

familiar. Sin duda la pérdida de la pensión que provoca el matrimonio, incorpora importantes efectos, tanto por la relevancia subjetiva de la pensión (ser pensionista), como por el impacto que supone la reducción de ingresos, así como por la conciencia social generalizada de obtener y no perder las rentas (principalmente si son vitalicias) que proporciona la Seguridad Social.

El beneficio de la no extinción de la pensión de viudedad por matrimonio tan sólo alcanza a quienes acrediten una serie de exigencias que nos sitúa en parámetros de carácter asistencial. En efecto, el beneficio queda supeditado al nivel de ingresos, de forma que, a partir de un determinado nivel de rentas, se aplica la regla general y el matrimonio continúa provocando la extinción de la pensión. Por tanto, antes de tomar la decisión de contraer nuevo matrimonio, burlesco pero real, los contrayentes pensionistas de viudedad deben hacer números, para saber cuáles son las consecuencias de su matrimonio.

4.4. A modo de apunte final

Las reflexiones proporcionadas anuncian por sí mismas la valoración de la ordenación actual de la pensión de viudedad. No cabe duda, como decíamos en la introducción, que la pensión de viudedad, al igual que el resto de las pensiones por muerte y supervivencia, exigen una reforma completa y general. El mantenimiento del *status quo* agrede a los más elementales principios de justicia y equidad, constituyendo una burla social de dimensiones inaceptables.

III. PROBLEMÁTICA ASEGURATORIA DE LA FAMILIA

Juan Gorelli*

1. POLÍTICA DE PROTECCIÓN FAMILIAR Y SEGURIDAD SOCIAL

Cuando hablamos de política familiar nos referimos a un concepto bastante amplio, coincidente con el objetivo de protección de la familia pergeñado en el art. 39.1 de la Constitución. Desde este punto de vista la política familiar es uno de los cometidos de los diferentes poderes públicos, como tal es evidente que está influida por determinadas concepciones o valores éticos o sociales, que se alteran o modifican en función de la evolución social. Hemos de resaltar que los poderes públicos, ante la familia pueden asumir fundamentalmente dos posiciones: o bien desarrollar una política de intervención a favor de la familia; o, por contra, estimar que la familia es un ámbito privado donde debe evitarse todo tipo de intervención pública¹. A tenor del art. 39.1 de la Constitución, en nuestro país no cabe la segunda alternativa. Desde este punto de vista debe afirmarse que el fundamento jurídico de la protección familiar se encuentra en dicho precepto constitucional².

Dentro de la política familiar se integran diferentes perspectivas jurídicas (regulación civil de la familia, proyección tributaria de la

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

¹ PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones familiares en el ámbito de la Seguridad Social", RMTAS n° 29, página 13.

² En este sentido IGLESIAS DE USSEL, J.: "La protección de la familia en España", PEE n° 77, página 224.

familia, políticas educativas, etc.); siendo uno de los aspectos más importantes la perspectiva prestacional o de Seguridad Social. La protección familiar otorgada por la Seguridad Social no es sino una parte de la política familiar, siendo, por tanto, un concepto mucho más restringido el de prestaciones familiares que el de política familiar³. En este sentido las prestaciones familiares de Seguridad Social conviven con diferentes mecanismos de protección, que a veces coinciden (por ejemplo, pensemos en ciertas medidas tributarias, o la reducción de precios públicos para ciertas familias).

Existe un cierto consenso sobre los objetivos que puede perseguir la política familiar⁴: de entrada asegurar unas cotas mínimas de bienestar social a las familias, para lo cual suele ponerse en marcha importantes programas de apoyo económico, fundamentalmente a través de bonificaciones impositivas, ayudas fiscales, reducción en costes esenciales para la familia, como en materia de educación o de transportes; y, por supuesto, a través de prestaciones de Seguridad Social que eleven la renta familiar; se trataría, en sentido estricto, de un objetivo de protección de la familia⁵. En segundo lugar hay una finalidad claramente demográfica, pudiendo afirmarse que la demografía es uno de los elementos definidores de la política familiar. Esta política puede ir dirigida a la contención, pero más frecuentemente al fomento de la natalidad. La disminución de los recursos de renta provocados por el incremento de las responsabilidades familiares puede suponer una limitación voluntaria de la natalidad: si el hecho de tener hijos supone un coste económico importante, que es difícil de cubrir por parte de las economías más débiles, esto supondrá que aquellos que carezcan de ingresos suficientes para hacer frente a los mismos renuncien a la posibilidad de incrementar la familia⁶. Por último nos encontramos con el tema de la posición de la mujer frente a las responsabilidades fami-

³ DUPEYROUX, J.J.: "Convergencia y prestaciones familiares", en AA.VV., "Convergencia de políticas sociales", MTSS, Madrid 1993, página 118.

⁴ GONZÁLEZ SANCHO, E.: "Las prestaciones familiares en la Comunidad Europea: perspectivas de convergencia, armonización y unificación", en AA.VV., "Convergencia de políticas sociales", MTSS, Madrid 1993, página 135; también en "Apuntes sobre la situación de la protección a la familia en España en 1989 y sobre la conveniencia de mejorarla", Documentación Laboral nº 29, páginas 99 y 100; también en "La política de protección a la familia en España", PEE nº 12-13, página 351.

⁵ Sobre este aspecto *vid.* VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Las prestaciones familiares", en AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 538.

⁶ En este sentido se ha manifestado LABORDE, J.P.: "Las prestaciones familiares en Derecho Francés: noción y tipologías", en AA.VV., "Seguridad Social y familia", La Ley-Actualidad, Madrid 1999, página 57.

liares y laborales. Tradicionalmente se ha considerado que los cuidados que han de otorgarse a la familia es una cuestión que corresponde a la mujer. En una situación como en la actual, en que se exige una verdadera igualdad entre hombres y mujeres ante el mercado de trabajo, las responsabilidades de orden familiar suponen una importante limitación para la mujer: tanto en su acceso al mercado de trabajo (es evidente que a la mujer con hijos le cuesta mucho más encontrar un empleo que a los varones en la misma situación); como en su permanencia en el mismo, ya sea por ser expulsadas (es bien conocida la realidad consistente en que los empresario tienden a deshacerse del trabajo femenino cuando nacen los hijos) o por abandono voluntario (no es extraño que la mujer con responsabilidades familiares, ante las dificultades de compatibilizar trabajo y familia, opte por ocuparse de la familia, perdiendo su conexión con el mercado de trabajo).

La Seguridad Social puede jugar un papel de enorme importancia en la consecución de los tres fines u objetivos mencionados. De entrada, desde el punto de vista de la protección de la familia, a través del establecimiento de mecanismos prestacionales dirigidos a paliar las responsabilidades familiares. Si la creación de una familia puede suponer un incremento de las responsabilidades, la Seguridad Social puede facilitar que establezcan los apoyos económicos para que el incremento de la familia no suponga una carga económica tan importante que coarte o limite la decisión de incrementar la familia. Por otra parte, también ha de constatarse como el proceso de transformación de la familia también puede ser tenido en cuenta por el sistema de Seguridad Social: dada la reducción del ámbito de la familia, hay una disminución de la protección que puede otorgar la propia familia. Surge así la necesidad de que los poderes públicos intervengan ante esta situación, teniendo aquí la Seguridad Social un papel de enorme relevancia⁷. La Seguridad Social responde así a un riesgo derivado del debilitamiento de la familia motivado por la propia sociedad industrial y su evolución actual, que ha dado paso a una familia netamente nuclear en la que ambos progenitores desarrollan un trabajo que choca con las responsabilidades familiares.

De otro lado toda política de apoyo a la familia tiene una repercusión sobre la demografía. Un apoyo decidido por parte de los poderes públicos a la familia puede suponer, sobre todo si se cen-

⁷ GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Familia y Seguridad Social hoy en España", Tribuna Social nº 90, página 8.

tra en la protección de los hijos, un incremento de la natalidad. Por otra parte, el paulatino envejecimiento de la población está conduciendo a un descenso acusado de la natalidad y paralelamente a un envejecimiento de la población. La Seguridad Social no sólo tiene un papel de apoyo a la natalidad; sino también ha de aportar su parte alícuota a las familias que ha de soportar las cargas derivadas del crecimiento de la población, pues una población envejecida significa cuidados ante situaciones de carácter crónico, los cuales se otorgan normalmente a través de la familia⁸.

La demografía es un aspecto en el que la Seguridad Social debería estar especialmente interesado: queramos o no una demografía sensata es una garantía de mantenimiento del propio sistema de Seguridad Social en el futuro. No olvidemos la necesaria proporción entre cotizantes y pensionistas, que si se rompe genera de manera inmediata un déficit económico en las finanzas del sistema. Desde este punto de vista se ha calificado a la rama de las prestaciones familiares como un medio de autoprotección del sistema de Seguridad Social⁹. Como afirma Valdeolivas García, hemos de pensar que las prestaciones familiares suponen una verdadera inversión, "pues el hijo de hoy será el activo laboral de mañana que proveerá los requerimientos de ingresos del sistema público"¹⁰.

Por último, desde el punto de vista de la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales y del papel que ha de jugar la mujer en este ámbito, la Seguridad Social puede impulsar el acercamiento de la mujer al mundo del trabajo, por ejemplo, por la vía de facilitar prestaciones con carácter absolutamente indiferenciado ya se trate de trabajadores o trabajadoras, pues una situación de igualdad supone evitar la consagración legal del cliché a tenor del cual las responsabilidades familiares se imputan a la mujer¹¹. Además, se puede "subvencionar" que los trabajadores dediquen parte de su vida laboral al cuidado de los familiares por la vía de consi-

⁸ Así BUYSSE, A.M.: "Convergencia de los sistemas de protección social y de las prestaciones familiares", en AA.VV., "Convergencia de políticas sociales", MTSS, Madrid 1993, páginas 127 y 128.

⁹ GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Familia y Seguridad Social ...", *op. cit.*, página 8.

¹⁰ "Las prestaciones familiares", en AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 540. De igual modo MALDONADO MOLINA, J.A.: "El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro", Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 60.

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRO, M.T.: "Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", Tirant lo Blanch, Valencia 2002, páginas 11 y 12.

derar que tales períodos en que no se desarrolla prestación de trabajo y que se consagran al cuidado de familiares sean computados como períodos cotizados a los efectos de Seguridad Social. Desde este punto de vista se consigue que la existencia de las responsabilidades familiares deje de considerarse como un impedimento a la carrera de seguro (sobre todo de las mujeres), y que repercutan negativamente sobre el futuro derecho a prestaciones de Seguridad Social.

2. LAS NUEVAS REALIDADES FAMILIARES Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

En esta materia podemos contar con una "familia tradicional", que ha sido el objeto de protección por la regulación de Seguridad Social (progenitores unidos por vínculo matrimonial y sus descendientes); ahora bien, diferentes fenómenos sociales inciden sobre la misma, impulsando así una transformación bastante profunda de la familia tradicional, lo cual ha de afectar, necesariamente, a la configuración de la protección de Seguridad Social.

De entrada aparecen fenómenos como la ruptura del vínculo matrimonial, sobre todo en aquellos supuestos en los que hay descendientes de la pareja. Esto genera la necesidad de adaptar la configuración legal de la familia a esta nueva realidad. La cuestión llega a ser aún más compleja en aquellos casos en los que esa ruptura familiar genere posteriormente nuevas uniones matrimoniales o de hecho, en la que los diferentes cónyuges aportan hijos a una nueva realidad familiar, aunque las relaciones de filiación se mantengan, como es lógico, con personas ajenas a esa nueva unidad familiar. En otros casos, por contra, la ruptura matrimonial da lugar a la creación de familias monoparentales (el hijo con uno sólo de sus progenitores), fenómeno que tampoco es nuevo, pero que se está normalizando como una de las posibilidades familiares. También han aumentado las uniones de hecho o extramatrimoniales, generándose una realidad social amparada por la propia Constitución (art. 10), que da origen a auténticas familias. Hay que tener en cuenta que estas uniones de hecho son más inseguras; de ahí que el índice de fecundidad sea más bajo¹².

¹² Sobre esta cuestión *vid.* BARAÑANO CID, M. y DE LA PAZ, J.: "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional", en AA.VV. coordinados por Santiago González Ortega, "Seguridad Social y familia", La Ley e Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives, Madrid 1999, página 32.

Bien puede afirmarse que en la actualidad el problema no es en realidad la crisis de familia, sino la diversificación de los modelos familiares, hay una creciente diversidad familiar, una pluralidad de modelos familiares¹³; bien podría decirse que el objeto de este estudio no es tanto la familia, sino las familias. Es por ello que hemos de reconocer que la familia tradicional, aunque sigue existiendo e incluso es el más extendido, no es el único modelo. Existen otras alternativas, y esta es una realidad social absolutamente básica, que debe ser tenida en cuenta si la Seguridad Social quiere mantener unos niveles mínimos de protección, pues las necesidades reales se están alterando al cambiar las unidades familiares¹⁴.

También es importante el fenómeno de normalización social de la homosexualidad, que incluye cada vez con más fuerza la aceptación de la convivencia entre homosexuales como una unión de carácter familiar¹⁵.

Las dificultades económicas y la inestabilidad laboral están generando un rechazo de la vieja idea de que la descendencia es un bien material. Al contrario, empieza a considerarse como una auténtica y costosa inversión a largo plazo. Evidentemente esto retrae los deseos de tener descendientes y reduce drásticamente las tasas de natalidad. También podemos pensar en el hecho de que las necesidades económicas impulsen un segundo sueldo aportado por la mujer; lo que dificulta, como es lógico, la procreación. Más aún, la equiparación de sexos ha supuesto un acceso cada vez mayor de la mujer al mercado de trabajo, lo cual ha originado determinadas consecuencias sobre la institución familiar. Además, el acceso de la mujer al trabajo también repercute sobre el descenso de la natalidad, pues las responsabilidades familiares suelen presentarse como alternativa a la actividad profesional. De otro lado, las necesidades de acceso al trabajo de la mujer no sólo proceden de la necesidad económica, sino también de la inseguridad familiar: las alteraciones de la familia como institución derivadas de la legitimación de la ruptura

¹³ WICKS, M.: "Cambios familiares y política social", en AA.VV., "Convergencia de políticas sociales", MTSS, Madrid 1993, página 145; también BARAÑANO CID, M. y DE LA PAZ, J.: *Op. cit.*, página 7.

¹⁴ En este sentido se ha manifestado VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Las prestaciones familiares", *op. cit.*, página 538.

¹⁵ En este sentido LÓPEZ TERRADA, E.: "El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos", Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 12.

matrimonial hace que la mujer desee tener una perspectiva profesional¹⁶; lo cual repercute necesariamente en la protección familiar. En definitiva, se va hacia una familia más reducida y pequeña¹⁷, en la que puede faltar (y no por causas naturales) uno de los progenitores (familias monoparentales), o en las que no hay hijos o éste es único.

También la inestabilidad laboral incide sobre la familia, no sólo desde el punto de vista de repercutir sobre la decisión de tener hijos, sino también en el hecho de que las unidades familiares se perpetúan hasta que los hijos alcanzan una elevada edad, pues no abandonan el hogar familiar sino hasta el momento en que logran una cierta estabilidad laboral. Los jóvenes, ante las dificultades económicas cada vez tardan más en iniciar la formación de su propia familia. De otro lado, los costes de los hijos a cargo son cada vez mayores y, por tanto, más difíciles de soportar por economías familiares inestables¹⁸. Los períodos de convivencia familiar se alargan¹⁹: de un lado los hijos, por problemas laborales y económicos, tardan mucho más en crear sus propias familias permaneciendo más tiempo en el hogar familiar; ello unido al incremento de la expectativa de vida, supone que en esa reducida familia puedan convivir al mismo tiempo y durante largos períodos, tres generaciones diferentes²⁰.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el relativo a la atención de los más ancianos o enfermos crónicos: la necesidad de que ambos cónyuges mantengan una actividad laboral limita las posibi-

¹⁶ Como señala MEIL LANDWERLIN, "la posibilidad del divorcio altera profundamente las estrategias vitales de hombres y, sobre todo, de las mujeres, quienes en el matrimonio ya no pueden intercambiar dependencia y trabajo no remunerado por seguridad económica para toda la vida (...) y deben considerar el establecimiento de las bases de su propia seguridad económica a través de una vinculación continuada con el mercado de trabajo". "Cambio familiar y política de conciliación de vida familiar y vida laboral en España", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº extraordinario de 1999, página 12.

¹⁷ Sobre el caso español *vid.* BARAÑANO CID, M. y DE LA PAZ, J.: "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional", en AA.VV. coordinados por Santiago González Ortega, "Seguridad Social y familia", La Ley e Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives, Madrid 1999, página 20.

¹⁸ MEIL LANDWERLIN, G.: "Cambio familiar ...", *op. cit.*, página 12.

¹⁹ Como afirma WICKS, "la familia Europea se va convirtiendo en una familia pequeña, pero los hijos mayores continúan dependiendo de sus familias durante más tiempo. Al propio tiempo, el envejecimiento de la población presenta nuevos retos por los que preocuparse". *Op. cit.*, página 147.

²⁰ En este sentido LÓPEZ LÓPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", TL nº 67, página 50.

lidades de hacer frente a las responsabilidades familiares. En la actualidad este es un problema que está empezando a aflorar con todo dramatismo, empezando a surgir las primeras voces que plantean la necesidad de un seguro de dependencia para hacer frente a tales necesidades que recaen en exclusiva sobre las familias²¹.

