casas baratas a los obreros y Ley de juntas de trabajadores.

- 1911. Primera legislación de seguros sociales, con intervención de David Lloyd George y Winston Spencer Churchill. Lloyd estaba interesado en el seguro de enfermedad, habiéndose inspirado en Alemania. Churchill, ministro de comercio,

conjuntamente con el secretario permanente del ministro, Hubert Llevellyng Smith y William Beveridge, proyectaron la ley de 1911 esta disposición se limitaba a cubrir las enfermedades de invalidez, ya que el seguro de vejez, viudez y orfandad no aparecen sino hasta 1925.

El financiamiento de los seguros sociales contra la enfermedad y el desempleo se integraba con aportaciones del Estado, patrones y trabajadores; es decir, gravitaba sobre el consumo. En 1925, después de reformarse en 1920 el campo de aplicación del seguro contra el paro, se extendió el principio del seguro a los riesgos de vejez y muerte.

En 1941, el Gobierno británico nombró una Comisión interministerial bajo la presidencia de William Beveridge, a fin de reformar y planificar los dispersos regímenes asegurativos. En poco más de un año realizó su labor, que fue publicada bajo el título Social Insurance and Allied Services. Posteriormente Beveridge publicó en 1944, un segundo título Full Employment in a Free Society. Sin embargo, de los dos informes, es el primero el que tuvo mayor resonancia jurídico-positiva. El segundo pertenece más a una política de seguridad social.

“Beveridge se asienta en un plano de crítica de las instituciones anteriores o, lo que es lo mismo, de los seguros sociales a semejanza del sistema germánico de la necesidad, a través de una adecuada y justa redistribución de la renta. En esta nueva visión, el sistema puede reducirse a un mero conjunto de seguros sociales, sino que junto a ellos tienen cabida la asistencia nacional, un servicio nacional de salud, la ayuda familiar, así como manifestaciones complementarias de seguros voluntarios.”⁵

El Plan, acogido entusiastamente por el partido laborista, fue llevado a la realidad jurídico-positiva, aunque con limitaciones. De ello se encargaron, sucesivamente, una Ley

⁵ ALMANSA PASTOR, José M. Derecho de la Seguridad Social. Séptima edición. Tecnos. España, 1991. p.73.

de 1945 y dos de 1946, respecto al sistema de seguros sociales. El Servicio Nacional de Salud fue instituido por Ley de 6 de noviembre de 1946. Y en 1948 fue regulada e implantada con nueva estructura una amplia asistencia nacional. Cabe hacer la observación de que en Inglaterra no se adopta en ley, programa o plan alguno el nombre de seguridad social, utilizándose en cambio el de seguro social.

Ya en el sistema inglés de la actualidad, el concepto institucional de la seguridad social está formado por las prestaciones económicas que gestiona el Departamento de Seguridad Social. Las prestaciones de seguridad social pueden dividirse en cuatro categorías:

1.- Prestaciones contributivas (*contributory benefits*). Tales son las prestaciones de los seguros que cubren las contingencias de desempleo, enfermedad, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo, vejez y muerte.

2.- Prestaciones no contributivas (*non-contributory benefits*). Estas prestaciones se financian con los impuestos y cubren las contingencias de invalidez, vejez y muerte para aquellas personas no protegidas por el sistema de seguros.

3.- Prestaciones sujetas a una declaración de ingresos (*means tested benefits*). Estas prestaciones también se financian a través de los impuestos generales y su reconocimiento se acondiciona a una prueba de recursos o ingresos (*means test*).

4.- Prestaciones por hijo a cargo (*child benefits*).

Dentro de este concepto de seguridad social no se incluye la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Nacional de Sanidad (*National Health Service*).

Respecto al campo de aplicación de este sistema de seguridad social, tanto los trabajadores asalariados como los autónomos pertenecen al grupo de personas

obligatoriamente aseguradas en orden a las contributory benefits, aunque el aseguramiento de los trabajadores autónomos no se extiende para las prestaciones de desempleo, para efectos de lo anteriormente establecido, se entiende por trabajador asalariado a “aquél que realiza un trabajo retribuido en calidad de aprendiz o por un contrato de trabajo.”⁶

Aparte de las personas obligatoriamente aseguradas también existe la posibilidad del aseguramiento voluntario. El aseguramiento voluntario es posible para todos los trabajadores asalariados y autónomos que satisfagan determinadas condiciones de cotización, para los trabajadores autónomos que no estén cubiertos por el seguro obligatorio debido, por ejemplo, a su bajo nivel de ingresos y para ciertas categorías de la población pasiva. En la Ley de la Seguridad Social de 1975 las cotizaciones se dividen en cuatro clases. Los trabajadores asalariados cotizan por la clase 1, los autónomos por la clase 2 y 4 y los voluntariamente asegurados cotizan por la clase 3, el campo de cobertura y los tipos de cotización son distintos para cada clase. Los asalariados que cotizan por la clase 1 están protegidos contra todas las contingencias, los trabajadores autónomos (clases 2 y 4) están excluidos de la protección por desempleo y los cotizantes de la clase 3 sólo están protegidos para las contingencias de vejez y muerte. Tanto el aseguramiento voluntario como el obligatorio tienen un límite de edad mínima (16 años) y máxima (edad de jubilación).

Haciendo referencia específicamente al seguro de maternidad en el sistema de seguridad social británico, se debe establecer que en los requisitos de cotización para tener derecho a la maternity allowance (asignación por maternidad) sólo se exige un requisito de cotización: en las 52 semanas precedentes a la decimocuarta semana anterior

⁶ PIETERS, Danny. Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea. Civitas. España, 1992. p.180.

a la fecha esperada del parto, la asegurada debe haber cotizado al menos 26 semanas. La mujer que haya satisfecho los requisitos de cotización necesarios, tiene derecho a la contributory maternity allowance (asignación contributiva por maternidad), que comienza a abonarse entre 11 y 6 semanas antes de la fecha esperada del parto; la duración máxima de la prestación es de 18 semanas. La mujer puede ser privada de la percepción de la prestación si deja de acudir a los reconocimientos médicos o si realiza cualquier actividad laboral. Dado que existe una statutory maternity pay que se abona por los empresarios, la contributory maternity allowance tiene poca importancia en la práctica. Esta prestación se abona por el empresario a todas las mujeres asalariadas que hayan trabajado para el mismo empresario durante al menos las últimas 26 semanas y que tengan un salario medio superior al límite salarial mínimo. Durante las primeras seis semanas la cuantía de la prestación es igual al 90% del salario semanal, siempre que la interesada haya trabajado para el mismo empresario al menos 16 horas semanales durante dos años consecutivos (u ocho horas semanales durante cinco años consecutivos). Si la interesada no ha satisfecho estos requisitos, así como transcurridas las seis primeras semanas, tiene derecho a una prestación de cuantía fija. Cabe mencionar que existe además otra prestación que reconoce el llamado social fund. Este fondo reconoce prestaciones en caso de necesidades especiales, siendo una de éstas el maternity expenses payment (subsidio de gastos de maternidad), la cual es una prestación de reconocimiento no discrecional; dicha prestación es de cuantía fija y trata de sufragar los gastos que origina el parto. Respecto a la financiación de la statutory maternity pay, dicha prestación se financia a través de cotizaciones, los empresarios pueden descontar el importe de lo pagado por esos conceptos de las cotizaciones que deban ingresar.

De lo anterior se puede establecer que, en el sistema de seguridad social de

Inglaterra no se hace referencia alguna al aborto como una contingencia de la mujer embarazada dentro del ramo de maternidad.

1.3 Alemania

Ya el ordenamiento prusiano, aunque con medidas de protección social parciales y limitadas, sentó los precedentes para que Bismarck pudiera acometer, por primera vez en Alemania y en el mundo, la tarea de establecer un sistema de seguros sociales. En 1810 se obligaba a los empresarios a asegurar prestaciones, en caso de enfermedad, a los asalariados que conviviesen bajo el mismo techo. En 1848, el empresario de industria ferroviaria respondía de los accidentes de trabajo. En 1854, las Administraciones Locales podían crear fondos mutualistas de enfermedad, e imponer la afiliación obligatoria de los asalariados. Dichas medidas protectoras prematuras, aunque no pasan de ser medidas aisladas, constituyen el germen de implantación de los seguros sociales por el Canciller de Hierro en 1883 y años siguientes.

Para una explicación coherente del origen de los seguros sociales en Alemania hay que partir de que los principios individualistas imperantes en Europa fueron contrarrestados por el pensamiento de Fichte, de Hegel y de Marx, que promovieron un temprano desarrollo de las ideas socialistas. Plasmación de éstas fue la creación en 1863 de la Asociación General de Trabajadores Alemanes (Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein), que daría lugar más tarde, en 1867, a la fundación del Partido social-democrático obrero. La expansión del partido, y sus tácticas violentas hicieron recelar al canciller, quien emprendió una política represiva, declarando ilegal el Partido, prohibiendo sus reuniones y persiguiendo a sus jefes. Sin embargo, y comprendiendo que la simple política represiva no bastaría, Bismarck, se propuso además una actitud defensiva, la de acoger y practicar algunos de los postulados defendidos por el

socialismo. A tal fin, adoptó para su proyección política principios defendidos por las tendencias más moderadas del socialismo, es decir, el socialismo científico o de cátedra, impulsor de una solidaridad entre los individuos y las clases sociales, que había de expresarse a través del impuesto como instrumento redistributivo; y el socialismo de Estado o reformista, que sostenía la necesidad de una progresiva socialización y el intervencionismo estatal en las relaciones laborales. A estas orientaciones respondió el mensaje de 17 de noviembre de 1881, en el que expuso Bismarck una nueva visión del Estado, dirigido no sólo a garantizar los derechos individuales, sino también a promover el bienestar de los miembros de la colectividad y especialmente de los necesitados, mediante la creación de los seguros sociales.

Las primeras leyes que crean y regulan un auténtico Seguro Social son promulgadas por el canciller de Prusia, Otto Von Bismarck, durante la época del emperador Guillermo I. En 1878, después de dos atentados frustrados contra la vida del káiser Guillermo I, unificador de Alemania, Bismarck concibe un plan para abrogar el poderoso movimiento socialista, mediante una legislación de emergencia: la ley contra las tendencias de la social-democracia, consideradas peligrosas para la comunidad. Bismarck asistido por los economistas Adolfo Wagner y Schafle, comprende la trascendencia de los seguros sociales como instrumento político para atraer a las clases económicamente débiles, unir las en torno al Estado y, en definitiva, robustecer la autoridad de éste para contrarrestar, mediante la implantación de los seguros sociales, la acción de los riesgos a que con mayor frecuencia estaban expuestos los obreros y sus familias.

La primera ley de un auténtico Seguro Social fue la del seguro obligatorio de enfermedades, establecida el 13 de junio de 1883; la segunda, el 6 de junio de 1884, sobre seguro de accidentes de trabajo de los obreros y empleados de las empresas industriales, y

otra más el 22 de junio de 1889, con el seguro obligatorio de invalidez y de vejez. Estas leyes delimitan el sistema de Seguro Social en lo futuro. Sus características principales son:

a) Participación del trabajador en el costo del seguro, salvo en el de accidentes de trabajo, íntegramente sostenido por el patrón.

b) Participación del Estado, en representación de la sociedad interesada en el sostenimiento de los seguros de invalidez, vejez, enfermedades y maternidad.

c) Administración autárquica del sistema de seguros, con intervención de los destinatarios del servicio, patrones y trabajadores.

En 1900, los seguros sociales se enfocan con mayor amplitud y se procede a la unificación del de accidentes, que en 1905 se extiende a tres aspectos: accidentes, enfermedad e invalidez; no obstante esta tendencia no se completa sino hasta 1911, con la promulgación del Código Federal de Seguros Sociales y la Ley de Seguros de Empleados Particulares. El sistema de seguros de Bismarck, que abarcaba salud, vejez, enfermedad y accidentes tenía la deficiencia de no incluir la previsión del desempleo, impuesto en Inglaterra desde 1911 e incorporado en Alemania hasta 1926, donde fracasó debido al desempleo.

Así la Constitución de Weimar de 1919, se limitó a constitucionalizar, sin modificaciones sustanciales, algo que ya estaba desarrollado en el ordenamiento anterior y a comprometer al Reich a mantener el sistema de seguros sociales, donde se declara en su artículo 161, Título V, lo siguiente: “El Reich creará un amplio sistema de seguros para poder, con el concurso de los interesados, atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las

consecuencias económicas de la vejez, de la enfermedad y de las vicisitudes de la vida.”⁷

De esta Constitución se pueden derivar los principios aplicables a los seguros sociales:

- a) Competencia federal.
- b) Seguros contra todos los riesgos de vida en el trabajo.
- c) Predominio de las prestaciones preventivas.
- d) Intervención de los asegurados en la administración de los seguros.

Los seguros sociales alemanes estaban integrados por las siguientes ramas:

- 1) Seguro obligatorio de accidentes y enfermedades profesionales.
- 2) Enfermedad y maternidad.
- 3) Seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte:
 - a) seguro de los obreros
 - b) seguro de los empleados
 - c) seguro de los mineros
- 4) Seguro contra el paro voluntario.

De lo anterior, se pueden establecer los siguientes rasgos característicos del sistema alemán:

1º. La protección social se realiza mediante técnicas asegurativas, más de previsión que de seguridad social, informadas por el seguro privado y su noción central de riesgo, si bien con la imposición de su obligatoriedad.

2º. La exaltación del riesgo en lugar de su consecuencia, la necesidad, así como la

⁷ BRICEÑO RUÍZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales. Harla. México, 1987. p.69.

instauración sucesiva por diversos regímenes asegurativos, caracterizan al sistema por una acumulación de seguros heterogéneos con gestiones administrativas independientes y coberturas desconexas.

3°. Los sujetos protegidos los son en cuanto asalariados, de modo que el derecho a la protección reposa en la consideración de la actividad profesional aportada a la sociedad, y en cuanto económicamente débiles, de manera que no todos los asalariados son protegidos, sino sólo los que carecen de medios propios.

4°. Las prestaciones a que tienen derecho lo son con carácter indemnizatorio como sustitutivas del salario perdido en virtud de la actualización del riesgo previsto.

5°. Finalmente, las cotizaciones para la financiación contributiva del sistema, inspiradas por la idea central de laboralidad, toman como módulo no el valor de lo asegurado ni la mayor o menor probabilidad o peligrosidad del evento, sino la cuantía salarial, en cuya proporción se fija.

Ya en la actualidad, en la República Federal de Alemania se pueden distinguir tres ramas en la seguridad social: los seguros sociales, la compensación social y la asistencia social.

Tradicionalmente el sistema se ha basado en los seguros sociales (Socialversicherung), así, junto a los clásicos seguros del sistema de seguros sociales de enfermedad, accidentes de trabajo, invalidez y vejez, existe un seguro de desempleo.

Como consecuencia de la Primera Guerra Mundial se creó una rama nueva de la seguridad social para los veteranos de guerra llamada sociale Entschädigung. El Estado asumió la responsabilidad de compensar las lesiones sufridas por aquellos que habían ofrecido sus servicios al Estado, con esta finalidad se dictó la Ley Federal de Asistencia (Bundesversorgungsgesetz). Posteriormente esta rama de la Seguridad Social fue

ampliada para la cobertura de las víctimas de vacunaciones o de actos de violencia social o criminal.

La tercera y más antigua rama de la seguridad social es la asistencia social (Socialhilfe).

Además de las tres ramas anteriores, existen otras ramas de reciente creación, que pertenecen al sistema de la seguridad social, pero que presentan ciertas dificultades para incluirlas en alguna de las tres secciones citadas. Se puede citar el régimen de protección de estudiantes (Ausbildungsförderung) (promoción de la formación), las prestaciones de protección a la familia (Kindergeld, Erziehungsgeld, Unterhaltsvorschub) y las prestaciones para la vivienda (Wohngeld).

La Constitución alemana apenas incluye algún precepto relativo a la seguridad social. Sólo se menciona expresamente en las reglas que fijan la competencia legislativa, se señala a la Federación como el organismo competente. Indirectamente aunque con gran importancia, refieren a la seguridad social los Socialstaatsprinzip (Principios del Estado Social), derivados por la jurisprudencia y por la doctrina legal de los artículos 20 y 28 de la Constitución. Sirven como principios rectores para el legislador en la actividad legislativa.

En 1970 se adoptó la decisión de codificar el Derecho de la Seguridad Social el Sozialgesetzbuch (Código Social). El propósito de esta codificación era simplificar y clarificar el Derecho de la seguridad social, que hasta entonces estaba regulado en numerosas leyes dispersas, reuniendo todas las leyes de seguridad social en un código único comprensivo de todo el sistema, incrementando de esta forma su uniformidad para facilitar a los ciudadanos el conocimiento del Derecho y conseguir de esta forma una mayor confianza de los mismos en el Estado constitucional del bienestar social y para

simplificar la aplicación del Derecho y garantizar la seguridad jurídica. Se ha elaborado la parte general, lo que incluye el material introductorio, así como las previsiones legales que cubren el ámbito completo del Sozialgesetzbuch, un capítulo relativo a los preceptos comunes de los seguros sociales y un capítulo relativo al procedimiento de pago de prestaciones, protección de datos y cooperación entre los organismos administrativos y sus relaciones con terceros.

En los artículos 3 a 10 de la parte general del Sozialgesetzbuch se recogen una serie de derechos sociales (soziale Rechte) que hacen referencia a las ramas de la seguridad social ya mencionadas. No se pueden reconocer derechos a prestaciones en base a estos preceptos; para ello estos artículos se remiten a los preceptos más importantes de las leyes especiales. El ordenamiento jurídico exige que estos derechos sociales tengan en cuenta a la hora de interpretar el resto de los preceptos del Sozialgesetzbuch y a la hora de aplicar las potestades discrecionales.

Respecto a los sujetos de aseguramiento, debe hacerse una distinción entre las personas obligatoriamente aseguradas y las voluntariamente aseguradas. Las personas que estén desempeñando un trabajo retribuido están obligatoriamente aseguradas. La legislación utiliza el término *beschäftigt sein* (estar trabajando) y toma la *Beschäftigungsverhältnis* (relación laboral) como punto de partida para la obligación de aseguramiento. Los que trabajan en un empleo retribuido deben ser distinguidos de los trabajadores autónomos.

Respecto a la obligación de aseguramiento (históricamente la distinción se hacía teniendo en cuenta si las actividades eran físicas o intelectuales), solamente tiene importancia respecto al seguro de enfermedad. El seguro obligatorio sólo existe en aquellas actividades que se desempeñan a cambio de un salario. Todos los ingresos del

trabajo que se desempeña se incluyen en este concepto, independientemente del nombre o de la forma en que se paguen, tanto si existe un derecho como si se generan directamente o por conexión con las actividades. Estas reglas están más desarrolladas en la ley, en la que se tiende a la mayor armonía posible con el concepto de salario que se utiliza en el Derecho Tributario. Igualmente están obligatoriamente asegurados los alumnos de formación profesional, aunque en este caso no se exige el requisito de un trabajo retribuido. Además, algunos otros pequeños grupos de trabajadores autónomos cuya posición económica es comparable a la de aquellas personas que mantienen una relación laboral dependiente y a los que, consecuentemente, se les considera necesitados de protección, están obligatoriamente asegurados, entre ellos se encuentran los empleados de hogar, comadronas, artesanos, artistas y escritores. Además de los trabajadores autónomos, existen otras personas incluidas en el régimen de aseguramiento obligatorio entre los que se encuentran los miembros de la familia cooperadores en el sector agrícola, estudiantes, aprendices y minusválidos que trabajan en puestos de trabajo para minusválidos. Generalmente, el aseguramiento obligatorio sólo incluye los seguros de enfermedad, invalidez y vejez. Finalmente, existe otra categoría de personas obligatoriamente aseguradas que son los que interrumpen una relación laboral dependiente o la finalizan sin perder la necesidad de protección, tales como aquellos que están realizando el servicio militar o los preceptores de prestaciones de desempleo o pensiones. Todos los funcionarios públicos están excluidos del aseguramiento obligatorio, dado que están protegidos por un régimen especial.

Todos los seguros sociales, excepto el seguro de desempleo, ofrecen la posibilidad de asegurarse voluntariamente. El seguro de enfermedad y el seguro de accidentes ofrecen esta posibilidad a varios grupos específicos de personas como los trabajadores

autónomos cuyos ingresos caigan por debajo de un determinado nivel salarial. El seguro de vejez e invalidez ofrece la oportunidad del aseguramiento voluntario a todos los alemanes, ciudadanos comunitarios y a cualquier persona que viva o cuyo lugar habitual de residencia sea la República Federal.

Respecto al ramo de maternidad, en esta legislación alemana se contempla el seguro de enfermedad que es un seguro que cubre las contingencias de enfermedad (como causa de la pérdida de ingresos), maternidad y asistencia sanitaria. La contingencia de maternidad (Schwangerschaft/Mutterschaft) (embarazo/maternidad) cubre los periodos de embarazo, nacimiento y el periodo de descanso. La mujer tiene derecho al Mutterschaftsgeld (subsidio de maternidad), cuya cuantía es equivalente al salario neto, aunque con un tope máximo bastante bajo. Si los salarios reales son superiores a este límite, el empresario está obligado a conceder un complemento en base a la Mutterschutzgesetz. La prestación se abona durante las seis semanas precedentes al parto y durante las ocho o doce semanas subsiguientes.

Así también, se regulan diversas prestaciones de protección a la familia, como el Erziehungsgeld (subsidio de educación) que se abona a aquellos padres con hijos menores de un año de edad nacidos después del 31 de diciembre de 1985 y que convivan en el hogar familiar. Los padres deben dedicarse únicamente al cuidado del hijo y, en consecuencia, no desempeñar ningún trabajo retribuido o trabajos inferiores a 19 horas semanales. El propósito de Erziehungsgeld es fomentar que los padres trabajadores dediquen más tiempo al cuidado de los hijos.

Sin embargo, no se establece ninguna norma de seguridad social en donde se contemple el aborto dentro del ramo de maternidad, aunque se han promulgado leyes dentro de la República Alemana respecto al tema del aborto.

En Alemania se aprobó una ley de aborto en 1974 autorizándolo a petición durante el primer trimestre. Esta Ley sin embargo fue anulada por el Tribunal, el Parlamento Federal aprobó en mayo de 1976 una legislación revisada. “La nueva ley permite el aborto si, según las conclusiones médicas, está indicada una interrupción del embarazo, habida cuenta de las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer embarazada a fin de evitar un peligro para la vida o un riesgo de daño grave para el estado de salud física y mental de la embarazada y cuando no puede evitarse tal riesgo por cualquier otro medio que la mujer pueda presumiblemente aceptar.”⁸ También puede practicarse el aborto hasta las 22 semanas después de la concepción si, a tenor de la opinión médica, existen razones imperativas para presumir que, como consecuencia de una predisposición hereditaria o influencias nocivas previas al nacimiento, el niño sufriría de un perjuicio irremediable para su estado de salud y de tal gravedad, que no se puede exigir a la mujer llevar a término su embarazo; hasta las doce semanas a partir de la concepción en casos de violación y de otras formas de abuso sexual y si conviene, por otra parte, interrumpir el embarazo a fin de evitar a la mujer el verse expuesta al peligro de consecuencias graves que: a) revistan tal gravedad que no pueda esperarse que la mujer afectada lleve a término el embarazo; y b) no pueda eliminarse el peligro por cualquier otro medio que la mujer presumiblemente pudiera aceptar.

1.4 Francia

El primer sistema de seguridad social conocido en Francia se debió a la inspiración del ministro Jean Baptiste Colbert, quien organizó en 1673 el primer régimen

⁸ TIETZE, Christopher. Informe mundial sobre el aborto. Quinta edición. Ministerio de Cultura. Instituto de la mujer. España, 1983. p.33.

de vejez en beneficio de los marinos mercantes. Sin embargo, la acción social en Francia se realizaba por medio de instituciones privadas de caridad dirigidas en su mayoría por religiosas. La Revolución Francesa, en 1790, creó el llamado Comité de la Mendicidad. A fines del siglo XIX empezaron a desarrollarse en Francia los primeros bosquejos de lo que años después serían el seguro social y la seguridad social. En ese siglo, ciertos grupos sociales, funcionarios públicos y mineros, estaban protegidos por lo menos en cuanto al seguro de vejez por una reglamentación particular. Al finalizar el siglo, se hizo la primera legislación importante en la materia, la ley del 9 de abril de 1898, con la que se inicia un sistema de protección en caso de accidentes de trabajo. Esta ley no cubría más que a los asalariados del comercio y de la industria, pero puede considerarse la primera gran ley de carácter social en Francia.

Resulta pues que el año de 1898 es importante para la seguridad social francesa debido a la aparición de la Ley sobre Accidentes del Trabajo. Poco después, en 1910, se promulgó la llamada “Ley R.O.P.”, es decir, la Ley obrera y campesina que fue el bosquejo de lo que sería más tarde el sistema de protección contra la vejez. Esta Ley tuvo poca eficacia de inmediato, y hubo que esperar hasta 1928 y 1930 para presenciar el nacimiento del primer régimen del seguro social.

