

EL IMPACTO DE LA REFORMA

en materia de

derechos humanos

EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE MÉXICO

Dra. María Ascensión Morales Ramírez
Dr. Oscar Javier Apáez Pineda
(coordinadores)



CNDH
M É X I C O

EL IMPACTO DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE MÉXICO

Dra. María Ascensión Morales Ramírez
Dr. Oscar Javier Apáez Pineda
(coordinadores)



Advertencia: El uso de un lenguaje que no discrimine, ni marque diferencias entre hombre y mujeres es una de las preocupaciones en el presente trabajo de investigación. Sin embargo, no existe consenso entre los lingüistas sobre la manera de cómo hacerlo en el idioma español. En tal sentido y a fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por utilizar la forma general de empleo del masculino genérico clásico, comprendiendo que las menciones en tal género representan a hombres y mujeres.

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: agosto, 2018

ISBN: 978-607-729-436-8

D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
Colonia San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, Ciudad de México

Diseño de forros:
Flavio López Alcocer

Diseño de interiores y formación:
H. R. Astorga

CENADEH

Impreso en México



Contenido

Introducción 9

Primera parte
El artículo primero constitucional
y la seguridad social mexicana

El bloque de constitucionalidad
y sus alcances en la seguridad social
Dra. María Ascensión Morales Ramírez 15

Control de convencionalidad y sus alcances
en materia de seguridad social
Dr. Oscar Javier Apáez Pineda 49



Segunda parte
Los derechos humanos y su
repercusión teórica en la seguridad
social en México

La protección social en la teoría de los derechos humanos <i>Dr. Alfredo Sánchez-Castañeda</i>	79
Repercusión de los instrumentos internacionales en la seguridad social mexicana <i>Dr. Porfirio Marquet Guerrero</i>	103

Tercera parte
Repercusiones prácticas en la
seguridad social en México

Cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en México <i>Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos</i>	129
Impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos para la seguridad social en México <i>Dra. Araceli Damián</i>	159
Reformas necesarias en materia de igualdad y no discriminación en las prestaciones de seguridad social <i>Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez y Lic. Ana Marcela Muñoz Martínez</i>	173



Las obligaciones de los funcionarios de la seguridad social en materia de derechos humanos <i>Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno</i>	201
Conclusión general	227
Bibliografía.....	233



Introducción

El presente libro constituye el primer intento para precisar la trascendencia de la Reforma en Materia de Derechos Humanos en la seguridad social en México; reforma que provocó no solo un cambio paradigmático a nivel constitucional, sino que sus efectos han incidido de manera teórica y práctica en la manera en la cual se clasifica la seguridad social mexicana y son precisamente estos los que se analizan en aras de fortalecer la conceptualización y materialización del derecho humano de la seguridad social en México.

El interés de abordar la Reforma Constitucional en Derechos Humanos y su impacto en la seguridad social, deriva del hecho de identificar el papel que ha adquirido a la luz de la nueva concepción sobre los derechos humanos, y en específico, de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), en donde se ubica la *seguridad social*. Lo anterior, porque en los derechos humanos reconocidos y protegidos en algunas épocas se establecieron categorías, en donde los denominados DESCA recibieron un tratamiento de rango inferior al identificarse como declaraciones de buenas intenciones que no generaban prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado y estaban limitados por restricciones presupuestales, lo cual reducía la observancia, el cumplimiento y la eficacia de estos derechos.

Por razón metodológica, el libro se divide en tres partes; la primera se enfoca en el estudio de los aspectos teóricos derivados de la promulgación del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que



permitió la integración constitucional del contenido de los tratados internacionales que el Estado mexicano ha ratificado; una segunda que se centra en describir la manera en la cual los teóricos nacionales de la seguridad social han encontrado la materialización conceptual e histórica de la seguridad social y su relación con derechos humanos; culminando con una tercera parte enfocada en el análisis de situaciones prácticas de la seguridad social mexicana, con especial énfasis en cumplimiento de obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los derechos humanos de no discriminación e igualdad, así como las obligaciones de los funcionarios públicos ligadas al concepto de trabajo decente.

En este sentido, en la primera parte encontramos que la primera investigación aborda el tema del bloque de constitucionalidad bajo la premisa de la susceptibilidad de identificar bloques especiales por materia en el universo de tratados internacionales ratificados por México, ofrece el primer intento de delinear cuál es el conjunto normativo que conforma un bloque de constitucionalidad relativo a la seguridad social.

El segundo trabajo integrante de esta parte estudia el tema del control de convencionalidad en relación con la seguridad social, presentando un análisis de la evolución del concepto, precisando su relación con la materia y brindando una clasificación respecto al tipo de control de convencionalidad que deben ejercer las autoridades mexicanas en materia de seguridad social en atención a su competencia y naturaleza.

En la segunda parte, se ubica la primera investigación que aborda el tema relativo a la relación entre derechos humanos, derechos fundamentales y la seguridad social, precisando teóricamente la trascendencia de la conceptualización del derecho humano de la seguridad social, particularizando el papel de la protección social y la asistencia social, derivado de esta correlación entre la teoría de los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Dicha investigación se ve complementada con el análisis de la repercusión de los instrumentos internacionales en materia de seguridad social en nuestro país.

En la tercera parte se muestra un panorama del impacto en cuestiones prácticas de la seguridad social en México, así pues, encontramos que el primer trabajo de esta última parte se centra en mostrar hasta qué punto ha cumplido el Estado mexicano con el PIDESC.



Posterior a ello se incluyen dos trabajos enfocados en el alcance de la reforma en materia de igualdad y no discriminación, así como las propuestas de reformas necesarias para poder respetar dichos derechos humanos en relación con el de la seguridad social.

Esta parte cierra con un análisis y descripción de las obligaciones de los funcionarios que materializan la seguridad social en el país y su relación con la premisa de que el derecho humano al trabajo digno o decente se encuentra ligado al derecho humano a contar con acceso a la seguridad social.

A manera de conclusión, se incluye un último apartado que contiene las reflexiones finales, producto de los resultados obtenidos en cada una de las investigaciones presentadas, mismas que en conjunto se espera que contribuyan para precisar hasta dónde ha trascendido la reforma en materia de derechos humanos en los conceptos y la materialización de la seguridad social en México pero, sobre todo, que propicien el debate que favorezca el perfeccionamiento y el fortalecimiento del derecho humano de la seguridad social.

Dra. María Ascensión Morales Ramírez
Dr. Oscar Javier Apáez Pineda



Primera parte

El artículo primero
constitucional y la seguridad
social mexicana



El bloque de constitucionalidad y sus alcances en la seguridad social

Dra. María Ascensión Morales Ramírez
Catedrática de la Facultad de Derecho de la UNAM

Sumario: I. Introducción. II. El Bloque de constitucionalidad. III. La recepción en el ordenamiento jurídico mexicano. IV. El Bloque en materia de seguridad social. V. La materialización del bloque de constitucionalidad. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos. Gran parte de la doctrina señala que constituye una reforma de gran trascendencia por el cambio de paradigma constitucional que implicó¹ y por el paso hacia una adecuada protección de los derechos humanos.

El Dr. Sergio García Ramírez y la Dra. Julieta Morales consideran que no es un cambio de paradigma sino “el rescate moderno de un antiguo paradigma, la actualización del modelo original proclamado en el alba de nuestra Independencia, que desde entonces afirmó el carácter natural e irreductible de los derechos, el límite del Estado, el culto a la dignidad humana. He ahí el fundamento de un principio



Dentro de las novedades, la “ampliación” del conjunto normativo a partir del cual puede determinarse la validez/invalidéz de las normas del ordenamiento jurídico, situó en el escenario jurídico la expresión “bloque de constitucionalidad” que ha sido empleada en el derecho comparado para explicar dicha ampliación.

A siete años de su entrada en vigor, es nuestro interés aportar reflexiones sobre el impacto de dicha reforma en materia de seguridad social, en forma específica, su justiciabilidad, conscientes que cada uno de los derechos humanos es de igual importancia y amerita su propio estudio.

Por lo anterior, el presente trabajo, en forma breve, pretende una aproximación al origen y evolución del concepto del bloque de constitucionalidad, así como los diversos sentidos que ha recibido en el derecho comparado para posteriormente analizar su recepción en nuestro ordenamiento, y a partir ello, intentar configurar el bloque en seguridad social y su materialización en el país. Así, se parte de la hipótesis de que la materialización de la reforma en derechos humanos ha sido muy limitada hasta el momento en materia de seguridad social, en su carácter de derecho humano y de su sujeto de protección “la persona” al concederle un papel secundario y privilegiarse otros derechos humanos, con lo cual se le otorga un carácter de derecho derivado y en codependencia con los derechos de igualdad y no discriminación.

II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Panorama conceptual

En una apretada labor de síntesis respecto del origen y evolución de la figura objeto de estudio,² puede decirse que gran parte de la literatura concuerda en

que hoy día elevamos con entusiasmo y convicción: *pro homine o pro persona*; el ser humano como punto de partida y de destino de la creación normativa y de la interpretación jurídica, para alcanzar la aplicación más conveniente y genuina del Derecho objetivo y consolidar un Estado de Derecho y de derechos”. *La reforma constitucional sobre derechos humanos, 2009-2011. Actualizada al 2015*. México, Porrúa, UNAM, 4a. ed., 2015, p. XVII.

- Entre los trabajos que abordan el tema pueden citarse: Francisco Rubio Llorente, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, 1989; Louis Favoreu, Francisco Rubio Llorente y Francisco Javier Pérez Royo, *Bloque de Constitucionalidad (Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional)*. Sevilla, Civitas, 1991, y Rodrigo Uprimny Yepes, *Bloque de constitu-*

que el concepto “Bloque de constitucionalidad” nació en el derecho francés a principios de los setenta y atribuye a *Louis Favoreau* la construcción, desarrollo y difusión del éste.³

Favoreau utilizó la expresión al analizar la Decisión D-44 del 16 de julio de 1971,⁴ en la que el Consejo Constitucional francés, en su resolución, tomó en cuenta tanto la Constitución de 1958 como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946, con lo cual reconocía jerarquía y valor constitucional a dichos documentos. Así, recurrió a la categoría del *bloque de legalidad* del derecho administrativo⁵ de su país para aplicarlo al derecho constitucional, con el propósito de explicar la decisión novedosa del Consejo Constitucional y el alcance de la remisión que se hacía en el preámbulo de la Constitución francesa de 1958. El autor concluyó que la ampliación que dicho Consejo realizó respecto del parámetro para el control constitucional (normas a partir de las cuales se determina la validez/invalidéz de otras normas) constituía un *bloque de constitucionalidad*.

A partir de entonces, la doctrina empezó a emplear la expresión para describir a este nuevo conjunto normativo integrado por el texto constitucional y las normas, de composición claramente heterogénea, mencionadas en el preámbulo de la Constitución de 1958, aun cuando el Consejo consideraba a este conjunto normativo como principios y reglas de valor constitucional. De esta forma, el control constitucional dejó de limitarse al estudio de validez de

cionalidad, derechos humanos y proceso penal. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Universidad Nacional de Colombia, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2008.

- 3 Se ha controvertido la paternidad de la expresión. Algunos consideran que Claude Emeri la utilizó en 1970 al comentar la Decisión del Consejo Constitucional de 1959, mediante la cual se analizó la validez constitucional del Reglamento de la Asamblea Nacional, y en ella, se tomó en cuenta tanto a la Constitución como a la Ordenanza No. 58-1100, del 17 de noviembre de 1958, expedida por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, tal antecedente no guarda relación con lo que después la doctrina asumió como bloque de constitucionalidad. Cfr. Édgar Carpio Marcos, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005, p. 3.
- 4 Louis Favoreu, “El bloque de la Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, enero-marzo, 1990, p. 46.
- 5 Con el concepto de “bloque de legalidad”, se describía no sólo al conjunto de normas que limitaban la actuación de los órganos de la administración pública, sino también para designar a las normas que cumplían una función procesal: la de servir como parámetro de control al Consejo de Estado en la evaluación de validez de los actos administrativos.



cuestiones formales derivadas del respeto a la parte orgánica de la Constitución de 1958 para comprender también un control sobre el contenido mismo de la ley.

Así, la categoría surgió para responder a una necesidad específica del ordenamiento francés a causa de que los instrumentos hasta ese momento resultaban insuficientes en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, como el propio Favoreau reconoció, la categoría se modificó y evolucionó con los años, para hacer referencia a un delimitado sistema de fuentes del derecho al que se reconoce valor constitucional por la vía jurisprudencial.⁶

La expresión se extendió y la literatura, preferentemente, da cuenta de las principales conceptualizaciones de integración del bloque de constitucionalidad en los ordenamientos jurídicos de España, Italia y Latinoamérica.

En la experiencia española, la expresión es de origen fundamentalmente jurisprudencial. Fue adoptada por el Tribunal Constitucional en el fundamento segundo de la sentencia STC 10/1982 como instrumento para resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas. Posteriormente, el Tribunal empezó a utilizar el concepto en diversos sentidos, por ello, la doctrina considera que la expresión se caracteriza por un contenido impreciso al aludir a distintas realidades. Sin embargo, en este caso, la expresión no admite la existencia de una norma fundamental que se encuentre fuera de la constitución, por ende, no se emplea para la incorporación de nuevos derechos no previstos en la Constitución.⁷

En la experiencia italiana, el concepto se asoció a la noción de “norma interpuesta”, que es aquella con rango de ley ordinaria, pero que por disposición explícita de la constitución, limita a otras normas como parámetro de control constitucional.⁸

En Latinoamérica, resulta particularmente relevante el caso colombiano por el desenvolvimiento de su jurisdicción constitucional y porque influenció

6 Louis Favoreau, “El bloque de la Constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 46.

7 Édgar Carpio Marcos, “Bloque de constitucionalidad y proceso...”, *op. cit.*, pp. 9-12.

8 Manuel Eduardo Góngora Mera, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune latinoamericano*”, *Ius constitutionale en América Latina, Rasgos, potencialidades y desafíos*. Disponible en: Blibo.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3655-ius-constitutionale-commune-en-america-latina-rasgos-potencialidades-y-desafios, fecha de consulta: 8 de febrero de 2018, p. 307.

significativamente los desarrollos constitucionales en otros países,⁹ no obstante, la existencia previa de la figura en Panamá (1990) y Costa Rica (1993).

La Corte Constitucional colombiana usó la expresión de bloque de constitucionalidad, por primera vez, en la sentencia C-225 de 1995, en la cual se señaló: “está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos a los de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”.¹⁰ Así, bajo el concepto de *bloque de constitucionalidad*, la Constitución colombiana ha armonizado el contenido del principio de supremacía constitucional y de primacía del derecho internacional, ambos explicitados en la Constitución, pero la incorporación (remisión) ha sido solo respecto de los tratados ratificados por el país y que versen sobre derechos humanos.¹¹

Esta es la tendencia desarrollada en la experiencia latinoamericana, independientemente del surgimiento de la figura por distintas razones históricas en cada país de la región. Con el concepto de bloque constitucional se ha explicado la incorporación al texto constitucional de normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Casas Farfán¹² señala que la incorporación (remisión) normativa se ha realizado de diversas maneras: a) explícita, cuando se mencionan los textos a integrar (Argentina); b) genérica, (Chile),¹³ c) en forma más amplia (Brasil) o d) mediante dos esquemas de inclu-

9 Principalmente en la comunidad andina y también sirvió como modelo durante los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador (1998 y 2008), Bolivia (2009) o referente en Perú.

10 Mónica Arango Olaya, “El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, en *Precedente, Anuario Jurídico 2004*. Colombia, Cali, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Universidad Icesi. Disponible en la World Wide Web: www.icesi.edu.co, fecha de consulta vía electrónica: febrero de 2018.

11 La Corte Constitucional colombiana ha fijado sobre el bloque de constitucionalidad los siguientes estándares: a) Interpretación de la cláusula abierta como base para reconocer la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, b) Técnica de construcción del bloque a través de precedentes constitucionales y remisiones constitucionales y c) Mecanismos de exclusión de normas del bloque de constitucionalidad.

12 Luis Francisco Casas Farfán, “Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas”, en *Provincia*. núm. especial, Venezuela, Universidad de los Andes, 2006, pp. 180-183.

13 En la parte final del artículo 5 de la Constitución.



sión de normas a la Constitución (Venezuela).¹⁴ Finalmente, ha sido el órgano de control constitucional el que ha desarrollado e integrado el *bloque de constitucionalidad* al orden jurídico nacional a través de sus interpretaciones y resoluciones.

Conforme a lo expuesto hasta aquí, puede señalarse que en las experiencias europeas el concepto de *bloque de constitucionalidad* se refiere a un conjunto de normas que conforman el parámetro de constitucionalidad, el cual incluye a la Constitución en estricto sentido, así como una serie de normas de origen nacional no pertenecientes al texto constitucional, pero pueden tener formalmente el mismo rango de las normas cuya constitucionalidad se discute. Se diferencian en la función que cumple la expresión en el ordenamiento jurídico: a) la francesa integra derechos humanos reconocidos en instrumentos nacionales previos que no fueron incorporados expresamente en la Constitución vigente; b) la española, y c) la italiana, consideran la distribución de competencias entre el Estado y las autoridades regionales.¹⁵

En las experiencias latinoamericanas, la figura incorpora dentro del parámetro de constitucionalidad, normas de origen internacional, esencialmente de derechos humanos, por ende, el contenido del bloque se presenta un poco más uniforme. Al respecto, la doctrina ha perfilado algunas ideas sobre la conceptualización del bloque de constitucionalidad en la región:

Góngora Mera señala que se trata de una categoría jurídica de derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en un ordenamiento jurídico.¹⁶

Casas Farfán refiere que es una técnica jurídica mediante la cual el texto de una constitución reenvía a otros textos que, por ende, terminan haciendo parte del mismo cuerpo normativo. Así, la constitución no se limita al articulado de la carta política, sino que también incluye una serie de principios, reglas

14 El primero, citando los textos a integrar y, el segundo, al referirse en abstracto a derechos inherentes del hombre.

15 Manuel Eduardo Góngora Mera, "La difusión del bloque de constitucionalidad...", *op. cit.*, p. 307.

16 Manuel Eduardo Góngora Mera, El Bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, enero, 2007. Disponible en: <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf>, fecha de consulta: 3 de febrero de 2018.

y valores que hacen parte del mismo conjunto, en tanto que hay una remisión a ellos. Es una técnica de remisión de las constituciones modernas.¹⁷

Mónica Arango expresa que se refiere a: “[...] aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.¹⁸

De este breve repaso sobre la doctrina del bloque de constitucionalidad puede señalarse que en cada país la figura se ha integrado al ordenamiento jurídico, conforme a su texto constitucional, así como lo determinado mediante la interpretación y los precedentes de los órganos encargados de interpretar la Constitución y llevar a cabo el control constitucional. Con base en ello, se reconoce al *bloque de constitucionalidad* una doble función: a) sustantiva, en la integración normativa (remisión) y b) procesal, en el control del parámetro constitucional de un sistema jurídico para interpretación y aplicación del derecho.

Por último, resulta importante adelantar que el origen, evolución e integración de bloque de constitucionalidad es totalmente distinto a la doctrina del control de convencionalidad como se verá con el tema del Dr. Oscar Javier Apáez Pineda.

III. LA RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

1. Precedentes

La doctrina señala la existencia de antecedentes respecto de la apertura del texto constitucional para incorporar en su cuerpo ciertas normas de origen internacional, así como el uso de la expresión de bloque de constitucionalidad y su posible existencia en el ordenamiento jurídico mexicano. De ello, dan cuenta los siguientes casos:

a) El artículo 42 Constitucional, fracciones V y VI que remite al derecho internacional para la definición parcial de uno de los elementos constitutivos

17 Luis Francisco Casas Farfán, “Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión...”, *op. cit.*, p. 176.

18 Mónica Arango Olaya, “El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 79.



del Estado mexicano: su territorio (en un doble aspecto, el espacio aéreo y el mar territorial).¹⁹

b) La controversia constitucional 31/2006²⁰ que cuestionaba la legitimación del Tribunal Electoral del entonces Distrito Federal para promover acciones de inconstitucionalidad. La resolución dio origen a la tesis P./J. 18/2007, “Estatuto de Gobierno del distrito Federal. Junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el *bloque de Constitucionalidad* en materia electoral.

Para Astudillo, la SCJN en este asunto se limitó a mencionar el concepto, sin definir ni señalar sus características y solo lo empleó como categoría útil para articular disposiciones estatutarias, con el objeto de delimitar el sistema competencial de la constitución (Arts. 112, 116 y Estatuto del gobierno del Distrito Federal).²¹ Para Guerrero Zazueta, la Corte confundió el bloque de constitucionalidad con lo que en derecho comparado se ha denominado bloque en sentido lato o normas interpuestas, usadas en las experiencias española e italiana, porque las normas involucradas tenían una jerarquía distinta,²² contrario al bloque de constitucionalidad en donde las normas que lo integran deben gozar de la misma jerarquía constitucional.

c) El expediente Varios 912/2010 (conocido como el caso Radilla), en el cual la Corte determinó su postura en torno a la recepción de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y explicitó las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación emanadas de dicha sentencia. Así, las normas paramétricas que se tomarían en cuenta para analizar la validez o regularidad del resto de las normas del ordenamiento jurídico serían:²³

1. Todos los derechos humanos de la Constitución y jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

19 Arturo Guerrero Zazueta, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, Fascículo 8, en Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos. México, CNDH, 2015, p. 73.

20 La resolución se dictó el 7 de noviembre de 2006.

21 César Astudillo, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*. México, UNAM, Tirant le Blanch, 2014, pp. 70 y 71.

22 Arturo Guerrero Zazueta, *¿Existe un bloque de constitucionalidad...*, op. cit., pp.78-79.

23 *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011.



2. Derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales en los que el Estado sea parte.
3. Criterios vinculantes de la Corte Interamericana Derechos Humanos en las sentencias en que el Estado sea parte.

Igualmente, en este asunto el Máximo tribunal realizó una aproximación de carácter procesal al emplear la expresión *parámetro de control de regularidad constitucional*, en lugar del “*bloque de constitucionalidad*”, para concretar algunas de las implicaciones al considerar a los derechos humanos, independientemente de su fuente, como parámetro de las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano. Si bien, la Corte no profundizó respecto al contenido de la figura, en cambio sí estableció la imposibilidad de que las normas pudieran determinarse a través de un criterio de jerarquía.²⁴ Así, bajo el concepto de *parámetro de control de regularidad constitucional* se determina la regularidad o la validez de las normas que integran al sistema normativo de México. Esta figura cumple con una doble función: para el ordenamiento jurídico y para la función judicial.

d) La Contradicción de Tesis 293/2011,²⁵ en la cual la SCJN entró a discernir la posición jerárquica de los tratados internacionales y la forma en que éstos y la Constitución se relacionan e integran en un solo bloque o parámetro. Para el análisis de esta relación, la Corte consideró a los tratados que versan específicamente sobre derechos humanos, con independencia de la materia a la que se aboquen formalmente. Finalmente, en su resolución señaló que las normas de derechos humanos de fuente internacional tienen jerarquía constitucional, respetando las *restricciones* expresamente establecidas en la norma constitucional:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

24 Este criterio fue retomado al resolver la acción de inconstitucionalidad 155/2007, la cual fue resuelta el 7 de febrero de 2012.

25 Resolución dictada el 3 de septiembre de 2013.



El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.²⁶

Astudillo refiere que bajo este nuevo enfoque, se considera a los tratados internacionales desde la perspectiva material de fuente de los derechos (no fuente del derecho), cuyas normas se integran al orden nacional para ampliar el catálogo constitucional de derechos.²⁷

a) Respecto de la jerarquía de los instrumentos, se dejó claro que la relación entre la Constitución y los tratados internacionales se realiza en armonía con el renovado artículo 1o. constitucional y no con el artículo 133 constitu-

26 Tesis P./J.20/2014 publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202, registro: 2006224.

27 César Astudillo, *El bloque...*, *op. cit.*, p. 77.

cional sustento del enfoque tradicional de jerarquía de fuente de derecho. El nuevo enfoque enfatiza la integración de fuentes de los derechos a través de un catálogo constitucional conformado por disposiciones de la Constitución y los tratados internacionales, cuya consecuencia es la eliminación del principio jerárquico en materia de derechos humanos de diversas fuentes, en donde la Constitución dejó de ser el único instrumento de reconocimiento de derecho, para constituirse en fuente de las fuentes de derechos.²⁸

b) En torno a las restricciones, tema polémico, se da la posibilidad de que en caso de que la Constitución establezca una restricción a los derechos humanos, se observará lo previsto en la redacción constitucional.

Para la doctrina, esta situación hace inoperante el parámetro de control de constitucionalidad y se aparta de una interpretación conforme, con lo cual parece un regreso al principio de supremacía constitucional.

2. La recepción del Bloque de constitucionalidad en México

Independientemente de que la Corte no adoptó el concepto de *bloque de constitucionalidad* (aunque sí para efectos académicos en torno a la enseñanza de la reforma en materia de derechos humanos),²⁹ la doctrina alude a la existencia de éste en los términos de la doctrina latinoamericana como se evidencia al respecto con las diversas afirmaciones y definiciones sustentadas en el artículo 1o. constitucional, párrafos primero y segundo.