Como es lógico estas alteraciones de la familia también deben percibirse a la hora de establecer los mecanismos de protección otorgada por la Seguridad Social. Hay que señalar que en algún caso estas alteraciones ya han provocado reacción en el ámbito de la Seguridad Social, como es el tema de la igualdad a todos los efectos de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. Pero en líneas generales debe estimarse que la respuesta de nuestro sistema de Seguridad Social es insuficiente.

En algunos casos las insuficiencias del sistema son absolutamente crónicas, pues no hay capacidad para desarrollar una protección suficiente de las situaciones de necesidad de origen familiar. Baste señalar la crítica tradicional a las prestaciones familiares, su escasa cuantía. De otro lado, los períodos en que los jóvenes siguen dependiendo de la familia se han ampliado, sin que dicha ampliación haya tenido un reflejo en la normativa de Seguridad Social.

En otros casos aún no se ha dado una respuesta por parte de nuestro sistema ante las nuevas necesidades de protección generadas por las alteraciones de la realidad familiar. Es el caso de la problemática del seguro de dependencia. Hasta ahora se hace frente a este problema (especialmente en cuanto al cuidado de los mayores) exclusivamente por parte de las familias, cuando se trata realmente una necesidad de carácter social, ante el cual toda la sociedad, a través de los poderes públicos, debería hacer frente. Pensemos también en los problemas derivados de la convivencia entre parejas de homosexuales, entre los que el matrimonio "no ha sido viable hasta la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE de 2 de julio), a raíz de la cual, al permitirse el matrimonio entre homosexuales, y al tener éste los mismos efectos con independencia de que los contrayentes sean o no del mismo o diferente sexo (nuevo art. 44 del Código Civil), se permite el acceso a la pensión de viudedad"²².

²¹ WICKS, M.: "Cambios familiares ...", *op. cit.*, página 148.

²² Sobre esta última cuestión, *vid.* MORALES ORTEGA, J.M.: "Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad", RL Tomo II de 1999, página 470.

Otra cuestión es la protección (más allá de la descendencia) de aquellas familias que no están unidas por vínculo matrimonial. Pensemos en las posibles repercusiones que este fenómeno debe tener, por ejemplo, a efectos de la pensión de viudedad. La regulación sobre esta materia se basa en la exigencia de relación o vínculo de matrimonial. También debería plantearse la alteración del art. 7.2 de la LGSS, que a la hora de delimitar el concepto de trabajador a los efectos de la delimitación del ámbito subjetivo de la Seguridad Social, se basa exclusivamente en el concepto de familia tradicional: habla de cónyuge (exigencia de matrimonio) y de familiares en sentido absolutamente estricto, es decir, vinculados por parentesco; de hecho se establece como límite el 2º grado de parentesco.

3. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN FAMILIAR

La norma fundamental sobre la política familiar es el art. 39 de la Constitución. Este precepto establece como premisa básica la necesidad de que los poderes públicos desarrollen mecanismos de protección a la familia, configurándose esta cuestión como principio rector de la política social y económica. Pero este precepto constitucional plantea importantes problemas interpretativos, fundamentalmente dos: qué hemos de entender por familia, y cuál es el contenido de la acción protectora, que ha de ser "social, económica y jurídica".

3.1. ¿Existe un concepto de familia protegida en la Constitución?

La Constitución no contiene de manera expresa qué ha de entenderse por familia a los efectos de protección. Desde nuestro punto de vista hemos de afirmar que la familia se configura ante todo como grupo; es decir, como mínimo une o vincula a dos personas. Esto supone que no es posible la familia de una única persona. A partir de aquí es posible poner el acento en dos elementos: en el dato del parentesco entre los integrantes²³, y el

²³ Así, ALCÁZAR CARRILLO, R.L., distinguía entre una concepción sociológica-económica (familia como unidad de consumo basada en el matrimonio, o asociada a un cierto parentesco) y un concepto biológico-demográfico (familia como unidad inte-

dato de la convivencia entre los sujetos que forman parte de la misma²⁴.

En principio la familia se configura como un grupo integrado por sujetos que están vinculados por lazos de parentesco. El problema está en señalar hasta qué grado de parentesco se considera que debe haber protección de Seguridad Social. Parece conveniente establecer una limitación al grado de parentesco, pues la Seguridad Social tiene limitaciones económicas; de aquí la limitación de la familia obedece también a un criterio evidentemente económico.

Si bien no se señala de manera expresa un grado de parentesco que con carácter general delimite cuál es el ámbito de la familia protegida, si se mencionan determinados sujetos objeto de protección: los hijos y las madres. Parece establecerse así una perspectiva restrictiva de la familia; es decir, parece que se está pensando en una familia de carácter claramente nuclear (progenitores e hijos).

Respecto a los hijos es evidente que la Constitución ha pretendido señalar de manera expresa la necesidad de establecer unos mínimos de garantía para los componentes más débiles del núcleo familiar²⁵. Por otra parte se establece un principio de igualdad con independencia de la filiación de los mismos; es decir, a estos efectos se protegerán de igual modo tanto los hijos matrimoniales como extramatrimoniales.

En cuanto a las madres hay que observar cómo la protección se otorgará con absoluta independencia del estado civil. De otro lado

grada por el grupo nuclear de cónyuges y descendientes). "La Seguridad Social y la protección a la familia en España", Ministerio de Trabajo, Colección Tesis Doctorales, Madrid 1976, página 47. Podríamos también acudir al concepto de la profesora BLASCO RASERO, C., quien estima que "el primer elemento imprescindible para definir en cualquier período histórico la realidad familiar es la existencia de una pluralidad de sujetos: para que exista una familia es necesaria la intervención de, al menos, dos personas. Un sólo individuo no puede constituir una familia (...). Ahora bien, no basta la mera agrupación de varias personas para que se pueda hablar de familia (...) la familia constituye una agrupación de personas unidas entre sí por lazos de filiación y parentesco". "La familia en el Derecho de la Seguridad Social", Aranzadi, Pamplona 2003, páginas 48 y 49.

²⁴ En este sentido ARGÜELLES BLANCO, A.R.: "Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, o bien, sin necesidad de que se dé esta última circunstancia, por el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje". "La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral", Tirant lo Blanch, Valencia 1998, página 17.

²⁵ En este sentido GARCÍA NINET, J.I.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social", RSS nº 9 (1981), página 88.

parece que la Constitución está pensando en la mujer en cuanto madre; es decir, cuando el art. 39.2 de la Constitución habla de "las madres, cualquiera sea su estado civil", está pensando en proteger la maternidad.

Aunque del art. 39 pudiera deducirse una configuración de la familia en términos reductivos o nucleares, lo cierto es que también ha de tenerse en cuenta como el art. 50 de la propia Constitución se refiere a las obligaciones familiares con los ciudadanos de la tercera edad, lo que pone de manifiesto como también hay una proyección familiar de la Constitución más allá de la familia en sentido estrictamente nuclear, dando pie a estimar las posibilidades de la familia más extensa.

El hecho de no regular constitucionalmente qué ha de entenderse por familia supone dejar al ordenamiento ordinario la facultad de establecer en cada caso y para cada cuestión el concepto de familia a los efectos de su protección. Desde la perspectiva de la protección de Seguridad Social hay que resaltar que la prestación por hijo a cargo, contempla un ámbito de familia tremendamente reducido, pues se limita a realizar una aportación económica que pretende cubrir las cargas generadas por los hijos; es decir, el ámbito de protección de las prestaciones de carácter estrictamente familiar es muy reducida, mostrándose así contraria a una línea expansiva de lo que debamos entender por familia²⁶.

Por otra parte, el segundo elemento es el de la exigencia de convivencia; si bien, dicha exigencia se ha relativizado, al interpretarse más que en sentido literal en sentido económico (hay convivencia, aunque no se viva bajo el mismo techo, cuando al menos hay una situación de dependencia económica)²⁷. Hay que tener en cuenta que socialmente se sigue siendo familia aunque este elemento de convivencia no se mantenga (es evidente que los hijos independizados siguen formando parte del núcleo familiar); ahora bien, el ordenamiento de Seguridad Social adopta este elemento de la convivencia como esencial para su configuración de la familia como fenómeno a proteger y como origen de necesidades sociales.

²⁶ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: "La protección ...", *op. cit.*, página 27.

²⁷ En este sentido la STS de 21 de enero de 2003, Ar 1989, a tenor de la cual, "cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del trabajador".

A tenor de estos elementos podríamos decir nosotros que para la Seguridad Social la familia es, en principio, el grupo humano, unido por vínculos de parentesco, siempre y cuando convivan entre sí. Ahora bien, a partir de estos dos elementos esenciales hemos de señalar como pueden modalizarse por la introducción de otras circunstancias que, a veces, pueden incidir en la configuración de la familia: sería el caso de la edad (sobre todo en el caso de los hijos, que pueden dejar de considerarse integrados en la familia cuando sobrepasen una determinada edad) o el hecho de que sobre determinados familiares pese una minusvalía.

3.2. ¿Exigencia de matrimonio para que exista familia a los efectos de protección?

Uno de los desafíos que tiene hoy día la Seguridad Social es la extensión de la protección a las parejas de hecho. La cuestión llega a ser bastante compleja, sobre todo por la carencia misma del concepto de familia. Un primer problema que se nos va a plantear es si tras la Constitución sigue vigente el concepto de familia "tradicional" o "matrimonial"; es decir, aquella que es originada por el matrimonio. Al respecto hay que tener en cuenta que la Constitución, al regular la familia en su art. 39 no se refiere a la necesidad del matrimonio²⁸; ahora bien, junto a ese precepto debemos también tener en cuenta lo dispuesto por el art. 32 de la Constitución que establece como derecho de todo ciudadano, el de contraer matrimonio. Se establece así un reconocimiento expreso por parte de la Constitución de una de las modalidades de familia: la matrimonial²⁹.

¿Supone lo anterior la necesidad de que haya matrimonio para que pueda existir una familia? Desde nuestro punto de vista la respuesta ha de ser negativa, y a ello nos conduce una interpretación conjunta de los arts. 39 y 32 de la Constitución. El hecho de que el art. 32 de la Constitución regule el derecho al matrimonio no supone, ni mucho menos, una prohibición a la existencia y licitud de otras

²⁸ De esta opinión CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general", en AA.VV., coordinados por Santiago González Ortega, "Seguridad Social y familia", La Ley e Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives, Universidad Carlos III, Madrid 1999, página 91.

²⁹ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares", La Ley-Actualidad, Madrid 1998, página 30.

vías de convivencia diferentes³⁰. De entrada el art. 39 de la Constitución al configurar a la familia no menciona en ningún momento la necesidad de matrimonio, otorgando la protección con independencia de este elemento³¹. El legislador ha reconocido el derecho a contraer matrimonio, pero en un precepto del todo diferente al art. 39, el art. 32 de la Constitución. Hay una duplicidad de preceptos de donde se deduce que el legislador, de manera consciente, los ha separado. En definitiva, de la propia regulación constitucional se deduce que familia y matrimonio son realidades diferentes³².

De otro lado podemos encontrar otro argumento diferente que avala que no es necesario la unión matrimonial para que exista la familia: el art. 39.2 de la Constitución estima que dentro del ámbito de protección de la familia se incluye la protección de los hijos, con independencia de la filiación, de que sean matrimoniales o no; es decir, a *contrario sensu* se está admitiendo la protección de las relaciones de filiación no matrimoniales. En definitiva, se admite así la familia no matrimonial, basada en una unión de hecho³³. Más aún, de dicho art. 39.2 de la Constitución puede extraerse otra conclusión relevante: al protegerse a los hijos con independencia de la existencia del matrimonio, eso supone que también se protegerá a las familias monoparentales; es decir, aquella integrada sólo por uno de los dos miembros de la pareja más uno o varios hijos³⁴.

Un tercer argumento residiría en el proceso mismo de elaboración de la Constitución. En el Anteproyecto aparecía un art. 27.1 en el que se señalaba como derecho del "hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para

³⁰ Entendemos que las otras formas de convivencia (*more uxorio*) tendrían cabida perfectamente dentro del art. 10 de la Constitución, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como podría deducirse de la STC 184/1990. En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Uniones de hecho y protección social", RL Tomo II de 1996, página 77.

³¹ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "La protección familiar ...", *op. cit.*, página 93; también BOTELLA GIMÉNEZ, A.: "La protección laboral de la familia", Universidad de Jaén, Jaén 1996, página 54.

³² De esta opinión se ha mostrado, por ejemplo, LÓPEZ TERRADA, E.: "El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos", Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 22.

³³ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "La protección familiar ...", *op. cit.*, página 93; esta misma autora en "Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares", La Ley Actualidad, Madrid 1998, página 28; también LÓPEZ TERRADA, E.: "El concepto de familia ...", *op. cit.*, páginas 21 y 22.

³⁴ LÓPEZ TERRADA, E.: "El concepto de familia ...", *op. cit.*, página 19.

crear una relación estable de familia". Es evidente que esta regulación vinculaba estrechamente matrimonio con familia. El hecho de que en el texto definitivo de la Constitución esta norma desapareciera es una prueba bastante evidente de la intención del legislador constitucional de no ceñir la familia al modelo matrimonial. Por contra, la versión definitiva de la Constitución de 1978 establece un tratamiento diferenciado, en dos preceptos separados, del matrimonio y de la familia supone una clara ruptura con el planteamiento tradicional de la familia como realidad social generada exclusivamente por el matrimonio³⁵.

De otro lado, aunque haya normas de carácter internacional de las que puede deducirse con facilidad que familia y matrimonio son elementos inseparables (sería el caso del art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³⁶), no obstante, hace incluso ya cierto tiempo que la jurisprudencia se ha mostrado contraria a esa interpretación literal, reconociendo que las uniones de hecho no pueden excluirse del concepto de familia, basándose para ello en su art. 8, sobre el respeto a la vida privada y familiar de las personas³⁷.

³⁵ En este sentido GÓMEZ, Y.: "Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978", Congreso de los Diputados, Madrid 1990, página 184; también CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares", La Ley-Actualidad, Madrid 1998, página 28.

³⁶ Concretamente este precepto señalaba que "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho". Con anterioridad podemos encontrar el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, "hombres y mujeres con suficiente edad tienen el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia", y el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en idénticos términos al anterior.

³⁷ Tempranamente, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 1979, caso Marckx, en la que se afirma (parágrafo nº 31) que "El Tribunal se muestra totalmente de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Comisión en un punto capital: que el artículo 8 no distingue entre familia legítima e ilegítima. Tal distinción, por otra parte, no sería compatible con el término «todos», lo cual a su vez debe vincularse al artículo 14, que prohíbe en el ejercicio de los derechos y libertades consagrados por el Convenio cualquier discriminación fundada en el nacimiento. Además, el Tribunal advierte que el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y su hijo como una familia más, no inferior a las otras (resolución de 15 de mayo de 1970 sobre protección social de las madres solteras y sus hijos). En idéntico sentido o la posterior Sentencia de 18 de diciembre de 1986 (caso Johnston y otros), en la que se reitera la doctrina anterior y además se señala respecto de los hijos de parejas que no han contraído matrimonio, que "entiende el Tribunal que el desenvolvimiento normal de

Para terminar, podemos señalar cómo sería también posible encontrar un anclaje constitucional al derecho a mantener uniones de hecho dentro de la propia Constitución: no faltan pronunciamientos doctrinales favorables a entender que estos otros vínculos estarían protegidos por el art. 10.1 de la Constitución³⁸, tal como ha tenido ocasión de señalar el propio TC³⁹.

En definitiva, una recta interpretación lleva a entender que hay otras realidades familiares (otras familias) distintas a las generadas por el vínculo matrimonial. La familia puede basarse tanto en un vínculo matrimonial como uno de hecho; tanto en uno como en otro caso la familia sigue siendo objeto de protección a tenor del art. 39 de la Constitución. La cuestión no presenta, desde el punto de vista jurídico, ningún tipo de dudas, habiendo sido aceptado por el Tribunal Constitucional; así se ha manifestado expresamente por la STC 222/1992⁴⁰.

3.3. Familia, Constitución y uniones entre homosexuales⁴¹

Pero el hecho de la existencia del art. 32 de la Constitución regulando el derecho a contraer matrimonio no sólo genera el problema

los lazos familiares naturales entre los dos primeros demandantes y su hija exige que se la coloque, legal y socialmente, en una situación semejante a la de un hijo legítimo" (parágrafo 74).

³⁸ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "La protección familiar ...", *op. cit.*, página 94.

³⁹ *Vid.* STC 184/1990, FJ nº 2.

⁴⁰ "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar". FJ nº 5. En el mismo sentido la STC 47/1993, FJ nº 2.

⁴¹ Hay que tener en cuenta que el problema de las parejas de homosexuales a la hora de configurar familia es distinto respecto a las uniones de hecho. Hemos de intentar evitar la confusión con el primer grupo, pues ha de observarse como en realidad en este segundo colectivo su problema tiene una raíz diferente: mientras en las parejas de hecho su situación obedece a una opción libre de evitar el matrimonio para constituir una familia; en el caso de los homosexuales es el propio ordenamiento jurídico el que no admite el matrimonio.

de si existe familia sólo cuando hay vínculo matrimonial. Plantea además otro problema, ¿el matrimonio debe ser contraído entre personas de distinto sexo? Dicho de otra manera, ¿es posible el matrimonio entre homosexuales? Al establecerse en el art. 32 que "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio ...", parece que la Constitución está distinguiendo expresamente entre contrayentes de distinto sexo. Es decir, parece que constitucionalmente no es posible el matrimonio entre homosexuales.