En 1928 se organizó el primer régimen de seguridad social que comprendía las ramas clásicas: enfermedad, vejez e invalidez. Este régimen tenía la particularidad de que se aplicaba únicamente a los asalariados de la industria y del comercio que percibían un salario menor a cierto límite. Por lo tanto, la primera ley sobre los seguros sociales en Francia cubría sólo una parte de los asalariados. Esta ley fue completamente renovada en 1945, por medio de un Decreto llamado “El Código de la Familia”, en 1939 se extendió la ley de 1932 a los no asalariados. Así, desde 1939, la parte de la población no asalariada

percibía ya subsidios familiares. Con la Segunda Guerra Mundial, y de 1940 a 1944, ocurrió la ocupación alemana. A partir de esa fecha, con el general De Gaulle, hubo dos gobiernos: el de Vichy y el de la Francia libre radicado en Londres, de ahí que Inglaterra tuvo gran influencia sobre la concepción de la seguridad social en Francia. El Plan Familiar de seguridad social de 1945 fue inspirado en gran parte en las ideas de Lord Beveridge, que había concebido un plan sobre la materia para Gran Bretaña, en su obra "Trabajo para todos en una sociedad libre", decía: "en el futuro el Estado tendrá la carga de una nueva función pública y deberá efectuar un desembolso total suficiente y por lo tanto protegerá a sus ciudadanos contra un desempleo masivo tan enérgicamente como que le compete proteger a sus ciudadanos contra un ataque foráneo, contra el robo y la mendicidad dentro del país"⁹. Dichas ideas influyeron en el documento francés llamado "Programa del Consejo Nacional de la Resistencia". Cuando el general De Gaulle estuvo en Londres se rodeó de un Consejo Nacional de la Resistencia. Este Consejo se ocupó en estudiar las medidas sociales que habrían de tomarse cuando el territorio francés fuera liberado por los aliados. Se consideraba crear desde el primer momento de la liberación, un plan completo de seguridad social con el propósito de asegurar a todos los franceses un medio de vida decoroso, por medio del trabajo; este sistema de seguridad social tendría una gestión propia manejada por los representantes de los interesados y del Estado.

En octubre de 1946 se promulgó una ley que modificó por completo la cobertura sobre los accidentes que afectan al trabajador. El 22 de mayo de 1946 se promulgó la Ley sobre la Generalización de la Seguridad Social y el 22 de agosto de ese año, la Ley sobre los Subsidios Familiares. Lo que se pretendió hacer en los años de 1945 y 1946 fue

⁹ SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA. Seguridad Social. Mexicano. Colección Seminarios Núm. 2. México, 1976 p.17.

constituir un régimen coordinador de seguridad social que cubriese a toda la población francesa. El 20 de mayo de 1946 se promulgó una ley que debió instaurar un régimen de seguridad social único para toda la población francesa beneficiándose por igual los asalariados y los no asalariados del sistema del seguro de vejez y del sistema del seguro de enfermedad dentro del marco de un sistema único de seguridad social, lo cual resultó un mito, ya que los diferentes regímenes se formaron dentro del marco de un régimen diversificado. Lo anterior llevó a la promulgación de una ley en 1948, en relación al seguro de vejez para los no asalariados. El seguro de enfermedad se obtuvo en primer lugar, para los agricultores propietarios, en los artículos de la ley del 25 de enero de 1961 y, en segundo término, a los no asalariados y no agricultores por medio de la ley promulgada el 12 de julio de 1966.

La ley más importante en el campo del Régimen General de la seguridad social es el Código de la Seguridad Social (Code de la Sécurité Sociale). Esta ley promulgada en 1956, y revisada en 1985, supuso la codificación del Derecho de la seguridad social en el ámbito del Régimen General. En materia de desempleo, el marco legal está constituido por el Code du Travail, complementado por un posterior convenio colectivo entre empresarios y trabajadores. La asistencia social está regulada en el Code de la Famille et de l'Aide Social.

Actualmente, la seguridad social francesa se caracteriza por la existencia de varios regímenes para los distintos grupos profesionales. Se distinguen:

1.- El régimen General (le régime général). Es el más importante, se aplica a los trabajadores del comercio e industria, así como a ciertas categorías de personas asimiladas. Gozan de protección por enfermedad, maternidad, incapacidad laboral, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, vejez y muerte. El régimen también

contempla prestaciones de protección a la familia para los trabajadores asalariados, trabajadores autónomos (excepto agrícolas) y población inactiva.

2.- El Régimen agrario (le régime agricole). Los trabajadores del campo que no sean autónomos gozan de una protección comparable a la que proporciona el Régimen General. Los trabajadores por cuenta propia gozan de protección por vejez y cargas familiares.

3.- Los regímenes especiales (les régimes spéciaux) para ferroviarios, mineros, funcionarios públicos, etc... El nivel de protección es variable en cada régimen, pero si una contingencia está protegida, las prestaciones son como mínimo del mismo nivel que en el Régimen General.

4.- Los múltiples regímenes para trabajadores autónomos excepto los agrarios (les régimes autonomes des professions non salariés non agricoles).

Los regímenes anteriormente descritos forman lo que generalmente se denomina “seguridad social legal” (les régimes légaux). Aparte de éstos, existen otros sistemas de protección en la seguridad social complementaria. Como tales se pueden citar:

1.- Los regímenes complementarios de pensiones. Establecidos sobre la base de los convenios colectivos; desde 1972 son obligatorios para todos los asalariados del régimen general y del régimen agrario.

2.- Las prestaciones complementarias de enfermedad. También de carácter colectivo; garantizan prestaciones complementarias a las prestaciones legales en caso de enfermedad.

3.- Prestaciones de desempleo. La contingencia de desempleo no está cubierta sólo por la “seguridad social legal”, en el sentido señalado, sino también por el Derecho del Trabajo. En la actualidad todas las personas que realicen una actividad en base a un

contrato de trabajo gozan de un régimen de protección por desempleo obligatorio, que es una síntesis de los dos regímenes existentes anteriormente: uno de asistencia pública y otro que era un seguro de desempleo recogido en los convenios colectivos.

4.- Asistencia social. Al igual que la protección por desempleo, no forma parte de la “seguridad social legal” en el sentido estricto de la palabra. Cumple una función residual respecto al sistema.

Para determinar el campo de aplicación personal del Régimen General, debe distinguirse entre los seguros sociales en sentido estricto (assurances sociales), el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las prestaciones de protección a la familia.

Las personas que desempeñan un trabajo a cambio de un salario bajo la autoridad de un empresario en el sector privado, están obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de los assurances sociales.

Además del aseguramiento obligatorio, existe el aseguramiento voluntario, llamado aseguramiento personal (assurance personnelle). El aseguramiento voluntario es posible para las contingencias de invalidez, vejez y muerte, para aquellas personas que previamente estuvieron obligatoriamente aseguradas. El assurance personnelle proporciona prestaciones en especie del seguro de enfermedad y maternidad y es accesible para todas aquellas personas que no estén incluidas en el campo del aseguramiento obligatorio.

El campo de aplicación personal del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es bastante parecido al de los assurances sociales. Incluye algunas extensiones, por ejemplo, aprendices y estudiantes en prácticas.

Las diversas prestaciones familiares se reconocen a los trabajadores asalariados y asimilados, a los trabajadores autónomos que no desempeñen su actividad en el sector

agrícola y a toda la población pasiva. Las prestaciones se reconocen a las personas que residan en Francia y que mantengan en el momento de la solicitud y de forma continuada a uno o más hijos. Salvo que se disponga lo contrario expresamente, el beneficiario es el miembro femenino de la pareja.

Específicamente en lo que respecta al ramo de maternidad, su regulación se ubica en la contingencia de invalidez. Dentro de la invalidez, si la persona asegurada resulta incapacitada para el trabajo y así lo diagnostica un médico, el seguro de enfermedad (assurance maladie) reconoce prestaciones diarias (indemnités journalières), estas prestaciones están condicionadas a requisitos mínimos relativos a periodos de empleo y cotización del asegurado.

En cuanto a la maternidad, las condiciones para tener derecho a las prestaciones económicas en el Assurance Maternité (indemnités journalières de répos) son las mismas que se aplican en el assurance maladie. Sin embargo, la mujer está obligada a cuatro reconocimientos previos al parto. La prestación en dinero se reconoce por un periodo mínimo de dieciséis semanas (seis semanas antes y diez semanas después del parto). En caso de que el nacimiento suponga incrementar el número de hijos hasta tres, la duración de las prestaciones es de veintiséis semanas (ocho semanas antes y dieciocho semanas después del parto). En caso de parto múltiple, la duración se extiende dos semanas más. La cuantía de la prestación es el 84% de la media salarial diaria de los tres últimos meses de trabajo. El hombre o mujer que adopta a un hijo también tiene derecho a estas prestaciones, así como el padre en caso de fallecimiento de la madre en el parto. En el caso de embarazo o parto, las facturas de los médicos, los medicamentos y gastos de ingreso en un hospital, así como otros gastos originados por estas causas, están cubiertos por el seguro de maternidad. Tienen derecho a estas prestaciones las mujeres aseguradas

por propio derecho o bien como cónyuges dependientes, convivientes de hecho, y hermanas del asegurado. Las condiciones que se exigen respecto al empleo y cotización, en donde el asegurado debe abonar por sí mismo los gastos, siendo posteriormente reembolsados por las autoridades administrativas, aunque nunca de forma completa. Se exige un requisito adicional que consiste en que la persona asegurada deba permanecer asegurada durante los diez meses precedentes al parto. Los gastos por medicamentos se compensan sólo parcialmente, mientras que las restantes prestaciones son gratuitas.

1.5 España

En sentido estricto, apenas cabe hablar de historia de la seguridad social española, ya que con anterioridad al momento en que tal expresión se adopta con un contenido propio, es decir, lo que han sucedido son medidas inespecíficas de protección de necesidades sociales. Durante la Edad Media proliferaron las cofradías religiosas benéficas y las cofradías gremiales, como instituciones de protección social, ambas constituyeron asociaciones cuyos nexos eran el religioso y el profesional con finalidades mutualistas y asistenciales. Durante la Edad Moderna la protección fundamental de necesidades sociales se realiza a través del principio mutualista, primero, con la hermandad de socorro, después, con su sucesor el montepío; pero además del instrumento mutualista, la protección social se complementa hacia el final del periodo con el del ahorro, a través de los montes de piedad, y con la asistencia, mediante las llamadas diputaciones de barrio. Pese a la rápida proliferación de montepíos, en pocos años vería su declive y su desaparición, sobre todo los de iniciativa privada, debido a las deficiencias técnicas de cálculo actuarial y estadístico que quebrantaron sus regímenes económico-financieros.

En sí, los comienzos del intervencionismo estatal en materia social datan de 1883, en que por Real Decreto de 5 de diciembre, inspirado por Moret, fue creada una Comisión de reformas para el mejoramiento de la clase obrera. Tras una reorganización en 1889, pasa en 1903, por Decreto de 23 de julio, a denominarse Instituto de Reformas Sociales. De él procede el proyecto de ley formulado en 1905, que tras discusión parlamentaria se convirtió en Ley de 17 de febrero de 1908, creadora del Instituto Nacional de Previsión. Tal es el punto de arranque histórico del que habían de proceder las medidas específicas de protección social que se desarrollan en el siglo actual en España.

Pero el desarrollo industrial y el maquinismo van a producir el inicio de una oleada de accidentes en la realización del trabajo, lo cual resultó el motor para poner en marcha la intervención estatal en materia social. La comisión de Reformas elaboró, con la colaboración de comisiones provinciales que elevaron sus informes, un proyecto de ley que se convirtió el 30 de enero de 1900 en la primera Ley de Accidentes de Trabajo.

En sí, la aparición en España del seguro social, con su carácter de obligatoriedad, y como medida específica de protección arranca de una Conferencia celebrada en Madrid el año de 1917. En ella triunfa el criterio de imposición obligatoria del aseguramiento respecto a los riesgos sociales. Resultado de la Conferencia de 1917 fue un Real Decreto-Ley de 1919 que implantó el retiro obrero como seguro social obligatorio. En 1929, por Real Decreto-Ley de 22 de marzo, se establece el seguro de maternidad, que declaraba beneficiarias a las obreras y empleadas que estuvieran inscritas en el régimen obligatorio del retiro obrero.

La Ley de Bases de Enfermedades Profesionales, de 13 de julio de 1936, no llegó a tener desarrollo por la inminencia de la guerra civil. Asimismo, con anterioridad a ésta se dictaron disposiciones tendentes a implantar un seguro de paro, así como seguros de

invalidez y enfermedad, pero no se realizaron.

El Fuero del Trabajo y demás leyes fundamentales dan nuevo impulso al desarrollo de los seguros sociales. Sucesivamente se van instituyendo las siguientes:

- El Régimen de subsidios familiares, creado por Ley de 18 de julio de 1938, que otorgaba prestaciones a los trabajadores por cuenta ajena.

- Por ley de 1 de septiembre de 1939 se reorganiza sobre nuevas bases el seguro de vejez.

- En 1942, y por Ley de 14 de diciembre, se estableció el seguro obligatorio de enfermedad, protector de los trabajadores y sus familias mediante prestaciones unitarias. En 1948 absorbe e integra en su protección a la maternidad.

- Entre 1947 y 1949 se instauró un seguro de enfermedad profesional.

- En 1956 se reorganiza el seguro de accidente de trabajo, manteniendo las bases del riesgo profesional y la responsabilidad civil del empresario.

- En 1961 se instituye el seguro de desempleo.

- En 1946 se estableció el Plus Familiar, que concedía al trabajador una prestación en dinero, cuyo monto dependía de sus cargas familiares y del fondo común que en proporción a los salarios se estableciera en la empresa.

- Por último, existieron seguros sociales completos de base profesional, destinados a ámbitos subjetivos de especiales características. Así, en 1953 se instaura el seguro escolar, que se dirige a proteger a los estudiantes; en 1959 se constituye el Montepío Nacional del Servicio Doméstico, en desarrollo de una ley anterior de 1944; también en 1959 se constituye la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria.

En el interior del Departamento, se logró un Proyecto de Ley de Bases de Seguridad Social, que es elevado al Consejo de Ministros. Éste, en su reunión de 11 de octubre de

1963, acuerda remitirlo a las Cortes. Y finalmente, tras debate en Comisión, las Cortes aprueban la que habría de constituir la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963.

Ya en la actual legislación española, en el Capítulo III, Título I de la Constitución del Reino de España de 27 de diciembre de 1978 (De los derechos y deberes fundamentales), está dedicado a los “Principios rectores de la política social y económica”.

El artículo 39 de la Constitución se refiere a la protección social, económica y jurídica de la familia. El artículo 41 está expresamente dedicado a la seguridad social: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”¹⁰ El artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye su organización a los poderes públicos. El artículo 49 de la Constitución se refiere a los servicios sociales para minusválidos. Finalmente, en el artículo 50, la Constitución proclama: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán a sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”¹¹

El artículo 2 de la Ley General de Seguridad Social señala los fines de la seguridad social, garantizando una protección adecuada en las contingencias que define la ley, así como una progresiva elevación de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural

¹⁰ PIETERS, Danny. Op. cit. p. 327.

¹¹ ídem.

para aquellas personas que por razón de su actividad están comprendidas en el campo de aplicación de aquélla y a los familiares y asimilados que tuvieran a su cargo. De acuerdo con el artículo 20 de la misma ley, la acción protectora del sistema de la seguridad social española comprende:

a) La asistencia sanitaria en casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.

b) La recuperación profesional en cualquiera de los casos mencionados en el inciso anterior.

c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad laboral transitoria, invalidez, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia, así como las que se otorguen en situaciones especiales.

d) Prestaciones económicas de protección a la familia.

e) Servicios sociales.

Además pueden agregarse los beneficios de asistencia social.

Desde 1963 existe en España un Régimen General (para los empleados en la industria y servicios) que opera en cierta medida como modelo de protección, junto con una serie de regímenes especiales. El campo de aplicación de los regímenes especiales depende ya sea del sector productivo o bien de la actividad. En los últimos años se ha homogeneizado parcialmente estos sistemas.

Las tres normas básicas que regulan la seguridad social española son: la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo; el Real Decreto Ley 36/78, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la seguridad social, la salud y el empleo, y la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas

urgentes para la racionalización de la estructura y acción protectora de la Seguridad Social.

El sistema actual de seguridad social está basado en la Ley de Bases 193/1963, de 28 de diciembre. La legislación básica de seguridad social se complementa con una serie de decretos del Gobierno y órdenes ministeriales. La Ley General de Seguridad Social señala que la protección social obligatoria que proporciona puede ser complementada; regímenes complementarios, que fundamentalmente se encuentran en los convenios colectivos.

Para la administración institucional de la seguridad social, la salud y el empleo, existen los siguientes organismos administrativos especializados:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.), responsable de la administración de todas las prestaciones económicas del sistema, salvo las prestaciones de desempleo y la Régimen Especial de trabajadores del mar.

- El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), para la gestión y administración de los servicios sanitarios.

- El Instituto Nacional de los Servicios Sociales (INSERSO), para la gestión y administración de los servicios sociales, mediante prestaciones económicas y recuperadoras para minusválidos físicos, psíquicos y ancianos.

- El Instituto Nacional de Empleo (INEM), en el que se concentran tanto las prestaciones de desempleo como los servicios de colocación y política de empleo.

- El Instituto Social de la Marina (I.S.M.), encargado de la gestión del Régimen Especial de trabajadores del mar.

- La Tesorería General de la Seguridad Social (T.G.S.S.), para la administración y

recaudación de los recursos del sistema, y el pago de prestaciones, salvo las de desempleo.

Todos estos organismos administrativos tienen personalidad jurídica propia; son organismos descentralizados de la Administración del Estado y están adscritos a un ministerio determinado, según el caso, como el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Sanidad o Ministerio de Asuntos Sociales.

Cabe mencionar, en cuanto al campo de aplicación de la seguridad social española, que desde 1985, consta de un Régimen General y de Regímenes Especiales para los trabajadores autónomos, trabajadores agrícolas, trabajadores del mar, minería del carbón, empleados de hogar y estudiantes. El Régimen General incluye a todos los trabajadores por cuenta ajena de la industria y servicios, excepto aquellos que pertenezcan a un Régimen Especial, en razón a la actividad que realicen. Los Regímenes Especiales de trabajadores agrícolas y del mar incluyen tanto a trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena. Todas las personas que desempeñen una actividad profesional deben estar obligatoriamente afiliadas a uno de los regímenes de la seguridad social; los funcionarios públicos y los militares tienen su propio sistema especial.

Haciendo referencia específicamente a el ramo de maternidad, esta se ubica en la contingencia de invalidez. La protección social respecto a la incapacidad para el trabajo se divide en tres partes:

- Protección para la incapacidad laboral transitoria, en la que la prestación se abona por un periodo máximo de dieciocho meses.

- Protección para la invalidez provisional, en la que la prestación se abona por un periodo máximo de cuatro años y medio; y,

- Protección para la invalidez permanente.

En caso de embarazo, la pérdida de ingresos debido a la maternidad se compensa como si fuera incapacidad laboral transitoria. En orden a la prestación económica, se requiere que la interesada haya estado en alta en el sistema de Seguridad Social durante los nueve meses precedentes al nacimiento. Además, debe cotizar por lo menos 180 días en el año inmediatamente anterior al cese en el trabajo como consecuencia del embarazo. Durante todo el periodo en el que el trabajo se interrumpe como consecuencia de la maternidad (como máximo dieciséis semanas), se perciben prestaciones económicas como si se tratara de incapacidad laboral transitoria. La prestación consiste en el 75% de la base reguladora durante todo el periodo de baja.

Como puede apreciarse, en el sistema de seguridad social español no se contempla el caso del aborto en la mujer asegurada embarazada, para que la misma pueda percibir ciertas prestaciones en el supuesto de que éste se presentara. Sin embargo, existen aspectos en cuanto al tratamiento del aborto en otras áreas del derecho, como por ejemplo, el penal, ya que el aborto ha sido un delito castigado en el Código Penal español sin excepciones, hasta 1985, en que una reforma del Código conocida popularmente como “Ley del aborto”, estableció unos supuestos en que por concurrir determinadas circunstancias, el aborto no será punible.

1.6 México

En nuestro país, la seguridad social ha representado una fórmula para mantener la paz social, para luchar contra la pobreza y las desigualdades y para impulsar la redistribución de la riqueza de la nación. Los Sentimientos de la Nación, de Morelos, plasman esta situación. Sin embargo, es nuestra ley fundamental, la Constitución de 1917, la que de forma contundente se ocupa de este asunto y por primera vez concreta estas

ideas respecto a la seguridad social.

En nuestro país, la primera referencia clara sobre seguridad social se encuentra en el Programa del Partido Liberal, publicado por el grupo de los hermanos Flores Magón, en el exilio en la ciudad de San Luis Missouri, Estados Unidos, el 1° de julio de 1906, en cuyo punto 27 proponía obligar a los patrones a pagar indemnización por accidentes laborales y otorgar pensión a los obreros que hubiesen agotado sus energías en el trabajo. Es a Ricardo Flores Magón a quien se le debe el concepto de solidaridad, que es el principio que rige nuestro sistema de seguridad social, definiéndolo de la siguiente forma: “La solidaridad es la verdad de las virtudes. La materia existe por la solidaridad de los átomos. Sin esa verdad todo el edificio del universo se desplomaría y despedazaría en la oscuridad, como polvo esparcido por los vientos. La solidaridad es esencial en la existencia, es condición de la vida. Las especies que sobreviven en la lucha por la existencia, no son de ningún modo las que están compuestas por los individuos más fuertes, sino aquellas cuyos componentes adoran más reverentemente la mayor de las verdades: la solidaridad.”¹²

En 1909, al organizarse el Partido Democrático que fuera liderado por el Licenciado Benito Juárez Maza, hijo del presidente Juárez, publican su Manifiesto político en el que planteaba la necesidad de expedir leyes sobre accidentes del trabajo y disposiciones que permitieran hacer efectiva la responsabilidad de las empresas en los casos de accidente.

El 25 de abril de 1910, Don Francisco I. Madero, al aceptar la candidatura para la Presidencia de la República por el Partido Antirreeleccionista, se comprometió públicamente a presentar iniciativas de ley para asegurar pensiones a los obreros

¹² RUIZ MORENO, Ángel G. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Séptima edición. Porrúa. México, 2003. p. 59.

mutilados en la industria, en las minas, o en la agricultura, o bien pensionar a sus familiares cuando aquellos pierdan la vida en servicio de alguna empresa.

Ya como Presidente de la República, Don Francisco I. Madero en diciembre de 1911, formula las bases generales para una legislación obrera que tocaba aspectos tales como las condiciones de seguridad y salubridad en los talleres y fábricas, al igual que la previsión social y seguros obreros. Pero la rebelión de Pascual Orozco impidió continuar esos estudios para elaborar el proyecto de ley que tenía planeado. En el año de 1913, después del asesinato del Presidente Madero, con un Congreso de la Unión bajo la opresión del gobierno de Victoriano Huerta, los diputados Eduardo J. Correa y Ramón Morales, presentaron el 27 de mayo su proyecto de Ley para remediar el daño procedente del riesgo profesional, mediante la creación de una “caja del riesgo profesional”. Por su parte los diputados José Natividad Macías, Luis M. Rojas, Alfonso Gravioto, Miguel Alardín, Francisco Ortiz Rubio, Jesús Urueta y Félix F. Palavicini, entre otros, presentaron a la Cámara de Diputados, el 17 de septiembre de 1913, el primer proyecto de Ley del Trabajo, en el que se incluyó un capítulo del seguro social, el que en aquella época se entendía solamente como una parte de la legislación laboral. Todas éstas iniciativas quedaron pendientes, pues el Congreso fue disuelto y los diputados encarcelados por las fuerzas de la usurpación huertista.

Consumado el movimiento revolucionario, el General Venustiano Carranza convocó a un Congreso Constituyente para elaborar la Constitución Política que nos habría de regir. En la discusión del Proyecto de Constitución, en asamblea celebrada en la Ciudad de Querétaro en los meses de diciembre de 1916 y enero de 1917, se determina el compromiso de atender la problemática de los derechos sociales, plasmándose, entre otros, los relativos al trabajo del campo y de la fábrica, finalmente contemplados en los

artículos 27 y 123 constitucionales, en los que se fijan las reglas para el reparto y tenencia de la tierra, al igual que para la regulación de las relaciones obrero-patronales con justicia social.

Los nuevos derechos sociales constituyeron la gran innovación de la norma Fundamental en nuestro país. En dicho documento, en su versión original del artículo 123, en su fracción XXIX, se establecía lo siguiente:

Artículo 123.- Fracción XXIX.- Se considera de utilidad social el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidente y de otros fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole para difundir e inculcar la previsión popular.

Esta innovación legislativa resultó ser un avance de alto contenido revolucionario, ya que hasta antes de la redacción del artículo 123 constitucional, el contrato de trabajo era considerado como una “modalidad” del contrato de arrendamiento, donde el hombre trabajador se equiparaba a una mercancía, una cosa o un bien, sin las garantías indispensables.

Así pues, la Revolución, en la Constitución de 1917, concibió la idea de que el trabajo debe merecer todas las garantías económicas, políticas y sociales, generó también las llamadas garantías sociales, que protegen a las personas no como individuos, sino como miembros de una clase o grupo social determinados. Los derechos laboral, agrario y luego el de la seguridad social, son producto de estas garantías sociales.

La idea de los seguros sociales en México, es producto del movimiento revolucionario gestado en la primera década del siglo XX. La Constitución Federal, introdujo a nuestra historia moderna entre otras ideas transformadoras, dos temas vitales:

a) Por un lado, la reforma agraria, contenida en el artículo 27 constitucional, para beneficio de la clase campesina; y

b) Por el otro, la legislación del trabajo, que contenía el inicio de lo que con el paso del tiempo y el avance legislativo, político, económico y de la propia sociedad, haría surgir el derecho de la seguridad social, ambos contemplados en el artículo 123 constitucional.