García Ramírez y Julieta Sánchez reconocen la existencia del bloque de constitucionalidad en México como parámetro de control constitucional y convencional, el cual se integra por el conjunto de derechos humanos de la Constitución y de los tratados internacionales, con lo que se amplía en número y alcance los derechos humanos.³⁰ En forma específica, señalan que los artícu-

28 *Ibid.*, p. 79.

29 Cfr. Graciela Rodríguez Manzo, et. al., "Bloque de Constitucionalidad en México", *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

30 Sergio García Ramírez y Julieta Morales, *La reforma constitucional sobre derechos humanos...*, op. cit., p. 335.



los 1, 15, 29 y 105 constitucionales ponen de manifiesto la existencia de dicho bloque.³¹

Guerrero Zazueta señala que el artículo 1o. constitucional permite concluir la existencia de un bloque de constitucionalidad en México, que conlleva al reconocimiento de que las normas de derechos humanos reconocidas en dicho precepto: a) gozan de jerarquía constitucional por remisión expresa del propio texto constitucional en el primer párrafo del artículo en comento; b) forman parte del parámetro de control de regularidad, validez o constitucionalidad en sentido amplio, según se desprende de la interpretación integral del texto constitucional, y c) constituyen normas jurídicas relevantes para resolver conflictos constitucionales, según la dimensión hermenéutica reconocida en el segundo párrafo del artículo referido. Por tanto, constituyen un bloque único, con la misma supremacía, rango e idéntico valor normativo.³²

Astudillo refiere que se introdujo una base normativa para la conformación de un bloque de derechos fundamentales que la doctrina señaló como bloque de la constitucionalidad y lo define como “la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, como consecuencia, compartir el mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preeminencia formal sobre otros”.³³

Las anteriores definiciones dan cuenta de que la reforma al artículo 1o. constitucional sentó las bases para la incorporación de la figura del bloque de constitucionalidad, sin embargo, no existe una definición unívoca ni se precisan los elementos que pudieran caracterizarle.

El reconocimiento de un bloque de constitucionalidad o concepto con el que se le denomine (parámetro de control de regularidad constitucional) adquiere gran importancia en materia de controles constitucionales en nuestro país, porque conlleva a una nueva práctica jurisprudencial: control directo y el control difuso de la constitucionalidad (modelo de control constitucional). El efecto inmediato es que la norma a la que se remite el texto constitucional, en tanto se toma como parte integrante del mismo, vincula al legislador y, por

31 *Idem.*

32 Arturo Guerrero Zazueta, *¿Existe un bloque de constitucionalidad...?*, op. cit., p. 170.

33 César Astudillo, *El bloque...?*, op. cit., p. 51.

ende, tendrá que ser analizada a la hora de establecer la validez constitucional de una norma de rango inferior a la Carta magna.³⁴

Al respecto, la SCJN estableció el control constitucional, el cual es complementado con el control convencional, tema que es objeto de estudio del Dr. Oscar Javier Apáez Pineda.

IV. EL BLOQUE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Es de explorado derecho que no existe consenso en la definición de seguridad social, sin embargo, el referente obligado es la definición de la OIT: “seguridad social comprende la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”.³⁵

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 19 señala que la seguridad social “incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular, contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención a la salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”.³⁶

A continuación se perfila el conjunto de normas (dentro del sistema jurídico mexicano por la Constitución y en los diferentes instrumentos internacionales: tratados, convenciones, pactos, protocolos, declaraciones, etcétera) que podrían configurar dicho bloque en materia de seguridad social, exclusiva-

34 Luis Francisco Casas Farfán, “Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión...”, *op. cit.*, p. 186.

35 OIT, *Introducción a la seguridad social*. Ginebra, 1984, p. 3

36 ONU, Observación General No. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Ginebra, Suiza, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 39 periodo de sesiones, 2007, párr. 2. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%-2f19&Lang=en



mente, sin recurrir a otro tipo de derechos humanos³⁷ y en atención al sujeto “persona”. Para dicha configuración se consideró lo siguiente:

a) El antecedente evidenciado en la tesis P/J. 18/2007 en cual la SCJN estipuló la existencia de un “bloque de constitucionalidad en materia electoral”, que dio lugar a inferir la posible existencia de un bloque propio en cada materia;

b) La aceptación de la academia y la doctrina mexicana de la existencia del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico;

c) El reconocimiento de la seguridad social como derecho humano;

d) La consideración del bloque de constitucionalidad como herramienta para dotar de la más amplia y completa protección a las “personas”; y

e) El cumplimiento de las obligaciones constitucionales de todas las autoridades en el marco de sus respectivas competencias (promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos) de acuerdo con los principios de los derechos humanos reconocidos en el artículo primero de nuestra Carta Magna (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad).³⁸

1. Nivel constitucional

- Artículo 1. Específicamente con relación a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y que todas las autoridades en el ámbito de su competencia deben prevenir, promover y respetar los derechos humanos.

Con base en este artículo y a la nueva concepción sobre los derechos humanos la cual no hace distinción entre los derechos ni establece jerarquías entre, el derecho a la seguridad social debe entenderse como un derecho de directa e inmediata aplicación y no derivado de otros derechos.

- Artículo 123, Apartado A, fracción XIV en relación con la obligación de los patrones y su responsabilidad sobre accidentes y enfermedades de trabajo; fracción XXIX relativa a la Ley del Seguro Social y los respectivos seguros y sujetos que comprende: *trabajadores, campesinos, no asalariados y otros*

37 Por ejemplo: el derecho a la propiedad (derechos adquiridos), derecho de igualdad y no discriminación, entre otros.

38 Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1.



sectores sociales y sus familiares. Apartado B, fracciones XI y XIV que establecen las bases mínimas de la organización de la seguridad social.

Es precisamente la fracción XXIX que adquiere armonía con lo expresado en la declaración universal de la seguridad social como derecho humano en atención a las personas y no exclusivamente para quienes forman parte de una relación laboral formal. Con la nueva concepción de los derechos humanos, constituirá la base para la aplicación, exigibilidad y justiciabilidad directa del derecho a la seguridad social.

2. Nivel internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³⁹

• Artículo 22:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la *seguridad social* y, a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

• Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. 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.

39 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.



Esta declaración es valiosísima para el derecho de la seguridad social porque su sujeto de protección es “toda persona” y con base en el 25.1, se define el contenido que dicha protección debe otorgar.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁴⁰ (PIDESC) y su Protocolo Facultativo del PIDESC de 2008.⁴¹

- El PIDESC en el artículo 9 dispone: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la *seguridad social*, incluso al seguro social.

Lo relevante del PIDESC es su enfoque en la “persona”, no en el trabajador(a) como sujeto de protección.

- El Protocolo Facultativo del PIDESC resulta relevante porque incorporó un sistema de denuncias por violaciones, entre otros, al derecho de la seguridad social.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.⁴²

- Artículo 16: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, a la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Esta declaración reitera algunos beneficios de la protección que conforma el derecho de la seguridad social.

40 ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 3 de enero de 1976. México lo promulgó en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

41 Se adoptó el 10 de diciembre de 2008 y entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

42 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948*, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.



Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.⁴³

3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 26: Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Resulta importante este artículo para el derecho de la seguridad por las opciones que señala (legislativa u otros medios apropiados), en la medida de los recursos para lograr su desarrollo progresivo y efectividad, esto es, no es suficiente únicamente la vía legislativa.

Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988.⁴⁴

- Artículo 9: Derecho a la seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a la *seguridad social* que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

43 Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978, México se adhirió el 2 de marzo de 1981.

44 Organización de los Estados Americanos, Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en la Asamblea General, XVIII periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, el Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y fue ratificado por México el 3 de agosto de 1996. Se promulgó en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de septiembre de 1998.



2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Este artículo, confirma también la existencia del derecho de la seguridad, en su doble aspecto: como derecho humano y, en forma específica, respecto de una relación laboral.

Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944⁴⁵

- La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:

[...]

(f) extender las medidas de *seguridad social* para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa.

El inciso reafirma del derecho de la seguridad social como derecho humano al referirse dentro de la expresión “a quienes lo necesiten” a *cualquier persona*. Igualmente, muestra que las cuestiones relativas a la seguridad social siempre ocuparon un lugar preponderante en las preocupaciones de la OIT y por ello la Declaración de Filadelfia contiene una concepción amplia de la seguridad social.

Recomendación 67 sobre la Seguridad de los medios de vida de 1944⁴⁶

1. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable,

45 Organización Internacional del Trabajo, *Declaración de Filadelfia*, adoptada en la Conferencia General, Filadelfia, en su vigésima sexta reunión el 10 de mayo de 1944.

46 Organización Internacional del Trabajo, “R067 - Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67)”, adoptada en la 26a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Filadelfia, el 12 de mayo de 1944. Concibió sistemas de seguridad social integrales, así como la extensión de la cobertura para todos y sentó las bases para el Convenio núm. 102.

las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia.

2. La seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derecho, en los casos previstos por la ley, en virtud de las cotizaciones que hayan pagado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley.

3. Las necesidades que no estén cubiertas por el seguro social obligatorio deberían estarlo por la asistencia social; y ciertas categorías de personas, especialmente los niños, inválidos, ancianos y viudas necesitados, deberían tener derecho a asignaciones de una cuantía razonable, de acuerdo con el baremo establecido.

4. Debería proporcionarse asistencia, de acuerdo con las exigencias de cada caso, a otras personas que se encuentren en estado de necesidad.

Con esta recomendación se inició la era de la seguridad social y una concepción más amplia y global de la protección, por tanto, constituyó el antecedente para la creación de los sistemas de seguridad social integrales, así como la extensión de la cobertura para todas las personas y sentó las bases para el Convenio núm. 102 Norma mínima de seguridad Social. Reviste importancia pues, aunque señala categorías de sujetos vulnerables, también lo incluye la expresión “personas” en estado de necesidad, que en adelante serían los sujetos del Derecho de la seguridad social.

Convenio 102 norma mínima en seguridad social de 1952⁴⁷

- Comprende nueve ramas: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, de

47 Organización Internacional del Trabajo, *C102 - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)*, adoptado en la 35a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, el 28 de junio de 1952, entrando en vigor el 27 de abril de 1955.



maternidad, de invalidez, de sobrevivientes. Dichas ramas tienen particularidades en las categorías siguientes:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;

(b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;

(c) sea a categorías prescritas de residentes que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los residentes;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, así como a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías.

Este convenio entraña la evolución respecto de las normas anteriores ya que en un mismo instrumento concentró nueve ramas principales e introdujo la idea de un nivel mínimo de seguridad social. Dicho Convenio ha sido el más importante adoptado por la OIT en la materia, por ello, los subsecuentes convenios y recomendaciones que se encuentran actualizados por parte de dicha organización amplían la protección respecto de la población cubierta como de las ramas previstas en dicho instrumento.⁴⁸

Pesa sobre este convenio el señalamiento de circunscribirse a la población económicamente activa, lo cual reduce su aplicabilidad y obligaciones estatales. Sin embargo, la OIT ha señalado la vigencia de sus disposiciones y su complementación con las nuevas normas que se han creado para responder a los nuevos desafíos.

48 México ratificó dicho Convenio, el 12 de octubre de 1961, del cual aceptó las partes II, III, V, VI y VIII-X.

Convenio 118 sobre igualdad de trato en seguridad social de 1962⁴⁹

• Artículo 2

1. Todo Estado Miembro puede aceptar las obligaciones del presente Convenio en cuanto concierna a una o varias de las ramas de la *seguridad social* siguientes, para las cuales posea una legislación efectivamente aplicada en su territorio a sus propios nacionales: (a) asistencia médica; (b) prestaciones de enfermedad; (c) prestaciones de maternidad; (d) prestaciones de invalidez; (e) prestaciones de vejez; (f) prestaciones de sobrevivencia; (g) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales; (h) prestaciones de desempleo; (i) prestaciones familiares.⁵⁰

Convenio y Recomendación 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de 1964⁵¹

- Establece disposiciones en la materia respecto de los sujetos protegidos, las contingencias y el listado de enfermedades a considerar.

Convenio 128 y Recomendación 131 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967⁵²

- Amplía la protección en las ramas señaladas respecto del Convenio 102 respecto del porcentaje en las pensiones y la obligación de revisar las tasas en

49 Organización Internacional del Trabajo, *C118 - Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118)*, adoptado en la 46a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 28 junio 1962, Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 25 abril 1964.

50 México ratificó el Convenio el 6 de enero de 1978, aceptando las ramas a)-g).

51 Organización Internacional del Trabajo, *C121 - Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, 1964 (núm. 121), adoptado en la 48a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 08 julio 1964, Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 28 julio 1967, Convenio que México no ha ratificado.

52 Organización Internacional del Trabajo, *C128 - Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*, 1967 (núm. 128), adoptado en la 51a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 29 junio 1967, Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 01 noviembre 1969, Convenio que México no ha ratificado.



caso de variaciones sensibles al nivel general de los salarios o del costo de la vida.

Convenio 130 y Recomendación 134 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad de 1969⁵³

- Amplía la protección de la asistencia médica y prestaciones de enfermedad al incorporar la atención odontológica y la readaptación médica, el pago de al menos el 60 por ciento del salario e incluye los gastos de sepelio.

Convenio 157 y Recomendación 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982⁵⁴

- Proporcionan una protección reforzada a los trabajadores migrantes

Convenio 183 y Recomendación 191 sobre la protección de la maternidad de 2000⁵⁵

- Amplía las prestaciones en la asistencia prenatal, durante el parto y puerperal, así como las prestaciones pecuniarias.

Recomendación 202 sobre los Pisos mínimos de Protección de 2012⁵⁶

4. Los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social pro-

53 Organización Internacional del Trabajo, *C130 - Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130)*, adoptado en la 53a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 25 junio 1969, Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 27 mayo 1972, Convenio que México no ha ratificado.

54 Organización Internacional del Trabajo, *C157 - Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157)*, adoptado en la 68a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 21 junio 1982, Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 11 septiembre 1986, Convenio que México no ha ratificado.

55 Organización Internacional del Trabajo, *C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)*, adoptado en la 88a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 15 junio 2000, Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 7 febrero 2002, Convenio que México no ha ratificado.

56 Organización Internacional del Trabajo, *R202 - Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)*, adoptado en la 101a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 14 junio 2012, Ginebra, Suiza.



pisos que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.

5. Los pisos de protección social mencionados en el párrafo 4 deberían comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social:

a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;

b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;

c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez,

d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

El Bloque de constitucionalidad en materia de seguridad social expuesto anteriormente, da cuenta del derecho a la seguridad como derecho humano y de la “persona” que es inherente a dicho derecho. De este conjunto normativo cobran singular importancia por las novedades que han introducido en el presente siglo:

a) El Convenio 102 Norma Mínima de Seguridad Social porque estableció las metas que debían alcanzarse en lugar de describir las técnicas y, asimismo, fue redactado con flexibilidad necesaria para tener en cuenta técnicas y grados de evolución diversos con la finalidad de que el nivel de protección pueda ser alcanzado o superado. Adicionalmente, por su complementación con la Recomendación 202 sobre los Pisos de Protección (2012).

b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales porque si bien en su origen los derechos que estableció fueron asimilados a



aspiraciones de política social y no propiamente derechos humanos, por ende, se les otorgó un estatus protector menor, en la actualidad al reconocer el Sistema de Naciones Unidas y la doctrina del bloque de constitucionalidad que no hay jerarquía entre los derechos humanos, ha cobrado fuerza y mayor aún con el Protocolo Facultativo de dicho Pacto al materializar la *justiciabilidad* directa de los derechos sociales, a través de la presentación de quejas, una vez agotados los recursos internos (2008). Con base en ello, el derecho a la seguridad social adquirirá plenitud y autonomía y dejará de reconocérsele un estatus menor.

V. LA MATERIALIZACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Como quedó expresado en los primeros apartados de este trabajo, el bloque de constitucionalidad se integra por las normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos y se complementa con aquellas que son resultado de su interpretación nacional e internacional, con lo que se genera un núcleo de normas de derechos humanos integradas a partir de sedes y fuentes diversas. En atención a ello, a continuación, se explica el alcance que ha tenido dicho bloque en las resoluciones judiciales y el impacto en el ámbito legislativo, en forma específica, respecto de la seguridad social como derecho humano, reconocido en los Convenios de la OIT y en los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas.

1. Poder Judicial

El bloque de constitucionalidad en materia de seguridad social a la luz de la función judicial se ha visto muy limitado, porque las decisiones jurisdiccionales emitidas no han sido propiamente con base en este derecho humano sino con otros derechos: igualdad (entre mujeres y hombres) y no discriminación, con apoyo en los artículos cuarto y primero constitucionales y, en ocasiones, como adición el 123 constitucional que contiene las bases mínimas de un sistema de seguridad social, pero tales resoluciones no han abordado con plenitud y en forma autónoma las violaciones al derecho a la seguridad social. De esta for-

ma, se da un tratamiento desigual a este derecho respecto de los demás derechos humanos.

Lo anterior es así porque a partir del nuevo paradigma, fruto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos realizada el 10 de junio de 2011, la Corte ha aplicado la perspectiva de género en sus resoluciones como una herramienta metodológica de análisis e interpretación, con la finalidad de eliminar todas las posibles consecuencias diferenciadoras y discriminatorias en diversas normas, entre ellas, las previstas en las leyes de seguridad social.

La SCJN ha considerado que juzgar con perspectiva de género, constituye un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género e impiden la igualdad. Por ello, se sugiere tomar en cuenta los factores de desigualdad real de quienes enfrentan un proceso judicial, adoptando medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses.⁵⁷ En nuestra opinión, ello no impide que se juzgue con base en el derecho aplicable a la materia y, en atención a la persona, que debería ser el sujeto protegido en las resoluciones.

No se niega con esto, uno de los principios fundamentales de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, como lo es el de interdependencia, el cual implica que los derechos humanos deben ser entendidos de forma intrínseca en armonía y relación unos con los otros, sin embargo, también es cierto que éstos deben ser entendidos cada uno de forma independiente, en el caso específico, a través del derecho a la seguridad social de las personas.

En el panorama actual y a la luz de los principios de los derechos humanos se señala que todos ellos son parte de la persona y son inherente a la dignidad de ésta y al estar ligados entre sí tienen el mismo valor, de tal forma que no admiten preferencia uno sobre otro, en este caso, el derecho de igualdad y no discriminación sobre el derecho a la seguridad social.⁵⁸

En este sentido, Ferrer Mac-Gregor ha señalado que existe una concepción errónea del principio de interdependencia e indivisibilidad que impide la

57 Tesis 1a. LXXIX/2015 (10a.), publicada en la página 1397, Tomo II, febrero de 2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, registro 2008545.

58 Como se reconoce en la Declaración y Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993.



justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no obstante, que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí y, por tanto, pueden ser justiciables de manera autónoma, además de dedicarles la misma atención, promoción, protección y aplicación. Ante ello, tendrá que avanzarse hacia una interpretación evolutiva de los diversos derechos humanos para otorgar una eficacia real, porque a todos les son aplicables las obligaciones de respeto y garantía.⁵⁹

Entre las resoluciones judiciales que se sustentan en los derechos de igualdad y no discriminación y no en el de seguridad social, al dar preferencia a los factores diferenciadores en detrimento o exclusión del hombre o de la mujer a las prestaciones que les corresponden, a título de ejemplo se encuentran los siguientes:

a) *El servicio de guarderías previsto en la Ley del Seguro Social.* La Corte en el amparo en revisión 56/2016 declaró transgredido el derecho a la igualdad al preverse requisitos diferenciados a la mujer y al hombre para acceder al servicio de guardería ya que conforme a la interpretación sistemática de los artículos 4 y 123 de la Constitución Federal, y de una interpretación con perspectiva de género, el derecho a la igualdad entre mujer y hombre busca que ambos sean tratados equitativamente frente a la ley, por lo que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social, 2o. y 3o. del Reglamento para la Prestación del Servicio relativo, así como la Regla 8.1.3, de la Norma que Establece las Disposiciones para la Operación del Servicio por imponer cargas adicionales al hombre para acceder al servicio de guardería. Este criterio corresponde a una tesis aislada.⁶⁰

b) *Pensión de viudez para varón.* La Corte ha señalado en diferentes resoluciones, unas relativas al artículo 152 de la anterior Ley del Seguro Social y otras en torno al artículo 130 de la ley vigente que la condicionante al viudo (esposo o concubinario) para el otorgamiento de la pensión respectiva previa acreditación de su dependencia económica respecto a la fallecida, en su carácter de trabajadora asegurada o pensionada por invalidez viola las garantías de igualdad y no discriminación previstas en los artículos constitucionales 1o.,

59 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México, UNAM, IJ, CNDH, 2017, p. 55.

60 Tesis 2a. CXXXV/2016 (10a.), publicada en la página 909, Tomo I, diciembre de 2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, registro 2013234.

párrafo tercero y 4o., párrafo primero. Este criterio dio lugar a dos tesis aisladas.⁶¹

c) *Parejas del mismo sexo*. En el Amparo en revisión 710/2016 la Corte calificó de inconstitucionales los artículos 6o., inciso a), 39, 40, 41, fracción I, 131, así como 135, fracciones I y II de la Ley del ISSSTE vigente, por considerarlos violatorios de los derechos de igualdad y no discriminación a la familia y a la seguridad social de las parejas integradas por personas del mismo sexo al considerar que tales normas se refieren a un modelo determinado de familia conformada por personas de sexos diferentes entre sí. Este criterio dio lugar a la tesis aislada.⁶²

Dentro de los criterios judiciales apoyados específicamente en el derecho de la seguridad social, se ubican:

a) *Incompatibilidad de la pensión de viudez y jubilación*. La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 51, segundo párrafo de la Ley del ISSSTE de 1984, aplicable a los asegurados que optaron expresa o tácitamente por sujetarse al régimen regulado por el artículo Décimo Transitorio de la Ley del ISSSTE vigente, criterio en el cual determinó la restricción al derecho a percibir íntegramente las pensiones de viudez y de jubilación, cuando la suma de ambas exceda el equivalente a 10 veces el salario mínimo previsto como cuota máxima de cotización, al transgredir los principios de seguridad y previsión social contenidos en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), constitucional. En la tesis se argumentó que las pensiones de viudez y jubilación tienen orígenes distintos; una surge con la muerte del trabajador y la otra se genera por los servicios prestados directamente por el asegurado(a); cubren riesgos diferentes: la pensión de viudez protege a la familia y la de jubilación la dignidad en la etapa de retiro; además, cada una de estas pensiones tiene una autonomía financiera, la de viudez se generó por las aportaciones del trabajador o pensionado fallecido y la de jubilación por las hechas por el trabajador asegurado. Esta tesis estableció criterio de jurisprudencia por sentencias consecutivas identificado con la tesis 97/2012.

61 Tesis 1a. CCLVI/2007, publicada en la página 426, Tomo XXVII, enero de 2008 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, registro 170,443. Tesis 2a. VI/2009 publicada en la página 470, Tomo XXIX, febrero de 2009, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, registro 167886.

62 Tesis 2a. IX/2017 (10a.), publicada en la página 1393. Tomo II, marzo de 2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, registro 2013788.



b) *Incompatibilidad de la pensión de viudez y jubilación.* La Corte determinó la inconstitucionalidad del artículo 12, fracción II, inciso c), del Reglamento para el Otorgamiento de Pensiones de los Trabajadores sujetos al Régimen del Artículo Décimo Transitorio de la Ley del ISSSTE de 2007, porque a semejanza de lo previsto en el artículo 51 de la Ley del ISSSTE anterior, se pretendía limitar el derecho al disfrute íntegro de las pensiones de jubilación y de viudez, cuando la suma de ambas excediere el equivalente a 10 salarios mínimos generales, refiriéndose a los asegurados sujetos del precepto transitorio antes citado, expresándose los mismos argumentos de la tesis. También este criterio fue resultado de cinco sentencias consecutivas en el mismo sentido, conformándose la tesis de jurisprudencia número 129/2016.

Como puede advertirse de lo hasta aquí expuesto, los criterios judiciales han generado tesis aisladas y otros han permitido la formación de jurisprudencia respecto de las condicionantes impuestas a las personas en su carácter de asegurados, en respeto a la protección y garantía los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales y al adoptarse la interpretación más favorable aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en las leyes de seguridad social. Sin embargo, para un mejor y real entendimiento de la seguridad social como derecho humano, es necesario que las decisiones jurisdiccionales se apoyen más en este derecho y en atención a la “persona” pues la tendencia en la interpretación de varios preceptos de las leyes de seguridad social en donde se imponen requisitos a sujetos en específico ha sido con base preferentemente en los derechos de igualdad y no discriminación, cuando como ya se ha señalado ente trabajo, la nueva concepción sobre los derechos no otorga jerarquías y, por ende, pueden exigirse y aplicarse en forma directa.