Ciertamente el matrimonio entre personas de distinto sexo es la forma tradicional de establecer la vida en común entre parejas. Sin embargo, el legislador español ha decidido ir más lejos, reconociendo la posibilidad del matrimonio entre homosexuales. Entendemos que a ello no se opone el art. 32 de la Constitución: dicho precepto establece el derecho fundamental a que hombres y mujeres puedan contraer matrimonio, pero no impide ni prohíbe el matrimonio entre personas de idéntico sexo. Puede decirse que el matrimonio entre homosexuales no entra dentro del derecho reconocido por la Constitución, pero es evidente que nada impide que la Ley pudiera regularlo fuera del ámbito reconocido por el art. 32.1 de la Constitución. Así ha ocurrido con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOE* de 2 de julio).

De otro lado, el hecho de que el art. 32.1 no ampare (pero tampoco impida o prohíba) el matrimonio entre personas de idéntico sexo, no implica que no haya principios constitucionales a partir de los cuales defender un anclaje constitucional. Así, podemos hablar del papel del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), o la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos (art. 9.2 de la Constitución); amén del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Desde el punto de vista de la aprobación de la Ley 13/2005 ha tenido un impacto importante en materia de protección familiar: se reconoce el derecho a contraer matrimonio entre personas de idéntico sexo; además, el matrimonio tiene los mismos requisitos y sobre todo, efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo. Hay, por lo tanto, una única institución matrimonial civil; no estamos ante un "matrimonio" diferente en caso de contrayentes homosexuales, de manera que los efectos (todos) de la institución matrimonial se predicarán también en estos supuestos. En este sentido, la Disposición Adicional primera de la

Ley 13/2005 señala que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes. No habrá, por tanto, diferencia alguna.

Pensemos en las consecuencias de esta regulación respecto de la Seguridad Social: antes hemos comentado como hay prestaciones en las que se exige tener un estado civil, el ejemplo más claro es la pensión de viudedad. Hasta este momento los homosexuales, aun viviendo como pareja no podían acceder a tales prestaciones, pues no podían acceder al estado civil de viudo o viuda, pues no había posibilidad alguna de vínculo matrimonial. Con la nueva regulación es factible que haya matrimonio, luego en caso de fallecimiento habrá un viudo o viuda, pudiendo acceder a la pensión de viudedad si cumple con el resto de requisitos. No hace falta que esta posibilidad se recoja expresamente en la regulación de Seguridad Social, basta con la nueva redacción del art. 44 del Código Civil o con la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005.

De otro lado, la aprobación de la regulación legal del matrimonio entre homosexuales nos plantea una duda de interés: recordemos que la Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (*BOE* de 20 de julio), establece que aquellos que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente (al no haberse podido divorciar, por impedirle la regulación anterior), pero hubieran convivido de hecho, falleciendo uno de los dos miembros antes de la Ley 30/1981, tendrían sin embargo derecho a la pensión de viudedad. ¿Es posible aplicar análogamente una solución similar ante el hecho de la aprobación de la Ley 13/2005; de manera que aquellos que habiendo convivido no hayan podido contraer matrimonio por fallecer uno de los dos justo antes de la entrada en vigor de la Ley, tengan, sin embargo, derecho a la prestación? La cuestión es dudosa, sobre todo por el hecho de que a diferencia de la Ley 30/1981, no existe una norma que prevea expresamente esta cuestión⁴².

⁴² Sobre esta posibilidad *vid.* GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: "Pensión de viudedad y matrimonio entre personas del mismo sexo", en AA.VV., "Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades", Laborum y Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia 2005, página 294.

Otro obstáculo podría venir del art. 39 de la Constitución. Tradicionalmente la definición de familia se caracterizaba no sólo por la unión matrimonial, sino por la existencia de descendencia, o al menos, por que dicho vínculo tenía como objetivo la consecución de esa descendencia. Es decir, para que existiese familia era necesaria la presencia de hijos. Curiosamente a esta conclusión anima el art. 39 de la Constitución, pues, de un lado, establece como principal contenido la necesidad de proteger a los hijos, así como la protección misma de la maternidad. Estimo que la exigencia de que haya descendencia para que tengamos una unidad familiar no es sino una consecuencia de la consideración tradicional de familia, en la que dicha institución unía aspectos como el matrimonio, la sexualidad lícita y la procreación, como parte de una única realidad.

Desde mi punto de vista, aunque el art. 39 otorgue una posición de enorme relevancia a los hijos dentro de la familia, esto no supone que sea imprescindible la presencia de los hijos para la existencia de una familia: hay familia tanto si los cónyuges tienen hijos como si no tienen descendencia. Estimo que no hay especiales problemas en afirmar la existencia de familia cuando sólo hay cónyuges que aún no tienen descendencia; es decir, cuando hay vínculo matrimonial. En este sentido hemos de destacar como la STC 222/1992, al analizar la constitucionalidad de la reserva en exclusiva a la familia matrimonial del derecho de subrogación en los arrendamientos urbanos, estimó que "en el concepto constitucional de «familia» entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz «familia», en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia"⁴³.

No obstante hemos de señalar como entre la doctrina laboral la cuestión no es precisamente clara⁴⁴.

⁴³ FJ n° 4.

⁴⁴ En este sentido ARGÜELLES BLANCO, A.R., quien tras afirmar que "puede afirmarse sin lugar a error que, desde el punto de vista constitucional, la existencia de hijos es el elemento clave para definir a la familia", inmediatamente corrige esta primera opinión, señalando que "No obstante ... no excluye necesariamente que a

3.4 ¿Existe un contenido constitucional de la protección familiar?

El punto de partida es reconocer que constitucionalmente se establece un reconocimiento constitucional expreso de la necesidad de que los poderes públicos, fundamentalmente a través del ordenamiento jurídico, establezcan mecanismos de protección de la familia. Ahora bien, ¿cómo ha de producirse esa tutela normativa a dicha institución? El art. 39 no establece ni contiene una regulación específica del contenido de esa protección. Solamente hay una referencia más expresa a la obligación de los padres (y madres) de prestar asistencia de todo orden a los hijos matrimoniales o no, cuestión esta vinculada a los derechos alimentarios de carácter civil⁴⁵. A partir de aquí los poderes públicos han de establecer las vías oportunas para proveer cobertura a las necesidades de carácter familiar. En principio hay que pensar en necesidades de carácter básico, ya sean de carácter puramente económicas (originadas por la existencia misma de responsabilidades familiares que genera la necesidad de ingresos económicos para paliarlas), sanitarias, alimenticias, educación o vivienda. Y ante este panorama es evidente que la Seguridad Social puede y debe tener un importante papel.

En este sentido se hace necesario conectar el art. 39 de la Constitución con el 41 del mismo texto constitucional, a tenor del cual los poderes públicos han de mantener un régimen público de Seguridad Social a través del cual otorgar la asistencia y prestaciones ante las situaciones de necesidad. Se hace así necesario señalar la existencia de situaciones de necesidad de carácter familiar, existiendo ámbitos bastante obvios para la actuación del sistema de Seguridad Social, que podrían deducirse fundamentalmente del art.

muchos efectos sea posible, e incluso conveniente, utilizar un concepto más amplio de la institución, en el que quepa también el matrimonio sin hijos ni familiares a cargo". "La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral", Tirant lo Blanch, Valencia 1998, páginas 18 y 19. De igual modo CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "(...) si entendemos que desde el punto de vista constitucional la existencia de hijos es un condicionante para que se reconozca la existencia de familia en los casos de uniones de hecho, las uniones de homosexuales en ningún caso serán familia y por lo tanto en ningún caso pueden pretender disfrutar de ninguna medida de protección a la familia", "Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares", *op. cit.*, página 29.

⁴⁵ ALMANSA PASTOR, J.M.: "La reforma de la protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social", RSS n° 9 (1981), página 67.

39.2 de la Constitución: la protección de las necesidades generadas por las cargas familiares (básicamente, aquellas generadas por los hijos a cargo), cuestión que se traduce en mecanismos de carácter fundamentalmente económico; así como la protección del fenómeno de la maternidad, sobre todo a través de prestaciones sanitarias en especie, aunque también a través de prestaciones de carácter económico. En todo caso no son estos los únicos mecanismos prestaciones que de una u otra manera podrían satisfacer necesidades familiares, pensemos por ejemplo en el art. 50 sobre protección por parte de los poderes públicos de los ciudadanos de la tercera edad "con independencia de las obligaciones familiares"; también el derecho a la protección de la salud del art. 43 de la Constitución.

Una forma de delimitar el contenido de las medidas de protección es analizar el contenido de la normativa internacional. Al respecto tiene especial importancia el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a tenor del cual se reconoce que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure a él y a su familia "la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales". Además, dicho precepto se fija en su apartado segundo en los niños como objeto de protección, señalando que la "maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social". De otro lado el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que la familia "es el elemento natural y fundamental de la sociedad", razón por la que se debe facilitar "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo". Dicho precepto también se preocupa de la protección de la maternidad, de manera que las madres deben configurarse como objeto de especial protección "durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de Seguridad Social"; reclamándose para terminar la adopción de medidas especiales de protección a favor de los niños y adolescentes, con independencia de la filiación o de cualquier otra condición. Es evidente como el tenor de esta norma nos planea la necesidad de desarrollar prestaciones por hijos a cargo y de maternidad.

Desde una perspectiva propia de Seguridad Social hemos de acudir al Convenio n° 102 OIT sobre norma mínima de Seguridad

Social, dentro del cual se recoge como una de las prestaciones mínimas de los sistemas de Seguridad Social a las destinadas a la protección de la familia. Concretamente el art. 39 señala que los Estados Miembros del mismo para los que esté en vigor esta parte del Convenio "deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares de conformidad con los artículos siguientes de esta parte". Concretamente el Convenio establece como contingencia cubierta la de tener hijos a cargo, lo que en nuestro ordenamiento da origen a la prestación por hijos a cargo (art. 40), fijándose su regulación mínima en los artículos siguientes. Por otra parte esta regulación internacional también regula las prestaciones por maternidad (Parte VIII, arts. 46 y SS.), incluyéndose dentro de la contingencia cubierta el embarazo, el parto y sus consecuencias; abarcando las prestaciones tanto a la asistencia médica como la suspensión de ganancias durante dichos períodos.

En cuanto a la regulación comunitaria, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por la Constitución Europea, concretamente los arts. II-93 y II-94 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que ofrecen un cierto ámbito de protección en relación a la protección familiar.

En realidad, hay que afirmar que esta Constitución tampoco contiene una delimitación sobre qué hemos de entender por familia, por lo que esta regulación tampoco puede utilizarse para delimitar qué ha de entenderse por familia⁴⁶. De otro lado, en cuanto al contenido

⁴⁶ Si es posible encontrar alguna referencia entre el derecho derivado, si bien se establecen diferentes planteamientos. Por ejemplo, el Reglamento 1612/68, sobre libertad de circulación señala en su artículo 10.1 que con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro (reagrupación familiar): a) su cónyuge y descendientes menores de veintidós años o a su cargo; b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. Además, a tenor del art. 10.2 del citado Reglamento, los Estados miembros deben favorecer la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el art. 10.1. A tenor de esta regulación podemos extraer la conclusión de que no se opta por una delimitación de familia nuclear, sino más amplia. Sin embargo, el art. 11 al regular el derecho de los familiares del trabajador nacional de un Estado miembro, que ejerce su actividad en otro Estado miembro, a desarrollar una actividad por cuenta ajena, lo limita a su cónyuge y a los hijos menores de 21 años que además estén a su cargo. En este caso es evidente que se establece una delimitación de familia mucho más estricta. Otra visión de la misma cuestión la encontramos en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de extracomunitarios. El art. 4 de esta Directiva se especifican cuales son los sujetos inte-

de la protección el art. II-93 es tremendamente amplio y genérico, pues se habla de garantía de protección de la familia, "en los planos jurídico, económico y social". No se establece, por tanto, cuál ha de ser el contenido de dicha acción protectora, limitándose a dar tan sólo una visión muy general. Ahora bien, puede señalarse que hay un especial interés por la protección de la maternidad. El apartado segundo del art. II-93, dedicado a la conciliación de la vida familiar y profesional, establece que se tendrá derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño (se equipara así la filiación biológica con la adoptiva). Ciertamente esta norma está mucho más orientada a la protección en el ámbito estrictamente laboral, pues está planteando el derecho a permisos por maternidad o paternidad; es decir, al cese en el desarrollo de la prestación de trabajo de la trabajadora o el trabajador cuando tengan descendencia. Ahora bien, ese permiso ha de ser "pagado"; y es aquí donde entra en juego el sistema de protección social.

También desde el punto de vista de la protección por maternidad, hemos de señalar que del art. II-95 sobre protección de la salud, en conexión con el art. II-94.1 que establece la protección por maternidad, puede deducirse la necesidad de otorgar la protección de asistencia sanitaria en casos de maternidad. Dicha protección no sólo alcanzará a la madre durante todo el proceso de embarazo, parto y puerperio; sino que como es lógico debe alcanzar también a los hijos (sin que pueda establecerse distinción alguna por razón de la existencia de relación familiar matrimonial o no,

grantes de la familia que se benefician de la reagrupación, optando por una familia de tipo nuclear, incluyendo al cónyuge y a los hijos menores de edad. Más concretamente el art. 4 habla del cónyuge del reagrupante y de los hijos de ambos, o bien los hijos exclusivos del reagrupante o del cónyuge (el término hijo incluye a los biológicos y a los adoptados). En todo caso los hijos han de ser menores de edad y no estar casados. No obstante la delimitación anterior los Estados miembros pueden ampliar el ámbito de reagrupación a los siguientes sujetos: *a*) ascendientes en línea directa y primer grado del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo, y carezcan de apoyo familiar en el país de origen; *b*) los hijos mayores de edad solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando debido a su estado de salud no pueden proveer a sus propias necesidades; *c*) la pareja no casada que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, lo cual podrá cumplirse a través de los registros que al efecto se hayan establecido en los terceros países; *d*) de igual modo se permite la reagrupación de los hijos menores no casados incluido los adoptados de estas personas, así como los mayores solteros que cumplan los requisitos señalados antes.

en base a lo dispuestos por el art. II-81 sobre prohibición de la discriminación, en especial por razón de nacimiento), tal como se deduciría de la conexión de esta regulación con el art. II-84.1 sobre derechos del menor.

4. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA REGULACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

4.1 Fundamento de la protección de Seguridad Social a la familia

Para responder a esta cuestión podemos acudir a uno de los autores clásicos de Seguridad Social, Paul Durand, cuando al analizar uno de los conceptos básicos de la estructura de protección del sistema, el de riesgo social, señala que si bien normalmente cuando pensamos en ellos solemos plantearnos situaciones de carácter infortunado (accidente, enfermedad, muerte, pérdida del trabajo); no obstante, dentro del concepto de riesgo social también se incluyen situaciones venturosas, tales como el nacimiento de hijos, o el hecho de contraer matrimonio⁴⁷. Es decir, entre los riesgos sociales se incluyen también situaciones generadas por necesidades de carácter familiar; es por ello por lo que resulta legítimo ligar las necesidades familiares a la Seguridad Social. En este sentido podemos señalar como ya Beveridge afirmaba que cualquier sistema de Seguridad Social debía estar basado entre otras premisas básicas en la protección de los niños⁴⁸. En definitiva, hay que destacar la existencia de ciertos riesgos sociales que pueden generar situaciones de necesidad, entre los que existen algunos de carácter claramente familiar, los cuales son atendidos por nuestro sistema de Seguridad Social⁴⁹.

⁴⁷ "La política contemporánea de Seguridad Social", MTSS 1991, página 55.

⁴⁸ Afirmaba que "ningún sistema satisfactorio de Seguridad Social puede ser elaborado si no es sobre las premisas siguientes (...) (a) Asignaciones por niños, para niños hasta la edad de 15 años, o hasta la edad de 16 si emplean todo su tiempo en educación". "El seguro social y sus servicios conexos", Editorial Ius, México 1946, página 153.

⁴⁹ Al respecto el propio BEVERIDGE, W., distinguía entre necesidades matrimoniales de la mujer (entre las que se incluían a necesidades derivadas del hecho de contraer matrimonio, la maternidad, la interrupción o cese de ganancia del marido por desempleo, invalidez o retiro, la viudedad, la separación o la incapacidad para las tareas del hogar) y la niñez. *Op. cit.*, página 158.

Pero, ¿por qué las necesidades familiares pueden configurarse como un riesgo social?; ¿qué hay de relevante en las necesidades de carácter familiar para que sean tenidas en cuenta a la hora de considerarlas como riesgo social? La respuesta la encontramos en la aparición de responsabilidades familiares; entendidas como la necesidad de tener que dedicar una parte sustancial del tiempo en otorgar cuidados a un familiar. El surgimiento de estas responsabilidades supone una carga económica para la familia: el nacimiento de hijos, o el hecho de tener que ocuparse de otros familiares supone un incremento de los gastos (por ejemplo en el caso de nacimiento de hijos), o una reducción de los ingresos, pues pueden provocar que integrantes de la unidad familiar que aportan ingresos deban cesar en el desarrollo de la prestación de trabajo para pasar a ocuparse de tales responsabilidades familiares⁵⁰. La carga familiar puede definirse, por tanto, como el incremento de gastos o la incapacidad de ganancia derivadas de la existencia de responsabilidades familiares⁵¹. Desde nuestro punto de vista la prestación familiar no debe ser confundida con las prestaciones sustitutivas del salario; pues no es el objetivo de la misma aportar una renta de sustitución, sino facilitar a los cabezas de familia una compensación derivada del hecho de que normalmente los salarios no contemplan la presencia de responsabilidades familiares, pagándose al trabajador con independencia de las mismas⁵².