Pero a través de la historia se logra apreciar que durante los primeros doce años de vigencia de nuestra Carta Fundamental no fue factible establecer el régimen del seguro social en México, esto se debe a la desafortunada redacción del texto original de la fracción XXIX del artículo 123, ya que dicho precepto creó muchas confusiones y se prestó a muy diversas interpretaciones, pues su redacción se refería a una especie de “seguro potestativo”, es decir, no obligatorio; no obstante al declararse de utilidad pública la instalación de cajas de ahorro, se promovió la aspiración hacia la creación de una legislación del seguro social. Con fundamento en este precepto constitucional se crearon en el país pequeñas cajas de socorro, cajas populares de crédito, cajas de capitalización y otras organizaciones afines. Así también surgió una proliferación de Leyes del Trabajo, promulgadas por los Congresos Locales de diversos Estados de la República que se ocupaban sí de los riesgos profesionales y sus consecuencias, pero sólo desde una perspectiva estrictamente laboral y no de la seguridad social.

Correspondió al General Álvaro Obregón el haber promovido el primer proyecto de ley del seguro social, el 9 de diciembre de 1921, sin embargo dicho proyecto contenía graves deficiencias, aunque de cualquier forma nunca fue aprobado. Pese a ello, este proyecto constituye el mayor esfuerzo realizado para reglamentar la fracción XXIX del artículo 123 constitucional.

Posteriormente todos los candidatos a la Presidencia de la República demostraron su interés en ocuparse en diseñar mecanismos viables y factibles, del seguro obrero y en general de los seguros sociales. En 1928 se constituyó una Comisión encargada de preparar un Capítulo de seguros sociales, a formar parte de la proyectada Ley Federal del Trabajo, proyecto en el que se contenía grandes avances en la forma de constituir un seguro social para proteger a los trabajadores del campo y de la ciudad, y además por vez primera se plantea un sistema de contribución tripartita para financiarlo. Después de todo se quitó de dicho proyecto el capítulo de los seguros sociales.

En el mes de julio de 1929 se convocó al Congreso de la Unión a la celebración de un periodo extraordinario de sesiones donde se sometería a deliberación una iniciativa de reforma que culminaría con la modificación de la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, misma que fuera publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de septiembre de 1929, quedando dicho artículo de la siguiente forma:

Artículo 123.- Fracción XXIX.- Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesantía voluntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, y otras con fines análogos.

Dicha reforma dio al seguro social la categoría de un derecho público obligatorio, presentándose con una personalidad definida propia. Fue entonces que se suprimió la idea que había ocasionado tantas confusiones, enfocándose la reforma abiertamente hacia el establecimiento de un régimen nacional de seguros sociales, reservándose al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar sobre esta materia suprimiendo las prerrogativas que originalmente se habían otorgado a los Gobiernos de los Estados para expedir leyes y difundir la previsión social. Con dicha reforma quedaron sentadas las bases para la formulación de la ley del seguro social. Pero no fue sino hasta el mes de febrero de 1934,

cuando el entonces Presidente de la República, Abelardo L. Rodríguez, determinó la integración de una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley del seguro social. Posteriormente, siendo Presidente de la República el General Lázaro Cárdenas del Río instruyó al Licenciado Ignacio García Téllez para que se integrara una nueva Comisión, la cual organizó un anteproyecto de ley del seguro social, aunque dicho proyecto no se cristalizó debido a la expropiación petrolera. El sucesor presidencial, el General Manuel Ávila Camacho de nueva cuenta comisionó a Ignacio García Téllez, entonces Secretario del Trabajo, para que se encargara del que fuera conocido como Proyecto García Téllez y que luego serviría de base para la iniciativa de ley, que después concluyera con el Decreto de la Ley del Seguro Social, promulgada el 19 de enero de 1943 y que en su primer artículo señalara que el seguro social constituye un servicio público nacional establecido con carácter obligatorio.

Así entonces, para que el país contara con una Ley del Seguro Social, hubieron de transcurrir más de 25 años de la promulgación de la Constitución de 1917, así como más de 13 años de haberse reformado la fracción XXIX del artículo 123 (hoy apartado A).

Sin embargo, el nacimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, a cuyo cargo se confió la organización y administración de los seguros sociales en sus diversos ramos, no fue nada fácil, ya que hubo varias manifestaciones en contra. Se puede afirmar que el 15 de enero de 1943, el derecho de la seguridad social comenzó a adquirir un principio innegable de autonomía, tendiente a la separación definitiva con respecto del derecho laboral.

La instauración de este servicio público nacional del seguro social tardó todavía varios años, ya que no se lograba extender el régimen a todo lo largo y ancho del país. Se inició en el Distrito Federal y programadamente se fue extendiendo en todo nuestro

territorio, integrándose las entonces llamadas Cajas Regionales del Seguro Social, comenzando por asegurarse exclusivamente a los trabajadores, lo cual resultaba conveniente ya que la relación de trabajo permitía constituir un grupo solvente, fijo y permanente.

La Ley del Seguro Social original fue reformada y adicionada en diversas ocasiones, así pues, fue abrogada la ley de 1943 y mediante decreto expedido por el Congreso de la Unión, el 1° de abril de 1973 entró en vigor la Ley del Seguro Social que regiría hasta el 30 de junio de 1997. Dicha ley promulgada por el Presidente Luis Echeverría Álvarez, fue de una trascendencia enorme, pues en ella se creó el seguro de guarderías para hijos de aseguradas, se estableció el llamado régimen voluntario, y se insertaron las prestaciones sociales. En dicha ley se contaba ya con un sistema integral de protección, que agrupaba los tres grandes rubros con que debe contar un seguro social: a) un sistema de salud; b) un sistema de pensiones y c) un sistema de prestaciones sociales en el que deben incluirse las guarderías y la vivienda popular. A fin de darle todavía una mayor congruencia Constitucional y en aras de alcanzar el principio de universalidad del servicio que predomina en la seguridad social moderna, fue preciso reformar nuevamente la fracción XXIX del ahora apartado A del artículo 123 Constitucional, determinando que la ley fijaría las normas en materia de seguridad social para los trabajadores, campesinos, no asalariados y de otros sectores sociales y de sus familias, reforma que entró en vigor el 1° de enero de 1975. Dicha legislación fue reformada el 31 de diciembre de 1974, pues la disminución del poder adquisitivo y las demandas de los pensionados determinaron que el legislador federal mejorase las pensiones, estableciendo quince días de aguinaldo para los pensionados. El 31 de diciembre de 1976, en la presidencia de José López Portillo, debido a procesos inflacionarios, se gestionaron reformas al incremento de las pensiones de

invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte. El 31 de diciembre de 1981, se realizó una reforma en la que se modificó el artículo 271 de la Ley del Seguro Social en lo referente al procedimiento administrativo de ejecución, creándose las oficinas para cobros. El 28 de diciembre de 1984 se reformó dicha ley, garantizando el pago de una pensión mínima decorosa, se autorizó un incremento en las cuotas del seguro de enfermedades generales y maternidad, la prima patronal del seguro de guarderías sería del 1%, y por último se incrementaron las ayudas y montos de la pensión de viudez. El 2 de mayo de 1986 las modificaciones hechas a la Ley del Seguro Social disminuyen el porcentaje de aportación que corresponde al gobierno e incrementan paulatinamente las aportaciones de los patrones, en las ramas de enfermedades y maternidad, así como la de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte.

El 4 de enero de 1989, siendo presidente de la República Carlos Salinas de Gortari, se modifica la Ley del Seguro Social nuevamente, ampliándose la cobertura de los beneficiarios al considerar como sujeto de derechos en el ramo de enfermedad general al esposo de la asegurada o pensionada, y a falta de éste, al concubinario con quien haya hecho la asegurada vida marital durante cinco años anteriores a la enfermedad; también se estableció que tendrían derecho a las prestaciones del seguro de enfermedades y maternidad, los hijos de los pensionados por incapacidad permanente; se aumenta el tope de las pensiones al igual que la prima de financiamiento del ramo de enfermedades y maternidad, cambiando del 9% al 12% del salario base de cotización del asegurado.

El 24 de febrero de 1992, se lleva a cabo una de las modificaciones más importantes del gobierno neoliberal Salinista, al crearse una nueva rama dentro del régimen obligatorio del seguro social básico: el Sistema de Ahorro para el Retiro.

Por decreto del Congreso de la Unión publicado en el D.O.F. el 21 de diciembre

de 1995, se expide la nueva Ley del Seguro Social que ahora nos rige. No obstante dicha legislación no entró en vigor en la fecha prevista (1° de enero de 1997) debido a que aún no estaban dadas las condiciones del nuevo sistema pensionario adoptado, entrando en vigencia en todo el país el 1° de julio de 1997, por reforma hecha a su artículo Primero transitorio original, mediante Decreto del Congreso de la Unión del 22 de noviembre de 1996, recorriéndose los plazos originales por un semestre para tener congruencia con la entrada en vigor de dicha legislación.

Un semestre después de que entró en vigor dicha ley, se realiza una reforma mediante Decreto múltiple del Congreso de la Unión, publicado en el D.O.F. el 23 de enero de 1998, en el que se adicionó el artículo 267, respecto a los requisitos para ser director general de dicho ente público.

Cabe señalar que en el mes de abril del 2000, la cámara de Diputados del Congreso de la Unión, aprobó reformas a los artículo 131, que alude al monto de las pensiones de viudez en la rama de invalidez y vida; al artículo Undécimo Transitorio que se refiere a la posibilidad de elegir si el asegurado se pensiona por el esquema de la Ley anterior o la vigente, y al artículo Duodécimo Transitorio que alude a la carga pensionaria que implica la transición de un modelo a otro.

CAPÍTULO 2. CONCEPTOS GENERALES EN TORNO AL ABORTO Y AL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD.

En este Capítulo se abarcan definiciones del Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, así como definiciones en torno al aborto y al seguro de enfermedades y maternidad, para establecer un marco conceptual que ayude a un mayor entendimiento del tema de la presente tesis.

2.1 Derecho del Trabajo

Etimológicamente, la palabra derecho proviene del latín *directus* que significa directo, recto, igual, seguido.

El derecho surge como un sistema de reglas de conducta de carácter obligatorio, es un término que trata de crear y mantener el equilibrio en la vida social para evitar la anarquía, limita el poder de los particulares y para evitar el despotismo trata de frenar el poder que ejerce el Estado sobre los gobernados.

El Diccionario de la Real Academia Española, define al derecho como el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva. Ciencia que estudia estos principios y preceptos.

Eduardo García Maynez define al Derecho como “el orden concreto instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera heterónoma, bilateral, coercible y externa,

sancionadas y en caso necesario aplicadas o impuestas por la organización que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria”.¹³

En este sentido, podemos entender que el derecho se traduce como el conjunto de normas jurídicas que prohíben o permiten determinada conducta en una cierta época y lugar determinado, denominado como positivo por su vigencia en el tiempo y en el espacio.

En cuanto al término trabajo, en el Diccionario de la Real Academia Española se localizan varias definiciones estableciendo que es una ocupación retribuida; obra o resultado de la actividad humana.

Jurídicamente, en el artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo, se alude al término trabajo, estableciendo que “para efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.”

El análisis de ambas palabras proporcionan una idea de lo que podría entenderse por Derecho del Trabajo; sin embargo, para establecer una definición del mismo, deben tomarse en cuenta tanto sus fines, su naturaleza jurídica y su autonomía, así como los sujetos y el objeto.

Es así que varios autores han tratado de definir al Derecho del Trabajo, pero varios de ellos sólo abarcan un aspecto del mismo, es decir, hay definiciones que atienden únicamente a los fines del derecho laboral, a los sujetos de la relación laboral, al objeto de dicha relación o a la relación laboral en sí misma.

Por otra parte, existen algunos autores mexicanos que han definido de manera clara al Derecho del Trabajo.

¹³ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Trigésima octava edición. Porrúa. México, 1987. p.37.

Por ejemplo, para Jesús Castorena, “el derecho obrero es el conjunto de normas y principios que rigen la prestación subordinada de servicios personales, la asociación de quienes la prestan y de quienes la reciben, la regulación uniforme del trabajo, crea las autoridades que se encargan de aplicar esas normas y fija los procedimientos que garantizan la eficacia de los derechos subjetivos que de las propias derivan”¹⁴.

Alberto Trueba Urbina define al derecho del trabajo como “el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales e intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana”¹⁵.

Alfredo Sánchez Alvarado dice que “derecho del trabajo es el conjunto de principios y normas que regulan, en sus aspectos individual y colectivo, las relaciones entre trabajadores y patrones; entre trabajadores entre sí y entre patrones entre sí, mediante la intervención del Estado, con el objeto de proteger y tutelar a todo aquel que preste un servicio subordinado, y permitirle vivir en condiciones dignas, que como ser humano le corresponden para que pueda alcanzar su destino”¹⁶.

Néstor De Buen Lozano dice que “derecho del trabajo es el conjunto de normas relativas a las relaciones que directa o indirectamente derivan de la prestación libre, subordinada y remunerada, de servicios personales, y cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social.”¹⁷

José Dávalos Morales considera que “el derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en las

¹⁴ CASTORENA, J. Jesús. Manual de Derecho Obrero. Fuentes Impresores. México, 1973. p. 5.

¹⁵ TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo. Sexta edición. Porrúa. México, 1981. p. 135.

¹⁶ SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo. Instituciones de Derecho Mexicano del Trabajo. Porrúa. México, 1967. p.36

¹⁷ DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. T. I. Novena edición. Porrúa. México, 1994. p. 138.

relaciones de trabajo.”¹⁸

Para Alberto Briceño Ruíz, el “derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto el equilibrio entre los elementos de la producción, patrón y trabajador mediante la garantía de los derechos básicos consagrados a favor de estos últimos. Son normas jurídicas, toda vez que éstas emanan del órgano legislativo del estado y se proponen establecer y mantener el equilibrio entre patrón y trabajador.”¹⁹

De las definiciones citadas del concepto de derecho del trabajo, es importante señalar que varias de ellas sólo enfocan algunos de los elementos del propio derecho del trabajo omitiendo mencionar los fines del mismo. Es por esto que una de las definiciones que se consideran más completas es aquella establecida por Alfredo Sánchez Alvarado, ya que de su estudio se puede apreciar que incluye los elementos del derecho del trabajo, al igual que la intervención del Estado en las relaciones laborales abarcando los fines de esta disciplina.

De lo anterior se puede establecer que el Derecho del Trabajo es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre trabajadores y patrones, a través de la intervención del Estado, para mantener el equilibrio entre patrón y trabajador.

2.1.1 Relación de trabajo

La palabra relación proviene del latín *relatio, relationis*, cuyo significado es conexión, correspondencia de algo con otra cosa, esto de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española.

En términos jurídicos, para definir la relación de trabajo, la propia Ley Federal del Trabajo toma como base la idea de considerarla como la prestación de un trabajo personal

¹⁸ DÁVALOS MORALES, José. *Derecho del Trabajo*. I. Octava edición. Porrúa. México, 1998. p. 44.

¹⁹ BRICEÑO RUÍZ, Alberto. *Derecho Individual del Trabajo*. Harla. México, 1985. p. 23.

subordinado a una persona, mediante el pago de un salario, independientemente del acto que le dé origen, pero se adoptó también la idea de contrato, como uno de los actos en ocasiones indispensable, que pueden dar nacimiento a la relación de trabajo. Las ideas anteriores explican el contenido del artículo 20, aunque en realidad este precepto no distingue la relación de trabajo del contrato de trabajo, pues en ambas situaciones se establecen como elementos de definición el servicio personal subordinado y el pago de un salario. Sin embargo, la relación de trabajo se inicia en el preciso momento en que se empieza a prestar el servicio, y en cambio el contrato de trabajo se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.

Por lo anterior, se entiende que existen diversas formas para constituir una relación de trabajo cualquiera que sea el acto que le dé origen, siendo la más común el contrato, pero basta con que se preste el servicio para que nazca la relación laboral; esto quiere decir que puede existir relación de trabajo sin que exista previamente un contrato de trabajo, pero no al contrario.

La doctrina señala otros supuestos en los que la relación de trabajo no se constituye por medio de un contrato. El contrato es nulo si se establece por abajo de las condiciones consignadas en la Ley. En estos casos la relación de trabajo subsiste; la ley establece cómo debe sustituirse esa relación y otorga derecho y obligaciones para ambas partes. Otro supuesto es aquel en el que se constituye la relación de trabajo teniendo como origen una situación de hecho, esto es, que el trabajador preste un servicio personal subordinado con el consentimiento tácito del patrón, que no puede desligarse de la obligación de pagar por el servicio, pues se han creado ya derechos y obligaciones entre ambos sujetos de la relación laboral.

La relación de trabajo tiene dos clases de elementos:

Elementos subjetivos: trabajador y patrón.

Elementos objetivos: prestación de un trabajo personal subordinado y pago de un salario.

De lo anterior se puede establecer que relación de trabajo es el vínculo jurídico que existe entre patrón y trabajador cuando éste último realiza la prestación de un servicio personal subordinado a aquél.

2.1.2 Trabajador

A la persona que presta un servicio a otra se le ha denominado de diversas maneras: obrero, operario, jornalero, etc. El concepto que ha tenido mayor acogida tanto en la doctrina como en la legislación es el de trabajador.

El concepto de trabajador es genérico, porque se atribuye a todas aquellas personas que, con apego a las prescripciones de la Ley, entregan su fuerza de trabajo al servicio de otra y, en atención a los lineamientos constitucionales, no admite distinciones; así se ha reconocido en forma expresa en la Ley Federal de Trabajo, en el artículo 3º, segundo párrafo, que recoge este principio de igualdad.

La propia Ley Federal del Trabajo en su artículo 8º establece el concepto de trabajador; al señalar que trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.

Del mismo texto de la Ley se toman los siguientes elementos que son indispensables para que tal prestación de servicios sea regulada en sus disposiciones, a saber:

- El trabajador siempre será una persona física.
- Esa persona física ha de prestar un servicio a otra persona física o moral.

- El servicio ha de ser en forma personal.
- El servicio ha de ser de manera subordinada.

Conforme a lo anterior, se puede establecer que trabajador es aquella persona física que presta sus servicios personales y subordinados a otra persona física o moral.

2.1.3 Patrón

A la persona que recibe los servicios del trabajador también se le conoce con diversas denominaciones, encontrándose entre otras, las de empleador, patrono, patrón empresario, etc., lo cual sucede en la doctrina y en la legislación nacionales.

De los anteriores términos se han elegido los de patrón y empresario, no sólo porque tradicionalmente se han venido usando, sino también por que son los conceptos que presentan menos objeciones técnicas.

La Ley Federal del Trabajo define al patrón en el artículo 10, primer párrafo, en la forma siguiente: patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Del concepto legal se toman los siguientes elementos:

- El patrón puede ser una persona física o moral, y
- Es quien recibe los servicios del trabajador.

Por lo que hace al primer elemento, que el patrón puede ser una persona física o moral, resulta que, para la legislación laboral, es indistinto que, tratándose de una persona moral, ésta sea una sociedad civil o mercantil, ya que lo que interesa es el dato objetivo de recibir un servicio en la relación de subordinación.

Dentro de la doctrina mexicana, Alfredo Sánchez Alvarado ofrece el concepto de patrón, definiéndolo como “la persona física o jurídica-colectiva (moral) que recibe de

otra, los servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en forma subordinada.”²⁰

Por su parte, Néstor de Buen, se limita a dar un ligero esbozo del concepto de patrón al indicar que “patrón es quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero, que trabaja en su beneficio, mediante retribución.”²¹

Es así que puede establecerse que patrón es aquella persona física o moral que recibe de otra persona física, un servicio personal en forma subordinada.

2.2 Derecho de la Seguridad Social

Existen varios autores que aún dudan de la autonomía del Derecho de la Seguridad Social, como rama del Derecho Social, y que incluso proponen otra forma de nombrarlo debido a los fines que persigue, de ahí que existen varias definiciones del Derecho de la Seguridad Social, de entre las cuales pueden destacar las que a continuación se señalan.

Para el autor Ángel Guillermo Ruiz Moreno, el Derecho de la Seguridad Social es “el conjunto de normas legales y disposiciones reglamentarias de ellas emanadas, que a través de entes públicos ex profeso creados para ello por el Estado, se propone proteger a los sujetos previstos por el legislador en contra de contingencias sociales previamente establecidas mediante el otorgamiento de prestaciones en dinero -pensiones, subsidios, ayudas-, y en especie -servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos, hospitalarios, prestaciones sociales, etc.- que le resultan obligatorias a los Institutos aseguradores nacionales una vez que hayan satisfecho los requisitos exigidos por cada caso en particular, y que por ende pueden ser incluso exigidos por los recipientarios del servicio

²⁰ SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo. Op, cit. p.299.

²¹ DE BUEN LOZANO, Néstor. Op, cit. p. 503.

público ante los tribunales jurisdiccionales, prestaciones que coadyuvan a satisfacer necesidades de salud y de bienestar social, así como de índole económico, para alcanzar una existencia más digna y humana.”²²

El autor argentino, Jorge Rodríguez Manzini establece que el Derecho de la Seguridad Social es “el conjunto de normas, principios y técnicas que tienen el objeto de satisfacer necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias valoradas como socialmente protegidas.”²³

Para Alberto Briceño Ruiz, el Derecho de 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 de los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural.”²⁴

Así también, Alberto Trueba Urbina afirma que “el Derecho de la Seguridad Social es el conjunto de leyes, normas y disposiciones de derecho social que tienen por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencias y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.”²⁵

Tomando en consideración el concepto legal del término seguridad social, se puede establecer que el Derecho de la Seguridad Social es el conjunto de normas, instituciones, principios y disposiciones que tienen por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia, y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.

²² RUIZ MORENO, Ángel G. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Séptima edición. Porrúa. México, 2003. p. 52.

²³ RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge. Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tercera edición. Astrea. Argentina, 1999. p. 706.

²⁴ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales. Harla. México, 1987. p. 15.

²⁵ TRUEBA URBINA, Alberto. La nueva legislación de Seguridad Social en México. UNAM. México, 1977. p. 18-20.

2.2.1 Seguridad social

El especialista peruano Mario Pasco Cosmópolis dice que el concepto de seguridad social fue definido por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Filadelfia (E.U.A.) en 1944 y en los siguientes términos: “la seguridad social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos. El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos, a los que el individuo que dispone de recursos módicos no puede hacer frente por sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado de sus allegados.”²⁶

Gustavo Arce Cano define a la seguridad social como “el instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patronos, los obreros y el Estado, o alguno de éstos, como subsidios, pensiones y atención facultativa, y de servicios sociales, que otorgan de los impuestos las dependencias de aquél quedando amparados contra los riesgos profesionales y sociales, principalmente de las contingencias de la falta o insuficiencia de ganancia para su sostenimiento y el de su familia.”²⁷

Así también, Francisco González Díaz Lombardo propone una definición de la seguridad social, diciendo que “es una disciplina autónoma del derecho social, en donde se integran los esfuerzos del Estado, de los particulares y de los Estados entre sí, a fin de organizar su actuación para la satisfacción plena de las necesidades y el logro del mayor

²⁶ RUIZ MORENO, Ángel G. Op, cit. p. 36.

²⁷ ARCE CANO, Gustavo. De los Seguros Sociales a la Seguridad Social. Porrúa. México, 1972 p.723

bienestar social integral y la felicidad de unos y otros, en un orden de justicia social y dignidad humana.”²⁸

“William Beveridge, en su segundo informe definió a la seguridad social como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejará de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan.”²⁹

De igual manera, Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero Plaza, definen a la seguridad social como el “conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente valiables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas.”³⁰

A raíz de todas las concepciones que se han dado respecto a la seguridad social, para allanar las dificultades y con el objetivo de unificar criterios en esta materia de trascendencia nacional y mundial, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha ofrecido al mundo entero en su publicación “Seguridad Social: Guía de educación obrera”, la siguiente definición: “A efectos de esta guía definiremos la seguridad social como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de

²⁸ GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco, El Derecho Social y la Seguridad Social. Cuarta edición. Civitas. España, 1999. pp. 38, 39.

²⁹ ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Instituciones de Seguridad Social. Décima sexta edición. Civitas. España, 1998. p. 19.

³⁰ ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Op. cit. p. 38.

ayuda a las familias con hijos”³¹

Cabe destacar que el término seguridad social fue empleado por primera vez en la legislación de los Estados Unidos en 1935 en la Social Security Act, y después en 1938 en una ley aprobada en Nueva Zelanda. La Organización Internacional del Trabajo hizo suyo el término que desde entonces usó en los Convenios y Recomendaciones aprobados a partir de 1952.

En el artículo 2º de la Ley del Seguro Social se establece el concepto legal de la seguridad social refiriéndose a ésta en atención a su teleología, estableciendo que tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, a la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.

Es necesario establecer que la seguridad social es la protección que se da a la sociedad a través de medidas que adopta el Estado para prevenir riesgos y abolir la necesidad, garantizando a los ciudadanos el derecho a un ingreso que no se vea reducido por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte, esto a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patrones, los obreros y el Estado, o alguno de éstos.