2. Poder Legislativo

Es en este campo en donde puede considerarse el impacto de las reformas en materia de derechos humanos y, por ende, el bloque de constitucionalidad con las reformas a la Ley Federal del Trabajo efectuadas en 2012. Si bien la reforma laboral fue cuestionada por reconfigurar el derecho laboral e incorporar ciertas figuras ajenas a éste, no obstante, introdujo en las relaciones laborales el principio fundamental del trabajo decente y la garantía de la se-

guridad social como elementos a considerar tanto por los patrones como por los juzgadores.⁶³

A. Trabajo decente (digno)

La noción tiene su antecedente en la Declaración de los Derechos Fundamentales de Trabajo y su seguimiento de la Organización Internacional del Trabajo de 1998. La OIT lo define como “aquel productivo con remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para el trabajador y su familia, mejores perspectivas para el desarrollo personal y social, libertad para manifestar sus preocupaciones, se organicen en la toma de decisiones que afectan a sus vidas, así como la igualdad de oportunidades y de trato para mujeres y hombres”.⁶⁴

Bajo el concepto de trabajo decente o digno se incluyeron en la Ley Federal del Trabajo, las condiciones mínimas que deben imperar en una relación laboral, entre las que destaca el acceso a la seguridad social. Dicho concepto quedó definido en el artículo segundo de la ley laboral como: “aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la *seguridad social* y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo. El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva”.

B. Nuevas formas de contratación

En los artículos 35 y del 39 A al 39 E de la ley laboral se incorporaron dos nuevas figuras jurídicas en las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado,

63 Igualmente se incorporaron a la ley laboral otros principios fundamentales como la igualdad sustantiva o de hecho entre hombres y mujeres, derecho a la no discriminación, derecho a la formación.

64 OIT, *Informe del Director General*, 1999.



con las que se adujo en la Exposición de Motivos que se facilitaría el acceso al mercado formal de trabajo:⁶⁵ el contrato a prueba y el contrato de capacitación inicial.

a) Contrato a prueba. Tiene como finalidad verificar que el trabajador cumpla con los requisitos y conocimientos necesarios para el trabajo contratado. Este contrato no podrá exceder de treinta días,⁶⁶ (Arts. 39 A).

b) Contrato de capacitación inicial. Tiene el propósito de que el trabajador adquiera los conocimientos o habilidades para la actividad. Este contrato tiene una duración máxima de tres meses o hasta de seis meses cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores que requieran conocimientos profesionales especializados, (Art. 39 B).

Ambas figuras comparten en común la garantía de la seguridad social. Al respecto, la ley dispone: “el trabajador disfrutará del salario, *la garantía de la seguridad social* y de las prestaciones de la categoría o puesto que desempeñe”. Para ello, la ley exige que dichos contratos se hagan constar por escrito, en caso contrario, se entenderá que son por tiempo indeterminado. En ambas situaciones, se garantizarán los derechos de seguridad social del trabajador”, (Art. 39, A, B y C).

Con el objeto de evitar el abuso en la celebración de este tipo de contratos, la ley dispuso que serían improrrogables, y dentro de la misma empresa no podrían aplicarse al mismo trabajador en forma simultánea o sucesiva, ni en más de una ocasión, ni tratándose de puestos de trabajo distintos, o de ascensos, aun cuando concluida la relación de trabajo surja otra con el mismo patrón, a efecto de *garantizar los derechos de la seguridad social* del trabajador,⁶⁷ (Art. 39 D).

65 Principalmente para estudiantes, personas con discapacidad o madres trabajadoras, entre otras.

66 El contrato a prueba puede extenderse hasta ciento ochenta días, sólo cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores técnicas o profesionales especializadas. Art. 39 A, segundo párrafo.

67 Si al término del contrato a prueba o del contrato de capacitación inicial el trabajador no acredita los supuestos para los que fue contratado, a juicio del patrón, tomando en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento en los términos de esta Ley, así como a la naturaleza de la categoría o puesto, se dará por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón.



C. Subcontratación

Conforme a la Exposición de Motivos, esta figura se incorporó con el propósito de proteger a los trabajadores de abusos o simulaciones, a través de establecer obligaciones específicas para las partes contratantes, entre otras, el de seguridad social.⁶⁸ Así, el artículo 15 A señala: “El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas”. El mismo precepto establece condiciones para la aplicación de esta figura:

- No abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.
- Justificar su carácter especializado.
- No comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

Si bien es una figura fuertemente cuestionada por la academia porque desnaturaliza las relaciones de trabajo,⁶⁹ no obstante ello, la regulación exige que el patrón cumpla con sus obligaciones en materia de seguridad social y, en su caso, el contratante (beneficiario) cuando no se atiendan todas las condiciones de la subcontratación. (Art.15 A, último párrafo).

Conforme a lo expuesto puede señalarse que las nuevas figuras de contratación y la modalidad de la subcontratación a pesar de no ser aceptadas por la academia y la doctrina, su regulación pretende limitar su uso y, en su caso, la simulación en perjuicio de los derechos del trabajador, entre ellos, el de la seguridad social.

68 Exposición de Motivos de la iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, 4 de septiembre de 2012.

69 Previo a su regulación, la subcontratación era considerada como un instrumento de deterioro de las condiciones laborales de los trabajadores o en la evasión de impuestos y prestaciones. Se desnaturaliza la relación laboral porque el servicio personal y subordinado no lo recibe el patrón que contrata y, es un tercero, el que da las órdenes para el desarrollo del trabajo.



VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento de un bloque de constitucionalidad adquiere gran importancia en materia de controles constitucionales en nuestro país y porque las lecciones de la experiencia internacional demuestran que con dicha figura se han fortalecido los derechos de la persona, así como los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos.

En este contexto, se ubica la nueva concepción de los derechos,⁷⁰ la cual asume que todos los derechos: a) tienen una estructura compleja que considera tanto dimensiones positivas como negativas; b) generan obligaciones de hacer y no hacer; c) resultan gravosas económicamente; d) imponen obligaciones tanto a los poderes públicos como a los privados, y e) contienen elementos justiciables.⁷¹

Sin embargo, el bloque de constitucionalidad en materia de seguridad social y su materialización en el país, exhibe un impacto limitado de la reforma efectuada el 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos en el ámbito judicial porque al resolverse sobre la vulneración de este derecho no se ha realizado en plenitud y en forma autónoma sino en codependencia con los derechos de igualdad y no discriminación, otorgando un tratamiento desigual este derecho respecto de los demás derechos humanos olvidando que bajo la nueva concepción los derechos no existe división generacional entre éstos, tienen jerarquía entre sí y se fortalecen los derechos de la persona, los cuales como derechos humanos son inherentes a ella.

Por el contrario, el impacto de dicha reforma se vio cristalizada en el ámbito legislativo con la reforma de 2012 a la Ley Federal del Trabajo, en la cual se estableció el respecto al derecho de la seguridad social en las nuevas figuras que se incorporaron en las relaciones laborales.

70 Bajo la antigua concepción sobre los derechos se asumía que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales representaban declaraciones de buenas intenciones, constituían compromisos políticos, no generaban prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado y, por tanto, no eran exigibles judicialmente para exigir su garantía y cumplimiento, porque su naturaleza demanda recursos económicos para ejercerse, negando así la eficacia de estos derechos.

71 Aniza García, Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). México, CNDH, , 2015, p. 16.



Por lo anterior, el derecho a la seguridad social reclama su promoción, protección, reconocimiento, defensa, validez y exigibilidad como punto de partida y no como un derecho derivado en atención a los principios de progresividad e interdependencia y a la nueva concepción de los derechos.



Control de convencionalidad y sus alcances en materia de seguridad social

Dr. Oscar Javier Apáez Pineda
Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM

Sumario: I. Introducción. II. El control de convencionalidad. III. La seguridad social en México. IV. El control de convencionalidad de la seguridad social. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La Reforma en Materia de Derechos Humanos (en adelante RMDH) modificó el primer título del capítulo inicial de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), intitulado: “De las garantías individuales” para denominarse: “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, esto provocó un cambio sustancial en todo el orden jurídico nacional, pues se inició la era de los derechos humanos y principalmente comenzó a materializarse en el ejercicio de las autoridades jurisdiccionales, a través de nuevas consideraciones para llevar a cabo el trabajo de interpretación del derecho.

Esta materialización de los derechos humanos también fue posible de implementarse ya que no solo hubo un cambio de títulos, sino que el artículo



1o. constitucional vigente estableció en su párrafo segundo, que las normas relativas a los derechos humanos se deben interpretar de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Esto integró y amplió los conceptos *bloque de constitucionalidad*; *control de constitucionalidad*; el principio *pro persona*; la denominada *interpretación conforme* y el *parámetro de regularidad*;⁷² pues estableció un catálogo de derechos humanos que forman parte de la propia CPEUM, aunque estén contenidos en diversos tratados internacionales; además de que obliga a toda autoridad para interpretar la ley siempre a favor de la dignidad humana en el sentido más amplio.

Al introducirse la posibilidad de interpretar la ley tomando en cuenta los tratados internacionales y ante la positivización de los derechos humanos contenidos en éstos, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), dio inicio a una nueva época jurisprudencial en la que ha precisado lo que debe entenderse como *control de constitucionalidad* y el *control de convencionalidad* en sus modalidades, ya que este último nació como producto de la actividad jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).⁷³

Así pues, este último control referido, va a adquirir características propias antes de la entrada en vigor de la RMDH y esta reforma va a contemplarlo como una obligación para las autoridades del Estado pues precisó que todas ellas, desde el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en el máximo nivel jerárquico, es decir, existe una obligación de llevar a cabo este tipo de control que va ligado al control de constitucionalidad.

72 Respecto de estos podemos observar en el título desarrollado por la Dra. María Ascensión Morales Ramírez, sus alcances y características en relación con la seguridad social.

73 Al respecto la Corte ha establecido que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, mientras que el control difuso es el que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. *Vid.* Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo II, Octubre de 2015, p. 1647.

Al respecto *Ferrer Mac-Gregor* refiere que el control de convencionalidad no es algo nuevo, sino que es una especie de bloque de constitucionalidad derivado de la constitucionalización del Derecho Internacional.⁷⁴

Y como se observará en la presente investigación, este ha ido evolucionando en sus aspectos teóricos y prácticos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de la CIDH, mismo que ha dado pie al denominado *control difuso de convencionalidad* y a una graduación de este.

Siendo precisamente estas características las que permiten afirmar que lo novedoso de dicho concepto es que derivan de la obligación internacional de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y la jurisprudencia de la CIDH.⁷⁵

Resaltando que en México, debido a su nexo con el denominado *bloque de constitucionalidad* y la *interpretación conforme*, existía confusión sobre qué tipo de control de convencionalidad en sus diferentes modalidades o bien, qué autoridad y con qué efectos debía aplicarlo, para lo cual la SCJN en diversas tesis y jurisprudencias ha establecido que dicho control recae en órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas no deben ejercerlo, sino limitarse a aplicar el principio *pro persona*.

En este sentido, en esta investigación intentaremos precisar el contenido del denominado control de convencionalidad y su nexo con la seguridad social, pues esta cuenta tanto con autoridades jurisdiccionales como autoridades administrativas encargadas de su materialización, por lo que se responderá a las siguientes interrogantes:

¿Quiénes y de qué manera debe efectuar el control de la convencionalidad en materia de seguridad social?

¿Cuáles son los límites del control de convencionalidad en materia de seguridad social?

Partiendo de la hipótesis de que todos los tratados internacionales en materia de seguridad social ratificados por el Estado mexicano son normas jurídicas que deben cumplirse en el desarrollo, ejercicio y materialización de la seguridad social en México; además de que cualquier autoridad de la seguridad social en este país está obligada a su cumplimiento; el objetivo será corro-

74 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 675.

75 *Idem*.



borar y precisar el alcance del control de convencionalidad en materia de seguridad social en atención a los criterios de la SCJN.

Para ello, partimos de establecer el estado del arte del control de convencionalidad y la seguridad social, así como su nexo, para posteriormente precisar las autoridades en materia de seguridad social que deben ejercer el control difuso y la intensidad o características de cómo debe ejercerse, analizando los criterios relevantes que la SCJN ha establecido respecto de este control en materia de seguridad social.

II. El control de convencionalidad

El concepto de *control de convencionalidad* nace como producto de la actividad jurisdiccional de la CIDH,⁷⁶ las primeras aproximaciones del concepto se encuentran en las sentencias de los casos *Myrna Mack y Tibi*, y fueron presentadas por el doctor Sergio García Ramírez, quien por ello es considerado como el autor del concepto, aunque es en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* del 26 de septiembre de 2006, donde literalmente se hizo referencia a este, pues el párrafo 124 estableció:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo

76 Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Núm. 7: Control de Convencionalidad*, p. 4. Disponible en: www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf, fecha de consulta: 11 de febrero de 2018.

ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁷⁷

A partir de esta sentencia, con la literalidad referida, comienza a delimitarse el contenido y alcance del concepto en distintas y posteriores sentencias, sobre todo en la jurisprudencia de la CIDH, siendo notable resaltar que los elementos originales del concepto consistían en que dicho control debía limitarse a verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas con la CADH; la jurisprudencia de la CIDH y los tratados interamericanos signados por un Estado parte e incluía la obligación de efectuar dicho control por las autoridades públicas jurisdiccionales en el ámbito de sus competencias cuando alguna autoridad distinta había sido omisa en respetar lo pactado en la CADH.⁷⁸

En este sentido encontramos que el doctor *Ferrer Mac-Gregor* va a abonar en la evolución del concepto, proponiendo una clasificación de este en: *concentrado* y *difuso*, precisando que el primero consiste en el que se realiza en la propia CIDH y el segundo el que corresponde a cualquier autoridad de un Estado parte en el ámbito de sus competencias.⁷⁹

Es decir, el concepto de *control de convencionalidad difuso* implica la existencia de un *estándar mínimo*,⁸⁰ para que los países integrantes de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), apliquen los derechos de la CADH y la jurisprudencia de la CIDH, para ello tienen la obligación de efectuar un análisis de compatibilidad de éstos con sus normas internas; y como resultado de este, se deben dejar sin efectos las normas inconventionales, inaplicarlas y/o aplicar el principio *pro persona* según la competencia y las atribuciones de la autoridad jurisdiccional que lleve a cabo dicho control.⁸¹

Asimismo, *Ferrer Mac-Gregor* propone una clasificación de la intensidad de la interpretación del control de convencionalidad difuso, colocando en un primer grado a la interpretación de la norma nacional que contrastándola con

77 El énfasis en negritas es propio.

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Núm. 7: Control De Convencionalidad, op. cit.*, p. 4.

79 *Ibid.*, pp. 132-133.

80 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAP, 2012, p. 14.

81 *Ibid.*, pp. 155 y 163.



la CADH, desecha las interpretaciones inconventionales que contengan menor efectividad para la protección de un derecho y adopta las convencionales; mientras que en un segundo grado coloca aquellos casos en que no pudiendo salvarse la convencionalidad de una norma interna, se inaplica la norma al caso particular o se declara su invalidez con efectos generales por su notoria inconventionalidad, de conformidad con las competencias de cada juez.⁸²

En este punto de evolución conceptual es necesario precisar que el *control convencional difuso* se circunscribía a las autoridades judiciales de los Estados parte en virtud de la primera sentencia referida que restringió en un primer momento la aplicación del control a las autoridades judiciales.

El siguiente paso en la evolución conceptual lo vamos a encontrar en la definición de la obligación *ex officio* de los órganos jurisdiccionales que realicen el control de convencionalidad difuso, en ese sentido, la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* del 24 de noviembre de 2006 estableció en su párrafo 128 que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función **no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes** en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.⁸³

Por lo que, de conformidad con dicha sentencia, incluso cuando las partes de un caso concreto no señalen la inconventionalidad de la norma interna, los jueces deben oficiosamente realizar dicho control en el ámbito de sus com-

82 *Ibid.*, p. 123.

83 El énfasis en negritas es propio.

petencias, respetando sus reglas procesales que le permitirán declarar la inconvencionalidad con carácter general o simplemente inaplicar la norma interna que contravenga el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia.

El siguiente paso evolutivo del concepto, fue el relativo a la generalización de la obligación de realizar el control por parte todas las autoridades judiciales de un Estado miembro, en este sentido la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 estableció en su párrafo 225 que:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. **Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles** están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁸⁴

Como se observa, se amplía el alcance del concepto por cuanto a las autoridades judiciales y un año antes de la entrada en vigor de la RMDH, el Poder Judicial del Estado mexicano en todos sus niveles estaba obligado a realizarlo.

Es justamente en el año 2011 cuando el concepto adquiere un acrecentamiento en su alcance, pues a raíz de la sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* del 24 de febrero de ese año, la obligación del control de convencionalidad difuso se expande a cualquier autoridad de los Estados partes, pues los párrafos 192 y 239 establecieron que:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Conven-

84 El énfasis en negritas es propio.



ción no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. [...]

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que **es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...]**.⁸⁵

Es decir, a partir de dicha sentencia, cualquier autoridad en el ámbito de sus competencias debe ejercer el control de convencionalidad difuso, por lo que en el caso, las autoridades judiciales deberán de hacerlo *ex officio*, decretando la incompatibilidad general de la norma que contradice la convencionalidad o en su defecto cuando en el ámbito de su competencia por su nivel jerárquico no le sea posible realizarlo, deberá de inaplicar las normas inconventionales en el caso concreto, mientras que las autoridades no jurisdiccionales, también quedan a obligadas a ejercerlo, aunque no se precisó que a través de la inaplicación.

85 El énfasis en negritas es propio.

En esta situación se encontraba la evolución del concepto de *control de convencionalidad difuso* cuando la RMDH, trajo consigo adiciones al artículo 1o. constitucional, por lo que es necesario referirnos a sus párrafos segundo y tercero del artículo vigente, mismos que a continuación se transcriben:

[...]

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁸⁶

[...]

Como se observa estos párrafos introducen además el denominado *bloque de constitucionalidad* y conceptos relativos, la obligación para *todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias*, del estricto respeto de los derechos humanos contenidos en todos los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Ahora bien, independientemente de la entrada en vigor de la RMDH, el concepto de control de convencionalidad ha seguido evolucionando en la CIDH y su actividad jurisdiccional, de este progreso es de resaltar que posterior a la RMDH, se llegó al concepto de un *parámetro de convencionalidad* que se extiende a otros tratados de derechos humanos⁸⁷ y a las opiniones consultivas,⁸⁸ por lo que no se limita el control al *corpus iuris* de la CADH.

Por lo anterior precisado, *el control de convencionalidad difuso* es el que competente a todas las autoridades mexicanas, quienes dependiendo de sus

86 El énfasis en negritas es propio.

87 Vid., *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 20 noviembre de 2012.

88 Vid., *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, Resolución de 19 de agosto de 2014.



facultades y atribuciones pueden inaplicar normas inconventionales, decretar su incompatibilidad general o aplicar el *principio pro persona*, ya que la CIDH ejerce el control concentrado.

En virtud de lo hasta aquí precisado, podríamos señalar de manera preliminar que en materia de seguridad social el control de convencionalidad difuso en primer grado y su característica *ex officio*, debe materializarse por las autoridades jurisdiccionales con competencia para interpretar la constitución, y por otra parte, un control difuso de segundo grado por inaplicación por aquellas autoridades administrativas que resuelven controversias en los organismos de seguridad social del Estado mexicano y respecto de las autoridades administrativas de la seguridad social deben ejercer un control a través de la aplicación del principio *pro persona* en virtud de que no son autoridades que puedan declarar de qué manera debe interpretarse el Derecho.

Al respecto, la SCJN estableció que las autoridades administrativas del país no están facultadas para llevar a cabo control concentrado o difuso de constitucionalidad en la Tesis 2a. CIV/2014 (10a.),⁸⁹ misma que señala de manera literal:

CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y

89 Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, octubre de 2014, p. 1097.



funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.⁹⁰

De esta tesis se desprenden las siguientes deducciones; en primer lugar, el control de constitucionalidad implica un control de convencionalidad, pues analizar la convencionalidad del denominado *corpus iuris* de la CIDH, equivale a analizar los tratados internacionales en que México es parte y por lo tanto se habla de control de constitucionalidad concentrado y difuso e interpretación conforme, reconociéndose que el control difuso de convencionalidad constituye una herramienta de interpretación subsidiaria.⁹¹

Argumento que se refuerza con el contenido en la Tesis: 1a./J. 4/2016 (10a.)⁹² relativa a los requisitos necesarios para el ejercicio del control de convencionalidad, en ese sentido tenemos que en esta se sostiene que cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho.

El segundo aspecto relevante es el hecho de que la SCJN limita el control de convencionalidad difuso a las autoridades jurisdiccionales precisando que las administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control difuso que les permita inaplicar o declarar inconstitucionales o inconventionales las normas, pues en todo caso sólo deben de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas.

90 Tesis aislada P. LXIX/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, p. 552, con el rubro: "Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos".

91 *Vid.* El trabajo de la Dra. María Ascensión Morales Ramírez relativo al bloque de constitucionalidad y sus alcances en materia de seguridad social, en este libro.

92 Tesis: 1a./J. 4/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, febrero de 2016, p. 430.



Respecto de esta limitación, Marcos del Rosario Rodríguez⁹³ considera que es contraria al texto del párrafo segundo del artículo 1o. constitucional pues señala que *todas* las autoridades en el ámbito de sus competencias deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; por lo que si algún funcionario administrativo, con adecuada fundamentación y motivación en tratados internacionales, deja de inaplicar una ley, independientemente de que la tesis precitada sostenga que es desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, el principio *pro personae* debe prevalecer en un análisis de fondo, pues el mismo actúa en esta situación como precursor de un *control difuso amplio*, que debe colocar a la dignidad humana sobre requisitos de procedencia y competencias de autoridades.

Al respecto, coincidimos con el criterio de la SCJN, ya que la inaplicación de una norma por parte de una autoridad administrativa provocaría incertidumbre jurídica y desde luego que en franca contravención al derecho humano de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica,⁹⁴ previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales, ya que si este tipo de autoridades interpretan el derecho, de menos estarían invadiendo las competencias de las autoridades jurisdiccionales, por lo que deben de limitarse a presumir la constitucionalidad de las normas y aplicar en la medida de lo posible el principio *pro persona*.⁹⁵

Por lo antes mencionado es que a continuación precisaremos cómo se concibe la seguridad social en nuestro país y qué tipo de autoridades encontramos en su materialización, ello para poder precisar el alcance del control de convencionalidad de estas.

93 *Vid.*, Marcos del Rosario Rodríguez, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, julio-diciembre 2015, pp. 158-191.

94 Un ejemplo de ello lo sería que una autoridad administrativa autorizara el otorgamiento de alguna prestación de seguridad social con fundamento en el artículo 1o. constitucional y la persona encargada de llevar a cabo la materialización de la prestación, al conocer el contenido del documento que autoriza dicha prestación, advirtiera que una autoridad administrativa no puede otorgar dichas autorizaciones; esto provocaría que se negara el servicio (incertidumbre jurídica) o en caso contrario, de otorgarse dicha prestación se le reconocería una naturaleza distinta a la administrativa y se justificaría una invasión de atribuciones, misma que no se fundamenta en el artículo 1o. pues este claramente señala que la obligación del respeto a los derechos humanos es desde el ámbito de competencias de cada autoridad.

95 Más que ejercer un control de convencionalidad amplio, consideramos que el control de convencionalidad difuso de dichas autoridades consiste en la aplicación del principio *pro persona*.



III. LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

En México, el derecho de la seguridad social ha estado ligado de manera inevitable al derecho laboral, esto se debe a que su fundamento constitucional se estableció en el artículo 123 y este es el basamento del derecho laboral, por lo que todo su contenido se entendía desde esta disciplina del derecho.

Además de ello, el desarrollo de la seguridad social en México se cimentó bajo la influencia de las ideas de *Otto Von Bismarck*; por lo que se instauró y desarrolló a través de los seguros sociales, en los cuales para poder ser parte de estos y recibir su protección y/o aseguramiento, es requisito esencial el tener la calidad de trabajador formal.

Por lo anterior, tenemos un *derecho de los seguros sociales* que se desarrolló con el principio de la existencia de la relación formal para poder recibir su protección o aseguramiento y en virtud de ello la seguridad social quedó inseparablemente unida al derecho laboral.

Actualmente esta situación se mantiene, pero su vínculo con el derecho laboral es ahora menos necesario, ya que cómo se puede observar en la investigación del doctor Alfredo Sánchez-Castañeda que forma parte de esta obra, la seguridad social es un derecho humano que no depende de la existencia de una relación de trabajo e incluso forma parte de lo que denominamos *protección social*.

Respecto de este último concepto debemos precisar que este se entiende como el conjunto de políticas y programas con los que las sociedades dan respuesta a diversas contingencias a fin de compensar la falta o reducción sustancial de ingresos provenientes del trabajo, brindar asistencia a las familias con hijos y ofrecer atención médica y vivienda a la población.⁹⁶

Y aunque a menudo llegue a confundirse con la seguridad social, consideramos que en el caso de nuestro país si podemos encontrar la diferencia entre una y la otra. Ya que por seguridad social entendemos a los instrumentos de la protección social que además de proteger frente a las contingencias sociales, tienden a elevar la calidad de vida de los ciudadanos, como lo son los seguros sociales, la asistencia social y la beneficencia pública.

96 Organización Internacional del Trabajo, "Protección social", *Glosario de términos de seguridad social*. Disponible en: <http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/edob/agora/pdf/glosariosegsoc.pdf>, fecha de consulta: 12 febrero 2018.



Por lo anterior señalado encontramos que, en México la seguridad social forma parte de la protección social, se materializa como un derecho de los seguros sociales, que en conjunto con la asistencia social y la beneficencia pública, actúan como herramientas complementarias de protección de contingencias sociales.