En definitiva, la existencia de cargas familiares implica una disminución del nivel de vida de la familia, motivado por el incremento de gastos o la disminución de las rentas familiares⁵³. La intervención por parte de la Seguridad Social nace ante la desproporción entre las necesidades y los recursos familiares. Se trata de establecer mecanismos de compensación pública ante la existencia de cargas familiares.

⁵⁰ En este sentido VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Las prestaciones familiares tienen su origen y fundamento último en la atención de las necesidades que surgen del exceso de gastos que lleva aparejado el nacimiento y cuidado de hijos, susceptible además de ir acompañado del defecto de ingresos que idéntica situación puede provocar en los progenitores, como consecuencia de su propensión a abandonar por tal motivo, y aunque sea temporalmente, la actividad profesional; decisión esta que, como se sabe, afecta de manera casi exclusiva en nuestro contexto a las mujeres trabajadoras". "Las prestaciones familiares", *op. cit.*, página 541.

⁵¹ Sobre esta cuestión PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones familiares ...", *op. cit.*, página 14.

⁵² PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones familiares ...", *op. cit.*, página 14.

⁵³ En este sentido DURAND, P.: "La política contemporánea de Seguridad Social", *op. cit.*, páginas 58 y 144.

Dichas cargas generan una importante desigualdad en términos económicos entre familias con hijos y los que no los tienen, de manera que a igualdad de renta global, disminuye la renta *per capita*, lo que repercute sobre las oportunidades sociales (pensemos simplemente en el hecho de que los que más hijos tienen, al tener menos renta no podrán facilitarles una mejor educación, por lo que disminuirán sus oportunidades futuras)⁵⁴. Es por ello que, por simples motivos de justicia social, está justificada la intervención del sistema de Seguridad Social a través de las prestaciones de carácter familiar.

Además, desde el punto de vista del sostenimiento del sistema financiero de la Seguridad Social, parece conveniente compensar a las familias. No olvidemos que nuestro sistema de Seguridad Social se basa en el principio de reparto. Es decir, cada generación aporta sus recursos para satisfacer las necesidades de la anterior. Esto supone que aquellas familias con hijos no sólo sufren una actual disminución de renta; además aportan un beneficio a la sociedad, pues sus hijos serán los que financien las prestaciones de la generación anterior. Desde este punto de vista las personas sin hijos no sólo disfrutaban de rentas superiores durante su vida activa, sino que al acceder a la situación pasiva se beneficiarán de los ingresos generados a la Seguridad Social por los hijos de otras familias. Desde este punto de vista se hace indispensable la compensación social de esta situación⁵⁵.

Por otra parte, aquellas familias con hijos suponen también un ahorro indirecto a la Seguridad Social, pues a mayor número de hijos, hay más posibilidades de que la familia pueda otorgar los cuidados necesarios a los progenitores durante su vejez, liberando así a la Seguridad Social de que sea ella quien los otorgue⁵⁶. Se trata en este caso de reconocer que la familia descarga al Estado de importantes costes de protección social⁵⁷, siendo socialmente justo reconocer y recompensar a las familias por el desarrollo de tales actuaciones.

En definitiva, el fundamento o causa de las prestaciones familiares reside en la pretensión de compensar las cargas derivadas de

⁵⁴ En este sentido GONZALO GONZÁLEZ, B., que estima que uno de los objetivos de la protección otorgada por la regulación es "el de reducir en lo posible la falta de igualdad de oportunidades de los niños (debida en gran parte a diferencias en los recursos económicos de que disponen las respectivas familias)". "Familia y Seguridad Social hoy en España", *Tribuna Social* n° 90, página 8.

⁵⁵ Sobre la cuestión *vid.* IGLESIAS DE USSEL, J.: *Op. cit.*, página 226.

⁵⁶ IGLESIAS DE USSEL, J.: *Op. cit.*, página 226.

⁵⁷ En este sentido MALDONADO MOLINA, J.A.: "El seguro de dependencia ...", *op. cit.*, página 60.

las responsabilidades familiares (normalmente derivadas del nacimiento y crianza de los hijos); cargas que desde el punto de vista del sistema de Seguridad Social se consideran socialmente útiles o beneficiosas para la comunidad. Desde este punto de vista las prestaciones familiares se configuran como la remuneración que la sociedad está dispuesta a pagar para recompensar a las familias que se hacen cargo de las responsabilidades familiares⁵⁸.

4.2. Valoración general negativa de la protección familiar

Ciertamente la protección que en nuestro país se otorga a las familias es tremendamente reducida. Así, en primer lugar, tan sólo se protege una concreta carga familiar, la generada por los hijos. En este sentido, bajo la denominación estricta de prestaciones familiares tan sólo se cuenta con las prestaciones por hijo a cargo, a las que sólo recientemente se ha añadido la protección por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple. La lógica de esta prestación consiste en que el hecho de tener hijos a cargo no debe suponer una disminución de la renta y del nivel de vida de una familia, de modo que a través de la prestación de Seguridad Social debe facilitarse un mínimo de renta⁵⁹.

Esto supone que la actual regulación de nuestro sistema de Seguridad Social elude el establecimiento de prestaciones familiares diferentes, con las que se cubran otros tipos de cargas familiares. La cuestión es, a nuestro juicio, criticable, pues es perfectamente detectable cómo existen situaciones de necesidad generadas por las cargas familiares que derivan de otros familiares (pensemos, por ejemplo, en los mayores)⁶⁰. En el sentido de tener en cuenta estas otras cargas familiares hemos de recordar lo señalado por la Resolución sobre Comunicación de la Comisión Europea "Modernización y mejora de la Protección Social en la Unión Europea", en la que se destacaba la

⁵⁸ LABORDE, J.P.: "Las prestaciones familiares en Derecho Francés: noción y tipologías", en AA.VV., "Seguridad Social y familia", *op. cit.*, página 60.

⁵⁹ En este sentido BUYSE, A.M.: "Convergencia de los sistemas de protección social...", *op. cit.*, página 125.

⁶⁰ Pueden verse los comentarios críticos de VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., quien estima que "en una inicial aproximación, puede resultar criticable esta primera limitación del objeto de las prestaciones familiares, que, por lo demás, contrasta con situaciones precedentes que reconocían las asignaciones por matrimonio, por nacimiento de cada hijo, así como la asignación mensual por esposa o, excepcionalmente, por marido". "Las prestaciones familiares", *op. cit.*, página 542.

necesidad de que los regímenes de protección social de los países miembros de la Unión deben contemplar y reconocer los años dedicados no sólo a la educación de los hijos, sino también al cuidado de ascendientes de edad avanzada; de manera que pese al cese en el trabajo no suponga la paralización de la carrera de seguro⁶¹.

De otro lado, las limitaciones de la protección familiar que otorga nuestra regulación, se acentúan si señalamos otro de los principales defectos de la misma: su escasa, por no decir ridícula, cuantía. En realidad esta ha sido una de las características tradicionales de nuestro sistema de protección familiar; así, era opinión común subrayar la escasa cuantía de tales prestaciones⁶². Bien puede decirse que la protección familiar es el pariente pobre dentro de la acción protectora de la Seguridad Social. Basta simplemente repasar cuál ha sido la cuantía anual de estas prestaciones en los últimos cinco años (la cifra de la cuantía las damos sólo en euros para simplificar):

Prestación familia	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Menores de 18	291,01	291,01	291,01	291,01	291,01	291,01
Menores de 18 con minusvalía igual o superior al 33%	581,66	581,66	581,66	581,66	581,66	581,66
Mayores de 18 con minusvalía igual o superior al 65%	2.932,82	3.012	3.129,48	3.129,48	3.217,08	3.378
Mayores de 18 con minusvalía igual o superior al 75%	4.188,45	4.399,41	4.518	4.694,28	4.825,68	5.067

⁶¹ Sobre esta cuestión SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español", Laborum, Murcia 1998, páginas 172 y 173.

⁶² Podemos ver esta opinión en GONZÁLEZ SANCHO, E., quien no sólo resalta la escasa cuantía, durante años totalmente congelada, de estas prestaciones en nuestro país; sino que además realizaba la comparación con el resto de países de la CEE, destacando las enormes diferencias de las cuantías mensuales y sobre todo la escandalosa distancia entre España y esos países en cuanto al porcentaje del gasto social dedicado a la familia. "Apuntes sobre la situación de la protección a la familia en España en 1989 y sobre la conveniencia de mejorarla", Documentación Laboral n° 29 (1989).

Como bien puede observarse en las cifras anteriores es evidente que el importe de esta prestación es, como punto de partida, bastante reducido, sobre todo es especialmente llamativa la cuantía "básica" de la prestación por hijo a cargo; es decir, aquella en la que se abona por tener simplemente a cargo a hijos de menos de 18 años. De otro lado, se observa como esta suma ha permanecido estancada durante los últimos años, sin que haya habido incremento de la misma. Podemos aplicar aquí la misma crítica que se había venido resaltando bajo el anterior régimen jurídico de las prestaciones familiares: que se trata de prestaciones fosilizadas⁶³. Tan sólo en caso de prestaciones por hijos a cargo con minusvalía; y además con minusvalía de relevancia (igual o superior al 65 %) se incrementa la cuantía de estas prestaciones, si bien la misma sigue sin alcanzar unas cotas que pueden ser consideradas como mínimamente suficientes.

La cuestión es incluso paradójica, pues en los tiempos en los que vivimos se observa como a nivel político la familia es un ámbito al que se le otorga una enorme importancia. Sin embargo, esta realidad contrasta absolutamente con el hecho de que no exista una verdadera política de familia, lo cual se plasma en Seguridad Social en unos niveles económicos de protección prácticamente ridículos, en los que desde luego las cargas familiares no son mínimamente compensadas⁶⁴. En conclusión, bien podemos decir que, de conformidad a las críticas antes señaladas, la protección familiar es uno de los aspectos más débiles del Estado del bienestar⁶⁵.

En buena medida esta situación es consecuencia del rechazo a los planeamientos de la política de protección familiar preconstitucional. Ciertamente durante esa etapa histórica la política familiar incidía en determinados aspectos (fundamentalmente en hacer recaer sobre la mujer las responsabilidades familiares, incidiendo en su permanencia en el hogar, o considerar la fecundi-

página 88. En la misma dirección PEREDA MATEOS, A.: "Asignaciones familiares: racionalización y reforma", PEE n° 12-13, página 336; igualmente BOTELLA GIMÉNEZ, A.: "La protección laboral ...", *op. cit.*, páginas 54 y 55; también ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: La protección familiar del trabajador, Temas Laborales n° 72 (2003), página 71.

⁶³ GONZÁLEZ SANCHO, E.: "Apuntes sobre la situación ...", *op. cit.*, página 97.

⁶⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Las prestaciones familiares", *op. cit.*, página 539.

⁶⁵ En este sentido podemos ver la opinión de GARCÍA ROMERO, B.: "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social", AS Tomo V de 2000, página 795.

dad familiar como bien esencial) que hoy día son ampliamente rechazados⁶⁶. Ahora bien, el hecho de la existencia de políticas históricas, ya sobrepasadas, no puede suponer el abandono de las políticas de protección familiar.

Más recientemente podemos señalar como tampoco la protección familiar ha recibido especial atención a través del Pacto de Toledo. Este documento no dedica la más mínima atención a la protección familiar en sentido estricto⁶⁷. Tan sólo puede señalarse como hay un especial interés por la protección de la maternidad, desde el punto de vista del establecimiento de medidas dirigidas a favorecer el incremento de la natalidad, todo ello desde el punto de vista de los efectos positivos que para la Seguridad Social tiene el contar con una demografía sana. Se trata, por tanto de una alusión a la necesidad de establecer una política natalista⁶⁸.

En todo caso, pese a que la situación actual de la protección familiar sea francamente débil en nuestro país, pueden observarse como se han producido algunos indicios que apuntan hacia una pequeña, yo diría que leve, recuperación de las prestaciones familiares. Es evidente en materia de maternidad, prestación en la que desde la separación formal de la prestación de incapacidad temporal se ha producido una notable mejora de la protección, no sólo en su cuantía sino también en el hecho de que se facilite enormemente el acceso a los padres a esta prestación y que se haya producido una práctica equiparación entre maternidad biológica y la adopción y el acogimiento. A esa prestación de maternidad se ha añadido la protección por riesgo durante el embarazo, a través de la cual se incrementan las diferencias con la incapacidad temporal. De otro lado se han introducido nuevas prestaciones familiares en sentido estricto a través del RD-Ley 1/2000, si bien cuentan con los mismos proble-

⁶⁶ Sobre esta cuestión *vid.* GONZÁLEZ SANCHO, E.: "Apuntes sobre la situación ...", *op. cit.*, páginas 97 y 98.

⁶⁷ Pueden verse las críticas a esta situación en GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Familia y Seguridad Social hoy en España", Tribuna Social n° 90, página 7. Tampoco ha sido objeto de desarrollo ni reflexión la protección familiar por parte de la Comisión para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. El informe elaborado por dicha Comisión sobre el mismo no ofrece reflexiones de interés sobre la protección familiar; en este sentido, *vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L.: "La «revisión» del Pacto de Toledo", Temas Laborales n° 73, página 170.

⁶⁸ IGLESIAS DE USSEL, J.: *Op. cit.*, páginas 234 y 235.

mas de limitación en su cuantía que el resto de las prestaciones familiares⁶⁹.

4.3. Protección familiar directa e indirecta

Junto a las prestaciones familiares en sentido estricto es posible encontrar otras prestaciones dentro del ámbito de la acción protectora de Seguridad Social que de una u otra manera se refieren a la familia, ya sea para proteger alguno de sus miembros, tal como ocurre con las prestaciones de muerte y supervivencia (viudedad, orfandad o las prestaciones en favor de otros familiares); o prestaciones que tienen en cuenta las responsabilidades familiares a la hora de regular el acceso al derecho a la misma o en el momento del cálculo de la cuantía (por ejemplo, en el caso del desempleo en sus niveles contributivo y asistencial). Desde este punto de vista podemos señalar como hay sectores doctrinales que optan por un concepto amplio o flexible de prestación familiar, que supera el simple ámbito de las prestaciones por hijo a cargo. Se habla así de prestaciones familiares respecto de todas aquellas que tienen como beneficiarios a los integrantes del núcleo familiar⁷⁰.

Estimo que existen dos niveles diferentes en la protección familiar, que podemos calificar de protección familiar directa y protección familiar indirecta⁷¹. En cuanto al primer nivel, integra las prestaciones familiares en sentido estricto, las que están mencionadas bajo esta consideración específica por el art. 38.1 d) TRLGSS y que se desarrollan legalmente a través del Capítulo IX del Título II del TRLGSS. En estas prestaciones familiares directas se pretende esta-

⁶⁹ En este sentido podemos encontrar a algún autor que habla de proceso de rearme en el ámbito de la protección familiar, así MALDONADO MOLINA, J.A.: "La nueva protección por nacimiento", *Temas Laborales* n° 66, páginas 276 y 277.

⁷⁰ En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., para quien el "concepto amplio de prestación familiar, que podrá ser discutido pero que no carece de fundamento lógico, desborda la prevista exclusivamente por hijo a cargo para abarcar todas las que tienen como beneficiarios los integrantes del núcleo de convivencia unidos por determinados vínculos de parentesco e, incluso, los asimilados a ellos". "La prestación en favor de otros familiares", en AA.VV., "Seguridad Social y familia", La Ley e Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives, Universidad Carlos III, Madrid 1999, página 157.

⁷¹ Podemos encontrar esta denominación en BOTELLA GIMÉNEZ, A.: "La protección laboral ...", *op. cit.*, página 118; en el mismo sentido GARCÍA ROMERO, B.: "La protección familiar ...", *op. cit.*, páginas 794 y 795.

blecer mecanismos de protección dirigidas a compensar a las familias de las necesidades que surgen ante las cargas que ella genera. Tal como hemos mencionado dentro de esta consideración estaríamos hablando de las prestaciones por hijo a cargo como las que en la actualidad otorga nuestro ordenamiento. No es descartable, sin embargo, que el futuro puedan ampliarse estas prestaciones a las necesidades generadas por otras cargas familiares, fundamentalmente en las situaciones de dependencia.

A través de estas prestaciones directas se están protegiendo las cargas familiares; es decir, el exceso de gastos o la disminución de rentas provocadas por la necesidad de atender responsabilidades de orden familiar. Este hecho de proteger las cargas familiares tiene una importante utilidad desde el punto de vista conceptual, pues es el elemento que nos va a permitir diferenciar entre aquellas prestaciones que son familiares en sentido estricto, y aquellas otras en las que el objeto de protección es distinto, aunque indirectamente también se beneficia a la familia⁷².