2.2.2 Seguro social

Para Ángel Guillermo Ruiz Moreno, primero debe definirse lo que es la previsión social, ya que la principal forma de ésta la constituye el seguro social. Por lo anterior, para éste autor “la previsión social es el conjunto de iniciativas y normas del Estado,

³¹ RUIZ MORENO, Ángel G. Op, cit p. 42.

principalmente de índole jurídico, creadas y dirigidas para atemperar o disminuir la inseguridad así como los males que padecen los trabajadores, vistos como clase social económicamente débil, dentro o fuera del trabajo.”³²

Para Gustavo Arce Cano, “el seguro social es el instrumento jurídico del derecho obrero, por el cual una institución pública queda obligada, mediante una cuota fiscal o de otra índole que pagan los patrones, los trabajadores y el Estado, o sólo alguno de éstos, a entregar al asegurado o beneficiarios, que deben ser elementos económicamente débiles, una pensión o subsidio, cuando se realicen algunos de los riesgos profesionales o siniestros de carácter social.”³³

Mario De la Cueva “establece que el seguro social es la parte de la previsión social obligatoria que, bajo la administración o vigilancia del Estado tiende a prevenir o compensar a los trabajadores por la pérdida o disminución de su capacidad de ganancia, como resultado de la realización de los riesgos materiales y sociales a que están expuestos.”³⁴ En esta definición importa la posibilidad preventiva y la atención a la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia, como consecuencia de riesgos.

De las anteriores definiciones se localizan elementos históricos básicos del seguro social:

1) Los asegurados deben pertenecer a clases económicamente débiles, de preferencia deben ser trabajadores, sin excluirse a otros grupos sociales.

2) Las primas o cuotas que forman los fondos o reservas técnicas para cubrir prestaciones en dinero –pensiones, subsidios o ayudas-, y en especie – atención médico-quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, servicios sociales, etc.-, se forman por las

³² Ibidem. pp. 29,30.

³³ ARCE CANO, Gustavo. Op, cit. p. 94.

³⁴ DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. T. I. Décima novena edición. Porrúa. México, 2003. p. 304.

contribuciones de patrones, asegurados y el Estado en su caso, según el tipo o rama de aseguramiento.

3) Lo administra o presta el Estado a través de una institución pública encargada de brindar tal servicio público, es decir, de un organismo público descentralizado con autarquía, personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene su propio marco legal específico no sólo en cuanto a su creación, sino en cuanto a su función pública encomendada, y que presta este servicio público, obligatorio no lucrativo. (Lo anterior no aplica al modelo actual de pensiones).

4) Los asegurados o sus beneficiarios, al tener derecho a pensiones o subsidios y además prestaciones en dinero y en especie que señala la ley, pueden reclamar y exigir su pago o concesión; no queda a voluntad del organismo asegurador el cubrirlas o brindarlas, pues no se trata de una concesión gratuita, lo que de suyo le distingue diametralmente tanto de la asistencia social como de la beneficencia pública; y,

5) Es evidente que los seguros sociales –al igual que los privados-, operan bajo el principio del cálculo de probabilidades de que ocurra un riesgo o evento predeterminado en ley, (contingencia social protegida), lo que se establece a través de estadísticas y estudios matemático-actuariales; por lo que la determinación del monto de cuotas a cargo de todos los sujetos obligados según el caso específico, no quedan a capricho de la institución encargada del seguro social, sino que se predeterminan para que exista el indispensable equilibrio financiero y no se descapitalice el organismo prestador del seguro social y se ponga en riesgo su existencia y funcionamiento.

Las anteriores definiciones fueron formuladas antes de que se diera el fenómeno jurídico en México de la plena autonomía del derecho de la seguridad social con respecto del derecho laboral, siendo evidente su origen común y su posterior separación que se ha

dado en llamar como “el proceso de deslaborización de la seguridad social” la que surge al entrar en vigor la Ley del Seguro Social de 1973.

Una definición más actual del concepto de seguro social, la brinda Eduardo Carrasco Ruiz, estableciendo que “el seguro social es el instrumento de la seguridad social mediante el cual se busca garantizar mediante la solidaridad, los esfuerzos del Estado y de la población económicamente activa, evitando o disminuyendo los riesgos y contingencias sociales y de vida a que está expuesta la población y los que de ella dependen, para obtener el mayor bienestar social, biológico, económico y cultural posible en un orden de justicia social y dignidad humana.”³⁵

Así también, Rafael Tena Suck y Hugo Italo Morales formulan una definición teleológica de el seguro social: “el seguro social se ha definido como el instrumento básico de la seguridad social, de orden público, por medio del cual quedan obligados, mediante una cuota o prima que cubren los patrones, los trabajadores y el Estado, a entregar al asegurado o beneficiarios, una pensión o subsidio, cuando se realizan algunos de los siniestros o riesgos que protege o ampara.”³⁶

Por último, es importante mencionar que el concepto legal del seguro social, se localiza en el artículo 4º de la Ley del Seguro Social, definiéndolo como el instrumento básico de la Seguridad Social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.

Como es de apreciarse, este concepto carece de una especificación en cuanto a la función que desempeña el seguro social en el marco de la seguridad social, ya que sólo se refiere a que es un instrumento básico de la misma, de carácter nacional.

³⁵ CARRASCO RUÍZ, Eduardo. *Coordinación de la Ley del Seguro Social*. Limusa. México, 1972. p.21.

³⁶ TENA SUCK, Rafael y MORALES, Hugo Italo. *Derecho de la Seguridad Social*. Porrúa. México, 1986. pp.33, 34

Es entonces que puede establecerse que el seguro social es el instrumento de la seguridad social a través del cual el trabajador, el patrón y el Estado se obligan mediante una cuota o prima, a proporcionar al asegurado o beneficiario, una pensión o subsidio.

2.3 Enfermedad general

Alberto Briceño Ruiz afirma que “enfermedad es el estado patológico que disminuye o cancela las posibilidades orgánico-funcionales de nuestro organismo.”³⁷ Establece que “la enfermedad es un estado patológico resultado de la acción continuada de una causa, ajena a la relación de trabajo y por tanto, no está comprendida en el riesgo del trabajo.”³⁸

Todas las enfermedades implican un debilitamiento del sistema natural de defensa del organismo o de aquellos que regulan el medio interno. Incluso cuando la causa se desconoce, casi siempre se puede explicar una enfermedad en términos de los procesos fisiológicos o mentales que se alteran.

En el artículo 475 de la Ley Federal del Trabajo se establece el concepto legal de enfermedad de trabajo, señalando que es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios. Posteriormente, en el artículo 476 del mismo ordenamiento legal, se señala la existencia de una tabla donde son enumeradas aquellas enfermedades de trabajo de conformidad con la ley.

La comprensión de las enfermedades depende de una descripción de los síntomas, los cuales son manifestaciones de los procesos vitales alterados. Los síntomas generales

³⁷ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Op. cit. p. 303.

³⁸ *Ibidem*. p. 177.

consisten en cambios en la temperatura corporal (como fiebre), fatiga, pérdida o aumento de peso, y dolor o hipersensibilidad de los músculos u órganos internos.

El desarrollo y el aumento del empleo de pruebas cada vez más sensibles plantea la necesidad de hacer un uso más cuidadoso del término enfermedad.

Las enfermedades se pueden clasificar según su localización (hueso, corazón, hígado), historia natural (aguda o crónica), curso (progresivo o intermitente), u otros criterios. Dos de las formas más útiles de clasificación son aquellas que se realizan atendiendo a la causa de la enfermedad (etiología) o al proceso biológico que resulta afectado.

Es así que se entiende por enfermedad general, cualquier estado donde haya un deterioro de la salud del organismo humano.

Se puede establecer entonces que enfermedad de trabajo es aquél estado patológico que tuvo origen por causas del trabajo que desempeña una persona.

2.3.1 Incapacidad

En términos generales, “se entiende por incapacidad para el trabajo un estado de inferioridad por parte del trabajador para ejecutar una tarea corporal que anteriormente efectuaba. Hace falta cierta alteración de las condiciones físicas o psíquicas del sujeto activo de la prestación laboral y una consecuente limitación de su aptitud física provocadas por el accidente sufrido.”³⁹

Rubinstein define la incapacidad en el derecho del trabajo como “toda disminución física o psíquica producida por un accidente, por una enfermedad profesional, por una enfermedad concausal o por una enfermedad inculpable, que disminuya en forma temporal o permanente, y ostensiblemente, la suficiencia del obrero

³⁹ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. T. IV. Accidentes y enfermedades de trabajo. Tercera edición. Heliasta. Argentina, 1988. p. 268.

en su trabajo, o que implique su afectación estética, con el consiguiente cercamiento de sus posibilidades en el campo del empleo.”⁴⁰

En la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 477 se establece una relación de los tipos de incapacidad que pueden producir los riesgos de trabajo. De ahí que se puede decir que hay varios tipos de incapacidad, los cuales son:

- Incapacidad Temporal: es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o temporalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo.

- Incapacidad Permanente Parcial: es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar.

- Incapacidad Permanente Total: es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida.

Asimismo la Ley federal del Trabajo establece, en su artículo 482, que las consecuencias posteriores de los riesgos de trabajo se tomarán en consideración para determinar el grado de incapacidad.

Por lo anterior se establece que incapacidad es aquella disminución que presenta el trabajador en sus aptitudes físicas o psíquicas y que lo imposibilita para desempeñar normalmente sus labores, de manera temporal o permanente.

2.4 Maternidad

Se entiende por maternidad a la “condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano.”⁴¹

Es el conjunto de las funciones de procreación y crianza de la humanidad para las

⁴⁰ CABANELLAS, Guillermo. Op, cit. p.269.

⁴¹ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Op, cit. p. 303.

que está destinada la mujer, abarca desde la fecundación, o concepción, a la gravidez y el parto; desde la lactancia a la crianza y educación de los hijos. Pero no todas las mujeres modernas lo desean, considerándola como un peso y no como un goce, ni todas están especialmente preparadas para dar una crianza física y moralmente sana.

“La maternidad ha merecido atención internacional, habiéndose tratado los problemas en tres importantes reuniones. La Convención de 1890 celebrada en la capital de Alemania discutió la forma de dar protección a la mujer en el parto, y se resolvió que no se le debería permitir trabajar durante las cuatro semanas siguientes del nacimiento. En la Conferencia efectuada en Washington en el año de 1919 por la Organización Internacional del Trabajo, se acordó que en todos los establecimientos industriales o comerciales la mujer no trabajaría en las seis semanas anteriores, ni en las seis siguientes al alumbramiento, otorgándosele una indemnización suficiente para su subsistencia y la de su niño y los servicios gratuitos de un médico o de una partera.”⁴²

En épocas pasadas se le daban menos días de descanso a la mujer asalariada por concepto de maternidad; es decir, al momento de llegar el parto sólo descansaban ocho días antes de su fecha y un mes después del mismo, este estaba regulado por el artículo 79 de la Ley Federal del Trabajo expedida en 1931.

Pero la Ley del Seguro Social viene a regular con mayor precisión pues ahora consagra en el seguro de enfermedades y maternidad, ayuda durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio. Asimismo, en el Reglamento de Servicios Médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social, en su artículo 28, define la maternidad como el estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.

⁴² ARCE CANO, Gustavo. Op, cit p. 166.

Se puede establecer entonces que la maternidad es un estado fisiológico propio de la mujer que incluye el conjunto de funciones de procreación y crianza de los hijos, cuyo objetivo es la reproducción y sobrevivencia del ser humano.

2.4.1 Embarazo

“El inicio de una nueva vida humana ocurre cuando una célula sexual madura del hombre se une a una célula sexual madura de la mujer. Esta unión de las dos células sexuales es denominada concepción o fecundación.”⁴³

“El embarazo es el periodo entre la fecundación y el nacimiento durante el cual el producto se desarrolla en el útero; también se le llama periodo de gestación.”⁴⁴

La gravidez –o gestación- es aquél estado fisiológico especial de la mujer, en cuyo seno se desarrolla de uno (gravidez simple) o más (gravidez múltiple) gérmenes de nueva vida, que se mantiene protegida y nutrida desde el momento de la concepción (fecundación) hasta su venida a la luz (parto). La gestación, que comprende desde la fecundación al parto, dura nueve meses durante los cuales el desarrollo del germen inicial comienza con la transformación del óvulo femenino constituido por una sola célula, en el conjunto de millones de células que forman el feto de tres-cuatro kilos o más. Cuando este feto ha logrado la completa maduración de su desarrollo intrauterino, viene a la luz (parto) en condiciones de poder sobrevivir en un ambiente absolutamente diferente al anterior y en el que estará alejado del organismo materno hasta lograr la completa autonomía.

Luego entonces, el embarazo es la etapa del estado fisiológico de la mujer que va a partir de la concepción hasta el momento del parto, y que en condiciones normales dura

⁴³ BETHEA, Doris C. Enfermería materno-infantil. Tercera edición. Interamericana. México, 1983. p.154.

⁴⁴ Ídem.

nueve meses.

2.4.2 Parto

Después de aproximadamente 280 días, el feto llega a un grado de madurez en que puede sobrevivir fuera del útero. Cuando se alcanza esta madurez, se inicia un proceso por el cual el feto es expulsado del útero, a este proceso se le llama trabajo de parto.

La célula fecundada que se desarrolló hasta formar el feto, crece dentro del útero de la madre hasta estar suficientemente maduro para sobrevivir fuera de su cuerpo, tiempo en el cual es expulsado por el proceso conocido como parto o parturición.

Es difícil encontrar un solo criterio respecto a cual es el momento en el que se inicia el parto, como en la mayoría de los procesos biológicos, no tiene un principio ni un final brusco o claramente definido. El proceso del parto se inicia hacia las treinta y tres o treinta y cuatro semanas de embarazo, finalizando habitualmente hacia la semana cuarenta con la expulsión del feto, la placenta y las membranas. Los síntomas pueden variar mucho de una embarazada a otra, pero clínicamente se entiende que el parto se ha iniciado cuando el cuello está maduro, aparece una dilatación de al menos 3 centímetros y dos o tres contracciones cada diez minutos de las consideradas medianas o buenas (rítmicas y de aproximadamente treinta mm Hg de intensidad).

“Se distingue dentro del parto tres periodos diferentes:

- Periodo de Dilatación: el inicio de esta fase se reconoce por pérdida del tapón mucoso. Las contracciones uterinas se suceden a intervalos regulares, inicialmente cada treinta minutos y luego con mayor frecuencia, siendo cada vez más intensas y prolongadas. Este periodo tiene una progresión uniformemente acelerada hasta su final, cuando se alcanzan los diez centímetros. Una dilatación de tres centímetros es señal de que el parto ha comenzado.

- Periodo de expulsión: durante este periodo las contracciones se hacen más intensas y regulares. La madre siente, además, la necesidad imperiosa de contraer la musculatura abdominal durante la contracción uterina (pujos). Este periodo finaliza con la salida del feto.

- Alumbramiento: el alumbramiento comienza tras la salida del feto y finaliza con la expulsión de la placenta y membranas.⁴⁵

Hay autores que agregan un cuarto periodo consistente en “la primera hora después del alumbramiento.”⁴⁶

Por lo anterior se establece que el parto es un proceso mediante el cual es expulsado el feto del útero de la madre.

2.4.3 Puerperio

“El periodo posparto o puerperio es el intervalo que abarca desde el nacimiento del niño hasta que el organismo de la madre recupera su estado previo a la gravidez”⁴⁷; algunos autores establecen que este periodo dura seis semanas desde el final del parto hasta la involución completa del útero y la curación de las estructuras pélvicas, manejando una media de cuarenta días aproximadamente; los órganos genitales congestionados e hipertrofiados durante el periodo gravídico retornan al estado y a las dimensiones de antes del embarazo; en cambio otros autores admiten que el puerperio dura hasta la aparición de la primera menstruación, periodo que puede durar entre seis y ocho semanas, pues con el retorno del flujo menstrual la mujer vuelve a estar en condiciones de concebir y gestar nuevamente.

Al comenzar el puerperio, frecuentes contracciones miométricas fuertes

⁴⁵ LOMBARDÍA PRIETO, José. et. al. Problemas de salud en el embarazo. Ediciones Ergon. España, 2000. pp. 331, 332.

⁴⁶ FRIESNER, Arlyne. et. al. Enfermería materno infantil. Manual Moderno. México, 1984. p. 159

⁴⁷ BURROUGHES, Arlene. Enfermería materno infantil. Sexta edición. Mc. Graw Hill. México, 1996. p.245.

rápidamente inducen una disminución del tamaño y en 24 horas el útero se convierte en una dura masa globular de aproximadamente el tamaño de una gestación de 20 semanas. En la primera semana posparto, el útero ha disminuido de tamaño en un cincuenta por ciento. Luego de dos semanas, la involución normal es tal que el útero no puede palparse por examen abdominal y hacia las seis semanas ha retornado casi a sus dimensiones sin embarazo.

Prácticamente se ha fijado en cuarenta días a partir del parto la duración del puerperio normal; en los primeros ocho días (puerperio inmediato) la mujer se mantendrá en reposo en cama a pesar de que el parto haya sido normal; con esto se evitan las hemorragias peligrosas que son posibles hasta que la úlcera placentaria (situada en la zona de la mucosa uterina en la que estaba adherida a la placenta) se haya cerrado completamente, a los veinte días la puérpera puede iniciar gradualmente sus ocupaciones normales. Durante los días del puerperio debe abstenerse de cópulas carnales al objeto de evitar el peligro de infecciones puerperales (además de posibles hemorragias uterinas durante los primeros ocho días después del parto).

Se puede establecer que puerperio es el periodo que abarca desde el nacimiento del niño hasta cuarenta días después cuando ya se ha reestablecido el organismo de la madre.

2.5 Aborto

La palabra aborto deriva del latín abortus, de ab que quiere decir partícula privativa, y ortus, que significa nacimiento. Así, etimológicamente, significa no nacimiento. También se puede encontrar el origen del término en el vocablo aborire, que significa nacer antes de tiempo.

En cualquier caso, aborto quiere decir destrucción de un organismo antes del nacimiento. “Es entonces que en un sentido generalísimo, por aborto se suele entender aquella particular acción mediante la cual se interrumpe la gravidez de una mujer, impidiendo el sucesivo desarrollo y nacimiento, al final del proceso gestativo, a un nuevo ser humano.”⁴⁸

“En el lenguaje corriente, aborto es la muerte del feto por su expulsión, natural o provocada, en cualquier momento de su vida intrauterina.”⁴⁹

2.5.1 Concepto jurídico

En la actualidad el único concepto jurídico del aborto contenido en la legislación, es aquél que se emplea dentro del Derecho Penal. El Código Penal para el Distrito Federal vigente, en su artículo 144 define al aborto de la siguiente manera:

“ Artículo 144. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”⁵⁰

De la misma forma, en el Código Penal Federal se establece esta definición de aborto, que dice:

“Artículo 329. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.”⁵¹

La definición de aborto en los Códigos vigentes en materia penal, no sólo se aparta del concepto médico legal tradicional, es decir, no sólo contempla la posibilidad de

⁴⁸ RENTERÍA DÍAZ, Adrián. *El aborto. Entre la moral y el derecho*. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México, 2001. p.23.

⁴⁹ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *El aborto. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos*. Quinta edición. Palabra. España, 1995. p.13.

⁵⁰ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2004. Décima edición. Ediciones ISEF. México, 2004. p. 36.

⁵¹ CÓDIGO PENAL FEDERAL. AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2004. Décima edición. Ediciones ISEF. México, 2004. p. 89.

la muerte del producto de la concepción sin expulsión, sino que no exige que dicha muerte se cause dolosamente, con lo que es posible que el aborto se produzca culposamente.

Luego entonces, el aborto en términos jurídicos es la muerte del feto en cualquier etapa en que se encuentre el embarazo.

2.5.2 Concepto médico

“Obstétricamente, se entiende al aborto como la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, es decir, dentro de los primeros seis o cinco y medio meses del embarazo.”⁵² La expulsión del producto de la concepción dentro de los tres últimos meses se considera como parto prematuro, ya que después del sexto mes, o de los cinco meses y medio, hay viabilidad.

En medicina legal, se había entendido el aborto como la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción. Esta definición médico legal no considera la hipótesis de que el producto de la concepción muera sin ser expulsado. Por ello, esta definición fue desplazada desde la época de Francesco Carrara, para quien el aborto es la muerte dolosa del feto en el útero (feticidio) o su violenta expulsión del vientre materno, con la que también se consigue su muerte.

“Según se utiliza en la profesión médica el término aborto significa la interrupción de un embarazo tras la implantación del blastoasto en el endometrio y antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir, con adecuado apoyo vital, al periodo neonatal y de que pueda mantener eventualmente, una vida intrauterina independiente. De acuerdo con la tradición médica, esta viabilidad se logra

⁵² DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. El delito de aborto: una careta de buena conciencia. Porrúa. México, 1991. p.15.

tras 28 semanas de gestación, contando desde el primer día del último periodo de la menstruación normal.”⁵³

Es entonces que en términos médicos el aborto es toda expulsión del feto, natural o provocada, en el periodo no viable de su vida intrauterina, es decir, cuando no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir. Si esa expulsión del feto se realiza en periodo viable pero antes del término del embarazo, se denomina parto prematuro, tanto si el feto sobrevive como si muere.

2.5.3 Clases de aborto

Las dos grandes categorías de abortos conocidas son:

-Aborto espontáneo, dentro del cual se incluye el aborto retenido (retención del feto muerto) y el habitual. Este tipo de aborto se debe a causas patológicas que hacen incompatible la sobrevivencia o permanencia del producto en el útero.

-Aborto provocado, voluntario, intencional o inducido, el cual se realiza o bien matando al hijo en el seno materno o bien forzando artificialmente su expulsión para que muera en el exterior, es decir, este tipo de aborto es iniciado voluntariamente con el propósito de interrumpir un embarazo. “Se dice que este tipo de aborto puede ser a su vez, legal o ilegal, según se realice en un país donde sea aceptado por la ley, o por el contrario de forma clandestina y al margen de la legalidad.”⁵⁴ Generalmente el aborto provocado se subdivide en: terapéutico, profiláctico, eugenésico y voluntario stricto sensu.

Tanto el aborto terapéutico como el profiláctico, tienen por objeto proteger la vida o la salud de la madre. El aborto eugenésico se refiere a las razones médicas que

⁵³ TIETZE, Christopher. Informe mundial sobre el aborto Quinta edición. Instituto de la mujer. España, 1983. p. 15.

⁵⁴ CIFRIÁN, Concha. La cuestión del aborto. Icaria Editorial. España, 1986. p. 10.

justifican o pretenden justificar la expectación de un defecto fetal somático psíquico incurable debido a herencia mórbida transmisible o a un daño cierto causado durante el embarazo.

Asimismo, según indica Manuel Mateos Cándano, el aborto presenta las siguientes formas clínicas:

a) Aborto autoinducido: es el provocado por la propia gestante; y puede ser repetido, cuando hay reincidencia de acciones abortivas.

b) Aborto complicado: es el que presenta patología principalmente de índole traumática, hemorrágica o infecciosa.

c) Aborto no complicado: es el que no presenta patología.

d) Aborto esporádico: es el que se produce en una sola ocasión.

e) Aborto habitual o repetido: es la ocurrencia de tres o más abortos espontáneos consecutivos, cuando no se intercalan entre ellos embarazos a término ni embarazos que concluyen en partos prematuros.

f) Aborto temprano o de principio: es aquel que se produce antes de finalizar la décima semana, es decir, antes de sesenta y nueve días contados a partir del primer día de la última menstruación.

g) Aborto tardío: es el que sucede a partir de la décima semana y antes de cumplirse la vigésimo segunda de gestación.

h) Aborto infectado: es el asociado con infección de los órganos genitales.

i) Aborto séptico: es un aborto infectado en el que hay diseminación de microorganismos y sus productos en el sistema circulatorio materno.

j) Aborto diferido, retenido y fallecimiento en útero: es aquél en el que el embrión o feto muere pero el producto de la concepción es retenido en el útero.

k) Aborto inaparente o dudoso: es aquel cuya evolución no ha sido conocida (generalmente se presenta únicamente un ligero sangrado transcervical de origen intrauterino sin ningún otro síntoma o signo).

l) Aborto franco o demostrable: es aquel cuya existencia es indudable.

2.5.4 Sistemas de regulación del aborto

Existen dos tipos de sistemas de regulación del aborto en el mundo, en primer lugar se encuentra el sistema legislativo clásico y en segundo lugar están los llamados sistemas desincriminadores, entre los cuales se encuentran el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones.

I) El sistema legislativo clásico tuvo como regla básica, por principios ético-teológicos, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, cuya única excepción era el estado de necesidad por peligro de la vida de la mujer embarazada. La tendencia contemporánea apunta a la desincriminación, así sea parcial en muchas ocasiones, sobre todo en Europa, Inglaterra, Alemania, Austria, Francia, Italia, Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suiza, Portugal, Hungría, Checoslovaquia, Polonia, Unión Soviética, Yugoslavia, Rumania, Chipre, Bulgaria, entre otros países, han sustituido el régimen clásico por un sistema de despenalización amplia o restringida.

II) Los sistemas desincriminadores se expresan con la fórmula de los plazos o a través de las indicaciones.

A) SISTEMA DEL PLAZO: a la solución legislativa del aborto libre suele denominársele el sistema del plazo, pues la única exigencia es la de que la interrupción del embarazo se realice dentro de un determinado periodo, generalmente tres meses, o

doce semanas, o noventa días, a partir de la concepción. Dentro de ese lapso, un aborto realizado por manos diestras y en condiciones higiénicas implica escaso o nulo riesgo para la salud de la mujer embarazada.

El aborto libre a petición de la mujer embarazada, concede la más amplia libertad para interrumpir el embarazo. Se exigen tan sólo, requisitos elementales: la intervención facultativa, la realización en un centro de salud, ciertos límites temporales en el desarrollo del embarazo.

La legislación soviética fue la primera en el mundo en establecer la libertad de interrumpir a voluntad el embarazo. El Decreto sobre protección de la salud femenina de 1920 establecía la impunidad del aborto voluntario realizado por un médico en un centro asistencial.