En este sentido al referirnos a la seguridad social, deben de abandonarse las ideas *Bismarkianas* y adoptar la visión de *Beverigde*, es decir, como un derecho humano que integra un sistema armónico de protección de contingencias sociales, universal y con la finalidad de elevar la calidad de vida de las personas.

Esto es así ya que, debido a su reconocimiento como derecho humano, la seguridad social se compone con el derecho de los seguros sociales, la beneficencia pública y el asistencialismo, como parte integral del derecho social mexicano que protege las contingencias sociales.

Sirven pues esos conceptos para poder señalar que, en México son autoridades en materia de seguridad social aquellas relacionadas con la administración, supervisión, materialización y ejecución de las normas jurídicas de la materia, además de las políticas públicas respectivas; aunque también encontraremos autoridades jurisdiccionales y administrativas que resuelven conflictos en los propios institutos o aquellas que tienen facultades jurisdiccionales para dictar el derecho en seguridad social.

Esto es importante de precisar ya que de conformidad con el referido artículo 1o. constitucional todas las autoridades de seguridad social del Estado mexicano, están obligadas a realizar control de convencionalidad difuso y en el trabajo del doctor Ángel Guillermo Ruiz Moreno podemos encontrar detalladas las obligaciones que tienen las autoridades de seguridad social de nuestro país que son trabajadores de los seguros sociales, por lo que a continuación procederemos a precisar quiénes son las autoridades específicas de la materia en atención al control e convencionalidad, partiendo de los que conforman el denominado derecho de los seguros sociales, para posteriormente precisar a los encargados de solucionar los conflictos internos de dichos institutos y finalizar enunciando a los que conforman la asistencia social.



1. Los seguros sociales en México

En México existen distintos seguros sociales, a saber: 1) Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante IMSS); 2) Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (en adelante ISSSTE), y el 3) Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (en adelante ISSFAM).

Estas instituciones protegen a la clase trabajadora mexicana, siendo el primero de los mencionados el encargado de brindar sus servicios al grueso de la población asegurada a través de relaciones de trabajo formales.⁹⁷ El segundo de los mencionados se encarga de la protección de los trabajadores al servicio del Estado y el último mencionado hace referencia a las fuerzas armadas del país.⁹⁸

Cada uno de estos institutos cuenta con su propia ley y con autonomía financiera, el IMSS se fundamenta en la Ley del Seguro Social (en adelante LSS); el ISSSTE en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (en adelante LISSTE) y el ISSFAM en la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas de México (en adelante LISSFAM).

De conformidad con la LSS, el IMSS es un órgano público descentralizado, autónomo fiscal y financieramente, cuya finalidad es la protección de la mayor parte de la población económicamente activa, su financiamiento depende de la participación tripartita de patrones, trabajadores y Estado. El ISSSTE, por su parte, es un organismo público, autónomo, cuyo financiamiento depende del Estado y los trabajadores a su servicio; por último, el ISSFAM, también es un organismo público autónomo, pero su financiamiento depende exclusivamente del Estado.

Respecto de la relación de aseguramiento ante los mencionados institutos, esta puede darse de dos formas: 1) Bajo el régimen de aseguramiento

97 Se estima que 40 millones de mexicanos cuentan con atención en el IMSS. Véase: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, La derechohabiencia en México, 2018. Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/derechohabiencia/>

98 Existe un programa del Gobierno Federal mexicano a través de su Sector Salud, denominado "Seguro Popular de Salud", consideramos que este no se trata de un seguro social, pues no cumple con las características de un seguro, ni se rige bajo los principios esenciales de los seguros sociales mexicanos, pero sí forma parte de la asistencia social. Al respecto consúltese: Gabriela Mendizábal Bermúdez, La seguridad social en México. México, Porrúa, 2a. ed., 2012, pp. 186-195.



obligatorio, que es el que se materializa con el inicio de una relación laboral y,⁹⁹
2) Por incorporación voluntaria, que es la afiliación que el propio asegurado realiza; solamente es permitida en el IMSS.¹⁰⁰

Respecto del concepto *afiliación* se entiende por éste al: acto de asociar o adherir a una persona voluntariamente o en forma forzosa al régimen obligatorio o voluntario de seguridad social legalmente establecido, recayendo esta obligación en los patrones.¹⁰¹

Una vez que se instaura la relación de aseguramiento, el asegurado que cuenta con la vigencia de sus derechos recibe el nombre de *afiliado* y esta situación le permite contar con una serie de prerrogativas a su favor, a través de distintas *ramas de aseguramiento* que pueden ser: invalidez, enfermedad, vejez, vida y riesgos de trabajo, mismas que contemplan diversas prestaciones que pueden ser exigidas e incluso reclamadas ante el seguro social en el cual están asegurados.

Las obligaciones y la protección de la relación de aseguramiento son tan amplias que las prestaciones de las distintas ramas se otorgan a los familiares del asegurado, quienes reciben la denominación de *derechohabientes* o en su caso *beneficiarios*.

Respecto de este último concepto es conveniente señalar que se entiende como beneficiario aquel familiar dependiente del asegurado que recibe determinadas prestaciones o beneficios de la seguridad social, una vez que el asegurado ha muerto.¹⁰²

Como bien lo ha descrito y analizado el doctor Ángel Guillermo Ruiz Moreno en el título relativo de esta obra, existen funcionarios públicos que llevan a cabo la prestación de servicios y administración de dichos seguros,¹⁰³ estos cuentan con sus obligaciones precisadas en dicha investigación, por lo que es importante señalar que además de los servicios médicos y administrativos,

99 Aunque en el ISSFAM no puede considerarse como una relación laboral debido a la Ley castrense, reúne las características de esta e incluso el aseguramiento y protección de contingencias en el ISSFAM atiende a las relativas a una relación laboral.

100 *Vid.*, Gabriela Mendizábal Bermúdez, *La seguridad social en México, op. cit.*, pp. 202 y 203.

101 Rafael Tena Suck, "Afiliación", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*. México, UNAM, 1994, pp. 41 y 42.

102 Susana Thalía Pedroza de La Llave, "Beneficiario", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*. México, UNAM, 1994, p. 54.

103 En el trabajo referido podemos observar cómo están estructurados los órganos de administración, dirección y ejecución de los seguros sociales, por lo que sugerimos consultar el mismo.

cada uno de estos seguros cuenta con procedimientos para combatir sus resoluciones y actos, mismos que aunque su naturaleza es administrativa, a través de estos son revisadas y en su caso revocadas las determinaciones emitidas por cualquiera de los servidores públicos de estas instituciones, es decir, se lleva a cabo una interpretación de las leyes de seguridad social, dependiendo el caso concreto, por lo que a continuación los precisamos.

A. Los recursos en los seguros sociales

En el IMSS encontramos dos recursos o procedimientos para combatir actos definitivos¹⁰⁴ del instituto y/o las insatisfacciones de los asegurados, derechohabientes o beneficiarios, por la prestación de los servicios médicos, respecto de los actos definitivos se cuenta con el *recurso de inconformidad* y por las insatisfacciones se tiene el *recurso de queja*.¹⁰⁵

Los recursos referidos son resueltos por las comisiones correspondientes del Consejo Técnico,¹⁰⁶ por los Consejos Consultivos Regionales,¹⁰⁷ las Delegaciones y por las Juntas de Gobierno de las Unidades Médicas de Alta Especialidad (en adelante UMAE), en este sentido tenemos que por cuanto al recurso de inconformidad éste se resuelve por los Consejos Consultivos y en el caso de que se combata un acto de estos, lo resuelve el Consejo Técnico; mientras que en caso de queja, conocen de este recurso, las Delegaciones, las UMAE y la Coordinación General de Atención y Orientación al Derechohabiente según el monto y tipo de queja.¹⁰⁸

104 El doctor Ruiz Moreno define como acto definitivo: “la resolución de un órgano o funcionario del IMSS, que agravié o cause perjuicio a persona interesada, y que no pueda ser ya revocado, modificado o dejado sin efectos sino mediante la interposición de los mecanismos de defensa previstos en los artículos 294 y 295 de la LSS”. Véase: Ángel Guillermo Ruiz Moreno, *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. México, Ed. Porrúa, 14 ed., 2017.

105 Artículo 296, LSS.

106 Es el representante del Instituto ante la ley, se conforma por el Director General y miembros que pertenecen a diferentes Secretarías como: Hacienda y Crédito Público, Salud y Trabajo y Previsión Social, su función principal es promover el equilibrio financiero.

107 Son órganos colegiados dependientes del Consejo Técnico, mismos que se encuentran en cada entidad federativa del país, y su función es vigilar el funcionamiento de los servicios del Instituto en la circunscripción de la Delegación.

108 Los montos y casos específicos se encuentran precisados en los artículos 7, 8 y 9 del Instructivo para el Trámite y Resolución de Quejas Administrativas publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de septiembre de 2004.



Como se puede observar, los procedimientos para resolución de conflictos, aunque tienen carácter de administrativos, implica que las autoridades que los resuelven cumplan con la obligación del control de convencionalidad.

Por su parte, en el ISSTE, existen recursos que tienen como finalidad resolver los problemas que se susciten con sus derechohabientes ante cualquier deficiencia, negativa o imposibilidad de prestar un servicio médico.¹⁰⁹

Así pues, encontramos el *recurso de queja médica y solicitud de reembolso*, además del *recurso de inconformidad*; y se encuentran regulados por el Reglamento de Quejas Médicas y Solicitudes de Reembolso del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Estos recursos son resueltos por Comité de Quejas Médicas, el Subcomité Técnico de Quejas Médicas y la Comisión de Quejas Médicas de cada una de las Delegaciones del ISSSTE, por lo que al igual que en IMSS podemos observar órganos que interpretarán el derecho de la seguridad social.

Por último, para el ISSFAM, existe un procedimiento administrativo para aclarar, actualizar o precisar la situación de los militares;¹¹⁰ derivado de este procedimiento la Secretaría de Defensa o la Marina informa al ISSFAM, lo relativo a las altas y bajas del personal en las fuerzas armadas; las licencias ilimitadas que se concedan; los nombres y las jerarquías de los militares que hayan cumplido la edad límite, y los nombres de los familiares que los militares señalen para disfrutar de los beneficios que la LISSFAM concede.

En el caso de que algún militar no esté conforme con la información derivada del procedimiento mencionado, cuentan tres recursos para combatir las resoluciones del procedimiento: el *recurso de inconformidad*, el *recurso de rectificación* y el *recurso de reconsideración*.

El *recurso de inconformidad* se promueve cuando el militar no se encuentre conforme con el sentido de la resolución emitida por alguna de las Secretarías, respecto de la procedencia o improcedencia del retiro, jerarquía militar y cómputo de años de servicio.¹¹¹

Por su parte, el *recurso de reconsideración* se promueve en contra del dictamen elaborado por el ISSFAM que resuelve la procedencia de beneficios,

109 Cfr. Gabriela Mendizábal Bermúdez, *La seguridad social en México*, op. cit., p. 381.

110 LISSFAM, Capítulo segundo denominado: Procedimiento, artículos 177 al 208.

111 Artículo 188, LISSFAM.

naturaleza y monto de éstos, basado en la resolución definitiva que presentan las secretarías sobre la situación de un militar.¹¹²

Y por último, el *recurso de reconsideración*, consiste en la corrección o enmienda de la resolución definitiva de la situación y prestaciones que le corresponden a un militar o sus beneficiarios designados por éste, cuando aparecen pruebas supervenientes que desvirtúan la naturaleza, cuantía y particularidades de la situación y de los beneficios otorgados por una resolución definitiva.¹¹³

Cabe señalar que dichos recursos se resuelven por la dirección encargada de tramitar administrativamente los retiros tanto en las Secretarías de la Defensa Nacional o de Marina, respectivamente.

De lo anterior explicado podemos observar que la seguridad social en México tiene como la herramienta más desarrollada a los seguros sociales, mismos que cuentan con trabajadores que se encargan de administrar los institutos; otorgar las prestaciones y servicios, pero también cuentan con órganos relacionados con la resolución de conflictos.

Sin embargo, esta herramienta solo ofrece su protección a los ciudadanos que se encuentran inmersos en una relación laboral formal mientras que para el resto de la población no asegurada o derechohabiente, se cuenta con protección social e instituciones de la asistencia social que a continuación precisamos.

2. La asistencia social

La característica esencial de la asistencia social es que es el medio del cual se vale el Estado para remediar y satisfacer las necesidades más esenciales de subsistencia y/o un medio para mejorar los niveles de bienestar social de ciertos sectores de la población.

En atención a ello, la asistencia social en México encuentra su fundamento principal en dos leyes: la *Ley de Asistencia Social*, (en adelante LAS) y la *Ley General de Salud*, (en adelante LGS); la LAS señala en su artículo 12 que la asistencia social se brinda a través del Sistema Nacional de Salud y de conformidad con el artículo 168 de la LGS, encontramos que la protección que se

112 Artículo 198, LISSFAM.

113 Artículo 195, LISSFAM.



otorga a través de esta se da a las personas que por sus carencias socio-económicas o por su condición de discapacidad se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo; es decir, aquellas que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

A pesar de que lo hasta aquí mencionado proporciona un marco legislativo de protección social, es preciso señalar que consideramos que las políticas públicas que el gobierno emite e instrumenta a través de sus distintas secretarías, constituyen también parte del asistencialismo, pues a través del Estado se intenta mejorar los niveles de bienestar social de ciertos sectores de la población.

En este sentido, es importante mencionar que existe el Programa Nacional de Asistencia Social 2014-2018 cuya finalidad es otorgar protección a grupos vulnerables que no están cubiertos por los sistemas de seguridad social.

Sin embargo, la principal herramienta de la asistencia social del país lo constituye el denominado *Seguro Popular*, mismo que es un programa de asistencia social, dirigido por la *Secretaría de Salud* y coordinado con las entidades federativas, cuya finalidad es la de brindar una protección en materia de salud para la población no derechohabiente de los seguros sociales mexicanos.¹¹⁴

Este programa de salud en realidad se denomina *Comisión Nacional de Protección Social en Salud* y opera bajo un esquema de financiamiento público conformado por una cuota social proveniente de las aportaciones solidarias federal y estatal, así como una cuota familiar, la cual se determina mediante la evaluación socioeconómica que se aplica a las familias interesadas en incorporarse al sistema y con base en éste se determina la ubicación de la familia de bajos ingresos.

A través de éste se otorgan beneficios explícitos a los cuales el afiliado tiene acceso en caso de padecer algún evento que lesione su salud, siempre y cuando esté comprendido en la cobertura otorgada y sus derechos estuvieran vigentes.

La operación y estimación de costos del *Seguro Popular* es regulada por el *Catálogo Universal de Servicios de Salud*, (en adelante CAUSES) que establece el servicio para 295 intervenciones diferentes, seleccionadas con base en su

114 Gabriela Mendizábal Bermúdez, *La seguridad social en México, op. cit.*, p. 158.

importancia epidemiológica, la demanda de atención y la capacidad instalada para proporcionar estos servicios.¹¹⁵

Este programa ofrece a sus afiliados atenciones médicas de manera Integral que incluyen: consultas médicas en *Centros de Salud*; consultas de especialidad; atención quirúrgica; atención hospitalaria; medicamentos; estudios de laboratorio, y estudios de gabinete.

Ello siempre y cuando dichos beneficios se encuentren contemplados en el CAUSES, de conformidad con este, las intervenciones de primer nivel contenidas cubren cerca del 100% de la demanda de atención a la salud y a los ciudadanos inscritos en este programa se les denomina beneficiarios.

En lo correspondiente a servicios de hospitalización y cirugía, se estima que en términos generales cubre el 85% de los principales procedimientos diagnósticos y terapéuticos reportados como demanda en el *Sistema Nacional de Información en Salud* y el *Sistema Automatizado de Egresos Hospitalarios*.

Las intervenciones contempladas en el CAUSES, que se definen como servicios de atención médica, están agrupados de acuerdo con la *Clasificación Internacional de Enfermedades en su décima edición* (CIE-10), y describen acciones médico-hospitalarias de forma integral y multidisciplinaria, necesarias para la resolución terapéutica de una enfermedad e incluye los procedimientos quirúrgicos que se agregan bajo el acrónimo CIE-9 MC, que constituye un anexo de la publicación CIE-10.¹¹⁶

115 De 78 intervenciones que contenía el Catálogo de Beneficios Médicos de 2002, se han incrementado a 294 intervenciones médicas en el CAUSES 2018, agrupadas en cinco conglomerados: 1) Prevención y promoción en salud, con 27 intervenciones, entre las que destacan la aplicación de vacunas a diferentes grupos de edad, tipo de población y grupos de riesgo; 2) Medicina general y de especialidad, con 120 intervenciones, que cubren diagnóstico y tratamiento de padecimientos infecciosos, crónico-degenerativos, de salud mental; 3) Urgencias, con 69 intervenciones de las que destaca que se prevé la estabilización en el servicio de urgencias sin importar si el padecimiento es cubierto por alguna de las carteras de servicios del SPSS, permitiendo el tránsito a la cobertura de servicios de hospitalización, cirugía y cuidados intensivos; 4) Cirugía general, con 54 intervenciones de cirugía general que atienden padecimientos agudos y/o crónicos, incluyendo diagnósticos de mayor frecuencia quirúrgica: digestivos, ginecológicos, genitourinarios, proctológicos, oftalmológicos, otorrinolaringológicos, dermatológicos y ortopédicos, y 5) Obstetricia, con 24 intervenciones que resuelven padecimientos relacionados con el estado de gravidez y el recién nacido. *Vid.*: Comisión Nacional de Protección Social en Salud. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/seguropopular/articulos/catalogo-universal-de-servicios-de-salud-causes-2018?idiom=es>, fecha de consulta: 28 de enero de 2018.

116 *Idem*.



Desde luego que la asistencia social mexicana no puede competir contra la protección de los seguros sociales, ya que éstos cuentan con legislación propia, recursos y exigibilidad de sus prestaciones, pero si constituye una herramienta esencial en busca de la universalidad y el cumplimiento de normas mínimas de seguridad social; en ese sentido, los funcionarios implicados en su planeación administración y materialización se encuentran obligados a respetar el artículo primero constitucional.

Por lo que una vez presentado el panorama general de los integrantes de la seguridad social en México, procederemos a precisar el alcance del control de convencionalidad de ellos.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

De lo hasta aquí mencionado podemos señalar que los seguros sociales continúan como la institución y herramienta de la seguridad por excelencia en nuestro país, por lo que en atención al concepto de control de convencionalidad comenzaremos por precisar quiénes son considerados como autoridades jurisdiccionales, mientras que respecto a los procedimientos y funcionarios que resuelven los recursos referidos con anterioridad, en atención a su carácter administrativo, precisaremos el tipo de control que deben ejercer.

1. Las autoridades con carácter jurisdiccional

En el año 2012, la Ley Federal del Trabajo fue reformada para dar pie a la creación de los procedimientos especiales de seguridad social,¹¹⁷ por ello es que consideramos que la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, por ser la competente en conocer de dichos asuntos, sería la obligada a llevar a cabo un control difuso de convencionalidad, en su respectiva competencia,¹¹⁸ con las

117 Capítulo XVIII, De los procedimientos especiales, título XIV, Sección Tercera, “Conflictos individuales de Seguridad Social”.

118 La SCJN ha precisado que la competencia en conflictos jurisdiccionales de seguridad social atiende al tipo de prestación que le es reclamada, pues si ésta es principal, corresponderá a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, pero si es accesoria o derivada, será la Junta Local correspondiente la que deberá conocer del asunto. *Vid.* Tesis II.1o. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 20, Tomo II, julio de 2015, p. 1508.

características de *ex officio* y en segundo grado (inaplicabilidad) pues no cuentan con la capacidad para determinar que una norma pueda ser inaplicada de manera general, ello en atención a su posición jerárquica. De la misma forma los tribunales de Conciliación y arbitraje, que se encargan de dirimir los conflictos de seguridad social de los trabajadores inscritos ante el ISSSTE.

Consideramos que dicho control de convencionalidad no sólo debe limitarse al mero acto de la emisión del laudo respectivo, sino que debe manifestarse en cada una de las etapas del desarrollo del procedimiento por ser precisamente los órganos jurisdiccionales por excelencia en materia de seguridad social, a pesar de que se conceptualice que esta sólo existe en virtud de una relación de trabajo.

Ahora bien, es sabido que ciertas aportaciones de seguridad social tienen naturaleza fiscal y por ende algunos procedimientos deben ventilarse ante la jurisdicción fiscal, al respecto, consideramos que, dada esa naturaleza, si bien es cierto que las autoridades que resuelven esos conflictos no se encuentran exentos de la obligación del artículo 1o. constitucional, es difícil que se ventile un juicio que ataña a la seguridad como derecho humano en dichos tribunales, sino que dichos juicios se centran más en pago de contribuciones por parte de patrones y desde luego que les asisten derechos humanos pero de distinta naturaleza a la de seguridad social.

Por otra parte, también existe competencia para el conocimiento de derechos de seguridad social en los tribunales contenciosos, como lo es el juicio de nulidad de determinación de pensión del ISSSTE y al respecto la SCJN ha señalado que las normas internas protegen de manera más eficaz que el derecho internacional:

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*. TRATÁNDOSE DEL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL A UNA PENSIÓN, LAS NORMAS INTERNAS GARANTIZAN UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA QUE EL ARTÍCULO 25.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL NUMERAL 9 DEL PACTO DE SAN SALVADOR, POR TANTO, EN ESA HIPÓTESIS ES INNECESARIO EJERCER DICHO CONTROL. El ejercicio del control difuso de convencionalidad previsto por el artículo 1o. constitucional, vigente a partir de junio de dos mil once, no puede ser caprichoso o arbitrario, constituye una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria, cuyo uso está condiona-



do a la necesidad de maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin, esto es, corresponde al juzgador en cada caso concreto, ponderar primero si el derecho jurídico mexicano debe ser mejorado u optimizado conforme a la legislación internacional, por ser ésta la que tenga una mayor eficacia protectora. En ese contexto, el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos únicamente reconoce el derecho de las personas para hacer valer un recurso sencillo y rápido ante Jueces o tribunales, mientras que el numeral 9o. del *adendum* a dicha convención, conocido comúnmente como Protocolo de San Salvador, reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social; frente a ello, en los artículos 14, 16, 103, 107 y 123 de la Constitución General de la República el legislador federal previó el derecho de los ciudadanos para acceder a la jurisdicción nacional, así como los principios fundamentales conforme a los cuales debe desarrollarse y protegerse el derecho a la seguridad social, en particular el de la pensión, que a su vez se encuentran desarrollados en una ley secundaria (la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado). Por tanto, cuando en un juicio de nulidad se controvierta la resolución concesoria de pensión, o se conozca en amparo directo sobre una sentencia definitiva que resuelve ese tipo de controversia, el asunto debe resolverse conforme a los parámetros de la legislación interna, por ser ésta la que prevé para el ciudadano mayor eficacia protectora.

De la anterior tesis se puede deducir que la SCJN ha conocido de casos en donde agotándose un procedimiento jurisdiccional ante un tribunal contencioso, el control de convencionalidad como mecanismo subsidiario no debe ejercerse pues la legislación nacional o interna, contiene mayor protección en atención al principio *pro persona*, por lo tanto esta debe aplicarse y no la normatividad internacional. Situación que nos lleva a concluir que la interpretación más favorable debe ser la aplicable en aras de salvaguardar la dignidad humana y el respeto a las obligaciones contenidas en el artículo 1o. constitucional.

Por otra parte, no podemos señalar como órganos jurisdiccionales a los encargados de resolver los recursos administrativos en los seguros sociales, pero a continuación reflexionamos sobre su naturaleza.

2. Las autoridades con carácter administrativo

Como observamos en el título relativo a las autoridades de seguridad social, lo son los trabajadores de los institutos de seguridad social, así como aquellos que pertenecen a instituciones o participan en programas o en la implementación de las políticas asistencia social en el país, como lo serían los funcionarios del Sector Salud y del denominado Seguro Popular.

Respecto de los servidores públicos responsables de la resolución de los distintos recursos de los seguros sociales, consideramos que éstos debido a su naturaleza administrativa, encuadrarían dentro de la tesis limitativa ya referida,¹¹⁹ sin embargo, la SCJN ha determinado que un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio se caracteriza por la contienda entre partes, sujeta a la decisión jurisdiccional de quien se pide la declaración de un derecho y la correlativa obligación, por ende, adquieren la característica de jurisdiccionales.¹²⁰

En el caso de los recursos administrativos descritos en esta investigación, éstos cumplen con dichas características por lo que consideramos que son precisamente estos funcionarios quienes deben de llevar a cabo un control difuso *ex officio* en segundo grado (inaplicabilidad) además de que el artículo 1o. constitucional los obliga a ello, aunque si bien es cierto que la naturaleza de sus resoluciones atañe a actos prestacionales, es precisamente en estos actos donde las violaciones a derechos humanos se verifican con regularidad y sobre éstos se interpreta el alcance de las leyes y reglamentos de seguridad social.

Ahora bien, tal y como observamos en la jurisprudencia limitativa del control de convencionalidad las autoridades administrativas de los institutos de seguridad social tendrían que limitarse a presumir que la ley que aplican sea constitucional y cuando sea posible aplicar el principio *pro persona*, dejando a las autoridades jurisdiccionales conocer de la constitucionalidad y convencionalidad.