En cuanto a las prestaciones familiares indirectas, en estos casos estamos refiriéndonos a prestaciones cuyo objeto de protección no es en realidad la familia, pues la situación de necesidad no es generada por la propia familia, por el incremento de las responsabilidades familiares, sino por circunstancias ajenas a la misma. Por ejemplo, pensemos que en las prestaciones de muerte y supervivencia la contingencia cubierta hace referencia a la pérdida de medios económicos a consecuencia de la muerte del causante. Ahora bien, estas situaciones pueden repercutir sobre la familia al generar situaciones de necesidad económica; de ahí que tales prestaciones impliquen también que las rentas que se otorguen, aunque no estén basadas en la existencia de cargas familiares, aprovechan a la familia.

Desde este punto de vista hemos de plantearnos también la calificación como prestaciones familiares o no de otras prestaciones a las que hemos hecho referencia con anterioridad. En primer lugar las prestaciones por maternidad o riesgo durante el embarazo; pero también hemos de referirnos a las prestaciones por desempleo.

⁷² Estimamos que este criterio de considerar como la base de la distinción a la existencia de cargas de origen familiar es un criterio mucho más eficiente que el adoptado por otros sistemas jurídicos, en los que la clave para estimar que existe o no un prestación familiar reside en si el abono de la prestación se produce a través de cajas de asignación familiar. En este sentido LABORDE, J.P.: "Las prestaciones familiares ...", *op. cit.*, página 58.

En cuanto a las primeras, maternidad y riesgo durante el embarazo, soy partidario de entender que se trata de auténticas prestaciones de carácter familiar. Para llegar a esta conclusión hemos de tener en cuenta en primer lugar la separación respecto de la prestación de incapacidad temporal, lo cual ha ayudado enormemente a delimitar el verdadero sentido y objetivo de estas prestaciones. Además, estamos ante prestaciones a través de las cuales se pretende facilitar una renta económica durante períodos de tiempo en los que los trabajadores cesan en el trabajo para hacer frente a responsabilidades de orden familiar, estamos ante auténticas cargas: la trabajadora o el trabajador cesan en la prestación de trabajo, dejando de percibir su salario; además, el nacimiento del hijo supone un incremento de los gastos económicos que deben soportarse.

En cuanto a la prestación por riesgo durante el embarazo, aunque aún no ha nacido el hijo, la suspensión del contrato de trabajo tiene como objetivo su protección, y genera la paralización de la prestación y del abono del salario. En definitiva, cuando hablamos de la prestación por riesgo durante el embarazo, también estamos ante una situación que genera una carga de carácter familiar, si bien con la peculiaridad de que el hijo aún no ha nacido.

También entendemos que estamos ante una prestación familiar cuando nos referimos a la asistencia sanitaria en favor de los familiares del trabajador. Hemos de tener en cuenta que en la actualidad hay una importante tendencia a universalizar la prestación de asistencia sanitaria, de modo que cada uno de los ciudadanos sea titular independiente de esta prestación. No obstante, este es un objetivo aún no logrado, de modo que aún hoy podemos decir que la asistencia sanitaria es una prestación que se otorga dentro de la acción protectora de la Seguridad Social a aquellos que son trabajadores, ampliándose el ámbito de protección también a sus familiares, de modo que estos son beneficiarios indirectos de la misma⁷³. Desde este punto de vista, al estimar que los familiares son titulares, pero a través de un titular principal (cónyuge o progenitor normalmente), es evidente que estamos ante una prestación familiar pues se protege a las personas a cargo del trabajador⁷⁴.

⁷³ Sobre esta cuestión *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La prestación de asistencia sanitaria", en AA.VV., "Sistema de Seguridad Social", Tecnos, Madrid 2003, página 244.

⁷⁴ Sobre esta cuestión *vid.* VANSTEENKISTE, S.: "La protección familiar en la Seguridad Social Belga", en AA.VV., "Seguridad Social y familia", *op. cit.*, página 71.

Quedaría una última cuestión a dilucidar, la relativa a la prestación de desempleo. Recordemos como existen diferentes preceptos que en materia de desempleo se refieren a las responsabilidades familiares. En primer lugar, el art. 211.3 TRLGSS, que prevé la elevación del tope máximo del 170% del SMI o del mínimo del 75% del SMI en la cuantía de la prestación contributiva. Junto a él contamos también con referencias en el nivel asistencial, que establece dos situaciones en las que se regulan el acceso al subsidio por desempleo en función de la existencia de responsabilidades familiares (art. 215.1 regla primera letra a) y regla segunda letra a) TRLGSS). Así, generan derecho a esta prestación los parados que hayan agotado una prestación de desempleo contributiva, y que figuren inscritos como demandantes de empleo al menos durante un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada o sin negarse a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, que carezcan de rentas superiores al 75% SMI excluida la parte proporcional de las pagas extras, cuando tengan responsabilidades familiares. También generan derecho al subsidio asistencial los parados que no hayan tenido derecho a la prestación contributiva por falta de período de carencia, pero que al menos hayan cotizado 3 meses, siempre que tengan responsabilidades familiares.

De otro lado, la existencia de responsabilidades familiares también sirve a los efectos de la duración del subsidio; así ocurre en el caso de los perceptores del subsidio "contributivo" regulado en el art. 215.1 2) LGSS, tal como ordena el art. 216.1 2) letra a de la LGSS. Por último, a tenor del art. 217 LGSS, también incide en el cálculo de la cuantía del subsidio.

Desde mi punto de vista toda esta regulación de la prestación de desempleo está orientada no a satisfacer necesidades derivadas de cargas de origen familiar, sino a utilizar la existencia de cargas familiares bien como requisito para el acceso a determinadas prestaciones asistenciales, y sobre todo como elemento de cálculo de la cuantía de determinadas prestaciones. Cabe concluir, por tanto, que en estos casos de prestaciones por desempleo no estamos desde luego ante prestaciones de carácter familiar.

5. LAS REFORMA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES POR LA LEY 52/2003

De entre los distintos mecanismos de protección familiar nos centramos ahora al conjunto de prestaciones que de manera expresa

dispone el ordenamiento de Seguridad Social con el objetivo específico de amparar a la familia. Esta regulación implica que la Seguridad Social contempla la familia como objeto directo de protección; como un fenómeno que genera por si misma situaciones de necesidad dignas de tutela.

5.1. Perspectiva general

Normativamente vamos a referirnos a los arts. 180 y SS LGSS y al RD 356/1991, que regulan lo que conocemos como prestación por hijo a cargo. Hemos de resaltar que la regulación legal ha sido modificada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Las novedades son interesantes. De entrada hemos de señalar que se procede a una simplificación de esta regulación en más de un sentido. De entrada, desde el punto de vista de la estructura de la protección: hasta dicha reforma existían dos niveles de protección en esta prestación por hijo a cargo, el contributivo y el no contributivo. En realidad se trataba de la misma⁷⁵ prestación, con la única diferencia de que la prestación contributiva se dirigía a los trabajadores afiliados y en alta o los pensionistas del nivel contributivo, mientras que la no contributiva tiene carácter universal. Con la nueva regulación se clarifica que la naturaleza de esta prestación es no contributiva. Uno de los efectos de esta simplificación es el relativo a la financiación de estas prestaciones, pues al ser de naturaleza no contributiva serán a cargo de las aportaciones del Estado.

En todo caso, pese a esta simplificación hay que señalar que la distinción entre protección familiar contributiva y no contributiva se mantiene; pues si bien en el contributivo ha sido eliminada la prestación económica, sigue vigente la prestación familiar no económica (entender como período cotizado el primer año del período de excedencia por cuidado de hijos).

Por otra parte, también se produce una simplificación normativa en el sentido de que se incorporan a la regulación de la LGSS prestaciones que estaban fuera del Texto Refundido, me refiero a las prestaciones por nacimiento o adopción de hijos y por parto o adop-

⁷⁵ En este sentido *vid.* MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: "La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social", AL n° 12 de 2004, página 1420.

ciones múltiples, introducidas en nuestro ordenamiento por el RD-Ley 1/2000, siendo desarrolladas reglamentariamente por el RD 1368/2000. Esta simplificación es de agradecer, pues permite reunir en el mismo texto legal las diferentes prestaciones familiares existentes.

De otro lado se ha introducido una interesante modificación terminológica: ya no se habla de prestaciones por hijo a cargo, sino de prestaciones familiares. Parece que se trata de una alteración que se dirige a evitar una de las críticas a que ha sido sometida la regulación de prestaciones familiares: que tan sólo contempla como situación protegida la del hijo a cargo. No obstante, analizando la actual regulación se detecta que en realidad, aunque se utilice otra terminología lo cierto es que la base de la nueva regulación es la prestación por hijo a cargo, sin que se hayan introducido nuevas situaciones dignas de protección desde el punto de vista familiar.

5.2. La prestación contributiva no económica

Analicemos el contenido de la protección familiar. En primer lugar, en cuanto a la prestación contributiva no económica, se considerará como período de cotización efectiva el primer año de excedencia por cuidado de cada hijo. Con ello se pretende paliar los negativos efectos que en materia de cotización a la SS se generan por la limitación de los períodos de seguro originados, normalmente en las trabajadoras, por la necesidad de cesar en el trabajo para ocuparse de las responsabilidades familiares. Respecto a la regulación anterior se han introducido las siguientes ampliaciones:

- En primer lugar, desde el punto de vista subjetivo, se tendrá derecho tanto si el hijo es natural o adoptado (en realidad así se venía ya entendiendo); y sobre todo se consigue la extensión de la prestación al supuesto tanto de acogimiento preadoptivo o permanente y al supuesto de excedencia por cuidado de familiares (en este caso ya se entendía así a través de la DA 3ª del RD 1251/2001).
- Desde el punto de vista de la duración, se amplía el período que se entiende cotizado en el caso de unidades familiares que tengan la consideración de numerosas: si es de carácter general se amplía a 15 meses, si es de categoría especial a 18 meses. La ampliación nos parece criticable por lo exigua. De

entrada se limita a un supuesto muy concreto, el de las familias numerosas, por lo que el resto de familias no pueden beneficiarse de dicho mecanismo. Desde mi punto de vista lo lógico ha de ser la extensión de la protección a todo el período de excedencia por cuidado de hijos o familiares.

En cuanto al contenido de la acción protectora de esta prestación no económica, el art. 180 LGSS establece que se entenderá como período protegido el año (o los períodos superiores en caso de familia numerosa), de manera que se considere período cotizado a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, maternidad, muerte y supervivencia. Sigue siendo necesario acudir a la regulación reglamentaria para conocer exactamente el contenido de la acción protectora, concretamente al art. 17 RD 356/1991, a tenor de la cual ese año de cotización servirá a los siguientes efectos:

- a) De entrada, tanto a los efectos de la cobertura del período de carencia para acceder a prestaciones, como para la determinación de la base reguladora (a tenor del art. 18 RD 356/1991, será la media del beneficiario correspondiente a los 6 meses anteriores al inicio de la excedencia) y el porcentaje a aplicar a dicha base reguladora (cuando dependa del período cotizado, como en la jubilación).
- b) Además, se considerará al trabajador en situación de alta para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, excepto la de incapacidad temporal (obsérvese que al no mencionarse en el art. 180 esta prestación se resuelven los problemas de legalidad de la regulación reglamentaria); a este respecto recordemos que la DA 3ª RD 1251/2001 establece que también se entenderá este período para el acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo, pero no para la incapacidad temporal y la maternidad. De otro lado el art. 4 de la Ley 4/1995 considera situación de alta al trabajador, durante todo el período de excedencia para el acceso al desempleo.
- c) Por último, el art. 17.2 RD 356/1991 estima que durante el primer año de la excedencia forzosa el trabajador tiene derecho a la prestación de asistencia sanitaria; se refiere sólo al supuesto de excedencia por cuidado de hijos, pero entiendo que es extensible a los supuestos de adopción, acogimiento y excedencia por cuidado de familiares.

5.3. Prestaciones económicas no contributivas

En cuanto a la prestación económica no contributiva, también ha sido ampliamente modificada. Como hemos dicho antes se elimina la duplicidad de prestaciones contributivas y no contributivas, dejando sólo este último nivel. A destacar el hecho de que a tenor de esta regulación contamos con tres prestaciones diferentes, si bien todas ellas vinculadas a una misma situación de necesidad: la existencia de responsabilidades familiares derivadas de la existencia de hijos. En primer lugar tenemos la prestación por cuidado de hijo, o menor acogido a cargo. En segundo lugar, la prestación por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos; y para terminar, la prestación por parto o adopción múltiples.

El acceso a la prestación va a depender fundamentalmente de la carencia de rentas. Ciertamente se ha producido con esta reforma un incremento importante del límite máximo de ingresos anuales que sirve de tope para el acceso a estas prestaciones; siendo especialmente importante la cuantía establecida en caso de familias numerosas. Es evidente que este incremento facilitará el acceso a la prestación a un mayor número de familias; siendo claro que el objetivo de la reforma en este punto ha sido paliar el carácter excesivamente restrictivo que tenía la regulación anterior en este punto⁷⁶. Sin embargo, desde nuestro punto de vista las prestaciones familiares deben tener carácter absolutamente universal, por lo que no deberían concederse en función de la inexistencia de rentas, sino que debería otorgarse a todos los ciudadanos que tengan hijos a cargo. Cuestión distinta es que la cuantía de la prestación se haga depender de las rentas que se tengan, cuestión con la que sí estamos de acuerdo.

En cuanto a las novedades, de entrada se cuenta con la prestación no contributiva por hijo a cargo (natural o biológico) o menor acogido a cargo. Se amplía así el ámbito de protección a los supuestos de acogimiento. El hijo ha de estar a cargo del beneficiario, es decir, ser menor de 18 años o afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65%. Se mantendrá la condición de hijo a cargo aunque tenga ingresos por realizar trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario y

⁷⁶ Sobre este carácter restrictivo, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La protección familiar del trabajador", *Temas Laborales* n° 72 (2003), página 71.

que los ingresos no superen el 75% del SMI en cómputo anual; manteniéndose la situación incluso si el causante por tal actividad ha de encuadrarse en alguno de los regímenes de Seguridad Social.

En cuanto a los requisitos de los beneficiarios, con carácter general, han de residir en España (a tenor del art. 182.1 b LGSS se exige residencia en España al causante)⁷⁷, tener hijos a cargo, carecer de un mínimo de renta (art. 182 c TRLGSS⁷⁸), límite que no se exige en caso de hijos o acogidos minusválidos, y que no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier régimen público de protección social. También pueden tener derecho a la prestación los huérfanos de padre y madre menores de 18 años o minusválidos en grado igual o superior al 65%. De igual modo serán beneficiarios los que no sean huérfanos pero hayan sido abandonados por sus padres y no se encuentren en situación de acogimiento permanente o preadoptivo.

Quizás el principal elemento negativo de esta prestación sea la fijación de un límite de edad excesivamente bajo, sobre todo si lo relacionamos con una realidad social caracterizada por el hecho de que los períodos de estudio superan normalmente dicha edad; que la dependencia económica suele ir mucho más lejos de los 18 años; y dadas las dificultades que los jóvenes tienen para encontrar empleo estable, suelen permanecer vinculados al domicilio familiar con una edad superior. En este sentido parecería lógico igualar la situación a los beneficiarios de la prestación de orfandad.

A resaltar en esta prestación algo que se reitera a lo largo de toda la evolución de las prestaciones familiares: la escasa cuantía de las mismas, sobre todo en la situación básica. Más aún, tal como ha destacado Martínez Lucas⁷⁹, no se ha establecido en la nueva regulación la necesidad de una actualización periódica de la cuantía, por lo que nos tememos que, sobre todo en la cuantía de la prestación básica por hijo a cargo menor de 18 años, se podrá prolongar el estancamiento económico de la misma, tal como ha venido ocurriendo en los últimos años.

⁷⁷ Sin embargo, hay jurisprudencia que ha defendido que no es necesario la residencia en España, siendo suficiente con la dependencia económica respecto del beneficiario, que sí ha de residir en España; así la STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de junio de 1999, Ar 1484.

⁷⁸ Sobre la determinación en concreto del límite de ingresos anuales, *vid.* lo dispuesto por el art. 7 del RD 356/1991.

⁷⁹ "La reordenación de las prestaciones ...", *op. cit.*, página 1421.

Junto con estas prestaciones económica y no económica, hemos de señalar la existencia de otro mecanismo de protección familiar, pues nuestro ordenamiento introdujo de nuevo la figura de las prestaciones económicas de pago único de carácter familiar. Concretamente el RD-Ley 1/2000, desarrollado por el RD 1368/2000, introdujo una prestación económica por nacimiento de hijo a cargo, eso sí, a partir del tercero; y una prestación por parto múltiple. Esta última no debe ser confundida con la prestación de maternidad que se abona a la mujer trabajadora en caso de parto múltiple y que consiste en un incremento de la prestación ordinaria de maternidad en un 100%, percibiéndose durante las seis semanas de disfrute obligatorio posteriores al parto, o idéntico período a partir de la decisión administrativa o judicial de adopción o acogimiento. Las diferencias no sólo afectan al distinto mecanismo de protección; además, hay que señalar que la prestación familiar es no contributiva, mientras que la prestación de maternidad es netamente contributiva.

También esta prestación ha sido alterada por la reforma reduciéndose tan sólo al nivel no contributivo. Al igual que en la prestación por hijo a cargo estimamos que debería universalizarse esta prestación y no hacerla depender de los ingresos familiares, salvo en la cuantía.