En América Latina, Uruguay fue el primer país en quitarle el carácter delictivo al aborto voluntario. En el Código de 1933 sólo se asignaba punibilidad al realizado sin el consentimiento de la mujer. La innovación desapareció con la reforma de 1938, si bien se conservaron importantes causas eximentes y atenuantes.

Dinamarca fue el primer país de Europa occidental en instituir el aborto libre y gratuito, en 1972, con el solo requisito de que se efectúe durante las doce primeras semanas de la preñez. El mismo criterio triunfó en Austria.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América resolvió, el 22 de enero de 1973, en sentencia que sentó jurisprudencia, que las mujeres tienen derecho a abortar durante los tres primeros meses del embarazo. La resolución se basó en el respeto a la vida privada de las mujeres. Quince años después, la Suprema Corte ha vuelto al criterio que prevalecía hasta 1973: corresponde a cada estado legislar respecto de la incriminación del aborto (fallo de 3 de julio de 1989).

En Inglaterra, la ley de 27 de octubre de 1967 autorizó el aborto siempre que la mujer tenga menos de 28 semanas de embarazo, plazo inusualmente amplio.

En Francia la Ley Simone Veil, de 29 de noviembre de 1974, no castiga el aborto cuando concurren tres condiciones: a) que la decisión la tome la mujer, salvo que fuere menor de 18 años, en cuyo caso se requiere la autorización de los padres; b) que se practique antes de la décima semana se embarazo y c) que se realice por un médico, en hospital público o privado reconocido.

La ley sueca sobre el aborto, aprobada en mayo de 1974, concede a la mujer libertad para abortar dentro de los tres primeros meses del embarazo. A su petición solo podrá negarse el médico si el aborto supone un riesgo para la vida o la salud de la interesada.

Las políticas de control natal de China y la India admiten el aborto y conceden notables facilidades para que se realice.

B) SISTEMA DE LAS INDICACIONES: en el sistema de indicaciones se señalan los supuestos en los que el aborto queda impune. Son, pues, las indicaciones aquellas hipótesis de las que se excluye la punición por su carácter excepcional.

Las indicaciones son resultado de un criterio legislativo según el cual la vida del producto de la concepción merece ser objeto de la tutela penal, pero la norma punitiva no ha de aplicarse ante situaciones de conflicto o agudo drama humano. En otras palabras: la vida del producto de la concepción no ha de protegerse penalmente en todas las circunstancias. Hay casos en los que se considera que la interrupción voluntaria del embarazo se realiza justificada o inculpablemente. Se trata de una ponderación respecto de hasta qué límite y a qué costo de la vida en formación ha de resguardarse.

En la mayoría de los códigos penales del mundo se encuentran ciertas indicaciones. Son los menos los que despenalizan totalmente el aborto o no contienen indicación alguna. Ahora bien, dentro de los que las incluyen, algunos lo hacen con considerable liberalidad y otros con notoria estrechez. Es así que se han aplicado las siguientes indicaciones:

* Aborto por indicación médica o terapéutica: Es el que se lleva a cabo con el objetivo de salvar la vida o la salud de la mujer embarazada, en aquellos casos en que su vida o su salud se vieran en grave riesgo con la continuación del embarazo. Esta indicación es la más ampliamente recogida en los diversos ordenamientos punitivos. Aun cuando no se contemple expresamente, acudiendo a la figura del estado de necesidad justificante que se prevé en las partes generales de los códigos, el supuesto que se examina es de considerarse no punible: se sacrifica una vida en formación para salvar una vida ya formada. Las circunstancias en que procedería un aborto por indicación médica disminuyen actualmente con el avance de la medicina. Sin embargo persisten situaciones de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada: la toxemia gravídica, ciertos casos de hipertensión arterial, insuficiencia cardíaca congestiva, la situación cardíaca endeble en mujeres de edad relativamente avanzada y con un considerable número de partos, las nefropatías crónicas, el cáncer de mama o de los órganos pelvianos, todos estos supuestos de alteración de la salud que, de no interrumpirse el embarazo, significan riesgo para la mujer embarazada.

* Aborto por indicación eugenésica: atiende a la salud del mismo producto de la concepción. Procede esta indicación cuando existen razones que justifican la expectación de un defecto fetal somático o psíquico incurable, debido a la herencia mórbida transmisible de uno o ambos padres o a causa de un daño ocasionado durante el

embarazo.

Entre los motivos de la indicación eugenésica se han mencionado la protección de la comunidad y de la raza, de la pareja y de la familia, de la salud de la madre, y de los derechos a la salud y a la normalidad del ser a partir de su nacimiento.

* Aborto por indicación ética: denominada asimismo sentimental o humanitaria; aparece cuando la concepción es resultado de un acto sexual delictivo, de incesto, de estupro, de raptó y principalmente cuando es consecuencia de una violación.

El origen histórico de la indicación ética ha de ubicarse en la Primera Guerra Mundial, durante la cual soldados de tropas invasoras produjeron múltiples embarazos en mujeres a las que violaban. Argentina fue el primer país en acoger esta indicación en 1922. América Latina ha acogido con amplitud la fórmula ética: Uruguay, Cuba, Brasil y México.

* Aborto por indicación económico-social: tiene su razón, en primer lugar, en la precaria situación económica en la que se encuentran numerosas mujeres embarazadas.

Dentro de la legislación de nuestro país, específicamente en el Código Penal para el Distrito Federal, se regula el aborto bajo las indicaciones médica eugenésica y ética, ya que en el ordenamiento mencionado en su artículo 334 se establece que no se aplicará sanción en los siguientes casos:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial no consentida.

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista.

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para

diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan tener como resultado daños físicos o mentales, al límite de que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

IV. Cuando el embarazo sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

Actualmente el aborto ha sido regulado en cuanto a su procedimiento específicamente cuando la mujer resulta embarazada a consecuencia de una violación. Dicho procedimiento se resume en los siguientes puntos:

- La mujer agredida debe acudir a una Agencia Especializada en Delitos Sexuales o en la Fiscalía Central de Investigación de Delitos Sexuales a levantar una acta de denuncia.

- En caso de sospecha de embarazo, la agredida debe acudir con su acta de denuncia a una de las clínicas del Sistema de Salud del Distrito Federal para que le practiquen una prueba de embarazo gratuita. En caso de que la prueba resulte positiva, se le expedirá un certificado médico.

- Posteriormente, se llevará el acta de denuncia y el certificado médico a la Fiscalía Central, así como un escrito de solicitud para la Interrupción Legal del Embarazo. En el caso de tratarse de una menor de edad, deben acudir también los padres de la agredida. De la Fiscalía se le remite al Centro de Terapia y Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales, la cual enviará un oficio a la Fiscalía.

- La agredida presentará los documentos a la Fiscalía, donde se le dará el oficio de autorización en 24 horas y la remitirán a un hospital para que se lleve a cabo la Interrupción Legal del Embarazo.

- En el hospital, la intervención debe ser realizada gratuitamente por un gineco obstetra o un cirujano, en un plazo no mayor de diez días a partir de emitida la autorización. Con la autorización de la Fiscalía Central, ninguna institución de salud puede negarse a practicar la Interrupción Legal del Embarazo.

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO Y LEGISLATIVO DEL ABORTO Y DEL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD

La regulación de la maternidad en el ámbito de la seguridad social se localiza a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y es a raíz de ésta que se han promulgado leyes especiales que regulan situaciones en específico atendiendo al tipo de trabajadores de que se trate, haciéndose notar que en dicha regulación se carece de normatividad respecto al tema del aborto en cuanto a la seguridad social.

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Carta Magna de 1917 fue la primera en el mundo que consagró los derechos sociales del hombre, los cuales quedaron establecidos en los artículos 3º, 27 y 123. Este último ha tenido gran relevancia para la vida laboral del país, puesto que, otorga las garantías más importantes para los trabajadores y en particular para las clases sociales menos favorecidas.

El artículo 123 vigente se compone de dos apartados: el apartado A, que reglamenta las relaciones laborales entre trabajadores en general y patrones, tales como la fijación de la jornada máxima de trabajo, tanto diurna como nocturna; descansos obligatorios; salarios mínimos; participación de utilidades; seguridad social, entre otras, y el apartado B, adicionado en 1960, que se refiere a esas mismas relaciones, pero establecidas entre los poderes de la Unión o el gobierno del Distrito Federal y los

servidores públicos. Este último apartado es diferente al establecido para el trabajador en general, ya que rige sólo para los trabajadores al servicio del Estado.

Es importante resaltar que la maternidad como tal, se debe a partir de la Constitución Política, cuyo artículo 4º es la primera referencia que se encuentra respecto al tema. Este artículo establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 4.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de ésta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

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. ⁵⁵

Dos son los derechos que se establecen en este numeral respecto de la maternidad: el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de los hijos, y el derecho a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Por lo que dicho artículo constituye el fundamento para poder decidir libremente respecto a la maternidad.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décimo séptima edición. Trillas. México, 2004. p. 22.

Más adelante las fracciones V y XV del apartado A y XI inciso C del apartado B del artículo 123 fijan las normas mínimas que protegen los periodos de gestación y lactancia. Protección que tiene como objetivo la salud y bienestar tanto de la mujer embarazada como de sus hijos.

3.1.1 Artículo 123, Apartado A

Como ya se mencionó, el apartado A del artículo 123 hace referencia a la regulación de las relaciones entre trabajadores generales tales como obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo, y patrones. Se reglamenta la forma en que se han de llevar a cabo dichas relaciones, mencionando las condiciones mínimas que deben gozar los trabajadores.

En específico, en la fracción V de dicho numeral se menciona lo siguiente:

“Artículo 123. Apartado A, fracción V.- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos;...”

La fracción anterior denota las condiciones respecto a la relación laboral de una mujer embarazada, tratando de garantizarle la protección de su salud y de su hijo, desde el momento de la gestación y aún después del alumbramiento, con el otorgamiento de su salario íntegro durante el descanso de seis semanas anteriores al parto y las seis posteriores al mismo, así también se trata de proporcionar seguridad jurídica a la mujer

embarazada para que al momento de dar a luz aún conserve su empleo y siga preservando los derechos que hubiere creado antes de gozar de los periodos de descanso que se le otorgan.

De igual forma, en la fracción XV se establece lo siguiente:

“Artículo 123. Apartado A, fracción XV.- El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso; ...”

Con dicha fracción se obliga al patrón a cumplir con lo dispuesto en las leyes para proporcionar seguridad a sus trabajadores y, específicamente a las mujeres embarazadas para que tanto ellas como sus hijos puedan gozar de salud y vida.

Es igual de importante señalar que en la fracción XXIX, se localiza el fundamento legal de la Ley del Seguro Social y de los seguros que la misma reglamenta, así mismo como la naturaleza de esta Ley, al establecer lo siguiente:

“Artículo 123. Apartado A, fracción XXIX.- Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares; ...”

3.1.2 Artículo 123, Apartado B

Este apartado regula las relaciones laborales entre los Poderes de la Unión, el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores. Es por ello que dichas relaciones han originado la creación de leyes especiales como la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Tratándose de la seguridad social en este tipo de trabajadores, se siguen básicamente los mismos lineamientos que en el apartado A, estableciéndose en su fracción XI las contingencias que la seguridad social cubrirá, las personas a las que se extienden los beneficios de las prestaciones, se establece el fondo nacional de la vivienda, y en específico, hace referencia a los aspectos básicos del seguro de maternidad disponiendo que las mujeres embarazadas no realizarán trabajos que signifiquen un riesgo para su salud, que gozarán de un mes de descanso antes de dar a luz y de dos meses posteriores a éste con el derecho de recibir íntegramente su salario correspondiente a este periodo así como conservar sus derechos creados en el empleo, de igual forma en el periodo de lactancia tendrá dos descansos por día de media hora para alimentar a su hijo, disfrutando así también de la asistencia médica y obstétrica, de medicinas, ayuda para lactancia y servicio de guardería.

Dicha fracción a la letra dice:

“Artículo 123. Apartado B, fracción XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

- a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte
- b) En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el

tiempo que determine la ley.

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 la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.

e) Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.

f) Se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos.

Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social, regulándose en su ley y en las que correspondan, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrará el citado fondo y se otorgarán y adjudicarán los créditos respectivos; ...”

3.2 Ley Federal del Trabajo

La Ley Federal del Trabajo vigente, que regula las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla en su Título Quinto, las condiciones del trabajo de las mujeres y en especial, tiene como propósito fundamental, como se menciona en su propio artículo 165, la protección de la maternidad.

En el artículo 166 se establece la prohibición de utilizar el trabajo de las mujeres cuando éste represente un peligro para la salud de la mujer o del producto, durante el estado de gestación o el de lactancia, para lo cual no sufrirá perjuicio en su salario ni prestaciones y derechos.

Específicamente en el artículo 170 se establecen los derechos de las madres trabajadoras:

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

- I. Durante el período de embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso;
- II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto;
- III. Los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilidades para trabajar a causa del embarazo o del parto;
- IV. En el período de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día,

de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;

- V. Durante los períodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al 50% de su salario por un período no mayor de sesenta días;
- VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto; y
- VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.⁵⁶

Lo establecido en el artículo anterior, es una obligación que se ha impuesto a los patrones en este ordenamiento, en su artículo 132 fracción XXVII, al señalar lo siguiente:

“Artículo 132.- Son obligaciones de los patrones:

...XXVII.- Proporcionar a las mujeres embarazadas la protección que establezcan los reglamentos; ...”

Con lo anterior se pretende que las mujeres trabajadoras embarazadas gocen de un mínimo de derechos debido a su gravidez, estableciéndolos como una obligación que debe cumplir el patrón.

3.3 Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

Esta Ley, en su artículo 1º señala que el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, es un organismo público descentralizado federal, con personalidad

⁵⁶ LEY FEDERAL DEL TRABAJO. MULTI AGENDA LABORAL 2004. Octava edición Ediciones Fiscales ISEF. México, 2004. pp. 47, 48.

jurídica y patrimonio propio, cuyo domicilio se encuentra establecido en la Ciudad de México. Entre las principales funciones de dicho organismo se encuentra el otorgar las prestaciones y administrar los servicios a su cargo que la Ley le encomienda y administrar su patrimonio exclusivamente para el fin señalado en la misma Ley.

En el artículo 18 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas se enumeran las prestaciones a que está obligado a proporcionar este organismo, dicho precepto establece lo siguiente:

“Artículo 18. Las prestaciones que se otorgarán con arreglo a esta Ley son las siguientes:

- I. Haber de retiro;
- II. Pensión;
- III. Compensación;
- IV. Pagas de defunción;
- V. Ayuda para gastos de sepelio;
- VI. Fondo de trabajo;
- VII. Fondo de ahorro;
- VIII. Seguro de vida;
- IX. Seguro colectivo de retiro;
- X. Venta de casas y departamentos;
- XI. Ocupación temporal de casas y departamentos, mediante cuotas de recuperación;
- XII. Préstamos hipotecarios y a corto plazo;
- XIII. Tiendas, granjas y centros de servicio;
- XIV. Servicios turísticos;

- XV. Casas hogar para retirados;
- XVI. Centros de bienestar infantil;
- XVII. Servicio funerario;
- XVIII. Becas y créditos de capacitación científica y tecnológica;
- XIX. Centros de capacitación, desarrollo y superación para derechohabientes;
- XX. Centros deportivos y de recreo;
- XXI. Orientación social;
- XXII. Servicio médico integral, y
- XXIII. Farmacias económicas.”⁵⁷

Las prestaciones mencionadas se otorgan al personal afiliado al Instituto por la Secretaría de la Defensa Nacional y de Marina, en situación de activo y de retiro, y a sus derechohabientes y demás beneficiarios de conformidad con dicha Ley.

Tratándose propiamente de la contingencia de maternidad, se establece en la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, que las prestaciones materno infantil serán otorgadas a las mujeres integrantes del personal militar, y a la esposa o concubina de los militares; las prestaciones en especie que se contemplan son: consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto; atención del infante y ayuda a la lactancia. Lo anterior se contempla en el artículo 149 de dicha ley que a la letra dice:

“Artículo 149. El servicio materno infantil se impartirá al personal militar femenino y a la esposa o en su caso, a la concubina del militar, comprendiendo:

Consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto; atención del infante y ayuda a la lactancia. “

⁵⁷ LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS. MULTI AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Tercera edición. Ediciones ISEF . México, 2004. pp. 7,8.

En su artículo 150 se especifica respecto a la ayuda para lactancia consistente en la ministración de leche, será otorgada en caso de que la madre demuestre que no puede amamantar a su hijo, o bien cuando ésta haya fallecido, prestación que durará un periodo no mayor a seis meses a partir del nacimiento del infante. Dicho artículo a la letra dice:

“Artículo 150. La ayuda en la lactancia se proporcionará a la madre que demuestre la incapacidad para amamantar a su hijo, o la persona que la sustituya, en caso de fallecimiento de ésta, por medio del certificado médico correspondiente, y consistirá en la ministración de leche durante un periodo no mayor de seis meses a partir del nacimiento del infante.”

Por separado se menciona la prestación en especie consistente en una canastilla a la que también tiene derecho la madre del infante o la persona que lo tenga a su cargo, misma que se otorgará al nacimiento del niño. Lo anterior se encuentra en el artículo 151, que dice:

“Artículo 151. El personal militar femenino y la esposa o la concubina en su caso, del individuo de tropa, tripulación o a falta de éstas, la persona que tenga a cargo el infante, tendrá derecho a recibir una canastilla al nacimiento del mismo.”

Respecto a las prestaciones en dinero, de conformidad con el artículo 152 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, las mujeres miembros del personal militar tendrán derecho a treinta días de licencia antes del parto y sesenta posteriores al mismo, gozando durante este tiempo de haberes, entendiéndose por haber a la percepción base que se establece en el tabulador que expide la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El artículo referido establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 152. El personal militar femenino tendrá derecho a disfrutar de un mes de licencia anterior a la fecha probable del parto, que se fijará de acuerdo con la consulta

prenatal, y de dos meses posteriores al mismo para la atención del infante. En ambos casos con goce de haberes.”

3.4 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

De conformidad con el artículo 1º de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, dicha ley es de orden público, de interés social y de observancia para toda la República Mexicana, esto es a nivel federal, cuya aplicación es para los siguientes trabajadores:

I. A los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la Administración Pública Federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorporen a su régimen, así como a los pensionistas y a los familiares derechohabientes de unos y otros;

II. A las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de los Poderes de la Unión a que se refiere esta Ley;

III. A las dependencias y entidades de la Administración Pública en los estados y municipios y a sus trabajadores en los términos de los convenios que el Instituto celebre de acuerdo con esta Ley, y las disposiciones de las demás legislaturas locales;

IV. A los Diputados y Senadores que durante su mandato constitucional se incorporen individual y voluntariamente al régimen de esta Ley; y

V. A las agrupaciones o entidades que en virtud de acuerdo de la Junta Directiva se incorporen al régimen de esta Ley.

La seguridad social que protege a estos trabajadores establece dos tipos de regímenes: el régimen obligatorio y el régimen voluntario, lo anterior de conformidad con

el artículo 2° de esta ley.

Dentro del régimen obligatorio, conforme al artículo 3°, se contemplan los seguros, prestaciones y servicios siguientes:

- I. Medicina preventiva;
- II. Seguro de enfermedades y maternidad;
- III. Servicios de rehabilitación física y mental;
- IV. Seguro de riesgos del trabajo;
- V. Seguro de jubilación;
- VI. Seguro de retiro por edad y tiempo de servicios;
- VII. Seguro de invalidez;
- VIII. Seguro por causa de muerte;
- IX. Seguro de cesantía en edad avanzada;
- X. Indemnización global;
- XI. Servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil;
- XII. Servicios integrales de retiro a jubilados y pensionistas;
- XIII. Arrendamiento o venta de habitaciones económicas pertenecientes al Instituto;
- XIV. Préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos y/o casas habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas; así como para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos;
- XV. Préstamos a mediano plazo;
- XVI. Préstamos a corto plazo;
- XVII. Servicios que contribuyan a mejorar la calidad de vida del servidor público

y familiares derechohabientes;

XVIII. Servicios turísticos;

XIX. Promociones culturales, de preparación técnica, fomento deportivo y recreación;

XX. Servicios funerarios; y

XXI. Sistema de ahorro para el retiro.

El artículo mencionado en su fracción segunda, establece el seguro de enfermedades y maternidad a que tienen derecho este tipo de trabajadores. Respecto a la cotización de este seguro se establece lo siguiente en el artículo 25:

“Artículo 25.- La cotización del seguro de enfermedades, de maternidad y medicina preventiva que establece este capítulo en favor de pensionistas y sus familiares derechohabientes, se cubrirá en la siguiente forma:

- I. 4% a cargo del Instituto, sobre la pensión que disfrute el pensionista; y
- II. 4% de la misma pensión, a cargo de la dependencia o entidad.”⁵⁸

Las personas que tienen derecho a este seguro se contemplan en el artículo 28 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y éstas son: la mujer trabajadora, la pensionista, la esposa o concubina ya sea del trabajador o pensionista, y la hija del trabajador o pensionista soltera y menor de dieciocho años que dependa económicamente de su progenitor

Las prestaciones en especie se establecen en el mismo artículo 28, las cuales son:

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

⁵⁸ LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. MULTI AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Tercera edición. Ediciones ISEF. México, 2004. p. 10.

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

III. Una canastilla de maternidad, al nacer el hijo, cuyo costo será señalado periódicamente por el Instituto, mediante acuerdo de la Junta Directiva.

El artículo 29 de esta ley menciona las condiciones para tener derecho a las prestaciones ya enumeradas, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 29.- Para que la trabajadora, pensionista, esposa, hija menor de 18 años y soltera, o en su caso, la concubina tengan derecho a las prestaciones que establece el artículo anterior, será necesario que, durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes los derechos de la trabajadora o de la pensionista, o del trabajador o pensionista del que se deriven estas prestaciones.”

3.5 Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

El Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, de acuerdo a su artículo 1º, tiene por objeto regular la prestación de los seguros de medicina preventiva, enfermedades y maternidad, así como de los servicios de consulta externa, urgencias, atención médica a domicilio, hospitalización y auxiliares de diagnóstico y tratamiento, con base en lo establecido por la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, su Estatuto Orgánico, y demás disposiciones aplicables.

La Subdirección General Médica derivada del Instituto de Seguridad y Servicios

Sociales de los Trabajadores del Estado, proporciona los seguros de medicina preventiva, enfermedades y maternidad.

Tratándose del seguro de medicina preventiva, las Unidades Médicas proporcionarán los servicios que la misma comprenda con la finalidad de promover, proteger y mantener la salud, así como de prevenir, detectar, diagnosticar y controlar oportunamente los riesgos y daños a la salud de los derechohabientes, esto de acuerdo con el artículo 29 del propio Reglamento. Asimismo, la Subdirección General realiza programas de medicina preventiva en varios campos, incluso, en atención materno-infantil, establecido en la fracción V del artículo 30.

En este Reglamento se establece una serie de conceptos que se manejan en sus disposiciones y para mayor comprensión de las mismas, como las definiciones enunciadas en el artículo 50, de la Sección Tercera llamada Del seguro de Maternidad, que a la letra dice:

“Artículo 50. Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por:

- I. Maternidad. El estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia; y
- II. Asistencia obstétrica. Las acciones médicas o ginecológicas que se proporcionan a las mujeres desde el momento en que el Instituto certifica su estado de embarazo, así como su evolución, el parto y el puerperio.”⁵⁹

En relación a las personas que cubre este seguro de maternidad, en el artículo 51 del Reglamento se establece una relación de a quienes se proporcionará asistencia obstétrica, este artículo dice:

⁵⁹ REGLAMENTO DE SERVICIOS MÉDICOS DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. MULTIAGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL 2004. Tercera edición. Ediciones ISEF. México, 2004. p. 11.

“Artículo 51. El Instituto a través de las Unidades Médicas proporcionará asistencia obstétrica a:

- I. La mujer trabajadora.
- II. La pensionista.
- III. La esposa del trabajador o del pensionista, o en su caso, la concubina de uno u otro; y
- IV. La hija del trabajador o pensionista, soltera, menor de 18 años, que dependa económicamente de éstos, previa comprobación de vigencia de derechos del trabajador no menor a 6 meses anteriores al parto.”

En cuanto a las prestaciones que se otorgan a las mujeres trabajadoras, éstas se regulan en diversos artículos del propio Reglamento. Dentro de las prestaciones en especie se encuentran: atención obstétrica, ayuda para lactancia como alimentación complementaria y canastilla de maternidad. Dichas prestaciones se encuentran reguladas en el artículo 52, 54 y 55, respectivamente, en donde se hace mención de las condiciones en las que han de proporcionarse éstas a las mujeres aseguradas. Es así como la atención obstétrica a que hace mención el artículo 52, comienza a otorgarse a partir de que la Unidad Médica certifique el estado de embarazo, el cual servirá de base para señalar la fecha probable del parto.

Respecto a el otorgamiento de la ayuda para lactancia es importante que se especifique en un dictamen médico la incapacidad física o laboral de la madre para amamantar a su hijo para que de esta forma pueda otorgarse ésta prestación, a lo cual hace referencia el artículo 54 que dice:

“Artículo 54. En las Unidades Médicas se promoverá la lactancia materna y el alojamiento conjunto, la ayuda para la lactancia se proporcionará en especie en las

Unidades Médicas, previo dictamen médico, cuando exista la incapacidad física o laboral de la madre para amamantar al hijo o ante la ausencia de ésta, y consistirá en el suministro de leche industrializada por un lapso de seis meses a partir del nacimiento.”