119 Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, octubre de 2014, p. 1097.

120 Tesis: 2a. XCIX/99, (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, julio de 1999, p. 367 con el rubro: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO. INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE AMPARO.



V. CONCLUSIONES

El concepto de control de convencionalidad nace en el seno de la actividad jurisdiccional de la CIDH y es dentro de esta donde actualmente continúa su progreso y tiene su estadio más alto, pues de conformidad con sus sentencias, debe ejercerse de manera *ex officio* y por cualquier autoridad de los Estados parte de la CADH, señalando además que el deber de realizarlo no sólo se constriñe al *corpus iuris* interamericano, sino a todos los tratados que contengan derechos humanos e inclusive las opiniones consultivas de la propia CIDH.

El concepto de control de convencionalidad ha sido clasificado en atención a quien lo ejerce y la manera en la cual se materializa, así pues, encontramos un control concentrado que corresponde a la CIDH y un control difuso que atañe a las autoridades de los Estados parte de la CADH.

Para su aplicación, el control difuso se divide en dos grados para las autoridades judiciales, uno que atiende a la capacidad de declarar la inaplicación general de las normas por ser inconvencionales y otro que atiende al mero acto de inaplicar la norma en el caso concreto, esto en atención a la jerarquía y competencia de los órganos jurisdiccionales, por su parte en el caso de las autoridades no jurisdiccionales se les confiere aplicar el principio *pro persona*.

En México, la seguridad social es un derecho humano, por lo tanto, se debe conceptualizar como un derecho que no sólo se genera por la existencia de una relación laboral.

En ese sentido, tenemos autoridades en materia de seguridad social que tienen el carácter administrativo y el carácter jurisdiccional, estas últimas son quienes deben ejercer el control de convencionalidad difuso, *ex officio* y en segundo grado.

Respecto de las administrativas, toda vez que la SCJN ha precisado que en atención al debido proceso y para no contravenir los derechos humanos como los de legalidad y seguridad jurídica, no deben efectuar control de constitucionalidad ni de convencionalidad, no quedan exceptuadas de su obligación constitucional de respetar los derechos humanos, sino que esta se centraría en aplicar el principio *pro persona* en atención a sus facultades y atribuciones.

Por último, en cumplimiento del artículo primero constitucional y dada la naturaleza de las prestaciones de los institutos de seguridad social, que tienen como objetivo primordial la preservación de la salud y elevación de la calidad



de vida; el control difuso de convencionalidad y el principio *pro persona*, son las herramientas que deben predominar en el actuar de las autoridades en materia de seguridad social, en sus respectivas atribuciones, ello en aras de proteger el derecho humano de la seguridad social con el auxilio del denominado bloque de constitucionalidad precisado con anterioridad y el *corpus iuris* interamericano que precisa a nuestras autoridades los criterios para efectuar un control de convencionalidad difuso.

Segunda parte

Los derechos humanos y su
repercusión teórica en la
seguridad social en México



La protección social en la teoría de los derechos humanos

Dr. Alfredo Sánchez-Castañeda
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

Sumario: I. Introducción. II. Alcances de los derechos humanos y derechos fundamentales. III. La asistencia social: primer paso de la atención de las desigualdades y la desprotección del ser humano. IV. La previsión social: derechos de la población laboral activa. V. ¿La seguridad social como derecho humano? VI. La protección social como una expresión de un derecho humano fundamental. VII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Para entender la figura de la protección social en el contexto de los derechos humanos resulta indispensable explicar el alcance de estos derechos y de los derechos fundamentales (II). A partir de ello, se podrán diferenciar las nociones de asistencia social (III), previsión social (IV) y seguridad social (V), las cuales han sido manifestaciones primarias de atención de contingencias sociales presentes o futuras que muy bien pueden encuadrarse en una visión moderna de la protección social (VI) y analizar su vinculación con los derechos humanos fundamentales (VII).



II. ALCANCES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son indispensables para el desarrollo individual y social, sin importar la condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad. Éstos suelen ser derechos humanos reconocidos —positivizados— por un Estado determinado en su Constitución. Lo anterior es importante porque no todo derecho humano es reconocido como derecho fundamental en el ámbito internacional o nacional. Aunque el uso de la noción de “derechos fundamentales” a nivel internacional no se limita a los derechos positivados, sino más bien, es usado como sinónimo de derechos humanos y, en ocasiones, para denotar una especial fuerza jerárquica entre derechos humanos que se consideran imprescindibles.¹²¹

Se puede entender por derechos fundamentales, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad para obrar. Entendiendo por derechos subjetivos a cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.¹²²

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos públicos que, puestos al servicio del ciudadano, pretenden garantizar tanto un espacio de libertad como la existencia de prestaciones que por parte del Estado representan un conjunto de normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal.¹²³ La doctrina ha señalado como características de los derechos fundamentales su universalidad, transnacionalidad, irreversibilidad, progresividad y consensualidad.

- Universalidad.- Son universales, en la medida que son propios de todos los seres humanos sin discriminación por sexo, raza, color, idioma, religión, origen, ni condición social y acompañan al ser humano

121 Gonzalo Aguilar Cavallo; “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. vol. 43, Núm. 127, México, enero-abril, 2010.

122 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*. Madrid, Trota, 1999, p. 37.

123 Carlos F. Natarén Nandayapa, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*. En torno a la *Ley de enjuiciamiento civil de 2000*. México, UNAM, 2006, p. 5.

en todo tiempo, sin más limitaciones que las señaladas por la ley, porque pertenecen en todas partes, sin distinción de fronteras ni de geografías.¹²⁴

- **Trasnacionalidad.**- Su reconocimiento no depende de la nacionalidad ni del territorio (trasnacionalidad).¹²⁵ Las naciones de todos los Estados tienen, en principio, los mismos derechos, como lo expresa el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana [...]”.
- **Irreversibilidad.**- Son irreversibles al ser inherentes a la persona, reconocidos y garantizados por el Estado. Dicha característica ha sido declarada tácitamente por algunas constituciones, en particular la Ley Fundamental de Alemania, La Constitución Española y la Constitución de Italia.¹²⁶
- **Progresividad.**- Son progresivos, en la medida en que se apliquen, según lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo segundo, párrafo primero): “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Su progresividad ha sido aclarada por la Observación General, Número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su apartado 9, al señalar que la principal obligación de resultado que se refleja en el artículo 2o., pá-

124 Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Editorial Carlos III/ Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 299. *Cfr.* Pablo Dermizaky Peredo, “Estado actual de los derechos fundamentales en Europa y América (Breve estudio de Derecho Comparado)”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 9, Madrid, p. 54.

125 *Idem.*

126 *Ibid.*, p. 56; y Silvio Gambio, “Derechos fundamentales y formas de Estado: Reflexiones sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, Núm. 117, julio-septiembre de 2002, p. 11.



rrafo 1 del Pacto es la de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en aquél. La expresión progresividad se usa, añade, para describir la intención de dicha frase, al tiempo de indicar que el concepto de “progresividad efectiva” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrán lograrse en un breve periodo de tiempo, por lo que se requiere de flexibilidad, para asegurar, en cada país, la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales.

- Consensualidad.- Son consensuales porque han sido objeto de numerosos Pactos, Declaraciones y Convenios Internacionales, a saber: los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo en materia de derechos humanos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, la evolución de la seguridad social y de la protección social deben leerse con los parámetros de universalidad, transnacionalidad, irreversibilidad, progresividad y consensualidad.

III. LA ASISTENCIA SOCIAL: PRIMER PASO DE LA ATENCIÓN DE LAS DESIGUALDADES Y LA DESPROTECCIÓN DEL SER HUMANO

La atención a las necesidades sociales de la población en pobreza y de los trabajadores durante el siglo XIX y XX fue llamada: asistencia social. Bajo dicha denominación, los beneficios sociales recibidos no se consideraban como un derecho inherente a toda persona, sino un mecanismo paternal, piadoso, potestativo o benévolo por medio del cual el sector privado o el Estado atendían las necesidades sociales de la población mencionada, pero no como una obligación de éstos y un derecho de aquellos. El beneficio recibido *no transforma al individuo en poseedor de un derecho*, ya que el otorgamiento del mismo va depender permanentemente del poder discrecional del gobierno¹²⁷ o de un

127 Sonia Fleury y Carlos Gerardo Molina, *Modelos de protección social*, BID-INDES, octubre, 2002, p. 8.

ente privado. La asistencia social tiene un carácter más encaminado al auxilio y, más que una garantía de derechos de la ciudadanía.

Todos los sistemas de previsión, protección y seguridad social tienen su primer antecedente e historia en la asistencia pública o privada. De hecho, la asistencia social actualmente se encuentra presente, ya sea a través de la asistencia social pública que mantiene el Estado para grupos o sectores vulnerables. Subsiste igualmente a través de la asistencia social privada, a veces vinculada con organizaciones religiosas que practican la caridad cristiana, o a través de organizaciones civiles que suplen los servicios públicos, por ejemplo en materia de salud deficiente, insuficiente o inexistente que le correspondería a un Estado cumplir.

La participación del Estado y de particulares hacen que el derecho asistencial sea la rama del derecho social, destinada a procurar una condición digna, decorosa y humana, para aquellas personas, sociedades o Estados, que sin posibilidad de satisfacer por sí mismos sus más urgentes necesidades, y de procurarse su propio bienestar social, requieren de la atención de los demás, jurídica y políticamente, en función de un deber, o en todo caso, de un altruista deber de caridad.¹²⁸

En México, la Ley General de Salud (LGS) y la Ley de Asistencia Social (LAS) entienden a la asistencia social, como “el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan el desarrollo integral del individuo, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, indefensión desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva”. Así mismo, consideran que la asistencia social comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación (artículo 167 de la LGS y artículo 3o. de la LAS).¹²⁹

Por su parte, la Ley de Asistencia Social tiene por objeto sentar las bases para la promoción de un Sistema Nacional de Asistencia Social que fomente y

128 Francisco Xavier González Díaz Lombardo, *El derecho social y la seguridad social integral*. México, UNAM, 1973 (Textos Universitarios), p. 396.

129 Ley General de Salud. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984 (en vigor a partir del 1 de julio de 1984). Ley de Asistencia Social, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de septiembre de 2004.



coordine la prestación de servicios de asistencia social pública y privada, e impulse la participación de la sociedad en la materia (artículo 2o.).¹³⁰

Para la Ley General de Salud, son actividades básicas de asistencia social (artículo 168):

- I. La atención a personas que, por sus carencias socioeconómicas o por problemas de invalidez, se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo;
- II. La atención en establecimientos especializados a menores y ancianos en estado de abandono o desamparo e inválidos sin recursos;
- III. La promoción del bienestar del senescente y el desarrollo de acciones de preparación para la senectud;
- IV. El ejercicio de la tutela de los menores, en los términos de las disposiciones legales aplicables;
- V. La prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a menores, ancianos e inválidos sin recursos;
- VI. La realización de investigaciones sobre las causas y efectos de los problemas prioritarios de asistencia social;
- VII. La promoción de la participación consciente y organizada de la población con carencias en las acciones de promoción, asistencia y desarrollo social que se lleven a cabo en su propio beneficio;
- VIII. El apoyo a la educación y capacitación para el trabajo de personas con carencias socio-económicas, y
- IX. La prestación de servicios funerarios.

130 Son integrantes del Sistema Nacional: a) La Secretaría de Salud; b) La Secretaría de Desarrollo Social; c) La Secretaría de Educación Pública; d) El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; e) Los Sistemas Estatales y del Distrito Federal para el Desarrollo Integral de la Familia; f) Los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia; g) Las instituciones privadas de asistencia social legalmente constituidas; h) Las Juntas de Asistencia Privada; i) El Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores; j) El Instituto Nacional Indigenista; k) El Instituto Mexicano de la Juventud; l) El Instituto Nacional de las Mujeres; m) Los Centros de Integración Juvenil; n) El Consejo Nacional contra las Adicciones; o) El Consejo Nacional de Fomento Educativo; p) El Consejo Nacional para la Educación y la Vida; q) La Lotería Nacional para la Asistencia Pública; r) Pronósticos para la Asistencia Pública; s) La Beneficencia Pública, y t) Las demás entidades y dependencias federales, estatales y municipales, así como los órganos desconcentrados que realicen actividades vinculadas a la asistencia social. (Artículo 23 de la ley en comento).



De acuerdo con la Ley de Asistencia Social, tienen derecho a la asistencia social los individuos y las familias que por sus condiciones físicas, mentales, jurídicas o sociales, requieran de servicios especializados para su protección y su plena integración al bienestar, por lo que son sujetos de la asistencia social preferentemente (artículo 4o.):

I. Todas las niñas, niños y adolescentes, en especial aquellos que se encuentren en situación de riesgo o afectados por:¹³¹

- a) Desnutrición;
- b) Deficiencias en su desarrollo físico o mental, o cuando éste sea afectado por condiciones familiares adversas;
- c) Maltrato o abuso;
- d) Abandono, ausencia o irresponsabilidad de progenitores en el cumplimiento y garantía de sus derechos;
- e) Ser víctimas de cualquier tipo de explotación;
- f) Vivir en la calle;
- g) Ser víctimas del tráfico de personas, la pornografía y el comercio sexual;
- h) Trabajar en condiciones que afecten su desarrollo e integridad física y mental;
- i) Infractores y víctimas del delito;
- j) Ser hijos de padres que padezcan enfermedades terminales o en condiciones de extrema pobreza;
- k) Ser migrantes y repatriados, y
- l) Ser víctimas de conflictos armados y de persecución étnica o religiosa.

II. Las mujeres:

- a) En estado de gestación o lactancia y las madres adolescentes;
- b) En situación de maltrato o abandono, y
- c) En situación de explotación, incluyendo la sexual.

III. Indígenas migrantes, desplazados o en situación vulnerable;

IV. Migrantes;

131 Para los efectos de esta Ley son niñas y niños las personas hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años no cumplidos, tal como lo establece el Artículo 2o. de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.



- V. Adultos mayores en desamparo, incapacidad, marginación o sujetos a maltrato;
- VI. Personas con algún tipo de discapacidad o necesidades especiales;
- VII. Dependientes de personas privadas de su libertad, de enfermos terminales, de alcohólicos o de fármaco dependientes;
- VIII. Víctimas de la comisión de delitos;
- IX. Indigentes;
- X. Alcohólicos y fármaco dependientes;
- XI. Coadyuvar en asistencia a las personas afectadas por desastres naturales, y
- XII. Los demás sujetos considerados en otras disposiciones jurídicas aplicables.

Es de destacarse que la legislación que regula la asistencia social en México deja ver de manera clara el acercamiento clásico de la legislación en la materia, ya que no habla de sujetos de derechos sociales fundamentales, sino de personas en situaciones de dificultad social. La legislación no los ve como beneficiarios de derechos sino como merecedores de paliar su situación de pobreza o de desigualdad. Por lo que, en términos de derechos humanos, la universalidad y la progresividad, no son elementos que pudieran considerarse presentes.

En ese mismo orden, se encuentra presente el Programa Nacional de Asistencia Social 2014-2018 (PONAS). Dicho programa busca proteger a grupos vulnerables que no están cubiertos por los sistemas de seguridad social, ni cuentan con ingresos suficientes que les permita enfrentar su condición de vulnerabilidad.

La Ley de Asistencia Social surgida en 2004, entiende a la asistencia social como “[...] el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan el desarrollo integral del individuo, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, indefensión desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva”.

Son sujetos de asistencia social preferentemente, niños y adolescentes, que se encuentren en situación de riesgo o afectados por desnutrición, deficiencias en su desarrollo físico o mental, por condiciones familiares adversas, maltrato o abuso, abandono, ausencia o responsabilidad de progenitores, víc-

timas de cualquier tipo de explotación, que vivan en la calle, que sean víctimas del tráfico de personas, la pornografía y el comercio sexual, que trabajen en condiciones que afecten su desarrollo físico y mental, que sean infractores y víctimas del delito, hijos de padres que padezcan enfermedades terminales en condiciones de extrema pobreza, al ser migrantes y repatriados, víctimas de conflictos armados o de persecución étnica o religiosa. De igual forma, las mujeres en estado de gestación y las madres adolescentes en situación de maltrato o abandono. Así como los indígenas migrantes, desplazados o en situación vulnerable, adultos mayores en desamparo, incapacidad, marginación o sujetos de maltrato, personas con algún tipo de discapacidad o necesidades especiales. Son sujetos de asistencia social también, los dependientes de personas privadas de su libertad, de desaparecidos, de enfermos terminales, de alcohólicos o fármaco dependientes.

Como se observa y se reconoce en el mismo PONAS, la vulnerabilidad es lo que hace a los sujetos referidos beneficiarios de la asistencia social. El programa establece la necesidad de hacer valer los derechos humanos que merecen atención inmediata y subsidios focalizados a los grupos más vulnerables.¹³²

Partir de la noción de vulnerabilidad implica focalizar el disfrute de ciertos derechos humanos para determinado grupo social que requiere una atención prioritaria. Dicha visión, si bien podría ser reconocida acertada, corre el riesgo de no partir de una política general de atención de las condiciones sociales de toda la población, para que nunca caiga en una situación de vulnerabilidad. En ese contexto, la noción de asistencia social, al tener una población focalizada no responde a la necesaria universalización del disfrute de un derecho humano. La asistencia social en sus orígenes fue un mecanismo de cómo los poderes públicos o los particulares buscaban remedir las situaciones de pobreza extrema de determinada población, pero no desde una perspectiva de derechos sino de apoyo caritativo, en el caso por ejemplo, de los particulares.

132 Programa Nacional de Asistencia Social 2014-2018 (PONAS), *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 30 de abril de 2014. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343103&fecha=30/04/2014.



IV. LA PREVISIÓN SOCIAL: DERECHOS DE LA POBLACIÓN LABORAL ACTIVA

La previsión social en sus inicios comprendía sólo a los trabajadores en las primeras épocas de la sociedad industrial. Se le identificó unida al Derecho del Trabajo en donde los sujetos protegidos tendrían un derecho subjetivo a determinadas prestaciones, siempre y cuando estuvieran ligados a una relación laboral.¹³³ También, se consideró como un derecho del trabajador vinculado con la sustitución de la responsabilidad personal por la responsabilidad social del empleador.¹³⁴

Para Mario de la Cueva, “es el apoyo económico otorgado a los trabajadores así como a sus familias en caso de sobrevenir la falta de medios para subsistir por motivos naturales o involuntarios, derivados de accidentes, enfermedades, paros forzosos, invalidez, vejez o fallecimiento”. La previsión social cumple, partiendo de la definición de Mario de la Cueva, dos funciones fundamentales: por un lado, es la fuente humana del salario, cuya misión consiste en asegurar al trabajador una existencia diaria decorosa y; en segundo lugar, es el medio que permite contar con ingresos o prestaciones futuras, cuando la actividad presente se torna difícil o imposible.¹³⁵

La Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR), en su artículo 7, quinto párrafo entiende a la previsión social como: “[...] las erogaciones efectuadas que tengan por objeto satisfacer contingencias o necesidades presentes o futuras, así como el otorgar beneficios a favor de los trabajadores o de los socios o miembros de las sociedades cooperativas, tendientes a su superación física, social, económica o cultural, que les permitan el mejoramiento en su calidad de vida y en la de su familia. En ningún caso se considerará previsión social a las erogaciones efectuadas a favor de personas que no tengan el carácter de trabajadores o de socios o miembros de sociedades cooperativas”.¹³⁶

Como se observa, la previsión social sólo le corresponde a los trabajadores en su condición de asalariados subordinados o en su caso a los miembros

133 En el caso mexicano, la previsión social surgió como un capítulo del Derecho laboral y complementaria del Derecho Individual del Trabajo, lo cual se corrobora con el rubro del Artículo 123 constitucional “Del Trabajo y la Previsión Social”.

134 José Manuel Almansa Pastor, *Derecho de la seguridad social*. 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1987, pp. 52 y 53.

135 Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. T. II, 3a. ed., Porrúa, México, 1984, p. 21.

136 Quinto párrafo del artículo 7o. de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

de las cooperativas. Buscando la satisfacción de necesidades o contingencias presentes o futuras de dichos trabajadores.

La previsión social, al utilizar técnicas procedentes del derecho de seguros, de acuerdo con el concepto de riesgo social y su aseguramiento, dio lugar al modelo de tipo profesional contributivo, de seguros sociales. Aunque hoy en día sigue siendo una figura fundamental para las empresas, al menos en México, la previsión social puede otorgarle mayores prestaciones al trabajador (vales, comida, gasolina, etcétera, apoyos económicos para pago de vivienda, transporte o seguros de salud privados), logrando a su vez, disminuir dichas prestaciones al salario de los pagos que por impuestos, deducciones fiscales, tendría que hacer una empresa, gracias al concepto de previsión social incluido en la LISR.

La previsión social está focalizada a un grupo determinado, en este caso la población económicamente activa con un empleo formal. Actividad laboral que le permite acceder a una serie de beneficios sociales, siempre ligados a su actividad laboral y diferente, según el tamaño de la empresa donde se encuentren laborando. Por lo que no se trata de derechos universales, progresivos e irreversibles, ya que dependerá de la situación económica de la empresa y del poder de negociación de los trabajadores o sindicatos el gozar o no con determinados apoyos en materia de vivienda, transporte o alimentación.

V. ¿LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO?

En Europa, el modelo de seguros sociales de Bismarck a finales del siglo XIX, se basa en una relación bilateral a cambio de una contribución versada, una indemnización es concedida, en caso de un riesgo cubierto por uno de los seguros contratados. Por lo que respecta, al financiamiento de los seguros en ocasiones es sólo del empleador o compartido entre empleador y trabajador. Por otro lado, la cobertura de los seguros es obligatoria. Existiendo una correlación entre el monto de la cotización y las prestaciones recibidas. Fueron los seguros sociales, la base de la seguridad social, la cual se consideró, al menos durante el siglo XX como un derecho fundamental de toda persona por el hecho de ser humano.

En América Latina, la noción de seguridad social, utilizada por Simón Bolívar en el proyecto de Constitución para Venezuela del 15 de febrero de 1819:



“El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.¹³⁷ Posteriormente, en Estados Unidos se utilizó la expresión de seguridad social en la *Social Security Act de 1935*.¹³⁸

Por otra parte, el vocablo fue acogido en la Carta del Atlántico de 1941 y en la Declaración de Washington de 1942, que sancionaron con alcance mundial su contenido al proclamar que “Todas las naciones tienen el deber de colaborar en el campo económico-social, a fin de garantizar a sus ciudadanos las mejores condiciones de trabajo, de progreso económico y seguridad social”. De igual forma, fue incluida en la resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1941 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) y en la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944, que elevó la seguridad social a instrumento internacional y proclamó la necesidad de extender su cobertura. A partir de entonces, la OIT ha aprobado una serie de Convenios y Recomendaciones basados en el concepto de seguridad social.¹³⁹

Para la OIT, la Seguridad Social es: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional; desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.¹⁴⁰

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 de la ONU, establece en su artículo 22 que toda persona, en tanto miem-

137 Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., p. 37.

138 OIT, *Seguridad social*. Guía de educación obrera. Ginebra, 1995, p. 6.

139 Se conjuntaron varios instrumentos previos y se establecieron requisitos básicos en cada contingencia social sobre cobertura, prestaciones y condiciones de acceso. A esta etapa, se le conoce como la “segunda generación” de instrumentos normativos de la OIT, en donde el más importante fue el Convenio 102 que estableció la llamada “norma mínima” de seguridad social.

140 Las eventualidades que considera esta definición concuerdan con las enumeradas en la norma mínima sobre la materia el Convenio 102 de la OIT, que es el más importante de la treintena de convenios adoptados por esa organización sobre el particular en los últimos 80 años. El Convenio 102 “Norma mínima” de la OIT han delimitado el alcance de la Seguridad Social: atención médica, prestaciones monetarias de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, vejez, invalidez, sobrevivientes, desempleo y asignaciones familiares. Este convenio, no sólo constituyó una evolución respecto de las normas de la “primera generación” (que consideraban al seguro social), al incluir una serie de medidas sociales, sino también al determinar las metas a ser alcanzadas.

bro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social. A su vez, los artículos 23 y 25 de la Declaración precisan el derecho a la asistencia médica, en caso de enfermedad, de maternidad, de invalidez, de deceso y de vejez.¹⁴¹ Igualmente, el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 estableció en su artículo 9 el derecho que tiene toda persona a la seguridad social incluidos los seguros sociales.

De acuerdo con lo anterior podemos referir que, la Seguridad Social comprende el seguro social (los regímenes contributivos), la asistencia social (prestaciones financiadas con ingresos fiscales, que se facilitan exclusivamente a quienes tienen ingresos modestos) y las prestaciones universales (las que no exigen un examen previo de los ingresos o de los medios económicos).¹⁴²

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

Por su parte, la Ley del Seguro Social establece en su artículo segundo que la Seguridad Social tiene como finalidad “garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado”.

El surgimiento de una serie de seguros sociales y la sistematización de los mismos, —dado que cubrían las contingencias presentes y futuras del trabajador— originaron la idea de una universalización de atención de las contingencias sociales presentes y futuras del trabajador. De esta manera, la Seguridad Social, aparece como una sistematización y racionalización de los seguros sociales existentes. Explicando con ello por qué el Convenio 102 de la OIT, articula la universalización de las contingencias sociales, alrededor de la seguridad social y de una serie de prestaciones a las que tendría

141 Alfredo Sánchez-Castañeda, “Derecho de la Seguridad Social” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. 2a. ed., Tomo III. México, UNAM-Porrúa, 2004, pp. 263-267.