De otro lado, hemos de destacar que en cuanto a las situaciones protegidas hay una falta de coherencia entre la prestación por hijo a cargo y las prestaciones por nacimiento de tercer hijo y por parto múltiple: mientras en la prestación económica no contributiva por hijo a cargo se establece como situaciones a proteger la existencia de un hijo a cargo, biológico o adoptado, incluyéndose además los supuestos de menores acogidos; por el contrario en las otras dos prestaciones familiares tan sólo se habla de hijos (biológicos o adoptivos), pero no se menciona a los acogidos; lo cual supone una falta de coherencia en esta regulación que repercute negativamente sobre tales situaciones.

En cuanto a la prestación por nacimiento de un tercer o sucesivos hijos, se trata de una prestación que pretende establecer una cuantía económica a favor de aquellas familias que tienen la consideración de numerosas (se abona a partir del tercer o sucesivo hijo); para lo cual se tendrán en cuenta aquellos hijos, ya sean adoptivos o naturales, independientemente de su filiación, comunes o no, que convivan y estén a cargo de los padres (hijos a cargo en idéntico sentido al señalado anteriormente para la prestación), computando

el doble los hijos con minusvalía igual o superior al 33%. Para ser beneficiarios, el padre o la madre deben cumplir los requisitos de la prestación por hijo a cargo. El nacimiento del tercer o sucesivos hijos ha de producirse en España, salvo que el nacido o adoptado vaya a integrarse, de manera inmediata, en el núcleo familiar que reside en España.

Para terminar se establece una regulación dedicada a la prestación por parto o adopción múltiple; es decir, cuando el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos. Los beneficiarios tendrán derecho si cumplen con los requisitos de la prestación por hijo a cargo, excepto que los beneficiarios residan en España y sobre todo, y este es un elemento importante, no hace falta que carezcan de renta; no se condiciona la prestación al requisito de carencia de renta. Se trata, por tanto, de una prestación que se abona por el incremento de gastos que supone un parto de carácter múltiple, que supone multiplicar los costes para la familia, siendo las necesidades económicas mucho mayores. La prestación se ha pretendido hacer lo más universal posible por la vía de no establecer como requisito la carencia de renta, lo que simplifica el acceso a la misma. Entendemos que esta diferencia es positiva, de hecho estimamos que debería de ser la regla general y común a las diferentes prestaciones familiares. Su cuantía, siendo más alta que en la prestación anterior, es, no obstante relativamente reducida; siendo equivalente a un determinado número de veces del importe mensual del SMI, de modo que el importe crece en función del número de hijos nacidos.

6. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Una vez analizada la regulación legal sobre prestaciones familiares, podemos centrarnos en señalar las que a nuestro juicio son los principales aspectos críticos del ordenamiento jurídico en materia de protección familiar, con el ánimo de añadir nuestro pequeño granito de arena a un replanteamiento general de la protección familiar; de ahí que no nos vamos a limitar en este análisis a las prestaciones familiares en sentido estricto reguladas por la LGSS, sino que ampliaremos el análisis a esas otras prestaciones de carácter familiar que ofrecen una protección directa a la familia aunque no hayan recibido la denominación de prestaciones familiares; también señalaremos lo que, a nuestro juicio, son elementos críticos de esas

otras prestaciones que facilitan una protección meramente indirecta a la familia.

6.1. Prestaciones familiares

Comenzando por las prestaciones familiares. Una primera cuestión crítica es la relativa a la escasa protección. Esta es una cuestión a la que nos hemos referido con anterioridad por lo que no vamos a reiterarlo. Baste con volver a señalar que las limitaciones se producen sobre todo en dos direcciones: en primer lugar, por el hecho de que la protección sólo alcanza a un concreto supuesto de responsabilidad familiar: el generado por el hijo a cargo. Se ignora así que las responsabilidades familiares pueden deberse a razones totalmente distintas. En segundo lugar, está la cuestión relativa a la escasa cuantía de las prestaciones por hijo a cargo.

De otro lado hemos de tener en cuenta que, en cuanto a la prestación familiar de carácter contributivo, tan sólo se considera cotizado el primer año de excedencia por cuidado de hijos. Como sabemos dicha excedencia puede durar hasta que el hijo cumpla los tres años; no obstante, desde el punto de vista de la protección de Seguridad Social tan sólo se otorga protección el primer año. Ciertamente en un primer momento, cuando se introdujo este mecanismo de protección (la Ley 26/1990 y el RD 356/1991) actuaban sobre una regulación de la excedencia por cuidado de hijos (establecida por la Ley 3/1989) en la que se establecía que durante el primer año se tenía el derecho a la reserva del puesto de trabajo (era una excedencia forzosa), mientras que el resto tan sólo existía un derecho preferente de reingreso (estábamos ante una excedencia voluntaria). En una situación de este tipo era lógico que la protección sólo durase, como máximo, el primer año. Sin embargo, desde hace ya bastante tiempo, la situación normativa se alteró en profundidad: La Ley 4/1995 señalaba que durante el primer año se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo, mientras que en el resto del período la reserva se refiere a un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría equivalente. Pese a la distinta redacción en ambos casos se está planteando el mismo efecto⁸⁰: el trabajador no ve extinguido el contrato y tiene derecho absoluto a la reincorporación a la empresa, sin tener

⁸⁰ Sobre esta cuestión *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La protección por maternidad", Tirant lo Blanch, Valencia 1997, páginas 248 y ss.

que esperar a vacante alguna. En definitiva, en ambos casos se trata de una excedencia forzosa. No obstante, el ordenamiento de Seguridad Social, a fecha de hoy sigue sin proteger todo el período de excedencia y se limita a sólo el primer año. Apenas se produjo la reforma del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores en 1995 ya señalé la necesidad de modificar la regulación de Seguridad Social para acomodarse a la norma sustantiva⁸¹. He de constatar el absoluto fracaso de este planteamiento. No obstante, sigo creyendo firmemente la necesidad de la modificación de la normativa de Seguridad Social en el sentido de que la prestación familiar contributiva estime como período cotizado a la situación de excedencia por cuidado de hijos, durante todo el período de la misma, con el límite del momento en que el hijo alcanza los tres años, o como máximo tres años en caso de adopción o acogimiento permanente o pre-adoptivo⁸². Estimo que se trata de una cuestión de auténtica justicia social, sobre todo si se analiza la cuestión desde el punto de vista de las necesidades de protección de las trabajadoras: con absoluta frecuencia se constatan que son las mujeres las que hacen frente a las responsabilidades familiares, a la crianza y cuidado de hijos de corta edad. Para ello suelen dejar el trabajo, abandonando la carrera de seguro, lo que dificulta el futuro acceso a prestaciones de Seguridad Social⁸³.

En segundo lugar tenemos el hecho de que la prestación por hijo a cargo no tenga carácter verdaderamente universal. Ciertamente es que en su actual configuración se ha regulado exclusivamente como una prestación de modalidad no contributiva (la prestación por hijo a cargo en sentido estricto, la prestación por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos y la prestación por adopción o parto múltiples), por lo que presenta un evidente escoramiento hacia la universalización⁸⁴; ahora bien, tales prestaciones están condicionadas al hecho de no percibir una renta superior a una cuantía determinada. Ciertamente es, además, que el tope máximo de renta se incrementa por

⁸¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La protección por maternidad", *op. cit.*, página 258.

⁸² También en sentido crítico *vid.* MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización", Laborum, Murcia 2001, páginas 187 y SS. De igual manera, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La protección familiar del trabajador", *Temas Laborales* n° 72 (2003), página 74.

⁸³ En este sentido BARRIOS BAUDOR, G.L.: "La «revisión» del Pacto de Toledo", *Temas Laborales* n° 73, página 170.

⁸⁴ En este sentido ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La protección familiar del trabajador", *Temas Laborales* n° 72 (2003), página 71.

cada hijo a partir del segundo, y que se incrementa en caso de familias numerosas. Pero en última instancia se está condicionando la prestación al hecho de no alcanzar una determinada renta. Es decir, el ordenamiento reconoce la existencia de necesidades familiares, pero sólo está dispuesto a cubrirlas (y sólo de manera muy limitada) cuando las rentas familiares sean realmente bajas. En definitiva, se trata de una prestación económica, de muy escasa cuantía, que se abona sólo si se tienen unos niveles de rentas muy limitados. Si bien parece una prestación universalizada, lo cierto es que sólo escasas familias podrán acceder a la misma, al exigirse un límite de renta tremendamente bajo. Desde mi punto de vista las necesidades generadas por la aparición de responsabilidades familiares derivadas del nacimiento o adopción de hijos tienen un carácter universal y la protección debe tener en cuenta esta circunstancia: la protección debe alcanzar a todos. Cuestión diferente es que esa protección se otorgue a todos en la misma cuantía; es aquí donde debe distinguirse entre las diferentes situaciones económicas de las familias beneficiarias.

Otra gran limitación que presenta la actual configuración de las prestaciones familiares se plantea desde el punto de vista de circunscribir la protección exclusivamente al supuesto de hijos a cargo, ignorando la existencia de otras situaciones familiares que pueden requerir mecanismos de protección pública⁸⁵. Se trata de una configuración excesivamente restrictiva del ámbito de la protección familiar.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la protección básica que se otorga tan sólo alcanza a los menores de 18 años (tan sólo se otorga a los mayores de 18 años cuando están aquejados de una minusvalía). Ello es consecuencia de la configuración del "hijo a cargo", pues la regulación sobre este tipo de prestaciones establece que se considera hijo a cargo, al menor de 18 años, o mayor minusválido, que resida en España.

Desde nuestro punto de vista hoy día es un fenómeno incontestable la permanencia de los hijos en el domicilio paterno hasta una edad muy posterior: los períodos de estudio se han prolongado y ampliado, las dificultades de independizarse debidas a un mercado de trabajo que sólo de una manera muy limitada permite el acceso

⁸⁵ En idéntico sentido crítico, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La protección familiar ...", *op. cit.*, página 71.

a los trabajadores jóvenes; que además los penaliza con contratos de escasa calidad y corta duración, hace que exista unos importantes niveles de inseguridad económica. En definitiva, hoy día los hijos siguen suponiendo una importante carga económica mucho más allá del cumplimiento de la edad de 18 años. De ahí que, teniendo en cuenta esta realidad, sería conveniente la alteración de la edad, en la dirección de incrementarla para permitir el acceso a las prestaciones familiares por hijo a cargo, aunque el hijo sea mayor de 18 años.

Por otra parte, tal como vamos a ver, las distintas prestaciones que de una u otra manera están dirigidas a proteger a los hijos a cargo se caracterizan en nuestro ordenamiento por establecer diferentes edades para limitar la protección. Desde el punto de vista de las prestaciones familiares es hijo a cargo (art. 181 LGSS) el menor de 18 años, o mayor pero minusválido en grado igual o superior al 65%, que conviva con el beneficiario y, aunque desarrolle trabajo lucrativo (lo que puede llegar a implicar su afiliación a la Seguridad Social), no tenga ingresos anuales como rendimiento del trabajo que superen el 75% del SMI.

Si nos centramos en la prestación por desempleo (recordemos que no es una prestación familiar directa, pero la prestación de desempleo tiene en cuenta las circunstancias familiares a ciertos efectos), aunque se utiliza el concepto de hijo a cargo, este no coincide con el que acabamos de ver en materia de prestaciones familiares. En principio el art. 211 LGSS no señala que sea hijo a cargo, sino que va a ser la normativa reglamentaria quien lo determine, concretamente el art. 4.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrollaba a la Ley de 2 de agosto de 1984, de protección por desempleo. Dicha norma señala que se entenderá por hijo a cargo a los menores de 26 años o mayores incapacitados que carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores al SMI y convivan con el beneficiario; si bien no será necesaria la convivencia cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial. Se establece así un concepto de hijo a cargo diferente al que hemos visto con anterioridad en materia de prestaciones familiares por hijos a cargo, si bien con importantes puntos de conexión entre una y otra.

Por último, en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, al regularse la prestación de orfandad se establece que sólo tendrán derecho a dicha prestación los menores de 18 años o mayo-

res incapacitados para el trabajo; ahora bien, se amplía esa edad hasta los 22 años (o 24 si no sobreviven ninguno de los progenitores), siempre que aunque efectúe trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, no consiga unos ingresos, en cómputo anual, superiores al 75% del SMI (también en cómputo anual).

Si nos fijamos en un elemento tan sensible como es el de la edad de los hijos que son causantes de la prestación o sus beneficiarios, podemos constatar que en caso de hijos no minusválidos, se fijan hasta 4 edades distintas: 18, 22, 24 y 26 años. Parecería conveniente la coordinación entre todas estas normas, fijando una edad única para determinar el acceso o no a la protección familiar en sentido estricto o amplio. Dado el fenómeno social absolutamente evidente de la permanencia de los hijos junto al núcleo familiar hasta edades cada vez más avanzadas, debido a las razones antes señaladas, parece conveniente además que esa unificación de la edad de protección se produzca en la edad de 26 años

6.2. Prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo

De otro lado, en cuanto a la prestación de maternidad, podemos señalar que los principales problemas van a plantearse, desde mi punto de vista en el entorno de tres aspectos básicos:

De entrada hay que señalar lo que me parece una importante anomalía en la estructura del sistema de protección: desde el punto de vista de la protección económica falta una visión global o de conjunto, pues hay mecanismos externos al ámbito de la Seguridad Social que establecen auténticos mecanismos prestacionales aunque nada tengan que ver con el sistema de Seguridad Social. Nos estamos refiriendo a las modificaciones introducidas a la Ley 40/1998, reguladora del IRPF, incrementándose el importe del mínimo personal y familiar (arts. 40 bis y 40 ter), e introduciéndose en la base liquidable reducciones por los hijos menores de tres años o por los gastos de asistencia a personas mayores y discapacitados (arts. 47 y 47 bis a 47 quinqués). En algún caso estas medidas pueden acercarse en su configuración a las ayudas de Seguridad Social, tal como ocurre con la deducción por maternidad (art. 67 bis), a tenor de la cual las madres con hijos menores de tres años que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la que estén dados de alta ante la Seguridad Social o ante una Mutuality, podrán minorar la

cuota diferencial del IRPF en una cuantía de euros anuales determinada por esta regulación legal, por cada hijo menor de tres años. Idéntico derecho se tiene en los supuestos de adopción y acogimiento preadoptivo o permanente durante los tres años siguientes a la inscripción en el Registro Civil, o al momento de la resolución administrativa o judicial. Es importante subrayar como esta deducción puede solicitarse de manera anticipada; es decir, podrá pedirse a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria abone dichas cuantías al beneficiario. Paradójicamente resulta que hemos convertido al Ministerio de Hacienda en dispensador de prestaciones económicas familiares, siendo conveniente que este papel se desarrolle dentro del marco del sistema de Seguridad Social⁸⁶. Desde mi punto de vista esto supone una distorsión, cuando no una clara intromisión de la regulación tributaria en un ámbito que no le es propio, pues en la práctica se establece no sólo un mecanismo de protección a la familia (lo cual puede ser objetivo de la política tributaria), sino un auténtico mecanismo de carácter prestacional.

En segundo lugar, hemos de señalar cómo la regulación actual de esta prestación se encuentra en buena medida influida por las necesidades de establecer mecanismos que permitan conciliar las responsabilidades familiares con las exigencias profesionales. Este es un objetivo que se ha manifestado con bastante claridad en la regulación sustantiva laboral de la suspensión del contrato de trabajo, pero que se proyecta también consecuentemente sobre el ámbito de la Seguridad Social: las mayores posibilidades de disfrute por parte del padre, expresión de un interés por parte del legislador de facilitar que se involucren mucho más ante las responsabilidades familiares; las mayores posibilidades de reparto de los períodos de descanso y de prestación; incluso el disfrute de la suspensión y de la prestación a tiempo parcial; o la suspensión de la prestación en aquellos casos en los que el hijo recién nacido debe permanecer hospitalizado. En definitiva, estamos ante una regulación claramente inspirada en objetivos diferentes a los tradicionales de simple protección de la integridad física de la madre.

La regulación actual potencia como objetivo de esta prestación la protección del hijo, objetivo que cada vez tiene una mayor importancia, reduciéndose la finalidad de preservar la integridad física de

⁸⁶ Sobre la cuestión *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J., en AA.VV., "Sistema de Seguridad Social", Tecnos, Madrid 2003, página 403.

la madre sobre todo al período de descanso obligatorio de seis semanas posterior al parto; así, es evidente que en caso de adopción o acogimiento tan sólo se pretende proteger al adoptado o acogido, facilitando el establecimiento de la relación familiar.

De entre estos objetivos novedosos destaca sobre todo la intención del legislador de facilitar una mejor conciliación de la vida familiar y laboral; lo cual se predica sobre todo respecto de la mujer trabajadora: digámoslo con claridad, una regulación de estas características consagra que la mujer, además de trabajar, se ve abocada a mantener su tradicional carga ante las responsabilidades de orden familiar; es decir, la conciliación, tal como la conocemos hoy, supone el mantenimiento del papel tradicional femenino. Somos partidarios de un cambio de perspectiva. Ha de caminarse hacia una auténtica corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares⁸⁷, de manera que se obtenga una verdadera implicación de los hombres en las tareas de carácter familiar; es por ello que el ordenamiento ha de introducir reglas que no contengan simplemente derechos para los trabajadores que a su vez tengan responsabilidades familiares (pensemos simplemente en el hecho de que este tipo de regulación supone un peligro en forma de efecto bumerang; es decir, mientras más protege el ordenamiento el trabajo de la mujer, más se resiste el empresario a la contratación de mano de obra femenina), sino normas que permitan un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares entre hombre y mujer. Se trata, por tanto, de impulsar la corresponsabilidad más que la simple conciliación.