El artículo 55 del Reglamento hace referencia a la canastilla de maternidad, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 55. El Instituto proporcionará, a través de las Delegaciones o Unidades Médicas Desconcentradas, una canastilla de maternidad, cuyo costo será señalado periódicamente mediante acuerdo de la Junta Directiva.”

Respecto a las prestaciones en dinero, el artículo 53 del propio Reglamento hace referencia al otorgamiento de una licencia médica, éste artículo establece:

“Artículo 53. A la trabajadora se le otorgará licencia médica por maternidad, de conformidad con lo que establece el Capítulo VI del presente Reglamento.”

Para la aplicación del artículo anterior es importante señalar que dentro del Capítulo VI a que hace referencia, se establece, en el artículo 118, lo que se entiende, para efectos del propio Reglamento, por licencia médica, definiéndola como:

“Artículo 118. Para efectos de este Reglamento, se entiende por:

I. Licencia médica. El documento médico legal de carácter público, que expiden los médicos tratantes en las unidades médicas, en los formatos oficiales a favor del trabajador, en el cual se certifica su estado de incapacidad por enfermedad, maternidad o riesgo de trabajo durante un tiempo determinado, con el objeto de prevenir, proteger, restaurar y/o habilitar la pérdida o disminución de sus facultades físicas o mentales....”

Posteriormente, en el artículo 124 se menciona que dicha licencia consistirá en un periodo de noventa días naturales, treinta días naturales antes de la fecha del parto y sesenta días naturales posteriores al mismo, durante los cuales gozará del sueldo

correspondiente a dicho periodo de tiempo. Este artículo establece lo siguiente:

“Artículo 124. La licencia médica por maternidad, se otorgará a las aseguradas en etapa de gestación, por un periodo de noventa días naturales, de los cuales 30 tendrán por objeto proteger a la madre y el producto antes de la fecha aproximada del parto, y los sesenta restantes para cuidados maternos.”

3.6 Ley del Seguro Social

La Ley del Seguro Social, es una Ley de observancia general en toda la República, y sus disposiciones son de orden público y de interés social, tal y como lo establece su artículo 1°.

Esta Ley contiene dos tipos de regímenes del sistema de seguridad social, los cuales son: régimen obligatorio y régimen voluntario. El régimen obligatorio tiene tres tipos de incorporación que son: a) incorporación obligatoria, b) continuación voluntaria y c) incorporación voluntaria. El artículo 7, de dicha Ley, establece a propósito, que:

“Artículo 7.- El Seguro Social cubre las contingencias y proporciona los servicios que se especifican a propósito de cada régimen particular, mediante prestaciones en especie y en dinero, en las formas y condiciones previstas por esta Ley y sus reglamentos”.⁶⁰

Con lo que se establece que dependiendo de cada régimen y el tipo de incorporación al mismo, el Instituto Mexicano del Seguro Social proporcionará las prestaciones correspondientes en dinero y en especie, a las personas aseguradas.

Respecto al régimen obligatorio, en éste se otorgan, de conformidad con el

⁶⁰ LEY DEL SEGURO SOCIAL MULTI AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL 2004. Tercera edición. Ediciones ISEF. México. 2004. p. 4.

artículo 11 de la propia ley, los siguientes seguros:

- I. Riesgos de trabajo;
- II. Enfermedades y maternidad;
- III. Invalidez y vida;
- IV. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y
- V. Guarderías y prestaciones sociales.

Los sujetos que serán objeto de aseguramiento en este régimen obligatorio son los trabajadores tanto del régimen ordinario urbano comprendiendo a los trabajadores de base, de planta, de confianza y los trabajadores eventuales, así como a los trabajadores del régimen de campo, encontrándose los trabajadores permanentes y los trabajadores estacionales de campo. Así también se establecen como sujetos de aseguramiento dentro del régimen obligatorio a los socios de sociedades cooperativas y a las personas que determine el Poder Ejecutivo Federal por medio de un Decreto. Lo anterior se localiza en el artículo 12 de la Ley del Seguro Social, que dice:

“Artículo 12. Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio:

I. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones;

II. Los socios de sociedades cooperativas, y

III. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos

correspondientes.”

Es así que, las mujeres trabajadoras ubicadas en algún tipo de sujetos de aseguramiento ya mencionados, gozará de la protección de esta Ley del Seguro Social, pues ésta “es obligatoria para las trabajadoras afiliadas al Instituto Mexicano del Seguro Social, las que deben recibir las prestaciones que establece, entre las cuales está la atención a la maternidad.”⁶¹

Y es debido a que el hombre y la mujer son fisiológicamente diferentes, aunque iguales como seres humanos, que esta Ley protege a las trabajadoras de la contingencia con motivo de la maternidad.

La Ley del Seguro Social establece en un mismo Capítulo IV, la regulación de los seguros de enfermedades y maternidad, pese a que ésta última no se trata de una enfermedad. Es por ello que en el artículo 84 de la ley en comento, se enumeran, de manera general, los sujetos que quedan protegidos por este seguro, omitiéndose una referencia específica en cuanto a la contingencia de maternidad, aunque, posteriormente en el artículo 95 se menciona que tendrán derecho a disfrutar de las prestaciones en especie señaladas en las fracciones I y II del artículo 94, las beneficiarias que se señalan en las fracciones III y IV del artículo 84 de esta Ley, por lo que se interpreta que tendrán derecho a este seguro la mujer trabajadora asegurada, la esposa del asegurado o su concubina y la esposa del pensionado o su concubina. Para mayor abundamiento, se transcribe el artículo 84, que establece lo siguiente:

“Artículo 84. Quedan amparados por este seguro:

I. El asegurado;

II. El pensionado por:

⁶¹ KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. Derechos de las mujeres trabajadoras. Colección Nuestros Derechos. Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM. México, 2000. p.50.

- a) Incapacidad permanente total o parcial;
- b) Invalidez;
- c) Cesantía en edad avanzada y vejez, y
- d) Viudez, orfandad o ascendencia;

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior;

IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III;

Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III;

V. Los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados, en los términos consignados en las fracciones anteriores;

VI. Los hijos del asegurado cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional;

VII. Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente, en los mismos

casos y condiciones establecidos en el artículo 136;

VIII. El padre y la madre del asegurado que vivan en el hogar de éste, y

IX. El padre y la madre del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, si reúnen el requisito de convivencia señalado en la fracción VIII.

Los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes:

- a) Que dependan económicamente del asegurado o pensionado, y
- b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de esta Ley.”

La persona que tenga derecho al seguro de maternidad podrá gozar de las prestaciones que el mismo otorga a partir del día en que el Instituto Mexicano del Seguro Social realice la certificación correspondiente señalando en ella la probable fecha en que suceda el parto, misma que servirá como referencia para que se realice el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores al parto y que la trabajadora pueda gozar del subsidio que le corresponde. Lo anterior se establece en el segundo párrafo del artículo 85 de la Ley del Seguro Social.

Las prestaciones en especie que otorga el Instituto a la asegurada durante el embarazo, alumbramiento y puerperio, de conformidad con el artículo 94 de dicha ley, son las siguientes:

- I. Asistencia obstétrica;
- II. Ayuda en especie por seis meses para lactancia, y
- III. Una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

Respecto a las prestaciones en dinero que otorga el Instituto, el artículo 101 de la

Ley del Seguro Social establece que durante el periodo de embarazo y puerperio, la asegurada gozará de un subsidio en dinero del cien por ciento del último salario que haya percibido, subsidio que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores a la fecha del parto y durante los cuarenta y dos días posteriores al mismo. Así también en este numeral se hace referencia a la posibilidad de que la fecha fijada por los médicos no concuerde con la del parto, en donde se cubrirá el subsidio que corresponda a los cuarenta y dos días posteriores al parto, sin que pueda importar que el periodo anterior al parto haya sido mayor, en este caso los días en que haya prolongado dicho periodo serán pagados como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. Este artículo dice:

“Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.

En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el periodo anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el periodo anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. El subsidio se pagará por periodos vencidos que no excederán de una semana.”

El artículo 102 enumera los requerimientos que la asegurada debe cubrir para tener derecho a la prestación en dinero o subsidio a que se refiere el artículo 101. El artículo 102 establece:

“Artículo 102. Para que la asegurada tenga derecho al subsidio que se señala en el

artículo anterior, se requiere:

I. Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el período de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;

II. Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable del parto, y;

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

Si la asegurada estuviera percibiendo otro subsidio, se cancelará el que sea por menor cantidad.”

Es importante señalar que la Ley del Seguro Social persigue proporcionar seguridad jurídica a la trabajadora embarazada, ya que en su artículo 103 dispone que en el caso de que la mujer asegurada no cumpla con el número de cotizaciones requeridas, entonces el patrón realizará el pago del salario íntegro. Dicho numeral textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 103. El goce por parte de la asegurada del subsidio establecido en el artículo 101, exime al patrón de la obligación del pago del salario íntegro a que se refiere la fracción V del artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, hasta los límites establecidos por esta Ley. Cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro.”

3.7 Reglamento de Servicios Médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social

El Reglamento de las Ramas de Riesgos Profesionales y Enfermedades no Profesionales y Maternidad fue aprobado mediante acuerdo del Consejo Técnico número

52-802 del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Este Reglamento estuvo vigente hasta el primero de julio de mil novecientos noventa y siete, fecha en que fue abrogado por medio del artículo segundo transitorio del **Reglamento de Servicios Médicos**, el cual entró en vigor en esa misma fecha, tal y como lo dispone el artículo primero transitorio de dicho Reglamento, con publicación en el Diario Oficial de la Federación el treinta de junio de mil novecientos noventa y siete.

Asimismo se abrogó el Reglamento de Traslado de Enfermos y el Reglamento para la Expedición de Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo a los Asegurados del Régimen Obligatorio del Seguro Social.

El Reglamento de Servicios Médicos vigente establece los procedimientos para la prestación de los servicios médicos a los derechohabientes del Instituto Mexicano del Seguro Social, tal y como lo establece su artículo primero.

El artículo tercero del Reglamento señala que el Instituto proporcionará los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios a los derechohabientes a que se hace referencia en los artículos 84 y 241 de la Ley del Seguro Social, los cuales son:

I. El asegurado;

II. El pensionado por:

- a) Incapacidad permanente total o parcial;
- b) Invalidez;
- c) Cesantía en edad avanzada y vejez, y
- d) Viudez, orfandad o ascendencia;

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias

concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior;

IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III; del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III;

V. Los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados, en los términos consignados en las fracciones anteriores;

VI. Los hijos del asegurado cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional;

VII. Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente, en los mismos casos y condiciones establecidos en el artículo 136;

VIII. El padre y la madre del asegurado que vivan en el hogar de éste, y

IX. El padre y la madre del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, si reúnen el requisito de convivencia señalado en la fracción VIII.

Los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes:

a) Que dependan económicamente del asegurado o pensionado, y

b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de esta Ley.

Así también, de conformidad con dicho artículo tercero del Reglamento, podrán gozar de las prestaciones los pensionados en los ramos de cesantía en edad avanzada y vejez. Este numeral a la letra dice:

“Artículo 3.- El Instituto proporcionará en los términos de la Ley, los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios a los derechohabientes que señalan los artículos 84 y 241 de la Ley, de igual manera a los pensionados en los ramos de cesantía en edad avanzada y vejez, según corresponda, cuando habiendo reunido setecientas cincuenta semanas de cotización y cumplidos los requisitos legales, hubieran retirado el saldo de su cuenta individual en una sola exhibición en los términos de Ley. Por cuanto hace a los familiares adicionales y pensionados referidos en último término, el Instituto proporcionará exclusivamente las prestaciones en especie del Seguro de Enfermedades y Maternidad.”⁶²

Refiriéndose específicamente a la contingencia de maternidad, el artículo 9 de este reglamento señala las formas en que el Instituto Mexicano del Seguro Social proporcionará las prestaciones del Seguro de Enfermedades y Maternidad a las personas a que hace referencia el artículo tercero ya citado. Estas formas son:

- I. Directamente, a través de su propio personal e instalaciones;
- II. Indirectamente, en virtud de convenios con otros organismos, públicos o particulares, para que se encarguen de proporcionar las prestaciones en especie del Seguro de Enfermedades y Maternidad en los términos de la Ley y del Reglamento de Subrogación de Servicios.

⁶² REGLAMENTO DE SERVICIOS MÉDICOS, MULTIAGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Tercera edición. Ediciones ISEF, México, 2004. pp.1,2.

III. Indirectamente, mediante convenios con quienes tuvieren establecidos los servicios médicos y hospitalarios, pudiendo convenirse si se tratare de patrones con obligación al seguro, en la reversión de cuotas, en los términos de la Ley y del Reglamento de Subrogación de Servicios.

Es necesario puntualizar que el Reglamento de Servicios Médicos, en su artículo 28 establece una serie de conceptos que maneja en su contenido, resaltando el concepto de maternidad en su fracción segunda que a la letra dice:

“Artículo 28. Para los efectos del presente capítulo se entenderá por:

...II. Maternidad. El estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.”

Así también, se define en dicho artículo la atención obstétrica, entendiéndose por ésta a las atenciones médicas o quirúrgicas que se proporcionan a las mujeres desde el momento en que el Instituto certifica su estado de embarazo, así como durante su evolución, el parto y el puerperio.

Es de resaltar que hay situaciones que el seguro de enfermedades y maternidad no cubre, dichos casos los enumera específicamente el artículo 29 del Reglamento de Servicios Médicos, los cuales son:

- a) Cirugía estética.
- b) Dotación de anteojos, lentes de contacto, lentes intraoculares, aparatos auditivos e implantes cocleares, así como prótesis y órtesis externas.
- c) Cirugía para corrección de astigmatismo, presbicia, miopía e hipermetropía.
- d) Examen médico preventivo solicitado por el trabajador o sus beneficiarios.
- e) Tratamientos: Dentales, excepto extracciones, obturaciones y limpieza;

Ortodoncia, salvo en el caso de secuelas de labio y paladar hendido; Endodoncia, excepto en recubrimientos pulpares, corte de la pulpa cameral, extirpación de la pulpa radicular y apicectomías; paradoncia, salvo en padecimientos de origen irritativo.

Tampoco se cubren los procedimientos y tratamientos médico-quirúrgicos no considerados en los instrumentos normativos de la atención médica, los basados en fundamentos no aceptados por la ciencia médica o de dudosa eficacia en el correcto tratamiento de los enfermos, así como los que no se encuentren implementados en las instituciones públicas o privadas en el país, los aprobados por la Secretaría de Salud o que para su realización requieran de insumos y componentes específicos no disponibles en el territorio nacional.

De conformidad con la Ley del Seguro Social, es necesaria la certificación del embarazo para que la mujer asegurada comience a gozar de las prestaciones que la misma le otorga; éste mismo aspecto se encuentra regulado en el Reglamento de Servicios Médicos, en su artículo 34, al establecer que con la certificación del estado de embarazo, la asegurada tendrá derecho a recibir la asistencia obstétrica que sea necesaria, además de que con dicha certificación se realizará el cómputo de los días de incapacidad.

Respecto a la prestación en especie consistente en la ayuda para lactancia, el artículo 35 de éste Reglamento establece que la misma consiste en el suministro por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, de un sucedáneo de leche humana para el hijo de la asegurada o de la esposa o concubina del asegurado o pensionado, o a falta de éstos a la persona encargada de alimentar al niño. Dicha prestación se otorgará durante el periodo de seis meses en el primer año de vida del hijo, iniciándose de preferencia después de los cuatro a los seis meses de edad del niño o antes previa valoración por el médico tratante del Instituto, para poder definir el sucedáneo de leche más apropiado.

En cuanto a la prestación en especie consistente en la canastilla de maternidad, el Reglamento establece en su artículo 36 que la misma será entregada por el Instituto al momento de nacer el hijo en sus mismas instalaciones, al momento de que se le dé de alta del hospital a la asegurada. En caso de que el nacimiento del hijo no sea en las instalaciones del Instituto, la canastilla se entregará durante los treinta días naturales posteriores al parto siempre que lo solicite la madre asegurada, transcurrido este plazo sin que se realice la solicitud, cesará la obligación por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social para otorgar esta prestación.

Las prestaciones en especie mencionadas consistentes en ayuda para lactancia y canastilla de maternidad serán otorgadas según el número de hijos que nazcan en caso de parto múltiple, esto es, para cada uno de los recién nacidos, lo anterior de conformidad con el artículo 37 del Reglamento.

En caso de que el parto ocurra sin que se hubiera comunicado a los servicios médicos del Instituto el estado de embarazo, la asegurada sólo tendrá derecho a un certificado de incapacidad médica por maternidad post-parto y a las prestaciones en especie que correspondan a partir del momento en que haya acudido a los servicios del Instituto. La esposa o concubina del asegurado o pensionado, igualmente, sólo tendrán derecho a las prestaciones en especie, lo anterior de acuerdo al artículo 38 del Reglamento de Servicios Médicos.

Resulta importante mencionar que este Reglamento, en su Sección Sexta titulada "De la salud reproductiva y materno infantil", pretende proporcionar sus servicios a través del personal médico o paramédico, así como información, orientación y consejería respecto a la salud reproductiva de sus derechohabientes, para que los mismos puedan tomar decisiones informadas y de manera voluntaria en torno a este tema. Es así que en su

artículo 69 establece una definición de salud reproductiva, la cual dice:

“Artículo 69. Para efectos de la presente sección se entenderá por Salud Reproductiva, la capacidad de la pareja humana de disfrutar y desarrollar su vida sexual, regulando su fecundidad mediante una protección anticonceptiva oportuna y eficaz; la vigilancia del embarazo, parto y puerperio, así como de la nutrición, el crecimiento y el desarrollo de los niños; de tal manera que la reproducción ocurra en las mejores condiciones de salud y bienestar de la propia pareja y sus descendientes.”

De entre las acciones que realiza el Instituto, se encuentran el otorgar a sus derechohabientes en edad fértil los métodos anticonceptivos temporales (hormonales orales, hormonales inyectables, dispositivo intrauterino e implantes subdérmicos) o los definitivos (oclusión tubaria bilateral y vasectomía), para lo cual será indispensable la realización del procedimiento para la obtención del consentimiento informado por escrito, esto, de conformidad con el artículo 71 del propio Reglamento.

En esta Sección Sexta del Reglamento, en el artículo 72 se hace mención de que el Instituto Mexicano del Seguro Social otorgará la vigilancia y atención del embarazo, parto y puerperio a las derechohabientes atendidas en sus unidades médicas. Para lo cual se llevarán a cabo acciones médicas de educación, prevención y protección específica, tendentes a mantener o restaurar la salud de la madre y su hijo.

Así también, el Instituto otorgará a la población derechohabiente menor de cinco años, vigilancia de la nutrición, crecimiento y desarrollo, de conformidad con el artículo 73 del Reglamento de Servicios Médicos.

CAPÍTULO 4. PROPUESTA DE REFORMA DE LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE MATERNIDAD, CON RELACIÓN AL ABORTO

En el presente capítulo se exponen las ideas principales acerca de las reformas que se proponen para modificar las leyes vigentes de seguridad social, a fin de que incluyan al aborto como una contingencia que pudiera presentar la mujer asegurada y crear el marco jurídico para que ésta cuente con el derecho de percibir prestaciones en dicho supuesto.

4.1 Reformas al artículo 123 Constitucional

Es bien sabido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma fundamental del país, de la cual emanan las demás leyes y que establece las garantías mínimas del individuo, así como los derechos sociales y políticos. Es a partir de la Carta Magna que los demás ordenamientos que rigen en nuestro país encuentran su fundamento. Por ello es que las relaciones laborales y la Seguridad Social de México también tienen su fundamento en esta norma, en su artículo 123, al establecer que:

“Artículo 123. - ...El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: ...”

En este párrafo se encuentra el fundamento jurídico de la Ley Federal del Trabajo, y haciendo referencia específicamente a la Ley del Seguro Social, ésta tiene su fundamento en la misma disposición, pero en el apartado A, fracción XXIX, que a la letra dice:

“Artículo 123. - Apartado A.- XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro

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

Sobre la base de estos razonamientos es que la Constitución debe ser la primera en dónde se pretenda realizar una reforma, ya que si de lo contrario, sólo se modifican las demás leyes, en este caso en materia de seguridad social, dichas reformas violarían el ordenamiento supremo, al regular situaciones que en la Constitución no se mencionan, esto es, dichas reformas no encontrarían un fundamento jurídico para su existencia.

Precisamente en el artículo 123, apartado A, fracción V, se enuncian las condiciones mínimas que se deben otorgar a las mujeres trabajadoras en gestación, en donde resultaría importante incluir un párrafo en el que se contemplara la posibilidad de que la mujer embarazada aborte, y que en tal situación, no se le puede dejar en un estado de inseguridad jurídica sin que pueda tener derecho a ciertas prestaciones en proporción de su estado de salud y de las causas que le pudieran haber provocado el aborto. Lo importante es tener en cuenta que la mujer trabajadora embarazada, en el caso de que por una circunstancia ajena a ella, aborte, no puede quedar desprotegida en el sentido de que ya no podría gozar de los periodos de descanso a que tiene derecho con el pago de su sueldo íntegro, ni por supuesto a las prestaciones en especie que por ley se le otorgarían al nacer el hijo, pues debido a que éste no sobrevivió, sería imposible, conforme a la legislación vigente, que la trabajadora pudiera recibir prestación alguna. Es por ello que en la fracción V, del apartado A del artículo 123, sería de vital importancia agregar un párrafo que contemplara los razonamientos antes mencionados, de tal forma que este precepto pudiera establecer lo siguiente:

“Artículo 123. Apartado A, fracción V.- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. **En el supuesto de que la mujer gestante aborte, se apreciarán las causas que dieron origen al mismo y en razón de éstas y el tiempo de gestación, tendrá derecho a un periodo de descanso posterior al aborto no mayor de cinco semanas y a un subsidio de una a dos semanas, así como el otorgamiento de otras prestaciones en especie que el propio Instituto Mexicano del Seguro Social considere. ...”**

Debido a que en el apartado B del artículo 123 se siguen los mismos lineamientos que establece el apartado A, independientemente de que las relaciones laborales que regula son las surgidas entre los Poderes de la Unión, el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, resulta importante que igualmente se modifique dicho apartado. En este caso, las bases para la regulación de la Seguridad Social de dichas relaciones laborales, se encuentran en la fracción XI de este apartado B, y tratándose de las trabajadoras embarazadas, en su inciso C), en el cual correspondería integrar un párrafo en el que se hiciera mención del aborto de estas mujeres y de las prestaciones que pudieran corresponderles en razón de los periodos de descanso que manejan y que difieren de los establecidos en el apartado A, así como también tomando en cuenta el tipo de prestaciones en especie a que tienen derecho. Por ello es que dicho numeral podría enunciar lo siguiente:

“Artículo 123. Apartado B, fracción XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

b) En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.

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 período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles. **De igual forma, en caso de que la mujer embarazada aborte, podrá gozar de un periodo de descanso posterior al mismo en razón de las causas que motivaren el aborto y el tiempo de gestación, donde dicho descanso no podrá ser mayor de un mes y medio, así como también tendrá derecho a un subsidio equivalente a quince días de salario, siguiendo los mismos lineamientos que si no se hubiera perdido el producto.**

d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.

e) Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.

f) Se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas en arrendamiento o

venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado, mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda, a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos, crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos.

Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social, regulándose en su ley y en las que correspondan, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrará el citado fondo y se otorgarán y adjudicarán los créditos respectivos; ...”

La razón por la que se proponen estos periodos de descanso que son no mayores de cinco semanas en el caso del apartado A, y de mes y medio en el apartado B, se debe a que, en primer lugar, se desconoce el estado de salud que pudiera tener la mujer después de abortar, ya que varían dependiendo del organismo de cada una y su capacidad de responder ante esta situación, por lo que es imposible establecer un periodo de descanso fijo, así que es más viable mencionar solamente un límite de tiempo de esos periodos que obviamente variarían de acuerdo a un dictamen médico otorgado por personal competente; en segundo lugar, resulta inadecuado dejar los mismos periodos de descanso para la mujer embarazada que en condiciones normales tiene un hijo que para aquella mujer que por determinadas circunstancias pierde al suyo, ya que desde luego no se encuentran en una misma situación y por ello resultaría injusto conceder un mismo tiempo de descanso a la mujer abortante en vista de que ésta no tiene un hijo que atender, aunque en cierta forma se pretendería cubrir el tiempo necesario para la etapa del puerperio. Por otra parte, se hace mención de un tipo de subsidios que se otorgarían a

manera de reemplazar los periodos de descanso anteriores a la fecha del parto, y que equivaldrían al pago de salario íntegro de cierto periodo de tiempo, que en el caso del apartado A es un subsidio que iría de una a dos semanas, y en el caso de apartado B, es un subsidio de quince días; como es de apreciarse, en esta situación se ha fijado un periodo determinado de tiempo debido a que, como ya se ha mencionado, en cierta forma se pretende reemplazar aquellos descansos a que hubiere tenido derecho la mujer embarazada antes del parto, pero que debido al aborto no es posible que se le otorguen antes del mismo, y es por ello que se darían posteriormente al aborto y como una prestación en dinero adicional, los cuales de alguna manera reemplazan el periodo de descanso anterior al parto a que tenían derecho las aseguradas.

Respecto a las prestaciones en especie, las más idóneas y que posiblemente podrían ser otorgadas a la mujer que abortó, serían la atención médica en el parto, atención en su especialidad de ginecología y posiblemente la suministración de medicamentos necesarios para su recuperación. Ahora bien, la mujer abortante pudiera presentar complicaciones tanto fisiológicas como psicológicas, las cuales serán determinantes para que ésta pueda exigir las prestaciones tanto en dinero como en especie, según el caso específico y previo dictamen médico.