142 OIT, *Informe sobre el trabajo en el mundo 2000*. Ginebra, 2000, p. 10.



derecho un trabajador, en caso de quedarse sin empleo, a través de un seguro de desempleo.

Sin embargo, dicha universalización se da alrededor de la figura de un trabajador asalariado y subordinado. Dicho Convenio establece que es el *de-
recho de toda persona por el hecho de ser humano a la Seguridad Social*, dicho derecho, no resulta universal, ya que prácticamente todos los derechos o seguros que comprende se encuentran sujetos a la condición de trabajador y no de ser humano.

La idea de universalidad partía de la condición de que todos los seres humanos en un momento u otro serían trabajadores. La trayectoria de vida de una persona, pasaba, sin lugar a dudas y de manera generalizada el hecho de que toda persona tendría como futuro cierto convertirse en trabajador subordinado.

Es evidente que dicha concepción, se basaba en una sociedad de pleno empleo. No obstante, en menos de un siglo, el mundo del trabajo ha cambiado. El trabajador subordinado se retrae y aparecen nuevos fenómenos laborales, tales como los trabajadores parasubordinados, el incremento del trabajo independiente, y nuevos trabajadores que hasta ahora no se identifican o no han logrado identificar los tribunales de manera clara e irrefutable de trabajadores subordinados o de trabajadores independientes¹⁴³ o la dilución de las responsabilidades empresariales a través de la subcontratación, la deslocalización o la externalización de la producción.¹⁴⁴

A diferencia con la previsión social, la seguridad social constituye un paso importante hacia la universalización en la cobertura de una serie de riesgos o contingencias sociales presentes y futuras. Sin embargo, su radio de acción se ve limitado a los trabajadores subordinados. Dejando sin protección a quienes pierden su trabajo personal subordinado, a los trabajadores independientes, a los pequeños empleadores y a toda aquella población que no se

143 Anna Ginès i Fabrellas y Sergi Gálvez Duran; "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2016. Disponible en: chrome-extension://oemmndcbldboie-bfnladdacbfmadadm/http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf, fecha de consulta: 15 de marzo de 2018.

144 Alfredo Sánchez-Castañeda, Carlos Reynoso Catillo y Bárbara Palli, *La subcontratación un fenómeno global*, Serie Estudios Jurídicos. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 197.

ha insertado en una relación de trabajo, que tiene un trabajo precario¹⁴⁵ o que labora en lo que se conoce como economía informal.¹⁴⁶ Los cambios en el empleo ya señalados, hacen imposible que todas las personas cuenten con un empleo subordinado.¹⁴⁷ Hoy en día la inserción laboral se puede dar a través de varias figuras.¹⁴⁸

Los anteriores fenómenos, sin duda han cuestionado la universalización de la atención de las contingencias generales a través de la seguridad social, basada en población asalariada formal. Cuando una persona ya no tiene como destino manifiesto la realización de un trabajo personal subordinado, el esquema de seguridad social, destinado sólo o primordialmente al trabajo subordinado, resulta insuficiente. El hecho de que el trabajo subordinado formal, no sea el futuro manifiesto de las personas, la seguridad social, dejan de ser el mecanismo adecuado para la universalización de la atención de las contingencias sociales futuras y presentes de las personas.

VI. LA PROTECCIÓN SOCIAL

COMO EXPRESIÓN DE UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Ante los límites de la Seguridad Social como un derecho universal, progresivo e irreversible, la noción de protección social ha permitido considerarla como el derecho humano fundamental. Aunque su uso en ocasiones genera cierta confusión,¹⁴⁹ ya que se le ha utilizado también como sinónimo de seguridad

145 Rocío Guadarrama, Alfredo Huade y Silvia López, *La precariedad laboral en México. Dimensiones, dinámicas y significados*. México, COLEF/UAM, 2014, p. 462.

146 Alfredo Sánchez-Castañeda, "La pluralidad de ocupaciones informales: medidas laborales, de seguridad social y de protección social para la formalización del empleo en México", en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada, (dirs.), *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*. Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 379-418.

147 Alain Supiot, "Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa", *Revista Internacional del Trabajo*. vol. 18. Ginebra, Suiza, marzo, 1999, pp. 35-50.

148 Javier Darío Fernández L., "La industria 4.0: Una revisión de la literatura", *Actas de Ingeniería*, vol. 3, 2017, pp. 222-227.

149 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Evaluación estratégica de protección social en México*. México, D. F., CONEVAL, 2012, p. 163.



social o asistencia social.¹⁵⁰ Así, por ejemplo, la Recomendación 202 de la OIT relativa a los pisos nacionales de protección social de 2012, si bien se refiere expresamente a la protección social, ésta parte de la definición de seguridad social.

Posiblemente la confusión se debe al hecho de que la protección social es el género, mientras que la seguridad social es una de sus especies. Dado que la protección social comprende tanto sistemas de seguridad social como programas o políticas sociales para disminuir la pobreza y la inequidad. Sin duda la asistencia social fue una de las primeras manifestaciones de lo que ahora se puede conocer como protección social.

En materia de financiamiento, la protección social parte de dos esquemas, por un lado, la seguridad social, eminentemente contributiva que permite acceder a seguros (enfermedades, riesgos de trabajo) y a pensiones de retiro (vejez, invalidez y muerte) y, por otro lado, la asistencia social, de carácter no contributivo, que permite el acceso a prestaciones monetarias y no monetarias para personas o familias en situación de vulnerabilidad social y económica, como lo pueden ser los menores de edad, los adultos mayores o las madres solteras, entre otros.

Al respecto, se puede señalar que si bien la Seguridad Social y la Protección Social cubren contingencias sociales; la primera está ligada a los trabajadores que cuentan con una relación formal de trabajo; mientras que la segunda, comprende tanto la seguridad social y, a través de diversos mecanismos, se ha enfocado también a la atención de las contingencias sociales de la población pobre, no asalariada o con ciertos tipos de vulnerabilidad social. A partir de las anteriores aclaraciones se puede hablar de la seguridad social como un derecho humano fundamental tanto a nivel internacional (A) como a nivel nacional (B).

150 Ver la interrelación de conceptos de protección social y seguridad social que se hace en: Alain Supiot, *Protection social et travail décent. Nouvelles perspectives pour les normes internationales du travail. Travaux conduits à l'initiative du Bureau International du Travail, Semaine Social Lamy, Supplément*, Núm. 1272. París, Francia, 4 de septiembre de 2006.



1. La protección social como un derecho humano fundamental de dimensión internacional

La protección social, tiene vocación a ocuparse de la privación total, parcial o de las vulnerabilidades presentes o futuras de las personas, sin importar su situación laboral. Es decir, con empleo o sin empleo, independientes o subordinados, etcétera, que requieren una atención de sus contingencias sociales presentes o futuras.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 22 contempla por un lado, la noción de seguridad social y por otro, la de protección social. En el caso de la primera, se refiere explícitamente a la misma; respecto a la segunda, sin mencionarla expresamente, se puede inferir, que señala el derecho de toda persona a gozar de sus derechos económicos sociales y culturales: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y tiene derecho a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y de acuerdo con la organización y los recursos de cada Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Por su parte la Carta Social de las Américas de 2012, en su Capítulo III señala que: “Los Estados miembros tienen la responsabilidad de desarrollar e implementar políticas y programas de protección social integral, con base en los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, no discriminación, y la equidad que dan prioridad a las personas que viven en condiciones de pobreza y vulnerabilidad, teniendo en cuenta sus circunstancias nacionales”. Como se aprecia, la protección social es clara, y debe basarse en principios de universalidad, solidaridad, igualdad, no discriminación, y equidad.

Un lugar fundamental entre los convenios internacionales, lo ocupa el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). Relativo a la norma mínima de prestaciones de la seguridad social y las condiciones para poder acceder a las mismas. Dicho Convenio contempla nueve ramas principales de la seguridad social: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

Es de destacar a su vez, la Recomendación 202 de la OIT relativa a los pisos nacionales de protección social, adoptada por la Conferencia General de la OIT el 30 de mayo de 2012. La Recomendación busca asegurar una atención



médica esencial, un régimen de prestaciones y un nivel básico de seguridad de ingresos para todas las personas.

La Recomendación tiene como objetivos, establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social. Para la Recomendación, los pisos de protección social constituyen conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

Como ya se ha anotado, la Recomendación de 2012 mezcla la noción de protección social y seguridad social, lo que sin duda abona a la confusión. A pesar de que de su lectura se observa que la protección social es un mecanismo de extensión de la seguridad social y busca asegurar niveles más elevados de seguridad social, es decir, va más allá de ésta. Además, como se observa, los pisos de protección social otorgan garantías básicas de atención de las necesidades sociales básicas; a pesar de que la Recomendación genera nuevamente confusión al hablar de “garantías de seguridad social”, pero es obvio que se piensa en atención de necesidades fundamentales que aseguren una protección esencial ante las vulnerabilidades y las exclusiones sociales. De esta manera la protección social primordial comprende, según la Recomendación:

- a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social;
- b) derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional;
- c) adecuación y previsibilidad de las prestaciones;
- d) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales;
- e) inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal;
- f) respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social;
- g) realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos;



- h) solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;
- i) consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones;
- j) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes;
- k) sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad;
- l) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo;
- m) coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social;
- n) servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social;
- o) eficacia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación y de recurso;
- p) seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica;
- q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y
- r) participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.

La Recomendación 202 también establece los pisos de protección social que deberían asegurarse como un mínimo durante el ciclo de vida de una persona:

- a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
- b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;



- c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y
- d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

2. La protección social como un derecho humano fundamental de dimensión nacional

La protección social desde hace muchos años, de diferentes formas, ha estado presente en América Latina.¹⁵¹ En el caso de México, aunque no lo pareciera a primera vista, tiene una larga historia, ya que aparece en sus dos vertientes. Una contributiva y otra no contributiva, pero en los dos casos, con la misma base constitucional, la reforma de 1929 del artículo 123 Apartado A, fracción XXIX que establece: “es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”.

De manera contributiva aparece con claridad con la expedición de la Ley del Seguro Social en 1943, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de 1959 y la Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas de 1961. Tres leyes que al paso del tiempo han sufrido una serie de reformas.

Sin embargo, ante la falta de acceso a la seguridad social del 60.7 por ciento de los mexicanos (68.3 millones de personas) en 2010, según cifras de CONEVAL,¹⁵² han aparecido esquemas no contributivos federales y estatales. A nivel federal, en 2004, comenzó a operar el Sistema de Protección Social en Salud (Seguro Popular) y en 2007 aparece el Seguro Médico para una Nueva Generación, el programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Traba-

151 Simone Cecchini, Fernando Filgueira y Claudia Robles, *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada*. Santiago de Chile, Cepal, 2014, p. 48; Simone Cecchini y Rodrigo Martínez, *Protección social inclusiva en América Latina. Una mirada integral, un enfoque de derechos*. Santiago de Chile, CEPAL, 2011, p. 277.

152 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Evaluación estratégica...*, op. cit., p. 163.

jadoras y el de 70 y Más. En el ámbito de los gobiernos estatales, aparecieron programas de protección social en materia de salud, vejez, cuidado de niños (guarderías) y vivienda.

Según CONEVAL, las principales diferencias entre estos programas y los de la seguridad social son:¹⁵³

- a) Fuente de financiamiento: la seguridad social se financia principalmente con aportaciones tripartitas (trabajador, empleador y gobierno), sobre todo de los dos primeros, en tanto que los programas sociales son llamados no contributivos por financiarse mediante impuestos generales u otras fuentes de recursos públicos que no son impuestos laborales a cargo de los beneficiarios de la seguridad social.
- b) Cobertura de riesgos y población: la seguridad social es un paquete indivisible de beneficios que cubre múltiples riesgos (salud, vejez, invalidez y vida, riesgos de trabajo y guarderías) obligatorio para todos los trabajadores con una relación laboral subordinada; en cambio, los programas no contributivos cubren riesgos específicos en forma separada (por ejemplo, salud o vejez), son voluntarios y están dirigidos tanto a población que formalmente no tiene que afiliarse al IMSS como a los trabajadores no afiliados que por ley deberían estarlo (mercado no regulado de trabajo). En general, los beneficios para cada riesgo son mayores en la seguridad social.
- c) Los beneficios de la seguridad social representan derechos laborales adquiridos con cierto grado de estabilidad en el tiempo, mientras que los programas no contributivos tienden a ser iniciativas de administración o legislaturas particulares que pueden modificarse o cancelarse con relativa facilidad.

Como se observa, la protección social, en su ámbito contributivo y no contributivo está plenamente arraigada en la sociedad mexicana. No obstante, se arrastran una serie de problemas: duplicidad de servicios entre programas contributivos y no contributivos, duplicidad entre los mismos programas no contributivos federales y estatales, ausencia de diagnósticos para su implementa-

153 *Ibid.*, p. 18.



ción y para la evaluación de su efectividad; falta de transparencia en su manejo financiero, tal y como ha quedado acreditado por la Auditoría Superior de la Federación.¹⁵⁴

Generando, el caso mexicano, un “sistema” de protección social: “Fragmentado conceptual, institucional y financieramente de “subsistemas” y programas dispersos, entre otros, en los ámbitos de la salud, las pensiones y las acciones dirigidas a mejorar el ingreso de la población. El conjunto de programas implica desigualdades amplias en cobertura y beneficios, genera desincentivos importantes, distorsiona los mercados laborales, y no es claro que tenga sostenibilidad financiera. Además, este entramado institucional provee cobertura errática e incompleta en contra de estos riesgos. Es evidente que esta situación no es deseable o sostenible en el mediano y el largo plazo”.¹⁵⁵

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Hoy en día, también se considera que la protección social debe ser una respuesta a la pobreza y a la vulnerabilidad social, así como un componente primordial en las estrategias de desarrollo económico y social.¹⁵⁶ Además de la necesidad de ser un instrumento de prevención de la pobreza y la promoción de oportunidades para el desarrollo de un país.¹⁵⁷ En general, ser un instrumento de política social proactiva que permita manejar el riesgo e incrementar

154 Alfredo Sánchez-Castañeda, *La seguridad y la protección social en México: su necesaria reorganización*. México, UNAM, 2012, p. 148 y ss.

155 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Evaluación estratégica...*, *op. cit.*, p. 22.

156 S. Guhan, “Social Security Options for Developing Countries”, *International Labour Review*, vol. 133, Núm. 1, 1994.

157 Andy Norton, Tin Conway y Mick Foster, *Social Protection Concepts and Approaches: Implications for Policy and Practice in International Development*. ODI Working Paper 143. Londres: Overseas Development Institute, 2001. Disponible en: <https://www.odi.org/resources/docs/2999.pdf>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2018.

su seguridad.¹⁵⁸ Por otro lado, como han señalado la doctrina, la conceptualización de la protección social como un derecho permite:¹⁵⁹

- Se considere a la protección social como parte del ser humano y no como una cuestión asistencialista.
- Se señalen con claridad las obligaciones claras de los Estados para garantizar la protección social.
- Se utilice un espectro de estándares internacionales de derechos humanos para justificar la protección social, comenzando con la seguridad social, pero no limitándose a ella.
- Se establezcan obligaciones esenciales y estándares mínimos esperables, así como requerimientos específicos de los grupos vulnerables.
- Influir en el diseño de marcos generales de igualdad y no discriminación, participación y rendición de cuentas.
- Focalizarse en las posibilidades de los ciudadanos de exigir su derecho a la protección social.
- Incorporar mecanismos de rendición de cuentas y de la capacidad institucional para garantizar el adecuado diseño y provisión de los servicios de protección social.

A la luz de las anteriores consideraciones, la protección social se puede considerar como un derecho humano, en la medida que corresponde a toda persona por el simple hecho de contar con dicha condición. Es fundamental porque así ha sido positivizado por la legislación nacional e internacional. De igual manera se puede considerar universal porque pertenece a toda persona sin discriminación de ningún tipo. Su reconocimiento no depende de naciona-

158 Ade Haan y Sean Conlin, *Poverty and Social Protection: DFID Approach*. Asia and Pacific Forum on Poverty, 2001. Disponible en: <http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cad=1&cad=rja&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fciteseerx.ist.psu.edu%2Fviewdoc%2Fdownload%3Bjsessionid%3DA1C6121C678F394FDB70583A8551EBAF%3Fdoi%3D10.1.1.199.9039%26rep%3Drep%26type%3Dpdf&ei=y2-QUlecDYiOrAHTlGoCw&usq=AFQjCNGjSYS7ICXqsbSewyXwN3R-5CQWIVA&sig2=0h3RY4d3gDBtZcNYUXpAPQ>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2018.

159 Laure-Hélène Piron, *Rights-based approaches to social protection*, UK Department for International Development (DFID), Londres, septiembre, 2004. Disponible en: www.odi.org.uk/Africa_Portal/pdf/social_protection/rights.pdf



lidad o territorio, según lo reconoce el pacto de San José de Costa Rica o la propia Constitución mexicana, en su artículo primero. Son irreversibles al ser inseparables de toda persona. Son progresivos porque es un deber de todo Estado garantizarlos, no sólo para las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, sino que también para que no caigan en la misma. Finalmente, la protección social es consensual porque así aparece en la Constitución mexicana y en numerosos instrumentos internacionales.



Repercusión de los instrumentos internacionales en la seguridad social mexicana

Dr. Porfirio Marquet Guerrero
Director del Seminario de Derecho del Trabajo
de la Facultad de Derecho de la UNAM

Sumario: I. Introducción. II. El marco jurídico de los derechos humanos. III. Principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. IV. Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sociales. V. Los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo. VI. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos humanos es al mismo tiempo muy antiguo, pero también relativamente reciente. Es antiguo porque en un sentido específicamente referido a la defensa de los particulares frente al Estado y los gobernantes, presenta antecedentes desde época remotas en la historia de la humanidad, pero en otra perspectiva es relativamente reciente en cuanto se plantea no sólo frente a los gobernantes, sino también referidos a quienes pertenecen a segmentos de la población considerados vulnerables, frente a otros particulares pero poseedores de bienes de capital, tierras, maquinaria, herramientas,



materias primas, etcétera, más recientemente, todavía cuando se hace referencia a otros factores un tanto intangibles, como el medio ambiente y la calidad de vida de las personas en general.

Como dijimos, en otra ocasión, al hacer referencia a algunos de los antecedentes más remotos de la idea de los *derechos humanos*:

En España existieron los fueros de Aragón y de Castilla. Los primeros establecían una monarquía electiva cuyo titular encontraba su actividad limitada, tanto por las Cortes, como por los *Fueros* y por el *Justicia Mayor*, quien era el encargado de defender los derechos de los aragoneses y los fueros. Los derechos de los aragoneses se fueron formando paulatinamente, y así encontramos: la inviolabilidad del domicilio concedida por Jaime el Conquistador, la libertad de trabajo, la prohibición de confiscación de bienes, la prohibición de matar o lesionar a nadie sin previa sentencia, entre otros. De manera análoga el Fuero de Castilla consignaba el derecho a la vida e integridad corporal, la inviolabilidad del domicilio, etcétera.¹⁶⁰

Entre los antecedentes remotos, también pueden citarse *La Carta Magna* firmada en Inglaterra en 1215, por medio de la cual el monarca inglés se comprometió a respetar las propiedades de los hombres libres, a no privarles de la vida o libertad ni a despojarlos o desterrarlos, sino mediante juicio ante sus iguales y de acuerdo con la ley de la tierra.

Sin embargo, fue hasta la época conocida como *Edad Moderna*, cuando se expidieron las primeras constituciones que enunciaron los entonces denominados *derechos del hombre* en forma de catálogo, siendo las primeras de ellas las de las antiguas colonias norteamericanas, específicamente las de Virginia, Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte en 1776, Vermont en 1777, Massachusetts en 1780, New Hampshire en 1783 y la federal de 1787 que entró en vigor en 1789, la que los incluyó en enmiendas posteriores.

No obstante que cronológicamente fue posterior, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, emitida en Francia en 1789, tuvo una mayor repercusión a nivel mundial e influyó en la redacción de numerosas constituciones posteriores, particularmente durante el siglo XIX, en diversos

160 Porfirio Marquet Guerrero, *La estructura constitucional del Estado mexicano*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 111.

países de Europa y América entre los cuales cabe mencionar el caso de México, en cuya Constitución de 1857 se incluyó el reconocimiento de *los derechos del hombre* en su Título I, Sección I, estableciendo en su artículo 1o. que éstos “[...] son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.¹⁶¹

En el siglo XX la idea de *los derechos del hombre*, ahora denominados *derechos humanos* atendiendo una perspectiva de género, se hace extensiva a las relaciones entre personas pertenecientes a un segmento social determinado, particularmente las que surgieron y se desarrollaron en torno de las relaciones de trabajo, denominados por la doctrina como *derechos sociales*, concretamente al expedirse en 1917 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyéndose en ella el artículo 123, que conjuntamente con el 27, fue considerada como la primera *Declaración de Derechos Sociales*, según expresión de uno de los más célebres diputados que formaron parte del Congreso Constituyente que sesionó en la ciudad de Querétaro, capital de la entidad federativa del mismo nombre durante diciembre de 1916, enero y febrero de 1917, que fue Alfonso Cravioto, representante del estado de Hidalgo. En este sentido se expresa Néstor de Buen Lozano, quien manifestó que al haberse aprobado en el Congreso Constituyente de Querétaro, el día 23 de enero de 1917, el texto del artículo 123:

“Había nacido el primer precepto que a nivel constitucional otorgó derechos a los trabajadores. México pasaba a la historia como el primer país que incorporaba las garantías sociales a una Constitución”.¹⁶²

Varios autores aluden a tres generaciones de derechos humanos atendiendo a los momentos en que se han venido analizando y discutiendo por la doctrina, considerando como los de primera generación a los clásicos derechos civiles o individuales, tales como el derecho a la vida, la libertad en sus diversas facetas, la igualdad, que también presenta varias formas de manifestarse, la seguridad jurídica y la propiedad; se consideran como de segunda generación los derechos económicos, sociales y culturales entre los que se

161 Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México. 1808-1967*. México, Editorial Porrúa, 1967, p. 607.

162 Néstor de Buen Lozano, *Derecho del trabajo*. Tomo I, decimoquinta edición. México, Editorial Porrúa, 2002, pp. 318 y 319.



incluyen los derivados del Derecho del Trabajo, entendido en sentido amplio, lo que ha permitido considerar también a los derechos, prestaciones y servicios previstos en las actuales normas de *seguridad social*; se estiman *derechos humanos de tercera generación*, a los de solidaridad, al derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano, etcétera.¹⁶³

II. EL MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Independientemente de la consideración doctrinal de que los derechos humanos derivan del pensamiento humanista, según el cual se trata de derechos inherentes a la persona por el sólo hecho de serlo, desde el punto de vista del derecho vigente, la idea de los derechos humanos se refleja en textos normativos expedidos por los poderes públicos de los países que forman la comunidad internacional, como por organizaciones de carácter también internacional, en ambos supuestos, en general en forma de catálogo, en los que expresamente se les atribuye esa calidad, como ha sido el caso de las declaraciones de derechos individuales o de primera generación, regulados en esa forma en varias constituciones nacionales expedidas desde los siglos XVIII y XIX, así como en declaraciones formuladas por diversas organizaciones internacionales tanto de proyección universal como de carácter regional, las cuales han aparecido básicamente desde el siglo XX.

Las declaraciones de derechos sociales o de segunda generación plasmados en las primeras constituciones del siglo XX, en particular la mexicana de 1917 y la alemana de Weimar de 1919, a las que siguieron muchas otras en los años posteriores, así como también las clásicas que se expidieron en los años inmediatos posteriores al fin de la segunda guerra mundial, la de Francia de 1946 conocida como la de la Cuarta República, luego sustituida por la de 1958, conocida como la de la Quinta República, que mantuvo la misma tendencia social de su antecesora; la italiana de 1947, vigente desde 1948, que además estableció en ese país un régimen republicano y la alemana de 1949, conocida como la Constitución de Bonn, que estableció la República Federal de Alemania y que durante varias décadas se aplicó en la parte occidental del

163 Cfr. Carlos Reynoso Castillo, *Los derechos humanos laborales*. México Tirant Lo Blanch-Universidad Autónoma Metropolitana, 2015, p. 12.



antiguo territorio alemán, ahora reunificado como uno de los efectos más importantes de la desintegración de la antigua Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) ocurrida en 1991. Dichas constituciones han formado parte de la corriente del constitucionalismo social iniciada, como se ha dicho antes, en 1917.

Los derechos humanos que un sector de la doctrina considera como de tercera generación, han sido concebidos en el último tercio del siglo XX y algunos se han incorporado mediante adiciones a diversos ordenamientos constitucionales en los años subsecuentes, refiriéndose a aspectos tan variados como el desarrollo, la paz, el medio ambiente, la libertad de los pueblos, el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, la asistencia humanitaria, la protección al consumidor, la protección a la manipulación genética, la libertad informática, la muerte digna y otras más. La sistematización de estos derechos está en proceso de consolidación, ya que algunos de los objetivos de regulación parecen coincidir con los de algunos de los derechos sociales, considerados de segunda generación. Por otra parte, esta idea que se atribuye a *Karel Vasak*, no ha sido materia específica de instrumentos internacionales que pudieran estimarse vinculatorios.