Para terminar, hemos de referirnos a la exigencia de un período de cotización, ciertamente breve, pero a veces impeditivo, para acceder a esta prestación. Probablemente estamos ante una prestación en la que tendría sentido una mayor facilidad para acceder a la misma. De otro lado, también hemos de mostrarnos críticos con el hecho de que si se pretende una verdadera conciliación de la vida familiar y profesional, cuestión que recae básicamente sobre las trabajadoras, hubiese sido preferible hacer aún más neutro el disfrute de la prestación. No obstante nuestro legislador toma como punto de partida el hecho de que la trabajadora sea la titular originaria del derecho (nos referimos a la maternidad biológica), mientras que el padre es un titular secundario, accediendo al mismo sólo cuando

⁸⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", *Temas Laborales* nº 67, página 64.

la madre opta por ceder el disfrute al padre. Desde mi punto de vista hay que ir hacia una igualdad lo más absoluta posible, de modo que tanto el padre como la madre, si cumplen los requisitos generales de afiliación, alta y cotización, puedan acceder a la prestación. Podría pensarse en que esta propuesta supone un ataque a los derechos maternos, pero no lo estimo así: desde mi punto de vista es preferible facilitar la desvinculación de la madre del rol social por el que a ella corresponde en exclusiva las responsabilidades familiares. Tan sólo debería, a mi juicio, existir una limitación: las seis semanas de descanso obligatorio materno posteriores al parto. Estas nunca deben ser disfrutadas por el padre dada su finalidad de protección de la integridad física de la madre.

En cuanto a la prestación por riesgo durante el embarazo también es posible señalar importantes aspectos críticos. De entrada hemos de referirnos a lo que a nuestro juicio es la principal limitación de su regulación: la configuración de la prestación por riesgo durante el embarazo como una contingencia de carácter común. Desde nuestro punto de vista si el problema es la potencial existencia de un riesgo derivado del trabajo, hubiese sido mucho más correcto articular la regulación de esta prestación en torno al riesgo profesional. Ello hubiese permitido, por ejemplo, el acceso a la prestación de aquellos trabajadores que no tienen cotización. Al exigirse el mismo período de cotización que en la IT se está condicionando el disfrute de esta prestación a las trabajadoras que ante la pérdida del salario sin derecho a prestación, pueden optar por soportar las nocivas condiciones de trabajo.

Una segunda cuestión criticable gira en torno a la cuantía de la prestación. El ordenamiento comunitario establecía diferentes alternativas a la hora de regular la protección por riesgo durante el embarazo⁸⁸: bien hacer recaer sobre el empresario el riesgo contractual de la situación, de manera que pese al cese en la prestación deba abonar el salario; bien hacerlo recaer sobre la trabajadora, que no sólo cesará en el desarrollo de la prestación, sino que perderá el derecho al salario. Pero cabe una tercera alternativa: que el coste de esta situación sea soportado socialmente, de modo que se perciba

⁸⁸ En este sentido hemos de señalar como el art. 5.4 de la Directiva 92/85 planteaba que el derecho de la trabajadora a ser dispensada del trabajo implicaba también su derecho a mantener el salario o a una indemnización adecuada (art. 11 de la citada Directiva). Cabían, por tanto, dos alternativas para los estados miembros: o mantener el derecho al salario o bien una renta de sustitución.

una renta de sustitución por parte del sistema de Seguridad Social. La opción que ha adoptado nuestro legislador ha sido la de hacer recaer las consecuencias sobre la Seguridad Social. Hacerla recaer sobre la trabajadora es socialmente injusto, pues supone que un sujeto que no introduce el riesgo en la empresa y que puede sufrirlo, para librarse del mismo debe dejar de trabajar y cobrar el salario; por contra, el empresario, sujeto que introduce el riesgo en la empresa no sufriría responsabilidad alguna. De otro lado, hacerla recaer sobre el empresario contribuiría sin dudar a incrementar el temido efecto "bumerang"; es decir, a incrementar el rechazo por parte de los empresarios a la contratación de trabajadoras⁸⁹. De otro lado, si el legislador opta por configurar el derecho de la trabajadora a ser dispensada del trabajo como causa de suspensión, al darle esta naturaleza al cese en el desarrollo de la prestación, como consecuencia de la misma desaparece la obligación empresarial de abonar el salario; recordemos simplemente lo dispuesto por el art. 45.2 del Estatuto de los Trabajadores: "La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo". No obstante, hay que señalar como existe un elemento que puede jugar a favor de que sean los empresarios los que hayan de soportar el coste de esta situación: no debemos olvidar que en la situación de riesgo durante el embarazo es la empresa, o más concretamente el puesto de trabajo, el que genera la situación de riesgo; es decir, hay, a nuestro juicio, un claro matiz de riesgo profesional.

Por lo tanto, será la sociedad al completo la que soportará un riesgo de estas características. En todo caso, hemos de advertir que, si bien es cierto que será soportado por el sistema de Seguridad Social; no obstante, será soportado sólo parcialmente: la prestación por riesgo durante el embarazo supone sólo el 75% de la Base Reguladora, calculada sobre las Bases de Cotización por contingencias comunes. Es decir la trabajadora pierde una cuarta parte de su retribución normal. Esto supone que en realidad esta situación de riesgo durante el embarazo sea soportado tanto por el sistema de Seguridad Social (en un 75%) y por la propia trabajadora (en el 25% restante de renta que pierde respecto de su salario inmediatamente

⁸⁹ En este sentido puede verse a CRUZ VILLALÓN, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", RMTAS n° extraordinario de 1991, página 99. De igual modo MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Familia y trabajo ...", *op. cit.*, página 144.

anterior a la suspensión del contrato⁹⁰), situación a todas luces injusta.

6.3. Prestaciones de muerte y supervivencia

En cuanto a las prestaciones que de manera indirecta pueden proteger la familia, la principal son las prestaciones por muerte y supervivencia. Al respecto, y como punto de partida hemos de afirmar que probablemente en la actualidad no haya prestación más necesitada de reforma que las de muerte y supervivencia. Nosotros vamos a limitarnos a señalar los que, a nuestro juicio, son los principales problemas en relación a la protección de la familia.

Aquí se plantea uno de los problemas más importantes que surgen en materia de protección familiar a través de la regulación de Seguridad Social: para tener derecho a esta prestación se exige ser cónyuge supérstite; es decir, se requiere que causante y beneficiario hayan contraído matrimonio (art. 174 LGSS). Se excluye de esta manera las parejas de hecho como situación generadora de pensión de viudedad. Este es el supuesto prototípico de prestación en la que se exige un estado civil si bien no es el único (vid. el art. 215.2 LGSS en materia de desempleo).

Al respecto existe jurisprudencia constitucional que estima la constitucionalidad de esta opción, privilegiándose a las familias tradicionales. El TC respondió afirmativamente a través de la STC 184/1990. No obstante la cuestión no está totalmente resuelta desde el punto de vista constitucional, pues también se ha defendido la igualdad de posiciones entre la familia matrimonial y la familia de hecho; concretamente en materia de arrendamientos urbanos y el en relación al derecho de subrogación de la pareja de hecho en la titularidad del arrendamiento, se estimó inconstitucional, por ser contrario al principio de igualdad y no discriminación, la exigencia del requisito de matrimonio (SSTC 222/1992 y 47/1993).

A favor de admitir la distinta protección entre los distintos tipos de familia la jurisprudencia constitucional ha utilizado sobre todo

⁹⁰ Desde una perspectiva crítica vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA-MIRÓ, M.T.: "Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 97 y 98. También MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Familia y trabajo ...", *op. cit.*, página 145.

un argumento: la diferente regulación constitucional del matrimonio y de los vínculos de hecho. El primero es un derecho constitucionalmente consagrado de manera expresa (art. 32 de la Constitución). Por contra, el segundo no se consagra constitucionalmente, tan sólo puede inferirse de normas más generales, tal como ocurre con el art. 10 de la Constitución, de manera que las uniones de hecho sean una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Parecería que estas diferencias implican que la Constitución ha pretendido conceder al matrimonio un papel relevante frente a otras formas de convivencia que originan una relación familiar⁹¹. En todo caso, el hecho de que la STC 184/1990 se refiera al art. 10 de la Constitución supone que el propio TC encuentra una base constitucional que fundamenta una modalidad de familia como es la convivencia *more uxorio*⁹².

El argumento es discutible, tal como se deduce del Voto Particular a la propia STC 184/1990, estimando que la Constitución ampara el derecho a constituir uniones de hecho como realidades familiares: se estima que si bien el art. 32 de la Constitución se refiere al matrimonio, por contra, el art. 39 no consagra a la unión matrimonial como la única posible. Se pretende así cuestionar la base de la argumentación de la mayoría de los magistrados: que el reconocimiento del matrimonio en el art. 32 de la Constitución supone un plus que privilegia y diferencia esta unión de las simples relaciones de hecho, lo cual, para el Magistrado disidente, supondría entender que la familia matrimonial es la que se regula por el art. 39 de la Constitución⁹³. Muy al contrario, se estima que tan familia es la unión de hecho como la matrimonial⁹⁴. En todo caso, es la opinión minoritaria del TC.

Tampoco es plenamente convincente el argumento de la certeza propia de los actos jurídicos: mientras que el matrimonio es un acto

⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Uniones de hecho y protección social", RL Tomo II de 1996, página 76.

⁹² En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: *Op. cit.*, página 77.

⁹³ En este sentido el Voto Particular de Don Vicente Gimeno Sendra señala que "esta identificación, no sólo no se cohonesta con la protección de los hijos ilegítimos o de las madres solteras que el párrafo segundo del mismo precepto también declara, sino tampoco la impone la redacción de la norma constitucional que utiliza simplemente el término «familia»".

⁹⁴ Se alude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente a la Sentencia de 13 de junio de 1979 (Caso Marckx).

jurídico perfectamente documentado y registrado, por contra la convivencia de hecho, se caracteriza justamente por este último dato: por ser una relación fáctica, no documentada, por lo que dicha situación puede generar importantes dosis de inseguridad jurídica⁹⁵. Al respecto la STC 222/1992 que enjuiciaba la constitucionalidad de limitar el derecho de subrogación en los arrendamientos urbanos sólo al cónyuge superviviente (negándolo así a quien sólo había mantenido una relación de hecho), al analizar el argumento de la certeza jurídica propia del vínculo matrimonial, señalaba que el hecho de que en la relación *more uxorio* carezca de toda formalidad jurídica, “no da razón bastante para la diferenciación que enjuiciamos (...) Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 C.E.) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 de la propia Norma constitucional)”⁹⁶. Además, esta es una cuestión que desde la perspectiva actual puede ser superada a través de la creación de registros especiales de parejas de hecho, o por la vía de permitir el acceso de este tipo de situaciones a los registros civiles. Basta acudir al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, donde se consideran beneficiarios de determinadas prestaciones no sólo a los cónyuges de los mutualistas, sino también las parejas con las que se mantenga relación de afectividad. Se señala la necesidad de estar inscritos en registros de parejas de hecho, salvo que estos no existan, en cuyo caso valdrá cualquier medio admitido en derecho como prueba para demostrar dicha relación de afectividad. Este sería el caso de la prestación por subsidio de defunción, en la que es beneficiario el cónyuge o persona asimilada, con el que haya convivido el causante, convivencia acreditada a través de certificación de registro público de parejas estables o equivalente, o por cualquier prueba admitida en derecho (Orden APU/95/2004, de 12 de enero).

Pero el argumento fundamental pasa por reconocer que convivencia de hecho y matrimonio son mecanismos distintos, que generan consecuencias o efectos diferentes; lo cual permite establecer respecto de uno y otro regulaciones distintas. La jurisprudencia constitucional no ha dejado de notar esta circunstancia, tal como podemos encontrar en la STC 184/1990, que resalta las diferencias

entre matrimonio y convivencia de hecho sobre todo derivadas del expreso reconocimiento constitucional del matrimonio y de la aplicación *ope legis* de las consecuencias jurídicas del estado civil derivado del matrimonio⁹⁷; diferencias que ya con anterioridad el propio TC había manifestado a través de diversos Autos⁹⁸. Como estamos ante dos realidades jurídicas distintas, se podrá otorgar un trato diferenciado entre las distintas instituciones familiares; en este sentido al analizar el art. 39 se señala que “es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”⁹⁹.

El planteamiento de fondo no es otro que el de insistir en que el matrimonio y el establecimiento de otros vínculos que generan

⁹⁷ “Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio”.

⁹⁸ Así el ATC 156/1987 afirmaba que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”. En idéntico sentido el ATC 788/1987.

⁹⁹ STC 184/1990, FJ n° 2. Más concretamente sobre si los arts. 10 y 14 de la Constitución imponen una igualdad de trato en materia de pensiones de viudedad entre matrimonio y convivencia de hecho, el FJ n° 3 afirma que “Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”.

⁹⁵ Vid. FJ n° 3 de la STC 184/1990. Sobre la importancia de esta cuestión puede verse también el ATC 232/1996.

⁹⁶ FJ n° 6.

una familia no están en situación de igualdad. De entrada el propio art. 32 de la Constitución, en su apartado segundo, se remite a la ley para que regule, entre otras cuestiones, “los derechos y deberes de los cónyuges”. Esta norma justifica que el ordenamiento jurídico desarrolle y regule la institución matrimonial, estableciendo todo un conjunto de derechos y obligaciones. Por contra, del establecimiento de una pareja de hecho no derivan consecuencias jurídicas (salvo en lo relativo a los hijos); o si queremos decirlo de otra manera: los derechos y deberes derivados de la convivencia de hecho no son los mismos que los derivados del matrimonio. Si estamos ante dos realidades jurídicas distintas, se podrá otorgar un trato diferenciado entre las distintas instituciones.

De otro lado hay que resaltar que los argumentos del TC pueden ser discutibles, sobre todo desde un punto de vista: si el objetivo de la pensión de viudedad es la de facilitar una renta económica para paliar la pérdida de los ingresos que generaba el causante, lo cierto es que es que dicha situación de necesidad se produce tanto en los supuestos de familias con vínculos matrimoniales, como en el caso de familias generadas por una unión de hecho. Es difícil admitir que puedan existir diferencias de protección social entre una familia matrimonial y otra de hecho sólo en el distinto tipo de unión.

A mi juicio lo que realmente está detrás de toda la argumentación para limitar el disfrute de la viudedad a sólo los cónyuges viudos es la razón económica¹⁰⁰: la limitación de recursos lleva a limitar el disfrute tan sólo a los supuestos en los que hay matrimonio. Ahora bien, entiendo que este no es argumento suficiente si en realidad la situación de necesidad es la misma haya o no matrimonio.

Desde mi punto de vista si la evolución de la sociedad está conduciendo a la admisión de fenómenos de convivencia no matrimonial, más pronto que tarde se producirá una equivalencia en la protección de Seguridad Social de ambos fenómenos. El legislador no puede obviar esta realidad social. Es por ello que vislumbramos que de una u otra manera se extenderá la protección del matrimonio, basada en la existencia del vínculo formal, a la unión de convivencia, aunque la formalidad jurídica sea mucho menor. Entiendo que ello es mucho más acorde con la concepción de que todas las uni-

dades familiares, con independencia del origen o no del vínculo de unión deben estar protegidas, con carácter general, de la misma manera; baste señalar que en materia de protección de los hijos o de la maternidad, el propio art. 39 de la Constitución establece de manera obligatoria el tratamiento paritario. En este sentido, cualquier tratamiento que tenga una traducción económica repercute sobre la familia en su conjunto, hijos incluidos. Sociológicamente la familia se configura como un grupo vinculado por lazos de parentesco, en el que existe un cierto nivel de convivencia; pero además la familia no sólo es un grupo de convivencia, también lo es de solidaridad económica. La familia es una unidad económica en sí misma. Luego privilegiar económicamente la familia matrimonial supone que los integrantes de la misma, entre ellos los hijos, se encontrarán en una situación comparativamente mejor que los hijos integrados en familias basadas en la convivencia *more uxorio*. Y justamente esto es algo que pretende evitar el art. 39.2 de la Constitución, pues los hijos deben protegerse de igual manera con independencia del origen de la filiación.

Otro de los problemas que plantea la prestación de viudedad se produce en los casos en que hay separación o divorcio: si muere el cónyuge (excónyuge), no se pierde el derecho a la prestación, e incluso esta se compartirá con otro posible cónyuge del causante, con el que con posterioridad al divorcio haya contraído nupcias. En estos casos la pensión se percibirá en proporción al tiempo de convivencia con el causante. En realidad se causa una pensión que se distribuye entre los distintos cónyuges en función de una regla de proporcionalidad al tiempo convivido como matrimonio legítimo. Es decir, esto supone que alguien que realmente ya no forma parte de la familia, pues ya no es cónyuge al haberse producido la ruptura matrimonial, sin embargo, tienen derecho a recibir la prestación (al menos, de manera proporcional). Estamos ante una prolongación de los efectos del matrimonio; situación, no obstante, que puede ser paradójica sobre todo si se compara con la situación de desprotección en caso de convivencia de hecho.