Desde luego que una reforma a la Constitución sería el detonante y el fundamento para posteriores modificaciones en las leyes que de ella emanan, en las cuales se especificarían las condiciones para la regulación de esta situación, por lo que es importante que la misma sea clara y precisa.

4.2 En la Ley Federal del Trabajo

La Ley Federal del Trabajo, como ley reguladora de las relaciones laborales entre

trabajadores en general y patrones, comprendidos en el apartado A del artículo 123 Constitucional, es de suma importancia, ya que constituye una de las principales bases para establecer la reglamentación mínima de los trabajadores a nivel federal.

Si bien, en su Título Quinto se pretende proteger la maternidad como uno de los derechos de las mujeres trabajadoras, también es necesario señalar la posibilidad de que la mujer embarazada tiene derecho a la protección de la ley en el caso de que aborte. Es por ello que en el artículo 170 de ésta Ley, disposición que enumera los derechos de las madres trabajadoras, resultaría de gran trascendencia agregar un numeral refiriéndose a dicha eventualidad. Lo anterior quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 179. Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

- I. Durante el periodo de embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso;
- II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto;
- III. **En caso de que la madre trabajadora aborte, se analizarán las causas que dieron origen a ello, y dependiendo de éstas y el tiempo que haya tenido de embarazo, disfrutará de un descanso posterior a dicha eventualidad, el cual será no mayor a cinco semanas, y de un subsidio adicional que iría de una a dos semanas.**
- IV. Los periodos de descanso a que se refiere la fracción II y III se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas

para trabajar a causa del embarazo o parto, **o bien del aborto**;

- V. En el período de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;
- VI. Durante los períodos de descanso a que se **refieren las fracciones II y III**, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción IV, tendrán derecho al 50% de su salario por un período no mayor de sesenta días;
- VII. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto; y
- VIII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.”

Del artículo referido se modificaría la fracción tercera, que aludiría a la situación de la mujer trabajadora que aborte, en cuya situación se estudiarán los motivos del aborto para saber si éste fue espontáneo o provocado, lo anterior con base en un dictamen médico; el hecho de saber si el aborto fue espontáneo o provocado es de suma importancia ya que, en el caso de que se tratara de un aborto que la propia mujer se provocó o que acudió a ciertas maniobras para que el producto no sobreviviera, entonces se interpretaría que desde luego la asegurada no deseaba tener al hijo y por lo tanto, además de incurrir en un delito, no podría reclamar el otorgamiento de prestación alguna.

Asimismo, se tomará en cuenta el tiempo de gestación de la mujer para que de manera proporcional se conceda un período de descanso posterior al aborto que bien podría ir desde una hasta cinco semanas, dependiendo del dictamen médico a que ya se ha hecho referencia, aunque lo recomendable serían cinco semanas, esto para poder cubrir el período de puerperio. De igual forma se hace mención de un subsidio consistente en el

pago del salario íntegro de una a dos semanas a manera de sustituir aquél descanso anterior al parto a que hubiere tenido derecho.

4.3 En la Ley del Seguro Social

En vista de los cambios que pudieran realizarse en la Ley Federal del Trabajo, por cuanto hace a contemplar la posibilidad de que la trabajadora embarazada aborte, consecuentemente se tendría que modificar la Ley del Seguro Social, ya que ésta es aplicable a la seguridad social de los trabajadores que se regulan por el apartado A del artículo 123 Constitucional, es así que deben reformarse los artículos relacionados con el seguro de maternidad en cuanto a las disposiciones que se relacionen con las prestaciones correspondientes al mismo y en las cuales resulte coherente contemplar el caso del aborto.

En la Ley del Seguro Social, en su artículo 85 se hace referencia a la certificación correspondiente que realiza el Instituto Mexicano del Seguro Social respecto a la maternidad, en donde se señalará la fecha probable en que suceda el parto; a partir de ésta certificación es que la mujer embarazada comenzará a gozar de las prestaciones del seguro de maternidad. Asimismo, dicha certificación servirá para realizar el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores al parto durante los cuales recibirá un subsidio en dinero. Debido a que en este artículo se maneja la certificación médica, es de considerarse necesario que en el numeral de referencia se incluyera otro tipo de certificación que sería respecto al caso del aborto, pues resulta de gran importancia que un médico haga constar el estado de salud de la trabajadora asegurada después de haber tenido el aborto así como las causas que lo provocaron y el tiempo de gestación, lo anterior para determinar si dicho aborto fue espontáneo o provocado y por tanto considerar si se le otorgarían prestaciones a la asegurada, así como también para saber el estado de salud de la derechohabiente, el

cual es importante para determinar el periodo de descanso. Este artículo quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 85. Para los efectos de este seguro se tendrá como fecha de iniciación de la enfermedad, aquella en que el Instituto certifique el padecimiento.

El disfrute de las prestaciones de maternidad se iniciará a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo. La certificación señalará la fecha probable del parto, la que servirá de base para el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores a aquél, para los efectos del disfrute del subsidio que, en su caso, se otorgue en los términos de ésta Ley.

Si la asegurada abortara, el médico tratante realizará la certificación correspondiente indicando el tipo de aborto, las causas que dieron origen a éste y el tiempo de gestación, a efecto de que dicha certificación sea valorada por el Instituto y éste pueda determinar el otorgamiento de las prestaciones que pudieran corresponder.”

La importancia de que se realice una certificación del aborto, radica en que la misma va a ser de utilidad para determinar, en primer lugar, si el aborto fue espontáneo y en ese caso se procedería a analizar el tiempo de descanso que sea necesario para la recuperación de la salud de la mujer abortante. Así también, ésta certificación haría constar la posibilidad de que la asegurada pueda reclamar las prestaciones posteriores que pudieran corresponderle, tanto en dinero como en especie.

4.3.1 Consideraciones del aborto como si fuera parto

Jurídicamente, el aborto es “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”, pero ésta definición del Código Penal Federal no contempla la muerte del producto sin expulsión, entonces puede considerarse la posibilidad de que se

presenten las etapas del parto en la mujer embarazada, y que al momento del alumbramiento el producto nazca muerto, aunque desde luego, los médicos con anterioridad practican estudios para saber el estado del mismo.

Ahora bien, atendiendo a la definición obstétrica de aborto, ésta lo considera como “la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, es decir, dentro de los primeros seis o cinco y medio meses del embarazo.”⁶³ Pero asimismo es importante señalar que el parto, en sentido estricto, se entiende como el proceso por el cual el feto es expulsado del útero de la madre. Es de dichas definiciones que se deduce una situación con relación al aborto, pues puede darse el caso de que durante los primeros cinco y medio o seis meses de la gestación, la mujer embarazada aborte espontáneamente, por causas ajenas a ella o bien por algún tipo de accidente o imprevisto, en cuya situación la mujer embarazada también presenta la expulsión del feto, que aunque se habla de aborto, también se presenta un parto, estrictamente hablando.

Lo anterior denota que ya sea tratándose de un embarazo que llega a su término y el producto de la concepción sobrevive, o bien, cuando se presenta un aborto y el feto es expulsado, en ambos casos, y en el sentido estricto de la palabra, se presenta el parto ya que éste es un proceso por el cual el feto es expulsado del útero, lo cual ocurre en las dos situaciones aludidas.

Es por ello que el aborto ha de ser considerado como si fuera parto, pues en sí aquél hace alusión tan sólo al hecho de que el feto muera al ser expulsado ya sea natural o provocadamente, durante los primeros seis o cinco y medio meses de gestación, lo cual no influye en la definición del parto como tal. Por lo tanto, es de considerarse que la mujer abortante pasa por la etapa del parto al expulsar el feto de su útero, y por esta razón es que

⁶³ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. El delito de aborto: una careta de buena conciencia. Porrúa. México, 1991. p. 15.

la mujer asegurada debe gozar de un periodo de descanso posterior a éste, ya que independientemente de que el producto no haya sobrevivido, presentó un desgaste físico el mismo que el de una mujer a la que le sobrevive su hijo, por lo que necesita igualmente de un determinado tiempo para que su organismo pueda reestablecerse, así también, resulta importante dicho descanso para la recuperación emocional de la asegurada y que pueda regresar a sus labores y realizarlas satisfactoriamente.

4.3.2 Los días que deberían otorgarse a la mujer posteriores al aborto.

Es sabido que a la mujer que tuvo un alumbramiento presenta una etapa de puerperio, periodo de tiempo cuyo promedio es de cuarenta días y durante el cual su organismo va a reestablecerse de manera que quede en las mismas condiciones que antes de embarazarse. En el caso de la mujer abortante, también resulta indispensable este periodo de tiempo, pues igualmente sus órganos genitales se presentan hipertrofiados y es necesario unos días para que los mismos retornen al estado que tenían antes del embarazo.

Y es en consideración de que la mujer abortante presenta ese mismo agotamiento y desgaste físico que una mujer en condiciones normales que dio a luz a su hijo, por lo que deberían de otorgarse un periodo de descanso que sirva como puerperio, aunque quizás no el que contempla la ley consistente en cuarenta y dos días, pero sí un tiempo determinado y suficiente sobre la base de la duración normal del puerperio, para que su organismo logre reestablecerse y que pueda estar en condiciones de volver a su trabajo y desempeñarlo de manera óptima. Dicho periodo de descanso pudiera ir desde una hasta cinco semanas, lo cual estaría a consideración del médico que atendiera a la asegurada dependiendo de las observaciones que el mismo realice acerca de las causas del aborto así

como del estado emocional presentado, situación que se le haría saber al Instituto Mexicano del Seguro Social mediante la certificación correspondiente que se le presente, aunque desde luego lo ideal sería el otorgamiento de las cinco semanas a manera de descanso para el completo reestablecimiento de su organismo.

También es sabido que en condiciones normales, a la mujer embarazada se le otorgan cuarenta y dos días de descanso anteriores al parto con goce de sueldo, prestación que a la mujer abortante se le pudiera restituir, otorgándole un subsidio equivalente al pago del salario íntegro durante un periodo determinado, que pudiera fijar el Instituto, cuya duración iría de entre una hasta dos semanas.

4.3.3 Prestaciones en especie que debería de gozar la mujer después del aborto.

Debido a que las prestaciones en especie señaladas en el artículo 94 de la Ley del Seguro Social, otorgadas por el Instituto a la asegurada durante el embarazo, alumbramiento y puerperio, son la asistencia obstétrica, la ayuda en especie por seis meses para lactancia y una canastilla al nacer el hijo, y que dichas prestaciones se entiende que son otorgadas como una ayuda al desarrollo del hijo, entonces en el caso de que abortara la mujer asegurada, no se proporcionarían las prestaciones de ayuda para lactancia ni la canastilla, pues el producto no logró sobrevivir y es éste el que se vería beneficiado con el otorgamiento de esas dos prestaciones.

Pero en cuanto a la asistencia obstétrica, podría ser reemplazada por atención médica en el aborto y en su especialidad de ginecología, así como también sería viable otorgar los medicamentos necesarios para que la mujer abortante logre su recuperación, tanto física, debido a que su organismo presentó la misma sintomatología que una mujer

embarazada que hubiera tenido un hijo, como su reestablecimiento emocional, pues después de abortar, la mujer puede presentar trastornos en su estado anímico debido a la pérdida de su hijo, lo que puede repercutir en su desempeño laboral, para lo cual requeriría de atención psicológica, servicio que pudiera ser otorgado por el propio Instituto Mexicano del Seguro Social.

Lo anterior se regularía en el artículo 94 de la Ley del Seguro Social, de la siguiente forma:

“Artículo 94. En caso de maternidad, el Instituto otorgará a la asegurada durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, las prestaciones siguientes:

- I. Asistencia obstétrica;
- II. Ayuda en especie por seis meses para lactancia, y
- III. Una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

Si la derechohabiente presentara un aborto espontáneo, el Instituto coadyuvará en su reestablecimiento con las acciones siguientes:

- a) **Asistencia médica en su especialidad de ginecología, y**
- b) **Suministro gratuito de medicamentos.”**

4.3.4 Prestaciones en dinero que debería recibir una mujer después del aborto.

En base a la certificación realizada por el médico tratante, y que en ella constara que el aborto fue espontáneo, lo procedente sería determinar el tiempo considerable para que la mujer asegurada pueda recuperarse física y psicológicamente del aborto, cuyo periodo propuesto iría de una hasta cinco semanas posteriores, descanso durante el cual

recibiría el pago de su salario íntegro igual al cien por ciento del último salario diario de cotización, tal y como si se tratara de un parto, de acuerdo con los lineamientos del artículo 101 de la Ley del Seguro Social, y es en este numeral donde se haría mención en un párrafo por separado, respecto al otorgamiento de un subsidio adicional posterior al aborto a que tendrían derecho las mujeres aseguradas que hayan abortado espontáneamente, quedando este numeral de la siguiente forma:

“Artículo 101. - La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.

A la asegurada que presente un aborto y éste sea espontáneo, se le otorgará un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización durante el periodo de descanso que sea señalado por el médico y el Instituto el cual sería no mayor a cinco semanas así como un subsidio adicional equivalente al pago de su salario íntegro de una a dos semanas, quedando a consideración del propio Instituto.

En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el periodo anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el periodo anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. El subsidio se pagará por periodos vencidos que no excederán de una semana.”

Cabe mencionar que en cuanto hace al periodo de descanso de cuarenta y dos días

anteriores al parto, debido a que éste último no se presentó, se vería sustituido con el otorgamiento del subsidio adicional a que se ha hecho referencia consistente en el pago de una a dos semanas de salario. Aunque lo más viable sería cubrir los subsidios correspondientes al periodo de cuarenta y dos días anteriores al parto, otorgándolos de manera independiente a lo que pudiera corresponderle a la asegurada en cuanto al periodo de descanso fijado por el médico tratante y el Instituto, esto sería en base a que la mujer abortante también presenta una etapa de puerperio, así como en concordancia a los razonamientos seguidos en el último párrafo del artículo 101, ya que en éste se plantea que si la fecha del parto no concuerda con la que fue fijada por la certificación, en cuanto hace al periodo en que se prolongó el descanso anterior al parto, dichos días se tomarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad, luego entonces, en el caso de la mujer abortante, debido a que se fijó una fecha probable del parto y ésta no llegó, a manera de justificar el otorgamiento de un subsidio, podrían otorgarse como continuación de incapacidades originadas por enfermedad, haciendo el señalamiento de que éste subsidio se pagará por periodos vencidos que si podrán ir más allá de una semana y hasta por catorce días, el cual sería el límite ya que resultaría excesivo fijar un subsidio consistente en cuarenta y dos días, así como inequitativo en razón de que no tiene un hijo que atender. En el caso señalado, este numeral, quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 101. - La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.

A la asegurada que presente un aborto y éste sea espontáneo, se le otorgará un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización

durante el periodo de descanso que sea señalado por el médico y el Instituto, el cual será no mayor a cinco semanas.

En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el periodo anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el periodo anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. El subsidio se pagará por periodos vencidos que no excederán de una semana.

En cuanto hace al caso de aborto de la mujer asegurada, se le otorgará un subsidio adicional que irá de una a dos semanas de salario íntegro, el cual se pagará como continuación de incapacidades originadas por enfermedad y que podrá exceder de la semana fijada en el párrafo anterior.”

4.3.5. Modificación del Reglamento de Servicios Médicos.

Debido a que el Reglamento de Servicios Médicos es el que regula la manera en que el Instituto Mexicano del Seguro Social va a prestar sus servicios, es entonces necesario que también se modifiquen los artículos referentes al otorgamiento de las prestaciones correspondientes al seguro de maternidad.

En el artículo 29 se enumeran ciertas situaciones que el seguro de enfermedades y maternidad no cubre, en donde sería viable enunciar en uno de sus incisos el caso de que un aborto sea definido, mediante la correspondiente certificación médica, como un aborto provocado, ocasionando así que la mujer abortante pierda el derecho de gozar las prestaciones que pudieran corresponderle en el caso de que ella sea la causante de su

aborto. Este artículo quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 29. - el seguro de enfermedades y maternidad no cubre:

- a) Cirugía estética.
- b) Dotación de anteojos, lentes de contacto, lentes intraoculares, aparatos auditivos e implantes cocleares, así como prótesis y órtesis externas.
- c) Cirugía para corrección de astigmatismo, presbicia, miopía e hipermetropía.
- d) Examen médico preventivo solicitado por el trabajador o sus beneficiarios.
- e) Tratamientos: Dentales, excepto extracciones, obturaciones y limpieza; Ortodoncia, salvo en el caso de secuelas de labio y paladar hendido; Endodoncia, excepto en recubrimientos pulpares, corte de la pulpa cameral, extirpación de la pulpa radicular y apicectomías; Parodoncia, salvo en padecimientos de origen irritativo.
- f) Atención ginecológica y médica posterior en caso de que la mujer embarazada haya tenido un aborto provocado o inducido.**
- g) Procedimientos y tratamientos médico-quirúrgicos no considerados en los instrumentos normativos de la atención médica, los basados en fundamentos no aceptados por la ciencia médica o de dudosa eficacia en el correcto tratamiento de los enfermos, así como los que no se encuentren implementados en las instituciones públicas o privadas en el país, los aprobados por la Secretaría de Salud o que para su realización requieran de insumos y componentes específicos no disponibles en el territorio nacional.”

Respecto a la certificación del estado de embarazo que se regula en el artículo 34 del Reglamento en comento, puede hacerse mención en un segundo párrafo, de la certificación médica del aborto que presente la mujer embarazada, especificando que este aborto debe ser espontáneo y que a consecuencia del mismo se debe otorgar atención

ginecológica, es así que dicho artículo quedaría de la siguiente manera:

“Artículo 34. El derecho a recibir la asistencia obstétrica necesaria comenzará a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo, momento en el cual se determinará la fecha probable del parto de acuerdo a los criterios técnico-médicos y el cómputo de los días de incapacidad a que se refiere el artículo 101 de la Ley.

Asimismo, cuando la mujer embarazada tenga un aborto espontáneo, se realizará la correspondiente certificación a efecto de que en la misma conste y sea a partir de ésta que la mujer abortante goce de la atención médica y ginecológica posteriores al mismo, así como para realizar el cómputo del periodo de descanso que le corresponda.”

En cuanto a las prestaciones en especie a que hace referencia el Reglamento de Servicios Médicos, que son la ayuda para lactancia y canastilla de maternidad, en sus artículos 35 y 36 de dicho ordenamiento, pudiera agregarse un artículo 36 Bis en el que se señale que la mujer abortante, cuando presente un aborto espontáneo, pudiera otorgársele atención médica al momento del parto, atención en la especialidad de ginecología, suministro gratuito de medicamentos, y el otorgamiento de las acciones necesarias para el reestablecimiento de la salud tanto física como emocional de la mujer abortante, supliéndose de esta forma las prestaciones en especie referidas debido a que no existe un hijo que pudiera resultar beneficiado directamente con el otorgamiento de las mismas, de ésta forma, la mujer asegurada abortante seguiría gozando de una prestación. El artículo 36 Bis podría quedar así:

“Artículo 36 Bis.- En caso de que la mujer asegurada abortara, y dicho aborto fuera espontáneo, se procederá a otorgar atención médica al momento del parto, atención en la especialidad de ginecología, suministro gratuito de

medicamentos, así como las acciones necesarias para el reestablecimiento de la salud tanto física como emocional de la abortante a manera de suplir las prestaciones en especie referidas en los artículos anteriores.”

Conforme a lo enunciado por el artículo 38 de este Reglamento, en caso de que el parto ocurra sin que se hubiera comunicado a los servicios médicos del Instituto el estado de embarazo, la asegurada sólo tendrá derecho a un certificado de incapacidad médica por maternidad postparto y a las prestaciones en especie que correspondan a partir del momento en que haya acudido a los servicios del Instituto. De acuerdo con ello, en cuanto hace a la mujer abortante, resultaría coherente que si ésta no enteró al Instituto sobre su embarazo, luego entonces si su aborto fue espontáneo, se aplicaría el artículo 36 Bis, ya que, como se ha comentado, las prestaciones en especie de ayuda para lactancia y canastilla de maternidad no podrían ser otorgadas. Así éste artículo quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 38. - Si el parto ocurre sin que se hubiera comunicado a los servicios médicos institucionales el estado de embarazo, la asegurada sólo tendrá derecho a un certificado de incapacidad médica por maternidad de postparto y a las prestaciones en especie que correspondan a partir del momento en que haya acudido a los servicios del Instituto. La esposa o concubina del asegurado o pensionado sólo tendrá derecho a las prestaciones en especie.

Cuando la mujer embarazada presente un aborto espontáneo y ésta no haya comunicado su embarazo al Instituto, tendrá derecho a las prestaciones enunciadas en el artículo 36 Bis a partir del momento en que acudió al Instituto.”

En este ordenamiento se regula otra prestación en su artículo 72, que consiste en otorgar vigilancia y atención en el embarazo, parto y puerperio a las derechohabientes

atendidas en las unidades médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, para lo cual realizará acciones médicas con el fin de mantener o restaurar la salud de la madre y su hijo. Pero en el supuesto de que la asegurada aborte, podría disponerse que aún así, en el caso de un aborto espontáneo, se proporcionarán las acciones y atenciones necesarias por parte del propio Instituto para el reestablecimiento de la salud de la mujer abortante, agregándose entonces un párrafo al numeral referido:

“Artículo 72. - El Instituto otorgará la vigilancia y atención del embarazo, parto y puerperio a las derechohabientes atendidas en sus unidades médicas. Para ello se realizarán acciones médicas de educación, prevención y protección específica, tendentes a mantener o restaurar la salud de la madre y homigénito. **Asimismo, en caso de que se presente un aborto espontáneo, el Instituto otorgará las atenciones necesarias para el reestablecimiento de la salud de la asegurada.**”

4.4 En la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Debido a que en el apartado B del artículo 123 Constitucional se hace referencia a otro tipo de relaciones laborales como las relaciones surgidas entre los Poderes de la Unión, el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, es que se promulgan leyes distintas para normar el otorgamiento de la seguridad social a dichos trabajadores. Entre éstas leyes se encuentran la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ordenamiento en el que es necesario también una reforma para contemplar al aborto como una contingencia que pudiera presentar la mujer embarazada, y que ésta no quede desprotegida ante tal situación.

En el artículo 3° de esta Ley se contempla el seguro de enfermedades y

maternidad; tratándose específicamente del seguro de maternidad, éste es otorgado a la mujer trabajadora, la pensionista, la esposa o concubina ya sea del trabajador o pensionista, y la hija del trabajador o pensionista soltera y menor de dieciocho años que dependa económicamente de su progenitor, esto conforme al artículo 28. Son dichas personas quienes pudieran presentar un aborto, ya sea espontáneo o provocado, en el dado caso de que el aborto sea provocado, dicha mujer no tendría derecho a reclamar prestación alguna, ya que se entiende que era su deseo abortar. Ahora bien, las mujeres aseguradas que abortaran espontáneamente sí necesitan quedar protegidas ante dicha contingencia, porque éstas no causaron su aborto, y por ello es indispensable que gocen de determinadas prestaciones que le ayuden a recuperar su salud física como emocional.

Para que la mujer abortante, como trabajadora del apartado B del Artículo 123 Constitucional no quede en estado de inseguridad jurídica, es menester reformar esta Ley en el aspecto de las prestaciones que otorga a sus aseguradas.

Las prestaciones en especie que otorga la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se establecen en su artículo 28, las que consisten en asistencia obstétrica, ayuda para lactancia y canastilla de maternidad. De su estudio se aprecia que las dos últimas son otorgadas al nacer el hijo, pero en el caso del aborto, no podría otorgarse a la asegurada, ya que la misma no tuvo ningún hijo, entonces pudiera otorgársele medicamentos que necesite para recuperarse. En cuanto a la asistencia obstétrica, obviamente dejaría de proporcionársele pero en su lugar, podría recibir servicios de atención médica al momento del aborto y asistencia médica en ginecología para el reestablecimiento de su salud a raíz de haber abortado, así como proporcionar ayuda en la práctica de estudios clínicos que fueran necesarios a opinión del médico tratante y previa certificación del mismo ante el propio Instituto de Seguridad y Servicios

Sociales de los trabajadores del Estado.

Asimismo, es importante hacer énfasis en cuanto a la prestación en dinero, que de acuerdo con el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso C, consiste en percibir el salario íntegro durante el periodo de descanso que es de un mes antes del parto y de dos meses después, por lo que, en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado también tenía que hacerse mención de ello, lo cual no sucede, por lo que resulta necesario, primeramente, incluir una fracción cuarta en el artículo 28 de ésta Ley, en el que se haga referencia a este tipo de licencia que en caso de maternidad se otorga a las mujeres trabajadoras, y posteriormente, en una fracción V, que concuerde con la reforma propuesta a la fracción XI, del apartado B del artículo 123 constitucional, incluir el supuesto del aborto y la posibilidad de que la mujer abortante reciba algún tipo de prestación en dinero en caso de que dicha contingencia se presente. Estos artículos finalmente quedarían de la siguiente forma:

“Artículo 28. - La mujer trabajadora, la pensionista, la esposa del trabajador o del pensionista o, en su caso, la concubina de uno u otro, y la hija del trabajador o pensionista, soltera, menor de 18 años que dependa económicamente de éstos, según las condiciones del artículo 24, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

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

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

III. Una canastilla de maternidad, al nacer el hijo, cuyo costo será señalado periódicamente por el Instituto, mediante acuerdo de la Junta Directiva;

IV. Una licencia médica consistente en 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.

V. Cuando la mujer embarazada presente un aborto espontáneo, se procederá a la certificación correspondiente por parte del médico tratante, con la cual la Junta Directiva del Instituto realizará el cálculo de un periodo de descanso posterior al mismo en razón de las causas que motivaren el aborto y el tiempo de gestación, donde dicho descanso no podrá ser mayor de un mes y medio, así como también tendrá derecho a un subsidio equivalente a quince días de salario. De igual forma, la mujer abortante gozará de las prestaciones en especie consistentes en asistencia médica en ginecología y el suministro gratuito de los medicamentos necesarios, gozando también de las acciones necesarias para el reestablecimiento de su salud física y emocional.”