En resumen, se puede afirmar que los derechos humanos considerados de primera generación tienen un carácter eminentemente individual; los que se califican como de segunda generación tienen un enfoque predominantemente social, en tanto que los denominados de tercera generación se avocan a la protección colectiva de las comunidades y de los pueblos, es decir, el primer grupo se refiere a los individuos y se ocupa de sus derechos políticos y civiles; el segundo se enfoca a los grupos sociales considerados más débiles o vulnerables, en tanto que el tercero tiene una proyección colectiva y universal, en gran parte motivada por el fenómeno de la globalización.

En el mismo siglo XX y en especial en los años que han transcurrido del siglo XXI, el reconocimiento y la importancia de los derechos humanos en general, sin especificar los diversos criterios de clasificación anteriormente comentados, han adquirido un redimensionamiento, en buena medida en virtud de haber sido no sólo reconocidos sino expresamente regulados por instrumentos internacionales, en especial de carácter general, universal o multinacional.



Al respecto, Carlos Reynoso Castillo en su importante obra sobre los derechos humanos laborales, refiere como durante el siglo XX se expidieron diferentes mecanismos de creación normativa, algunos de ellos de carácter internacional. Al respecto nos dice este tratadista:

La característica de universalidad de los derechos humanos deriva de su intento por no dirigirse a un determinado grupo social en un espacio y tiempo expreso, de tal manera que estos derechos tienen una pretensión de existencia y exigibilidad que va más allá de fronteras políticas, geográficas y territoriales determinadas, la razón es que precisamente en el ámbito supranacional es donde han sido históricamente objeto de un amplio reconocimiento.¹⁶⁴

Entre los documentos históricamente considerados como pioneros en el reconocimiento de los derechos humanos, Carlos Reynoso Castillo menciona a la Carta de Derechos de 1689 en Inglaterra; la Declaración de Independencia de las Colonias Americanas de 1776, elaborada por Thomas Jefferson; así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, que como se ha dicho, sería un modelo de inspiración para otros documentos constitucionales en diversos países del mundo. A los anteriores documentos, siguieron otros con un enfoque diferente respecto del estrictamente individualista y frente al Estado que caracterizaron a los antes citados. En ellos, dice Reynoso Castillo:

[...] los derechos humanos ya no sólo eran este conjunto de valores frente a los entes públicos, sino lo serían también frente a otros dotados de cierto poder, como las empresas frente a los cuales los derechos humanos son oponibles; esta segunda manera más amplia de ver estos derechos, daría lugar a lo que se conoce como la 'eficacia horizontal' de los derechos humanos.¹⁶⁵

En este orden de ideas, el reconocimiento de los derechos humanos de carácter social, no sólo se manifestó en numerosos textos constitucionales a nivel nacional ya mencionados con anterioridad, sino que también se expresó en instrumentos internacionales, particularmente en Europa, tales como la

164 *Ibid.*, p. 42.

165 *Ibid.*, p. 29.

Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

III. PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Es particularmente importante mencionar a la Carta de las Naciones Unidas de 1946 que creó a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) luego de haber finalizado la Segunda Guerra Mundial, en la que se planteó como algunos de los objetivos fundamentales el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos en general, incluyéndose un capítulo dedicado a la “Cooperación internacional económica y social” referido a los derechos humanos de carácter social, particularmente los laborales que en algún momento cuestionó la sobrevivencia de la Organización Internacional del Trabajo que había sido constituida como vinculada a la Sociedad de las Naciones, a su vez creada en el Tratado de Paz de Versalles de 1919, al fin de la Primera Guerra Mundial y que fue sustituida por la nueva Organización mundial en 1946.

Cabe citar también a la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en París, Francia, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en la que se reconocieron los derechos humanos en general, incluidos los sociales, particularmente los de carácter laboral. Desde el Preámbulo, la citada Declaración Universal señala que:

[...] el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.¹⁶⁶

En relación a los derechos humanos de carácter individual, la Declaración que se comenta se refiere expresamente a la libertad desde el nacimiento, a la

166 Felipe Remolina Roqueñi, *Declaraciones de derechos sociales*. México, H. Cámara de Diputados, LVII Legislatura 1998, p. 119.



igualdad en dignidad y derechos (artículo 1o.); al derecho a la igualdad mediante la no discriminación cualquiera que sea la condición de cada persona, ya sea raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquiera otra (artículo 2o.); al derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal (artículo 3o.); la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 4o.); así como a la proscripción de las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o denigrantes (artículo 5o.); al reconocimiento a la personalidad jurídica (artículo 6o.); al derecho a la justicia, entendida como el derecho al acceso a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, en contra de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley (artículos 8o. y 10); la prohibición de detención, prisión o destierro arbitrarios (artículo 9o.); la presunción de inocencia en favor de toda persona, mientras no se demuestre debidamente su culpabilidad (artículo 11); el derecho a la privacidad y respeto a su reputación (artículo 12); la libertad de tránsito (artículo 13); el derecho a una nacionalidad (artículo 15); el derecho al matrimonio libre y a la formación de una familia (artículo 16); el derecho a la propiedad individual y colectiva (artículo 17); la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18); la libertad de opinión y de expresión (artículo 19); la libertad de reunión y de asociación pacíficas (artículo 20); el derecho de cada persona a participar en el gobierno de su país, precisándose que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público y que esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas y periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto o equivalente que garantice la libertad del voto (Artículo 21). Los anteriores derechos y libertades básicamente individuales tienen un carácter esencialmente civil y político.¹⁶⁷

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SOCIALES

La misma Declaración Universal que se comenta incluyó también, expresamente, como parte de los Derechos Humanos los de carácter social, específicamente los de naturaleza eminentemente laboral, los que antes se dijo se identifican por un sector de la doctrina, como de segunda generación. Estos

167 *Ibid.*, pp. 120-123.

derechos son básicamente los siguientes: el derecho al trabajo elegido en libertad, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como a la protección contra el desempleo (artículo 23, párrafo 1); el derecho a un salario igual por un trabajo igual (artículo 23, párrafo 2); el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que permita a cada persona, a nivel individual y familiar, una existencia digna (artículo 23, párrafo 3); el derecho de cada persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (artículo 23, párrafo 4); el derecho de cada persona al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo, así como a vacaciones pagadas (artículo 24).¹⁶⁸

La Declaración Universal de los Derechos Humanos que se comenta, consideró también como parte de los Derechos Humanos de carácter social, los de *seguridad social*, los que están relacionados, pero son diferentes de los derechos de naturaleza estrictamente laboral. Estos derechos son los siguientes: el genéricamente denominado “seguridad social” (artículo 22), al que se agrega en el mismo precepto, el derecho de cada persona a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, de acuerdo a las condiciones de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad; más específicamente se establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que le asegure a nivel tanto personal como familiar, la salud y el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (artículo 25, párrafo 1), en el mismo numeral se establece también el derecho específicamente a los *seguros* de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida involuntaria de los medios de subsistencia; se incluyen también los derechos de maternidad e infancia, sin discriminación alguna, mediante cuidados y asistencia especiales (artículo 25, párrafo 2).¹⁶⁹

La Declaración Universal que se analiza, incluyó como Derechos Humanos algunos otros que en líneas anteriores se comentó están considerados como de *tercera generación*, como es el caso en general del derecho a la educación, a la gratuidad de la elemental, la cual se considera obligatoria; el acce-

168 *Ibid.*, pp. 123.

169 *Ibid.*, pp. 123 y 124.



so a la educación superior;¹⁷⁰ los objetivos de la misma, en particular el pleno desarrollo de la personalidad, el fortalecimiento al respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales, a la comprensión de la tolerancia y la amistad internacional (artículo 26); así como el derecho a participar en la vida cultural, artística y científica (artículo 27).

La misma Organización de las Naciones Unidas emitió el 19 de diciembre de 1966 otros dos instrumentos en los que se incluyeron disposiciones complementarias en materia de derechos humanos, entre ellos algunos específicamente relacionados con derechos sociales de carácter laboral, concretamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el primero se mencionan entre los mecanismos para hacer efectivos los derechos laborales, la orientación y la formación técnico-profesional; se hace referencia al derecho de las personas a un salario equitativo, a condiciones de existencia digna, a la adopción de medidas de seguridad y de higiene, a regular el ascenso basado en consideraciones objetivas, como son el tiempo de trabajo y la capacidad, considerando también una perspectiva de género (artículos 6o. y 7o.), se reconocen igualmente los derechos laborales colectivos, como el de asociación sindical y el de huelga, permitiendo restricciones respecto de las fuerzas armadas, de seguridad pública y de la administración del Estado (artículo 8o.). Del mismo modo se consideran los derechos de seguridad social en general, como en particular especial protección a las madres antes y después del parto, así como a los niños y adolescentes, se hace referencia también al derecho de las personas a alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículos 10 y 11).

En el segundo Pacto, se reiteran los derechos humanos individuales como en general el de acceso a la justicia, así como derechos humanos sociales de carácter eminentemente laboral, como la libertad sindical (artículo 22) y la protección del trabajo de los menores de edad (artículo 23).

170 Cabe comentar que algunos consideran a la educación en general, y sus características básicas mencionadas, como parte de los derechos sociales de segunda generación. En todo caso, la Constitución mexicana de 1917 la incluyó en su artículo 3o. desde su versión original, el cual conjuntamente con los artículos 27 y 123 le dieron a la Constitución mencionada su carácter social y por tanto, la históricamente primera de la corriente del constitucionalismo social, a la que después se agregaron otros ordenamientos constitucionales de numerosos países de Europa y de América Latina.

En el ámbito regional, además se han emitido instrumentos internacionales en los que se reconocen en general los derechos humanos y en particular, algunos de naturaleza social de carácter laboral, particularmente en Europa y en América. En el primer continente mencionado cabe citar a la Carta Social Europea, emitida en Turín, Italia el 18 de octubre de 1961 por los países miembros del Consejo de Europa, que reconocen en su Parte I, entre otros derechos laborales: la libertad individual de trabajo, la seguridad y la higiene en el trabajo, la remuneración equitativa, así como el derecho de asociación sindical, el derecho de negociación colectiva. En particular en aspectos relativos a la previsión y a la seguridad social, se mencionan: la protección de los trabajadores niños y adolescentes, la protección de las trabajadoras en caso de maternidad, el derecho a la orientación y formación profesional, el derecho genérico a la seguridad social, en particular a la asistencia social y médica, así como a la readaptación profesional en casos de invalidez, incluyendo la referencia a la Convención número 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a la Norma Mínima de Seguridad Social.

En el continente americano es particularmente importante mencionar a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) emitida en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948 por los países representados en la IX Conferencia Internacional Americana, en cuyo articulado el numeral 29, inciso b) se establece:

b) El trabajo es un derecho y un deber social, no será considerado como un artículo de comercio; reclama respeto para la libertad de asociación y la dignidad de quien lo preste y ha de efectuarse en condiciones que aseguren la vida y un nivel económico decoroso, tanto en los años de trabajo, como en la vejez o cuando cualquier circunstancia prive al hombre de la posibilidad de trabajar.¹⁷¹

171 Felipe Remolina Roqueñi, *Declaraciones de derechos sociales*, op. cit., p. 78.



Como puede observarse, el texto del primer párrafo del artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo mexicana, vigente a partir del 1 de mayo de 1970, en su versión original,¹⁷² coincidía en buena medida con el del artículo 29, inciso b) de la citada Carta de la Organización de Estados Americanos, salvo por lo que hace a la parte final de este precepto, referido a que el nivel económico decoroso al que se hace referencia, no sólo alude a los años de actividad del trabajador, sino también a los de vejez o bien a cualquier circunstancia que lo prive de la posibilidad de trabajar, como lo son los estados de incapacidad permanente o de invalidez definitiva, probablemente porque son contingencias que enfrentan los trabajadores cuya atención es materia de la seguridad social más que de Derecho del Trabajo.

La similitud de los textos antes comentados no es una casualidad ni una mera coincidencia circunstancial, sino que se explica porque uno de los integrantes de la Delegación mexicana, presidida por Jaime Torres Bodet, que asistió a la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia en abril de 1948, era el ya entonces reconocido laboralista Mario de la Cueva con la calidad de Embajador para Asuntos Sociales quien años después, en 1967 y 1968, formó parte de la Comisión de expertos que elaboró el anteproyecto que luego sería proyecto, más tarde Iniciativa del Poder Ejecutivo Federal y finalmente, una vez aprobada por el Congreso de la Unión, la segunda Ley Federal del Trabajo mexicana, la cual inició su vigencia, como ya se dijo, el 1 de mayo de 1970.¹⁷³

Es pertinente comentar que la reforma que entró en vigor el 1 de diciembre de 2012, suprimió innecesariamente la parte del texto original del artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo, relativa al respeto a las libertades y dignidad de los trabajadores, así como al imperativo de que el trabajo de éstos se efectúe en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el propio trabajador y su familia, limitándolo a la primera frase declarativa en el sentido de que el trabajo es un derecho y un deber sociales y que no será considerado como artículo de comercio.

172 Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Ley Federal del Trabajo*, 2a. ed. México Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1970, p. 185.

173 Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo I, 15a. ed. México, Porrúa, 1998, pp. 33-107.

Independientemente del comentario un tanto anecdótico expresado en los párrafos precedentes, es pertinente resaltar la importancia de lo dispuesto por el artículo 29, inciso b) de la Carta de la Organización de Estados Americanos como antecedente directamente relacionado con la seguridad social en general, así como con algunas de sus instituciones, en particular las que regulan la protección de los trabajadores cuando enfrentan estados de necesidad derivados de la vejez, la incapacidad permanente y la invalidez definitiva, que son temas típicos de las normas de seguridad social.

Carlos Reynoso Castillo menciona como instrumentos internacionales de carácter regional que pueden considerarse como antecedentes de los derechos humanos laborales y de seguridad social, además de la ya comentada Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada también en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948 por los Estados Americanos con la excepción de los Estados Unidos de América, en la que después de expresar algunos principios de carácter general relativos a garantizar y mejorar los derechos de la clase trabajadora, regula entre otras cuestiones, la protección igualitaria de hombres y mujeres, así como el carácter equilibrador y progresivo de las normas laborales (artículo 1o.); el principio de igualdad de remuneraciones ante trabajos iguales, así como el carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 2o.); el derecho al trabajo libre (artículo 3o.); el derecho del trabajador a recibir educación profesional y técnica, para el mejoramiento de sus aptitudes e ingresos, así como la consecución del incremento de la productividad (artículo 4o.); la regulación de la contratación colectiva (artículo 7o.); el derecho de los trabajadores a percibir un salario mínimo y en su caso un salario mínimo profesional, acordado por entidades tripartitas (artículo 8o.); la regulación de algunas normas protectoras del salario, como su carácter inembargable, preponderantemente en efectivo, su calidad de preferente en caso de concurso o quiebra patronal (artículo 10); el derecho de los trabajadores a participar de las utilidades de las empresas (artículo 11); los derechos a una jornada máxima, descanso semanal remunerado y vacaciones anuales pagadas de duración progresiva en proporción a los años de servicio (artículos 12 a 15), la previsión de que la Ley deberá garantizar la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de conformidad con las características de las industrias y de las profesiones, así como la determinación de las causas justas de separación, debiendo establecerse que en caso de que el despido



del trabajador resultare injustificado, éste tendrá derecho a una indemnización (artículo 19); se contempla también la regulación de algunos trabajos especiales, incluido el servicio público (artículos 20 a 25); el reconocimiento de derechos colectivos, particularmente el de asociación sindical y el de huelga (artículos 26 y 27).¹⁷⁴

La misma Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, comentada en los párrafos anteriores, regula también aspectos de previsión y de seguridad social, tales como la protección de las trabajadoras mujeres y de los menores (artículos 16 a 18); prestaciones de seguridad social relativas a la recuperación de la capacidad del trabajador y a la atención de su subsistencia en materia económica en casos de incapacidades temporales o permanentes por accidentes, enfermedades, maternidad, invalidez, cesantía, vejez o muerte, así como servicios de guarderías infantiles para hijos de trabajadores y centros recreativos (artículos 28 a 33).¹⁷⁵

También es importante mencionar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada por los Estados Americanos en San José de Costa Rica, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, conocida como el “Pacto de San José”, en la que, según refiere Carlos Reynoso Castillo:

Luego de ratificar, en un capítulo titulado de los Derechos civiles y políticos, derechos como el derecho a la vida, derecho a la circulación, prohibición de la esclavitud y servidumbre, garantías judiciales, protección de la honra y dignidad, libertad de conciencia, libertad de expresión, integridad personal, libertad personal, entre otros, la Convención incluye también el reconocimiento del derecho de reunión con fines pacíficos y la libertad de asociación con fines '[...] ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole'. En el caso de la libertad de asociación con fines laborales, la misma Convención señala que podrá incluirse restricción al ejercicio de esta libertad en el caso de las fuerzas armadas y de la policía.¹⁷⁶

174 Cfr. Felipe Remolina Roqueñi, *Declaraciones de derechos sociales*, op. cit., pp. 107-112.

175 *Idem*.

176 Carlos Reynoso Castillo, *Los derechos humanos laborales*, op. cit., p. 87.

Esta Convención prevé la creación como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de su contenido, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos 33 y ss.),¹⁷⁷ cuya actividad ha sido relevante en la consolidación y el respeto a los derechos humanos en general y a los derechos humanos laborales en particular.

Por otra parte, la X Asamblea General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, reunida en San Salvador, El Salvador, del 24 al 29 de noviembre de 1974, acordó la denominada Declaración de San Salvador, en la que se considera que para que el desarrollo de la seguridad social en los países de América sea orgánico y armonioso, debe realizarse teniendo presentes objetivos determinados que tomen en cuenta la realidad económica y social de cada país, se alude también a la tendencia de la seguridad social en el último tercio del siglo XX, a la implantación de nuevos esquemas para aplicar la seguridad social a mayores sectores de la población, en especial al medio rural, así como a segmentos de profunda marginación social y económica y por tanto, casi nula capacidad contributiva, asimismo también a la protección de la juventud, mediante el mejoramiento de los servicios médicos, así como de la procuración del mantenimiento del valor real de las prestaciones económicas con la intención de ajustarlas al incremento en el costo de la vida, para lo cual se requiere revisar los esquemas de financiamiento para hacer posible reorientar las políticas de solidaridad social en dirección del propósito de lograr la universalización de la propia seguridad social, para lo cual deberá incrementarse el intercambio de información a nivel internacional para optimizar los recursos con los que se cuenta en la actualidad.

En complemento de lo establecido en el llamado Pacto de San José de 1969, en 1988 se acordó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el “Protocolo de San Salvador”, por medio del cual la comunidad americana buscó ampliar el espectro de los derechos humanos previamente reconocidos en otros documentos, en particular los de naturaleza laboral, incluidos los relativos específicamente a la seguridad social.

177 Felipe Remolina Roqueñi, *Declaraciones de derechos sociales, op. cit.*, pp. 256 y ss.



Según lo reseña Carlos Reynoso Castillo,¹⁷⁸ entre los temas abordados destacan los relativos a la no discriminación (artículo 3), al derecho al trabajo (artículo 6), a las condiciones justas de trabajo (artículo 7), a los derechos sindicales (artículo 8), al derecho de huelga (artículo 8, inciso b), al derecho a la salud (artículo 10), así como al derecho a la seguridad social (artículo 9), precisando el derecho de toda persona a medidas de protección en relación a la vejez, a la incapacidad para trabajar, a la maternidad y a la ayuda a los familiares en caso de fallecimiento del asegurado, considerando su carácter de proveedor de las necesidades familiares.

V. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Independientemente de la importancia y trascendencia que para el reconocimiento y consolidación de los derechos humanos laborales y de seguridad social tienen los instrumentos internacionales de carácter general, tanto los universales como los regionales, mención especial y aparte merece la actividad que en relación a estos temas, ha desarrollado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde su constitución en el Tratado de Paz de Versalles de 1919 hasta la actualidad. En efecto, según refiere Mario de la Cueva, al término de la primera guerra mundial se celebró en Versalles, Francia, la Conferencia de Paz en cuya sesión del 25 de enero se designó una Comisión de legislación del trabajo, que fue la que preparó la parte XIII del Tratado de Paz, en cuyo preámbulo se consideró que la Sociedad de Naciones tiene por objeto la paz universal, pero que tal paz sólo puede basarse en la justicia social; se expresó también que existen en el mundo condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas injusticia y miseria, lo que pone en peligro la paz y la armonía universales, por lo que se estimó urgente mejorar las condiciones de trabajo; se dijo también que la no adopción por cualquier nación de un régimen de trabajo realmente humano es un obstáculo a los esfuerzos de los pueblos deseosos de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores, razones por las cuales, en una de las últimas sesiones de la Conferencia de Paz, se determinó la creación de la Organización Internacional del Trabajo, la cual

178 Carlos Reynoso Castillo, *Los derechos humanos laborales*, op. cit., pp. 58 y 59.

inició su funcionamiento de inmediato, pues su primera Conferencia inició las sesiones en la ciudad de Washington, capital de los Estados Unidos, el 29 de octubre de 1919.¹⁷⁹

Desde entonces, la Organización Internacional del Trabajo, conocida por las siglas de la OIT, ha venido funcionando ininterrumpidamente por casi noventa y nueve años. Su estructura orgánica está formada por una Conferencia General en la que están representados todos los países miembros por cuatro delegados cada uno, de los cuales dos los nombra cada gobierno estatal, uno las organizaciones de trabajadores y el otro los empleadores, también de cada país; la estructura orgánica de la OIT se complementa con un Consejo de Administración y una Oficina Internacional del Trabajo. La primera es la instancia decisoria de la Organización y tiene entre sus atribuciones, la facultad de emitir convenciones y recomendaciones, para cuya aprobación se requiere una votación de las dos terceras partes de los delegados presentes en la sesión respectiva. Sin embargo, para que su contenido se considere parte del orden jurídico interno de cada país miembro, se requiere su incorporación jurídica mediante el procedimiento que el derecho constitucional de cada miembro determine, en el caso de México, su celebración por el Presidente de la República y la ratificación de la Cámara de Senadores. Los aludidos instrumentos se han constituido en el sustento normativo más importante del derecho internacional del trabajo y en particular por lo que hace a las Convenciones o Convenios, éstos se identifican por un número progresivo y por una referencia temática indicadora de la materia de su contenido, habiéndose aprobado hasta ahora, un total de ciento ochenta y nueve convenios.

Es importante comentar que el 10 de mayo de 1944, la Conferencia General de la OIT congregada en la ciudad de Filadelfia, Pennsylvania, Estados Unidos de América, en su vigésima sexta reunión, adoptó la conocida como Declaración de Filadelfia, en la cual además de ratificar y precisar los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización, enfatiza de manera especial en considerar como su obligación solemne el fomento entre todas las naciones del mundo, de programas de pleno empleo, de elevación del nivel de vida, de formación profesional, de medios de traslado para trabajadores migratorios, de garantía a retribuciones justas y un salario mínimo vital, de reconocimiento a la negociación colectiva, de cooperación de emplea-

179 Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., pp. 26 y 27.



dores y trabajadores en materia de mejoramiento de la productividad y aplicación de medidas sociales y económicas, de extensión de medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos, de prestación de asistencia médica completa, de protección a la vida y la salud de los trabajadores, de protección a la infancia y a la maternidad, de suministro de alimentos, vivienda, medios recreativos y culturales, así como de igualdad de oportunidades educativas y profesionales.¹⁸⁰ Es oportuno destacar que en esta Declaración, la OIT amplió sus objetivos iniciales de manera importante, en aspectos inherentes a los principios y normas en materia de seguridad social.

Es pertinente comentar que México se incorporó a la Organización Internacional del Trabajo hasta el año de 1931. Por otra parte, en relación a los Convenios que la Organización que se comenta ha aprobado, México ha ratificado hasta ahora un total de setenta y nueve, de los cuales setenta y uno están en vigor y ocho han sido denunciados. De los ratificados, se incluyen siete de los ocho considerados desde 1998 como fundamentales, quedando pendiente entre estos últimos, el número 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; también ha ratificado México uno de cuatro de gobernanza y setenta y uno sobre ciento setenta y siete de carácter técnico. Es importante comentar que respecto de los denominados Convenios Fundamentales, existe la polémica respecto de si deben considerarse obligatorios aunque no hayan sido ratificados por un país determinado, o bien si esa circunstancia, la no ratificación, implica que no tengan esa calidad para el país respectivo.

La Organización Internacional del Trabajo ha clasificado los temas que han sido materia de los Convenios internacionales en veintidós categorías, la mayor parte de naturaleza esencialmente laboral. Sin embargo, se incluyen algunos temas de previsión y de seguridad social, entre los primeros destacan los relativos a la eliminación del trabajo infantil y protección de los niños y adolescentes, la política y promoción del empleo, la orientación y formación profesional, la seguridad y salud en el trabajo, la protección de la maternidad y la política social; en relación al segundo, se alude genéricamente a la seguridad social.