Los beneficiarios, percibirán la pensión con independencia de que se encuentre en situación de necesidad (entendiendo por ella la carencia de rentas). Teniendo en cuenta la actual tendencia hacia un incremento, tímido de la cuantía, habría que plantearse si no sería conveniente un aumento de las cuantías de tales pensiones, especialmente de las más bajas, a cambio de ir recortando el derecho a la prestación en caso de tener rentas suficientes; es decir,

¹⁰⁰ En este mismo sentido CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones de Seguridad Social ...”, *op. cit.*, página 32.

introducir un elemento de asistencialidad en esta prestación. Lo que planteamos es la limitación de la cuantía de la pensión de viudedad en caso de que el supérstite tenga rentas económicas, situación que incluso podría suponer la fijación de un tope máximo de renta a partir de la cual no se generaría derecho a la pensión de viudedad.

Ciertamente la configuración de la prestación de viudedad en la regulación actual obedece a una situación social que empieza a ser superada: el beneficiario de la prestación es una mujer, carente de recursos económicos y que no ha cotizado jamás a la Seguridad Social, por lo que la pensión de viudedad se configura en realidad como una renta de subsistencia que viene a sustituir la falta de ingresos provocada por la pérdida del cónyuge. Sin embargo esta situación empieza a cambiar aceleradamente: hay un acceso a esta prestación por parte de los hombres, además cada vez es más frecuente que ambos cónyuges desarrollen prestación de trabajo; la pensión de viudedad comienza a dejar de ser una renta de subsistencia y pasa a convertirse en un complemento a las rentas económicas del supérstite. Desde este punto de vista es conveniente una nueva configuración de la prestación en clave de asistencialidad.

De otro lado, ante la carencia de rentas por la desaparición del cónyuge trabajador pueden ofrecerse otras alternativas que no el percibo de una pensión vitalicia: si el supérstite está alejado del mundo del trabajo puede optarse no por una pensión, sino con un subsidio complementado con acciones formativas que permitan su incorporación al mundo del trabajo. Como es lógico esta es una alternativa que también va a depender en buena medida de la edad del supérstite, pues mientras la edad sea más avanzada es bien conocida la mayor dificultad de integrarse en el mundo del trabajo. Por otra parte, estas medidas pueden complementarse con bonificaciones de cotización: reconocer al supérstite una serie de años de cotización ficticia a la Seguridad Social como reconocimiento al período de vida dedicado a los cuidados al cónyuge trabajador y a la familia. Esta medida estaría dirigida a facilitar prestaciones futuras de Seguridad Social para aquellas personas que acceden de manera tardía al mercado de trabajo.

Para terminar, es necesario un par de consideraciones sobre el resto de prestaciones por muerte y supervivencia. En cuanto a la orfandad, a diferencia de la viudedad, que es una prestación en la

que para nada interviene el hecho de que el beneficiario se encuentre en situación de necesidad, en la orfandad se introduce un elemento de asistencialidad: en principio no todo hijo va a tener derecho a la prestación, sino sólo los menores de 18 años o mayores incapacitados para el trabajo; ahora bien, se amplía esa edad hasta los 22 años (o 24 si no sobreviven ninguno de los progenitores), siempre que aunque efectúe trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, no consiga unos ingresos, en cómputo anual, superiores al 75% del SMI (también en cómputo anual). La idea no es otra que la de facilitar la prestación durante el período de tiempo necesario para que tenga una formación, esperando que la consiga con una determinada edad, de manera que, a partir de ahí el huérfano pueda obtener sus propios recursos. No obstante, uno de los elementos que caracteriza la familia actual es que los períodos de convivencia con los hijos se han alargado: la falta de empleo estable trae, entre otras, esta consecuencia. Habría que plantearse si, dada esta situación es conveniente ampliar con carácter general la edad a los 22 o 24 años. Más aún, habría que plantearse alcanzar la edad de 26 años tal como establece la regulación de la prestación asistencia de desempleo al configurar que ha de entenderse por hijo a cargo.

En cuanto a las prestaciones a favor de familiares, no voy a exponer el espeso conjunto normativo de prestaciones (pensiones, subsidios, indemnizaciones) y sus requisitos: la situación es tan compleja, consecuencia de un largo proceso de acarreo, reformas y remiendos legislativos (muchos de ellos consecuencia de la jurisprudencia), que lo que ha de imponerse es una coordinación y simplificación de tan compleja normativa; no sólo por necesidades de clarificación, sino también para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales.

6.4. La ausencia de la protección de la dependencia; necesidad de establecer en el futuro un nuevo mecanismo de protección

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el relativo a la atención de los más ancianos o enfermos crónicos. En la actualidad este es un problema que está empezando a aflorar con todo dramatismo, surgiendo así las primeras voces que plantean la necesidad de un seguro de dependencia para hacer frente a tales nece-

sidades que recaen en exclusiva sobre las familias¹⁰¹. Es justamente desde esta perspectiva de la que podría considerarse a la dependencia como una prestación familiar: por el hecho de que supondría un mecanismo para sustituir los cuidados que normalmente otorga la familia¹⁰².

En la actualidad se demanda que pase a formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social. Estamos ante una prestación que todavía no se ha incorporado a la regulación de nuestro sistema de Seguridad Social. Se trata de la cobertura, por parte del sistema, de un nuevo riesgo que afecta a aquellos que requieren los cuidados y atención de una tercera persona para el desarrollo de la vida diaria.

Esta demanda se justifica en buena medida por una realidad social: las limitaciones de la actual estructura de la familia, que supone un importante impedimento para la asunción por las familias de las situaciones de dependencia. Basta pensar en factores tales como el aumento de la esperanza de vida, la evolución de la familia actual que implica la reducción del núcleo familiar y supone la debilitación de los lazos familiares, la necesidad que tienen dichos núcleos familiares de afrontar las exigencias económicas a través de obtener más de un ingreso derivado del trabajo; la justa incorporación de la mujer al trabajo; en definitiva: la crisis de la familia tradicional. Todos estos elementos limitan enormemente que las familias actuales puedan hacer frente a los cuidados permanentes de familiares. Bien puede decirse que la crisis de la familia tradicional supone también la crisis del sistema tradicional de atención de las necesidades de los familiares carentes de autonomía personal.

La dependencia no es precisamente una necesidad nueva: siempre han existido situaciones en las que era necesario cuidar de familiares; que eran resueltas normalmente a través de la propia familia, o a través de la contratación, formal o informal, con terceras personas que se encargaban de tales cuidados. El problema es que hoy es cada vez más difícil que las familias puedan hacer frente solas a este fenómeno. De un lado, las estructuras familiares actua-

¹⁰¹ WICKS, M.: "Cambios familiares y política social", en AA.VV., "Convergencia de políticas sociales", MTSS, Madrid 1993, página 148.

¹⁰² En este sentido MALDONADO MOLINA, J.A.: "El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro", Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 56.

les difícilmente pueden hacer frente por sí solas a tales necesidades de atención y cuidado. Por otra parte se ha incrementado espectacularmente la población de edad, lo que supone cada vez un importante número de personas mayores

Dado que las familias tienen cada vez una mayor dificultad para hacer frente a tales responsabilidades es por lo que empieza a plantearse la necesidad de una asunción de responsabilidad por parte de los poderes públicos ante estas situaciones. Esta necesidad es cada vez más acuciante, resaltando que nuestro sistema de Seguridad Social, o de manera más amplia, nuestro sistema de protección social, no cuenta en la actualidad con un mecanismo mínimamente estructurado que pueda hacer frente a la dependencia.

A partir de aquí todo está por construir. De entrada hay que configurar en que consiste esa situación de dependencia que ha de ser protegida. Parece lógico que por dependencia ha de entenderse aquella situación en la que una persona no pueda, por algunas razones o por cualquier motivo, valerse por sí mismo para desarrollar una vida normal, careciendo de autonomía personal, razones por las que requiere del apoyo, la ayuda de otra u otras personas¹⁰³. Es evidente que esta perspectiva nos acerca irremediamente a la gran invalidez¹⁰⁴.

Es cierto que en nuestro sistema de Seguridad Social es posible encontrar algunas prestaciones que de una u otra manera podrían suponer un mecanismo de protección a ciertas situaciones de depen-

¹⁰³ MALDONADO MOLINA, J.A., señala que se configura como "la incapacidad para la realización de actos propios y elementales de la vida diaria, lo que lleva al sujeto a depender de otro para su desenvolvimiento cotidiano". "El seguro de dependencia...", *op. cit.*, página 17. Por su parte, GONZÁLEZ ORTEGA, S., señala que la dependencia puede ser entendida como "una situación de carencia, más personal que económica, materializada en la necesidad de asistencia, servicio, prestación personal o ayuda, imprescindible para poder realizar las actividades, corrientes pero esenciales, de la vida cotidiana (...) En definitiva, se trata de una situación en la que el individuo es incapaz, en mayor o menor grado, de gestionar su propia vida cotidiana y su entorno más inmediato en los aspectos más básicos y habituales". "La protección social de las situaciones de dependencia", RL n° 17-18 de 2004, página 13. MERCADER UGUINA, J.R., señala que la dependencia ha de ser entendida como "la necesidad de atención y cuidados que precisan las personas que no pueden hacer por sí mismas las actividades de la vida cotidiana", "Concepto y concepciones de la dependencia", RL n° 17 y 18 de 2004, página 67.

¹⁰⁴ Así DELGADO RUIZ, J.: "Reflexiones en torno al establecimiento del nuevo seguro de dependencia", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n° 7 (2004), <http://www.iustel.com>, página 1.

dencia (la gran invalidez o las prestaciones por hijo a cargo minusválido); pero no existe una regulación que contemple de manera coordinada la dependencia y sus necesidades¹⁰⁵.

El campo de protección será fundamentalmente el de las personas mayores; problema de especial importancia en nuestro país, donde se está produciendo un importante proceso de envejecimiento de la población¹⁰⁶. No obstante, los sujetos que pueden estar necesitados de un tercero puede ser cualquiera con independencia de su edad, pensemos en un enfermo crónico que no tenga edad avanzada. En definitiva, los elementos básicos denominadores de la dependencia son la edad y la discapacidad; que se plasman en la ausencia de autonomía personal y en la necesidad de que un tercero otorgue atenciones y cuidados¹⁰⁷.

¿Cómo deben cubrirse estas necesidades? Lógicamente planteamos esta pregunta desde el punto de vista de considerar que estamos ante un riesgo social, una situación de necesidad que ha de protegerse a través de los poderes públicos (como es lógico siempre cabe la posibilidad de la protección privada, donde el Estado podrá entrar a regular determinados aspectos, como cualquier otro ámbito o sector económico merecedor de regulación). Desde nuestro punto de vista caben diferentes posibilidades¹⁰⁸: en primer lugar a través del abono de cantidades económicas destinadas al tercero, o al propio beneficiario. En este caso los poderes públicos tan sólo intervendrían como pagadores de la prestación, sin actuar otorgando cuidados a las personas necesitadas.

La posibilidad de configurar la dependencia como una prestación puramente económica nos plantea otro problema: ¿Quién sería el sujeto beneficiario? Las alternativas serían dos¹⁰⁹: o bien consi-

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión *vid.* MALDONADO MOLINA, J.A.: "El seguro de dependencia ...", *op. cit.*, páginas 27 y ss.; también GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia", RL n° 17-18, páginas 20 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido MERCADER UGUINA, J.R.: "Concepto y concepciones ...", *op. cit.*, página 65.

¹⁰⁷ DELGADO RUIZ, J.: "Reflexiones en torno ...", *op. cit.*, página 8. También GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social ...", *op. cit.*, página 38 y ss.; MERCADER UGUINA, J.R.: "Concepto y concepciones ...", *op. cit.*, páginas 82 y ss.

¹⁰⁸ Sobre la existencia de diferentes alternativas *vid.* BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: "Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia", RL n° 17-18 de 2004, página 105.

¹⁰⁹ *Id.* sobre esta cuestión a GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social ...", *op. cit.*, página 44.

derar beneficiario al propio sujeto que requiere de cuidados y atenciones; o bien considerar beneficiario al cuidador (supuestos en los que éste se ve obligado a reducir su jornada de trabajo o incluso renuncia al mismo¹¹⁰); desde este punto de vista la prestación actuaría como una compensación pública para los familiares¹¹¹. En este último caso tendríamos a un causante (el dependiente) y a un beneficiario directo de la prestación (el sujeto que a tiende a sus necesidades); si bien el dependiente se beneficiará indirectamente, pues la prestación permite que se le presten cuidados.

La segunda posibilidad es la de configurar la dependencia como una prestación técnica, a través de la cual se facilita la asistencia integral al sujeto necesitado¹¹². En estos casos estaríamos ante prestaciones propias del ámbito de los Servicios Sociales¹¹³. Desde este punto de vista la Seguridad Social podría hacerse cargo de los mismos, pues ha de recordarse la distinción, entre los servicios internos y los externos a la Seguridad Social. Se trataría de una prestación en especie, a través de la cual se otorgarían cuidados a las personas dependientes así como las adaptaciones necesarias del domicilio o de instrumentos de comunicación, para que pudiesen desenvolverse. Incluirían tanto los cuidados de carácter personal como las tareas domésticas.

La tercera posibilidad sería la de unir ambos aspectos, de modo que la dependencia implique tanto prestaciones económicas como en especie. Esta sería la configuración más amplia de la protección de la dependencia, pues abarcaría mecanismos muy diferentes que cubrirían necesidades de atención muy distintas. Por último cabría

¹¹⁰ Téngase además en cuenta que dado los niveles de estrés que genera la permanente atención de un tercer familiar dependiente, puede ser necesario considerar a los cuidadores como sujetos con derecho a determinadas prestaciones, normalmente en especie. Pensemos simplemente en aquellas personas que dedican todo su tiempo al cuidado de enfermos crónicos o de determinadas personas con gran invalidez que no pueden realizar nada por sí mismos.

¹¹¹ En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social ...", *op. cit.*, páginas 43 y 44.

¹¹² Favorable a una consideración de la dependencia como prestación en especie es DELGADO RUIZ, J.: "Reflexiones en torno ..."; prestación que incluiría protección tanto tratamientos de salud, tanto primaria como especializada, asistencia domiciliaria; tratamientos de vivienda, sobre todo desde el punto de vista de facilitar alojamientos adecuados y elementos de accesibilidad; así como atenciones en el campo de la cultura y del ocio; *op. cit.*, página 4.

¹¹³ BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: "Delimitación competencial ...", *op. cit.*, página 105.

una situación intermedia: la organización por parte de los poderes públicos de servicios de atención, subvencionados; de modo que los ciudadanos puedan acceder a los mismos a costes reducidos¹¹⁴.

Otra cuestión esencial es la de si debemos estar ante un mecanismo de protección contributiva o no contributiva. Si a la hora de regular esta cuestión pesan más los aspectos profesionales (pensemos simplemente en la configuración de la gran invalidez), nos encontraremos con una prestación de ámbito subjetivo reducido sólo a los que hayan cotizado lo suficiente. Sin embargo, reiteramos que, desde nuestro punto de vista, las prestaciones de carácter familiar han de tener un ámbito universal, razón por la que estimamos que ha de ser prestación no contributiva, financiada a través de las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado. El hecho de estructurar la dependencia desde una perspectiva no contributiva no incide sobre su posible naturaleza de derecho subjetivo: una vez que se reconoce el derecho por cumplirse los requisitos, la prestación se configura como derecho subjetivo. No obstante, el hecho de que estimemos preferible un mecanismo lo más universal posible, no implica cerrar cualquier puerta a la posibilidad de que funcione al mismo tiempo un sistema contributivo; de manera que haya (al igual que en la jubilación o la incapacidad permanente) un sistema con dos niveles. De otro lado, caso de configurarse como prestación no contributiva y, además, de carácter económico, estimamos que sería conveniente tener en cuenta el nivel de recursos del dependiente como factor para calcular la cuantía de la prestación¹¹⁵.

Hay que tener en cuenta la posibilidad de las CC.AA. de participar en la gestión de este tipo de prestaciones. Es evidente en el supuesto de configurarse como prestación no contributiva. Pero también hemos de recordar que al margen de la actuación del sistema de Seguridad Social es posible la intervención de las Comunidades Autónomas a través de la asistencia social "externa"; lo que implicaría la posibilidad de complementar las prestaciones estatales; o bien establecer mecanismos de protección para aquellos a los que no alcance la acción protectora estatal¹¹⁶.

¹¹⁴ Sobre esta posibilidad vid. MALDONADO MOLINA, J.A.: "El seguro de dependencia ...", *op. cit.*, página 85.

¹¹⁵ Sobre esta cuestión GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social ...", *op. cit.*, página 46.

¹¹⁶ En este sentido BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: "Delimitación competencial ...", *op. cit.*, página 107.

De otro lado, ¿cómo afectará la aparición de este tipo de mecanismo de protección a otras prestaciones del sistema de Seguridad Social? Por ejemplo, pensemos en la posible incidencia en el incremento del 50% de la prestación en caso de gran invalidez, donde se produciría una coincidencia de finalidades; o pensemos en las prestaciones familiares, sobre todo en los casos de hijos minusválidos; o en los supuestos de las prestaciones de muerte y supervivencia destinadas para otros familiares que no sean el cónyuge viudo y los huérfanos. Otro aspecto a tener en cuenta sería la incidencia de esta posible prestación en materia de servicios sociales a la tercera edad en forma de residencias.

En definitiva, como vemos, muchas son las cuestiones a delinear de esta futura prestación continuando abiertos importantes interrogantes.