Respecto a las condiciones para que la asegurada tenga derecho a las prestaciones que enuncia esta Ley, en su artículo 29 se encuentra el que durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes los derechos de la trabajadora o pensionista de quien deriven estas prestaciones, pudiendo hacerse un señalamiento en cuanto al aborto, enunciando la necesidad de que en caso de que la asegurada aborte, se tomará en cuenta los derechos de antigüedad que haya generado en su trabajo y que hasta la fecha de que se presente dicha contingencia, la asegurada haya cubierto las cuotas que le correspondieran para cubrir el seguro de maternidad. Este artículo establecería lo

siguiente:

“Artículo 29. - Para que la trabajadora, pensionista, esposa, hija menor de 18 años y soltera, o en su caso, la concubina tengan derecho a las prestaciones que establece el artículo anterior, será necesario que, durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes los derechos de la trabajadora o de la pensionista, o del trabajador o pensionista del que se deriven estas prestaciones. **En caso de aborto, bastara con que haya cubierto las cuotas correspondientes hasta la fecha en que haya ocurrido el mismo.”**

4.4.1 Modificación del Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

En razón de que el Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado regula la prestación de los seguros de medicina preventiva, enfermedades y maternidad, así como los servicios que proporciona, y en concordancia con las reformas propuestas para la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, es importante modificar las disposiciones relacionadas con dicha ley.

El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado cuenta con las Unidades Médicas, las cuales, con relación al seguro de maternidad, se encargan de otorgar las prestaciones en especie y en dinero que le corresponden a la mujer embarazada, mismas que se encuentran reguladas en los artículos 51, 52, 53, 54 y 55 del Reglamento.

Primeramente, en el artículo 51 del Reglamento sería necesario realizar una reforma donde se pudiera incluir el aborto como una contingencia a la cual se ven

expuestas las mujeres embarazadas, incluyendo de esta forma, la posibilidad de que a la trabajadora asegurada que aborte se le reemplace la asistencia obstétrica por asistencia médica en su especialidad de ginecología, quedando dicho numeral de la siguiente forma:

“Artículo 51. El Instituto a través de la Unidades Médicas proporcionará asistencia obstétrica a:

I. La mujer trabajadora.

II. La pensionista.

III. La esposa del trabajador o del pensionista o, en su caso, la concubina de uno u otro; y

IV. La hija del trabajador o pensionista, soltera, menor de 18 años, que dependa económicamente de éstos, previa comprobación de vigencia de derechos del trabajador no menor a 6 meses anteriores al parto.

V. En caso de que las aseguradas enunciadas en las fracciones anteriores presenten un aborto espontáneo, se les reemplazará ésta prestación por el otorgamiento de asistencia médica en el momento del aborto y en su especialidad de ginecología, así como por el suministro de medicamentos y acciones necesarias para el reestablecimiento de su salud física y emocional.”

Las prestaciones en especie que se enuncian en los artículos 52, 54 y 55 son las que ya se mencionaron en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores: asistencia obstétrica, ayuda para lactancia y canastilla de maternidad. Debido a que éstas prestaciones se otorgan a manera de beneficiar directamente al hijo de la asegurada, en el caso de la mujer abortante dichas prestaciones no podrán ser otorgadas, pero de alguna manera ya se encuentran reemplazadas al agregar la fracción V al artículo 51.

En cuanto a la prestación en dinero a la que hace referencia el artículo 53 de este Reglamento, se otorga una licencia médica por maternidad, que conforme al artículo 124 del propio Reglamento tendrá una duración de noventa días naturales, treinta días antes de la fecha del parto y sesenta días posteriores al mismo, durante los cuales, aunque no se haga una mención específica, la asegurada gozará del sueldo correspondiente a dicho periodo de tiempo, esto de acuerdo al artículo 123 constitucional, apartado B, fracción XI, inciso C. Es por ello que resultaría necesario agregar un párrafo al artículo 124 del Reglamento, donde se mencionara el otorgamiento de un descanso posterior al aborto con goce de sueldo que fuera aproximadamente de un máximo de cuarenta y cinco días para cubrir la etapa de puerperio y que equivaldría al periodo de descanso posterior que en condiciones normales se otorga, así como para ir en concordancia a la reforma propuesta al Artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso C), y que en este caso obviamente dichos días serían posteriores al aborto. Se haría mención también de un subsidio adicional, probablemente no igual a la licencia que se proporciona antes del parto, esto es de treinta días, pero bien podría otorgarse un subsidio equivalente a quince días que desde luego sería la mitad de lo que le hubiera podido corresponder. Éste numeral quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 124.- La licencia médica por maternidad, se otorgará a las aseguradas en etapa de gestación, por un periodo de noventa días naturales, de los cuales treinta tendrán por objeto proteger a la madre y el producto antes de la fecha aproximada del parto, y los sesenta restantes para cuidados maternos.

En caso de que la mujer aborte espontáneamente, podrá gozar de un periodo de descanso posterior al mismo en razón de las causas que motivaren el aborto y el tiempo de gestación, donde dicho descanso no podrá ser mayor de un mes y medio,

así como también recibirá un subsidio equivalente a quince días de salario a manera de reemplazar el periodo de descanso anterior al parto a que tenía derecho.”

4.5 En la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

En la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas se regulan las prestaciones que se otorgan al personal afiliado al Instituto por la Secretaría de la Defensa Nacional y de Marina en situación de activo y de retiro, y a sus derechohabientes y demás beneficiarios según dicha Ley.

Con relación al seguro de maternidad que se otorga a las mujeres integrantes del personal militar, y a la esposa o concubina de los militares conforme a su artículo 149, el mismo contempla las prestaciones en especie consistentes en consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y natal, atención del parto, atención del infante y ayuda a la lactancia, además de la regulada en el artículo 151 que es una canastilla que se otorgará al nacimiento del hijo. Éstas prestaciones no se otorgan en el caso de que la mujer asegurada aborte, ya que no existe disposición alguna que contemple dicho supuesto, para lo que resulta importante agregar un precepto en el que se regule ésta situación conforme a los razonamientos expuestos en las propuestas de reforma a las Leyes del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y en la del Seguro Social.

En este supuesto se agregaría un artículo 151 Bis en el que se haría referencia a la posibilidad de que la mujer embarazada aborte y que la misma tiene derecho a que en lugar de las prestaciones en especie reguladas en los artículos 150 y 151, se le pueda proporcionar atención médica en el aborto, así como el otorgamiento de medicamentos y las acciones necesarias para el reestablecimiento de su salud física y emocional, situación

en la que se le otorgaría el servicio médico integral, regulado en la fracción XXII del artículo 18, en la especialidad de ginecología. El artículo propuesto quedaría redactado en la siguiente forma:

“Artículo 151 Bis.- La mujer embarazada que presente un aborto espontáneo, tendrá derecho a que se le proporcionen en suplencia de las prestaciones aludidas en los artículos anteriores el servicio médico integral en su especialidad de ginecología y el suministro de medicamentos necesarios para su recuperación. De igual manera tendrá derecho recibir atención médica cuando se presente el aborto, mediante personal especializado.”

Respecto a la prestación en dinero a que hace referencia el artículo 152 de este Reglamento, es necesario el goce de ésta, en base a los razonamientos expuestos en cuanto a que la mujer abortante presenta un mismo desgaste físico y emocional que aquella mujer a la que le sobrevivió su hijo, así como que su organismo se ve igualmente afectado por la gestación interrumpida, es por lo tanto que resulta necesario el otorgamiento de una licencia en la cual logre reestablecerse y que logre cubrir el tiempo que normalmente dura la etapa del puerperio, por lo que se procedería a implementar un párrafo que norme el supuesto del aborto de la asegurada, la que tendría derecho a una licencia como consecuencia del aborto consistente en cuarenta y cinco días en consideración de los dos meses que le pudieron haber otorgado en caso de que hubiera tenido un hijo y que al no existir éste sería solo con la finalidad de su recuperación física, y un subsidio cuyo monto sería proporcional a los haberes percibidos durante quince días que sería en suplencia de la licencia anterior al parto a la que hubiera tenido derecho de no ser porque abortó; ambas prestaciones en las que gozará de haberes han de concederse a la mujer abortante en razón de que tuvo el mismo desgaste tanto físico como emocional

y quizás resulte mayor éste último ya que no sobrevivió el producto. El párrafo a que se ha aludido quedaría de la manera que sigue:

“Artículo 152. El personal militar femenino tendrá derecho a disfrutar de un mes de licencia anterior a la fecha probable del parto, que se fijará de acuerdo con la consulta prenatal, y de dos meses posteriores al mismo para la atención del infante. En ambos casos con goce de haberes.

En el caso de que algún miembro de éste personal femenino con derecho al disfrute de las licencias aludidas en el párrafo anterior presentara un aborto espontáneo, tendrán derecho al otorgamiento de una licencia de cuarenta y cinco días posteriores al aborto, y un subsidio equivalente a quince días de haberes, en razón de que el producto no sobrevivió.”

De ésta forma se estarían cubriendo los mismos lineamientos seguidos en las reformas propuestas a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley Federal del Trabajo y en las leyes del Seguro Social y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, así como de sus respectivos Reglamentos, en proporción de lo establecido en los preceptos relacionados con el seguro de maternidad, y tomando en consideración los razonamientos expuestos entorno al aborto, todo con el fin de proporcionar seguridad jurídica a la mujer asegurada que se encuentre en estado de gestación, y que presente un aborto espontáneo, en razón de que la seguridad social tiene por finalidad, de acuerdo con el artículo 2 de la propia Ley del Seguro Social, 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, por lo que resulta imposible privar de esta protección a la mujer abortante que se encuentre asegurada, y que por tanto resulta menester que esta ley como las demás de

seguridad social, contemplen este supuesto, de conformidad con el propio objetivo que persigue la seguridad social, de acuerdo con su primera definición expuesta en la Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Filadelfia (E.U.A.) en 1944 donde se establecía lo siguiente: “la seguridad social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos. El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos, a los que el individuo que dispone de recursos módicos no puede hacer frente por sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado de sus allegados”⁶⁴, definición que ayuda a comprender que el aborto debe de contemplarse como un riesgo al que está expuesta toda mujer embarazada, y que por tanto dicha contingencia puede presentarse de manera imprevista en la mujer asegurada encontrándose, conforme a la legislación vigente, desprotegida jurídicamente, provocando así la necesidad de una reforma coherente en las leyes de seguridad social, comenzando por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁴ RUIZ MORENO, Ángel G. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Séptima edición. Porrúa. México, 2003. p. 36.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La manera de apreciar al aborto ha cambiado al paso del tiempo, partiendo de su práctica habitual y natural en los tiempos anteriores a la conquista española, prohibiéndolo después por la mayoría de las iglesias, hasta llegar a los movimientos feministas buscando la despenalización del aborto.

SEGUNDA. En los países de Inglaterra, Alemania, Francia y España, la regulación de la maternidad en materia de seguridad social presenta ciertos parámetros que resultan similares al establecerse periodos de descanso que van de dieciséis a dieciocho semanas, durante los cuales la asegurada que reúne ciertos requisitos de cotización gozará de la prestación en dinero que en Alemania e Inglaterra es del goce durante el tiempo de descanso de la totalidad del salario; en cambio, en Francia y España se fija un porcentaje sobre el mismo; de igual forma, es importante mencionar que en estos países se proporcionan otro tipo de subsidios que normalmente es para cubrir los gastos médicos del parto.

TERCERA. El surgimiento de la seguridad social en los países analizados varía de acuerdo a la situación que presentan los mismos y las condiciones sociales, políticas, económicas, etc., que dan origen a la misma, siendo el país precursor en el mundo de los seguros sociales la nación de Alemania, con el canciller Otto Von Bismarck.

CUARTA. En el caso específico de México, fue la Revolución Mexicana la que estableció las condiciones sociales para que se comenzaran a realizar intentos de

legislación en materia de seguridad social.

QUINTA. El concepto que se ha manejado de la seguridad social es el contenido en el artículo 2 de la Ley del Seguro Social, el cual la define de acuerdo a su teleología, y de éste se puede deducir que el Derecho de la Seguridad Social es el conjunto de normas jurídicas, instrucciones, principios y disposiciones que tienen por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, a través de su instrumento básico que es el seguro social.

SEXTA. De los conceptos de enfermedad general y maternidad, se aprecia lo distintas que son ambas situaciones, ya que la primera se refiere a un estado patológico resultado de la acción continuada de una causa ajena a la relación de trabajo y que provoca que disminuya o se cancelen las posibilidades orgánico-funcionales de nuestro organismo, en cambio, la maternidad es una condición natural y necesaria para la reproducción que permite la sobrevivencia del hombre, es por ello que se deberían regular en apartados distintos estas situaciones.

SÉPTIMA. Respecto a los conceptos manejados acerca del aborto, es importante destacar que el único que ha sido adoptado en la legislación es aquél contenido en los Códigos Penales vigentes en materia de fuero común y fuero federal, en sus artículos 144 y 329, respectivamente, pero es necesario tomar en consideración los conceptos médicos, ya que en ellos se define al aborto como la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, esto es, dentro de los primeros seis o cinco y medio meses de

embarazo, pues si se diera después de éstos tiempos, se hablaría en términos médicos de un parto prematuro, por tanto es indispensable unificar ambos criterios e incluir estos periodos en la conceptualización legal del aborto.

OCTAVA. La maternidad se encuentra regulada a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las condiciones a que tienen derecho las mujeres trabajadoras aseguradas en estado de gestación, especificándose dichos derechos en la Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social, así como en la Ley del Instituto de Seguridad Social para la Fuerzas Armadas y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, según el tipo de trabajadores de que se trate.

NOVENA. En las leyes de seguridad social, ya sea del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado o del Instituto Mexicano del Seguro Social, se siguen los mismos parámetros para el otorgamiento de prestaciones tanto en dinero como en especie a las aseguradas en estado de gestación, contemplándose una canastilla de maternidad, ayuda para lactancia y asistencia obstétrica. Y como prestaciones en dinero, varían un poco los periodos de descanso o licencia que se otorgan pero en general cubren el periodo mínimo de puerperio y proporcionan el goce de salario íntegro durante esos lapsos.

DÉCIMA. La legislación vigente carece de normatividad que contemple al aborto como una contingencia que pudiera presentar la mujer asegurada, y ante la cual también

debería de encontrarse protegida, por lo que es necesario realizar reformas en los preceptos dirigidos a la protección de las mujeres trabajadoras en estado de gestación.

DÉCIMA PRIMERA. La realización de una reforma en la legislación de seguridad social debe iniciarse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyendo la figura del aborto como una contingencia que puede presentarse en la asegurada embarazada, para posteriormente modificar aquellos artículos referentes al seguro de maternidad en las leyes de seguridad social y sus reglamentos, especificando lo relacionado con el aborto en nuestra Constitución Política, a manera de establecer una reglamentación que puntualice dichas reformas realizadas en la norma suprema.

DÉCIMA SEGUNDA. En consideración a que la mujer abortante presenta un mismo desgaste y quizás uno mayor en el aspecto emocional que aquella a la que le sobrevive el producto, es que dicha asegurada abortante debe gozar del otorgamiento de prestaciones tanto en dinero como en especie, aunque éstas no sean las mismas que percibe una asegurada que tiene a su hijo, pero sí deben proporcionarse prestaciones en razón del tiempo que haya tenido de gestación y su estado de salud, tratando de cubrir el periodo de puerperio para lograr un reestablecimiento óptimo.

DÉCIMA TERCERA. Tanto en el apartado A como en el B del Artículo 123 Constitucional, resulta necesaria la realización de reformas en los aspectos referentes a la legislación de seguridad social que regula los dos tipos de trabajadores, enunciados en dicho precepto constitucional, basándose en los parámetros establecidos en los periodos de descanso que determinan la prestación en dinero a que tiene derecho la asegurada

embarazada, comenzando así por incluir en el artículo 123, apartado A, fracción V, el supuesto de la mujer embarazada aborte, analizando sus causas y el tiempo de gestación para otorgar un periodo de descanso de hasta cinco semanas con goce de sueldo y de un subsidio que iría de una a dos semanas de sueldo; y en el caso del apartado B, se modificaría la fracción XI en su inciso C), para incluir el supuesto del aborto y que en ese caso la mujer gozará de un periodo de descanso que sería no mayor de mes y medio y un subsidio equivalente a quince días de salario, señalándose en ambas situaciones dos prestaciones distintas, la primera en razón del periodo postparto a que hubiera tenido derecho la asegurada, así como un subsidio a manera de reemplazar el periodo anterior al parto que le hubiera correspondido.

DÉCIMA CUARTA. Respecto a las prestaciones en especie, éstas serían reemplazadas por el otorgamiento de atención médica al momento del aborto y atención ginecológica, así como también podrían otorgarse los medicamentos necesarios para su recuperación y proporcionar las acciones que le ayuden a reestablecer su salud física y emocional, entre las cuales se encontrarían la atención psicológica y la ayuda para la práctica de estudios clínicos.

DÉCIMA QUINTA. Específicamente la propuesta de reforma, en cuanto al texto constitucional, se reflejaría a partir de la Ley Federal del Trabajo hasta cada una de las Leyes de seguridad social y sus reglamentos, tal y como ya se ha hecho referencia en el Capítulo 4 de la presente tesis. En la Ley Federal del Trabajo se agregaría una fracción tercera al artículo 179 aludiendo al aborto que puede presentar una trabajadora y que en tal caso se estudiaran las causas de ello y el tiempo de gestación para fijar un periodo de

descanso, proponiéndose un periodo no mayor de cinco semanas y un subsidio de una a dos semanas.

Consecuentemente, en la Ley del Seguro Social se reformarían los siguientes artículos: el artículo 85, implementando un párrafo que mencione la certificación que ha de realizarse en el caso del aborto; artículo 94, haciendo mención de que el Instituto proporcionará asistencia médica y medicamentos, a la trabajadora que presente un aborto espontáneo; en el artículo 101, indicando el otorgamiento de un subsidio en dinero equivalente al periodo de descanso no mayor a cinco semanas y un subsidio adicional consistente en el pago del salario de una a dos semanas, para cubrir los periodos de descanso de cuarenta y dos días antes y después del parto. Así también, ha de modificarse el Reglamento de Servicios Médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social en los artículos a que se ha hecho referencia en el último Capítulo de la presente tesis, para que concuerden con las reformas propuestas a la Ley del Seguro Social.

En este orden de ideas, las reformas propuestas a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, al Reglamento de Servicios Médicos del Instituto y a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, son en el mismo sentido que las referidas a la Ley del Seguro Social, tomando en consideración las peculiaridades propias de cada Instituto en cuanto al tipo de trabajadores que asegura y los periodos de descanso que manejan.

DÉCIMA SEXTA. Resulta importante analizar e incluir el caso del aborto dentro de la normatividad de la seguridad social en México, ya que de acuerdo a la legislación vigente, el fin de la seguridad social es 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; por lo que en cuanto hace a las mujeres aseguradas que aborten de manera espontánea se encuentran en un estado de desprotección y por lo tanto de incertidumbre jurídica, al no existir en las leyes que regulan la seguridad social del país algún ordenamiento en el que se otorguen prestaciones tanto en dinero como en especie a estas mujeres abortantes, siendo responsabilidad del Estado el otorgar ésta protección a través de la seguridad social. Lo anterior procedería siempre y cuando se trate de aborto espontáneo, que éste sea certificado por los Institutos respectivos y que dicha mujer hasta ese momento haya cubierto las cuotas correspondientes; éstos requisitos resultan necesarios y constituyen los elementos indispensables para la valorización de cada caso en particular y así determinar las prestaciones en especie y dinero que correspondan, de acuerdo a los parámetros propuestos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMANSA PASTOR, José M. Derecho de la Seguridad Social. Séptima edición. Tecnos. España, 1991.
- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José L. Instituciones de Seguridad Social. Décimo sexta edición. Civitas. España, 1998.
- ARCE CANO, Gustavo. De los Seguros Sociales a la Seguridad Social. Porrúa. México, 1972.
- BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto. Derecho de la Seguridad Social. Trillas. México, 1991.
- BERNAL HERRER, Jesús. Diccionario terminológico de Seguridad e Higiene en el trabajo. Gráficas Santamaría. España, 1992.
- BETHEA, Doris C. Enfermería materno infantil. Interamericana. México, 1983.
- BRICEÑO RUÍZ, Alberto. Derecho Individual del Trabajo. Harla. México, 1985.
- BRICEÑO RUÍZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales. Harla. México, 1987.
- BURROUGHS, Arlene. Enfermería materno infantil. Sexta edición. Mc. Graw Hill. México, 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, T. IV. Accidentes y enfermedades del trabajo. Tercera edición. Heliasta. Argentina, 1988.
- CAREAGA PÉREZ, Gloria. et. al. Ética y salud reproductiva. Porrúa. México, 1996.
- CARRASCO RUÍZ, Eduardo. Coordinación de la Ley del Seguro Social. Limusa. México, 1972.
- CASTORENA, J. Jesús. Manual de Derecho Obrero. Fuentes impresores. México, 1973.

- CIFRIÁN, Concha. La cuestión del aborto. Icaria. España, 1986.
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. El aborto. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos. Quinta edición. Palabra. España, 1995.
- CREASY, Robert. et. al. Medicina materno fetal. Principios y práctica. Médica panamericana. Argentina, 1984.
- DÁVALOS MORALES, José. Derecho del Trabajo I. Octava edición. Porrúa. México, 1998.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo, T. I. Novena edición. Porrúa. México, 1994.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. El delito de aborto: una careta de buena conciencia. Porrúa. México, 1991.
- DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. T. I. Décimo novena edición. Porrúa. México, 2003.
- FRIESNER, Arlyne. et. al. Enfermería materno infantil. Manual moderno. México, 1984.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Trigésima octava edición. Porrúa. México, 1987.
- GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social. Cuarta edición. Civitas. España, 1999.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. Derechos de las mujeres trabajadoras. Colección Nuestros Derechos. Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM. México, 2000.
- LOMBARDÍA PRIETO, José. et. al. Problemas de salud en el embarazo. Ediciones Ergón. España, 2000.
- PERNOUD, Laurence. Espero un hijo. Segunda edición. Aguilar. España, 1979.

- PIETERS, Danny. Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los miembros de la Comunidad Económica Europea. Civitas. España, 1992.
- PORFIRIO, Teodomiro. Previsión y Seguridad Sociales del Trabajo. Editores Noriega. México, 1989.
- PORTUGAL, Ana María. Mujeres e iglesia. Sexualidad y aborto en América Latina. Distribuciones Fontamara. México, 1989.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián. El aborto. Entre la moral y el Derecho. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México, 2001.
- RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge. Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tercera edición. Astrea. Argentina, 1999.
- RUIZ MORENO, Ángel G. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Séptima edición. Porrúa. México, 2003.
- SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo. Instituciones de Derecho Mexicano del Trabajo. Porrúa. México, 1967.
- SOLÍS SOBERÓN, Fernando. et. al. La Seguridad Social en México. Fondo de Cultura Económica. México, 2001.
- TENA SUCK, Rafael y MORALES, Hugo Italo. Derecho de la Seguridad Social. Porrúa. México, 1986.
- TIETZE, Christopher. Informe mundial sobre el aborto. Quinta edición. Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer. España, 1983.
- TOULAT, Jean. El aborto. ¿crimen o liberación?. Bilbao. España, 1975.
- TRUEBA OLIVARES, Eugenio. El aborto. Tercera edición. Jus. México, 1978.
- TRUEBA URBINA, Alberto. La nueva legislación de Seguridad Social en México. UNAM. México, 1977.

TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo. Sexta edición. Porrúa. México, 1981.

HEMEROGRAFÍA

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Introducción a la Seguridad Social. Alfaomega. México, 1992.

SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA. Seguridad social. Mexicano. Colección seminarios Núm.2. México, 1976.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décimo séptima edición. Trillas México, 2004.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2004. Décima edición. Ediciones ISEF. México, 2004.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2004. Décima edición. Ediciones ISEF. México, 2004.

LEY DEL SEGURO SOCIAL. MULTI AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL 2004. Tercera edición. Ediciones ISEF. México. 2004.

REGLAMENTO DE SERVICIOS MÉDICOS. MULTIAGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Tercera edición. Ediciones ISEF, México, 2004.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO. MULTIAGENDA LABORAL 2004. Octava edición Ediciones Fiscales ISEF. México, 2004.

LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS. MULTI AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Tercera edición. Ediciones ISEF. México, 2004.

LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. MULTI AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Tercera edición. Ediciones ISEF. México, 2004

REGLAMENTO DE SERVICIOS MÉDICOS DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. MULTIAGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL 2004. Tercera edición. Ediciones ISEF. México, 2004.

JURISPRUDENCIA.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. www.scjn.org.mx

Ius 2004. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. 1917-2003. Poder Judicial de la Federación.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
SECRETARÍA DE SEGURIDAD SOCIAL
REGISTRADO
V. B. C.
9/11/2005

9 v 2005