Los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo que se ocupan de temas de previsión social son más de cincuenta, un nú-

180 Felipe Remolina Roqueñi, *Declaraciones de derechos sociales*, op. cit., pp. 73-75.

mero considerable son relativos a la protección de los menores y de la maternidad, algunos más se refieren a los riesgos de trabajo, así como a las medidas de seguridad e higiene, siempre en el contexto de las relaciones de trabajo.

Por lo que se refiere a los Convenios de la OIT que se relacionan con cuestiones propiamente de seguridad social, encontramos quince, entre los que pueden mencionarse el 24 y el 25 que datan de 1927, que se ocupan del seguro de enfermedad en la industria y en la agricultura, correspondientemente; los Convenios 35 y 36 de 1933 se refieren al seguro de vejez en la industria y en la agricultura; el 37 y el 38 de 1933 propiamente se ocupan del seguro de invalidez en la industria y en la agricultura; el 39 y el 40, también de 1933, se refieren cada uno al seguro de muerte en la industria y en la agricultura; el Convenio 48 de 1935 se ocupa de la conservación de derechos de pensión de los migrantes; el 56 de 1936 se refiere al seguro de enfermedad de la gente del mar; de manera concerniente los Convenios 70 y 71 de 1946, sobre la seguridad social y sobre las pensiones de la gente del mar; desde luego el 102 que es el más importante de esta materia, que data de 1952, denominado sobre la seguridad social (norma mínima); el 157 que data de 1982 se ocupa de la conservación de los derechos en materia de seguridad social y; finalmente el 165 del año de 1987 sobre la seguridad social de la gente del mar, que revisó algunos anteriores sobre el mismo tema.

De los Convenios internacionales de la OIT mencionados en el párrafo anterior, México ha ratificado sólo dos: el 56 del año de 1936 sobre el seguro de enfermedad de la gente del mar, ratificado hasta el 1 de febrero de 1984 y el 102, sobre la seguridad social (norma mínima) del año de 1952 que fue ratificado por México el 12 de octubre de 1961 particularmente en sus partes II, III, V, VI, VIII, IX y X, ya que dicho Convenio así lo permite. No obstante que la mayoría de los Convenios de la OIT en materia de seguridad social no han sido ratificados por México, el hecho de que haya ratificado el 102 es trascendente porque es el más importante, ya que es de mayor amplitud al referirse prácticamente a todas las contingencias a las que están expuestos los sujetos de aseguramiento. Las partes ratificadas por México del Convenio que se comenta se refieren a la asistencia médica (Parte II), las prestaciones monetarias de enfermedad (Parte III), las prestaciones de vejez (Parte V), las prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (Parte VI), las prestaciones de maternidad (Parte VIII), las prestaciones de invalidez (Parte IX), así como las prestaciones de sobrevivientes (Parte X).



Las leyes mexicanas de seguridad social, la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Ley del ISSSTE) y la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (Ley del ISSFAM), se ocupan de las prestaciones antes reseñadas, dando cumplimiento a los parámetros mínimos establecidos. La omisión de mayor relevancia se refiere a la Parte IV, relativa a las prestaciones de desempleo, que siguen siendo un tema pendiente en la normatividad mexicana en esta materia.

VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011

La importancia y trascendencia de los ordenamientos internacionales se ha venido incrementado en los últimos años, en buena medida como consecuencia de diversos factores políticos, sociales y económicos, entre el que destaca el fenómeno de la llamada *globalización*, la cual propicia una creciente interacción de los diferentes países del mundo y genera la conveniencia de procurar la homologación de las normas jurídicas, en aras de intentar disminuir las desigualdades de índole económica y social e incluso situaciones de competencia desleal en el ámbito de las actividades productivas, frecuentemente, a costa de la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores de algunas regiones del mundo.

El avance de las tendencias humanistas durante el siglo XX, particularmente desde el fin de la primera guerra mundial que se formalizó mediante el Tratado de Versalles en cuya parte XIII se creó la Organización Internacional del Trabajo, hasta la última década de dicho siglo, cuando se suscitó la desintegración de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, lo que alteró el equilibrio entre las corrientes económicas contrapuestas del capitalismo liberal de libre mercado y el socialismo de economía planificada, permitió el desarrollo y la consolidación de los principios e instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social, plasmados muchos de ellos en las constituciones y leyes principalmente de Europa y de América Latina, así como en diversos instrumentos internacionales universales y regionales, también a través de los convenios y recomendaciones de la citada Organización Internacional del Trabajo, mismos que han sido comentados en este ensayo. El referido avance hu-



manista ha perdido impulso a partir de la mencionada última década del siglo XX, no obstante, lo cual y gracias a los ordenamientos internacionales antes aludidos, se ha logrado mantener la vigencia de las instituciones laborales y de seguridad social más importantes.

En este orden de ideas, la reforma constitucional mexicana de 10 de junio de 2011, resulta particularmente importante en la preservación de la vigencia de los referidos principios fundamentales. En efecto, en dicha reforma se modificaron varios preceptos constitucionales, resultando relevante para el tema materia de este ensayo hacer referencia al texto de los tres primeros párrafos del artículo 1o. en los que se establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Del texto antes citado, se desprenden básicamente los principios siguientes: en primer término se establece el derecho de todas las personas a gozar de los derechos humanos, no sólo los reconocidos en la propia Constitución, sino también los consignados en los tratados internacionales de los que Estado mexicano sea parte, con lo que se establece en materia de derechos humanos la misma jerarquía entre la Constitución y los ordenamientos internacionales ratificados por México; en segundo lugar se señala que la interpretación jurídica en materia de derechos humanos se regirá por el principio *pro persona*, el cual por cierto ha sido vigente en materia laboral en México desde la



versión original de la Ley Federal del Trabajo de 1970 y en el ámbito internacional en virtud de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 19 de la Constitución de la OIT; en tercer término, se establece que corresponde a todas las autoridades del país, la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. En este orden de ideas, estos principios aplicables respecto de los derechos humanos, en general, incluyen a los derechos humanos laborales y a los de seguridad social. En relación con los derechos humanos en materia de seguridad social, se comprenden los contenidos en la Constitución, básicamente en el texto del artículo 123, apartado A, fracción XXIX y apartado B, fracción XI, así como en los ordenamientos internacionales que han sido mencionados en este ensayo.

Respecto de la jerarquía normativa derivada de la reforma constitucional de 2011, Juan Silva Meza señala que el criterio según el cual los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución tienen la misma jerarquía que aquellos establecidos en tratados internacionales, fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, en la que además se sostuvo que los derechos humanos consagrados en la Constitución, pueden llegar a tener límites o restricciones y, en este sentido, se estará a lo que disponga el texto constitucional, así como también que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para las autoridades mexicanas, siempre que hacerlo resulte más benéfico para las personas.¹⁸¹

En otra oportunidad hemos propuesto considerar como idea general respecto de la seguridad social la siguiente:

[...] un conjunto de principios, de normas y de instituciones, que pretenden establecer, organizar y mantener mecanismos y sistemas de atención y de respuesta a los diversos estados de necesidad que enfrentan los miembros de la sociedad en general.¹⁸²

181 Juan N. Silva Meza, "Nuevos paradigmas de la interpretación constitucional y convencional en México", en La Constitución de 1917. *Reflexiones sobre la vigencia de principios, derechos e instituciones para la gobernabilidad democrática del siglo XXI*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Tomo I, 2017.

182 Porfirio Marquet Guerrero, *Los regímenes de seguridad social en México*. México, Editorial Porrúa, 2012, p. 47.



Partiendo de la idea antes expresada y considerando lo dispuesto por los textos constitucionales mencionados, en concordancia con lo establecido en los ordenamientos internacionales relativos a la seguridad social, también referidos en este ensayo, podemos afirmar que la seguridad social, en general, tiene la calidad de derecho humano y por tanto participa de los efectos antes mencionados inherentes a tales derechos. Sin embargo, como la idea genérica de la seguridad social puede resultar ambigua, resulta pertinente precisar en base a los textos constitucionales mexicanos, así como a los ordenamientos internacionales relativos a la materia, que los mecanismos y sistemas de atención y de respuesta específicamente están referidos a los estados de necesidad en materia de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de maternidad, de guarderías y de cualquier otro encaminado a la protección y el bienestar de los trabajadores, campesinos no asalariados y de otros sectores sociales y sus familiares, incluidos los trabajadores al servicio del Estado, en el entendido de que deben respetarse los parámetros mínimos particularmente establecidos en el antes citado Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la norma mínima de la seguridad social.

En este orden de ideas, también resultan aplicables a los derechos, prestaciones y servicios de seguridad social antes aludidos, los principios *pro persona*, así como las obligaciones que a cargo de todas las autoridades nacionales establece el tercer párrafo del Artículo 1o. constitucional, en el sentido de que deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluidos los aludidos en materia de seguridad social, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, para lo cual el Estado mexicano deberá prevenir, sancionar y reparar las violaciones a estos derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Todo lo antes expuesto nos permite afirmar que, al menos desde el punto de vista jurídico, los derechos básicos en materia de seguridad social en México, están a salvo de cualquier amenaza de supresión o disminución que pudieran surgir de los vaivenes inciertos de las circunstancias políticas de la actualidad y del futuro próximo, independientemente de que nuestro sistema jurídico en esta materia requiere de una revisión profunda que permita corregir sus actuales inconsistencias y evidentes deficiencias.



Tercera parte

Repercusiones prácticas en la seguridad social en México



Cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en México

Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos*
Comisionada del INAI**

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Diagnóstico. IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son indivisibles pero suelen hacerse clasificaciones por distintos motivos como puede ser en orden a su cumplimiento o por el área en que acaso puedan definirse para su mejor comprensión;¹⁸³ en ese contexto encontramos la distinción básica que se ha hecho entre los derechos civiles y

* Investigadora con licencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del SNI nivel III.

** Agradezco la importante colaboración para elaborar este artículo al Lic. José Alfonso Aparicio V. y al Mtro. Miguel Ángel Pastrana Gonzáles.

183 Cfr. María Patricia Kurczyn Villalobos, "Apuntes sobre derechos humanos en el ámbito laboral", en, María Patricia Kurczyn Villalobos, (coord.), *Derechos Humanos en el Trabajo y la Seguridad Social*. IJ-UNAM, 2014, pp. 67-96.



políticos, por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por otro, en relación a la actitud del Estado frente a ellos. En relación con los primeros, también catalogados para efectos pedagógicos como derechos humanos de primera generación, el Estado permanece sin actuar, sin dar y sin prestar, puesto que intervenir de una u otra forma implica —o implicaría— una injerencia en la vida democrática. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), éstos representan a los que pueden llamarse auténticos derechos prestacionales, que se pueden identificar por la obligación que asume el Estado para proveer o facilitar su realización. Con esta perspectiva, los derechos sociales se identifican con la obligación del Estado de hacer y proveer derechos básicos.

El Estado no interviene para la realización de los derechos civiles y políticos, lo cual no indica que se mantenga totalmente ajeno, pues finalmente da el soporte y procura el sustento legal para su consecución y sanción, si es el caso. Por ello hay tribunales civiles y electorales.

Ante esta perspectiva conviene traer la siguiente reflexión: “Esto significa que es necesario definir con mayor detalle no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer con la finalidad de lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también en materia de DESC”.¹⁸⁴ Por tanto, con base en el enfoque de los derechos sociales, el diseño, implementación, regulación, aplicación y evaluación de los programas y políticas relativas a los derechos humanos, de los mismos, deberán reflejar y respetar el contenido de las normas (nacionales e internacionales), y los principios que determina el artículo 1 constitucional: universalidad, interdependencia, indivisibilidad, igualdad. Así como el de no discriminación y la aplicación *pro homine*, mejor llamado *pro personae* y el de *pro debilis* que es fundamental en la atención de los grupos vulnerables, además de la participación social, entre otros.

Lo anterior, sin duda, nos permite considerar a los DESC como una categoría o clasificación importante dentro de los derechos humanos; mismos que

184 Eleonor Faur, (dir.), *Las políticas para disminución de la pobreza implementadas en la Argentina entre los años 2002 y 2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos*. Buenos Aires, UNESCO-CELS, 2006. Véase Roberto Gargarella, *et al.*, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Aldershot; 2006; y Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.



son materia del presente texto. Nuestro enfoque no sólo pretende describir estos derechos fundamentales, sino dotarles de una dimensión diagnóstica frente a la realidad mexicana. Ello obliga a advertir que de acuerdo exclusivamente a intereses académicos a los que me he referido en otros ensayos, el presente texto tiene un especial énfasis en los derechos sociales, sin menosprecio de la importancia de los DESC en su conjunto.

II. ANTECEDENTES

a) Mundiales

El desarrollo de los DESC evoluciona de conformidad con las necesidades de las sociedades como ocurre en las distintas ramas del derecho. Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos, en la historia universal, fue al término de la primera guerra mundial, al incluirse en la *Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado*, del 4 de enero de 1918, en el fervor de las ideas marxistas de la época y los valores propios de la revolución de ese país. Esto en oposición aparente a lo que se entendía por derechos humanos dentro de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* y la *Declaración Americana de la Independencia de Estados Unidos*.¹⁸⁵

Estas dos últimas declaraciones concebían a los derechos humanos desde un punto de vista individual: derechos civiles y políticos. En la declaración rusa se contemplan las reivindicaciones sociales y económicas de la clase trabajadora; que puede considerarse como el inicio de los hoy conocidos DESC, al prever temas como son los derechos al trabajo, salario digno, educación, derecho de asociación y de libertad sindical.

Para plantear esta idea de manera más adecuada, conviene vislumbrar el momento histórico y la lucha de la revolución rusa en medio de la explotación del obrero a raíz del desarrollo industrial; la cercanía con los problemas sociales que se vivían para finales del siglo XIX son circunstancias importantes. Sin embargo, constituciones como la mexicana de 1917, de la que se hablará más

185 Cfr. César Villan Durán, "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", en Pablo Elías González Monguí, (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Colombia, Universidad Libre, 2009, p. 9.



adelante y la de Weimar en 1919 consideradas como constituciones progresistas y de avanzada, con un fuerte espíritu social también reconocieron en sus textos los derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales.

Otro suceso histórico importante a considerar es la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del mismo año de 1919, de enorme relevancia y trascendencia a casi ya cien años, para la defensa de los derechos de los trabajadores, al plantear y buscar el reconocimiento y defensa de sus derechos como son los de asociación sindical, negociación colectiva de las condiciones de trabajo y el derecho de huelga. Igual debe tenerse en cuenta que la fuerza de la OIT la hace una institución longeva, persistente que, nacida a finales de la primera guerra mundial sobrevivió la segunda y aun resiste los avatares del fuerte capitalismo como igual sorteó la guerra fría aunque ahora deberá enfrentarse a otros grandes retos como es el cambio tecnológico y la cibernética que influyen, e influirán cada vez más, en las relaciones laborales y como un solo ejemplo sólo basta con recordar los cambios en la selección de empleados, su control de trabajo, la videovigilancia, la sustitución por *robots* y muchos temas más que tal vez aun no resaltan y que merecen la atención anticipada de la sociedad, de las legislaciones y especialmente de los defensores de los derechos humanos en general y los laborales en lo particular.

Como parte del proceso histórico, el desarrollo de los derechos sociales y económicos se vio limitado por las crisis económicas del siglo XX y los reclamos de diversos sectores de la población que buscaban la igualdad y correcta distribución de los recursos. Hoy pueden ser limitados por los temas a los que me refiero en el párrafo anterior.

Ahora bien, la segunda guerra mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, contribuyeron de igual forma al desarrollo de los DESC, pues en la Carta de las Naciones Unidas se establece el respeto a los derechos humanos y libertades, precisando además la no discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como la igualdad de derechos; además de reconocer la dignidad y el valor por el sólo hecho de ser personas.¹⁸⁶ Hoy la discriminación podría realizarse a través de la automatización de recolección de datos personales y laborales, de calificación competencial mediante computadoras y estrategias de selección de empleados mediante sistemas

186 Artículo 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

que por ahora no son convencionales pero que de imponerse la cibernética y el interés del capitalismo por sobre el de la cohesión social —por ejemplo—, podrían llegar a ser y emprender el camino a un nuevo mundo de las relaciones laborales cuyo futuro podría ser de pronóstico reservado.

Pero habrá que insistir en los antecedentes sobre el reconocimiento y protección de los derechos; en ese trayecto está la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* que reconoce el derecho de las personas a un nivel de vida adecuado, a la salud, el bienestar, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales, así como a la seguridad social.¹⁸⁷ En su artículo 26 se reconoce el derecho a la educación, y en el numeral 27 los derechos culturales.

Posterior a la segunda guerra mundial, en medio de la guerra fría y la división de los países por sus respectivos modelos económicos, comenzó la constitucionalización de los derechos humanos, principalmente en Europa, sin embargo, existía una división en el marco internacional, en la priorización entre los derechos civiles y políticos y los DESC.

El instrumento jurídico a nivel internacional lo representa el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor diez años después, es decir hasta 1976. Y a propósito de la división provocada por la guerra fría, de la que se habló anteriormente, ésta también se vio reflejada en el *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*, frente al PIDESC; en el primero se dotó de mecanismos de control específicos, sin reconocer expresamente la justiciabilidad de los derechos ante los tribunales internacionales, en una clara distinción o discriminación hacia los DESC.¹⁸⁸

En medio de la guerra fría, hay ejemplos de constituciones como la española, que a pesar de que había optado por el bloque capitalista, su constitución de 1978 incluyó los DESC, de conformidad con los valores del liberalismo y el socialismo.¹⁸⁹ Pero fue hasta la caída del muro de Berlín, que marcó el fin de la guerra fría, que se comenzaron a tener avances a nivel mundial en el re-

187 Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

188 Cesar Villan Durán, "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", en Pablo Elías González Mongui, (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Colombia, Universidad Libre, 2009, p. 16.

189 *Ibid.*, p. 11.



conocimiento de tales derechos, por ello en la década de los 90 se realizaron conferencias mundiales sobre desarrollo económico.

Existen diversos instrumentos normativos a nivel internacional que contribuyen al desarrollo de los DESC, en los que se abordan temas de discriminación racial, equidad de género, derechos de los menores, de los discapacitados y trabajadores. Destacan la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*; la *Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*; la *Convención sobre los Derechos del Niño*, y los *Derechos de los Trabajadores Migratorios* entre otros.

No obstante, lo anterior, resulta importante analizar el PIDESC, al ser el marco rector en la materia y que como es sabido, es un tratado internacional de cumplimiento obligatorio cuyo primer artículo establece la libre determinación de los pueblos para establecer libremente su condición política y proveer el desarrollo económico, social y cultural, así como que los pueblos pueden disponer de sus recursos y promoverse el ejercicio del derecho de libre determinación.

De igual forma se establece la no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social.¹⁹⁰

En el PIDESC se reconoce en el artículo 6o.: el derecho al trabajo y los mecanismos que deberán ejercer los estados miembros, el derecho de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, como es una remuneración adecuada, un salario igual a trabajo igual, seguridad e higiene en el trabajo, el descanso y los derechos de ascenso y promoción (artículo 7o.); también se reconocen derechos colectivos, libertad sindical y el derecho de huelga (artículo 8o.); el derecho a la seguridad social (artículo 9o.); protección a la familia, tanto al matrimonio como el derecho a la asistencia y más amplia protección (artículo 10); dentro de los derechos reconocidos para las personas y sus familias se incluyen alimento, vestido y vivienda adecuada, así como una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11); reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12); derecho a la educación, y las características de esta (artículo 13), la gratuidad de la enseñanza básica (artículo 14); y por el reconocimiento de los derechos culturales, el progreso científico, las medidas que deben

190 Artículo 2o. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

adoptar los estados partes para asegurar el pleno ejercicio de este derecho (artículo 15).

Por último, la existencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales permite un comité de expertos independientes encargado de supervisar el PIDESC por parte de los estados miembros, siendo un organismo de los denominados “Órganos de los Tratados”, que está conformado por dieciocho expertos independientes, establecido en 1985 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Dentro de las funciones de este Comité se encuentran:¹⁹¹

- Asesorar al Consejo Económico y Social;
- Evaluar el cumplimiento de las obligaciones descritas en el Pacto;
- Mantener comunicación con la Comisión de Derechos Humanos, para incluir los temas de los DESC;
- Instar organizaciones intergubernamentales internacionales dedicadas a la realización de los DESC a adoptar medidas para fomentar la aplicación del Pacto,
- Interpretar las disposiciones del PIDESC.

Como se aprecia, el desarrollo de los DESC a nivel mundial ha sido importante; sin embargo, todavía hay un largo camino por recorrer en la búsqueda de la progresividad de estos derechos a nivel doméstico o interno en cada Estado.

b) México

Es relevante observar que muy claramente desde la Constitución mexicana de 1917 se reconocieron derechos no sólo civiles y políticos, sino que se inauguró el constitucionalismo social. No obstante, como Gutiérrez Rivas ha afirmado, “No puede olvidarse que la noción de garantía individual [que data desde 1857, y que perduró en la Constitución de 1917] fue la fórmula conceptual a partir de la cual se construyó la distinción entre distintos tipos de derechos.

191 María del Pilar Suárez Sebastián, “Aspectos Fundamentales de los DESC”, en Pablo Elías González Mongui, (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Colombia, Universidad Libre, 2009, pp. 68 y 69.



De un lado, las garantías individuales como sinónimo de los derechos (civiles) de primera generación, cuyas violaciones podían reclamarse a través del amparo; del otro, los DESCAs como derechos de naturaleza distinta con carácter sólo programático, prestacionales, colectivos y por todo ello no justiciables. Por tanto, una parte importante de los mitos relativos a la naturaleza diferenciada entre ambos grupos de derechos encontraron en la noción de garantías (individuales) la mejor base de apoyo para dejar fuera de la protección judicial a los DESCAs”.¹⁹²

Recuérdese que la reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos, acontecida en el año 2011,¹⁹³ transformó la noción de “garantías individuales” por la del reconocimiento de los “derechos humanos”, sin abandonar el garantismo, lo que sin duda permite una visión más incluyente de los derechos, tanto de los civiles y políticos como de los económicos, sociales, culturales y ambientales, igualmente justiciables. Igual es importante destacar que como producto de la reforma referida, los términos del nuevo artículo 1o. constitucional ordenan un cambio en la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos, las cuales se interpretarán de conformidad con la misma norma constitucional y con los tratados internacionales con la aplicación de la disposición que más favorezca a la persona, es decir con la aplicación del principio *pro persona* y que en materia laboral se ha conocido como *in dubio pro operario* como se concibió desde el derecho romano y en vigor en la legislación reglamentaria del artículo 123 constitucional, norma y principio con que se beneficia en todo tiempo a los trabajadores (hoy también agregamos a las trabajadoras) con una protección más amplia.¹⁹⁴

También es destacable el artículo constitucional 102-B, cuya reforma amplió las atribuciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), organismo autónomo, para conocer de quejas en contra de actos u

192 Rodrigo Gutiérrez Rivas, “De los derechos sociales como derechos programáticos a los DESCAs como derechos humanos”, en Luis René Guerrero Galván, y Carlos María Pelayo Moller, (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, IJ-UNAM, 2016. Se recuerda que algunos autores agregan los derechos ambientales a DESC.

193 *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio del 2011.

194 La Ley Federal del Trabajo (LFT) desde 1970 incluyó en su normatividad dicho principio en su artículo 6o., hoy llevado al rango constitucional.

omisiones de naturaleza administrativa en el ámbito laboral, antes excluido, al igual que los asuntos electorales y jurisdiccionales.¹⁹⁵

La misma disposición establece la autonomía de las comisiones estatales de los derechos humanos y se faculta a la CNDH para investigar hechos graves en contra de los derechos humanos, función antes reservada para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cual incluye asuntos graves en materia de trabajo en los que se violen los derechos laborales, como podría ocurrir ante el cierre intempestivo de empresas sin haber seguido los lineamientos legales y desconocer los derechos de los trabajadores en lo individual o en su condición de miembros de alguna organización sindical debidamente registrada.

La extensión competencial en materia de trabajo refuerza los derechos laborales al tratarse de una ratificación de derechos individuales y sociales que hasta la fecha de la reforma se garantizaban de manera determinada y precisa por la constitución en los artículos 5o. y 123 y que ahora implica, además de una defensa específica de los derechos humanos laborales consignados en el derecho nacional, la protección directa de los que contienen los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado mexicano en los términos del artículo 133 de esa misma ley suprema.

En ese sentido, los derechos establecidos en documentos internacionales generales sobre derechos humanos, así como los específicos, entre los cuales se pueden citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los convenios de la OIT y la CEDAW, respectivamente, si bien ya formaban parte del derecho positivo nacional, su jerarquía se condicionaba a la supremacía constitucional, una dimensión que se transforma tras un largo y profundo debate.¹⁹⁶ Con esta modificación, el Estado asume su responsabilidad para promover, respetar y garantizar los derechos humanos y los DESC como parte de una categoría de los mismos.

195 Artículo 102-B. *El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.*

196 Para mayor profundización sobre el tema, *cfr.* Contradicción de Tesis 293/2011.



III. DIAGNÓSTICO

a) Cifras

El caso mexicano, expuesto desde los datos duros es poco esperanzador pues los avances en materia de DESC no se avizoran como favorables en tanto que la desigualdad, la pobreza y la marginación han ido en aumento. A continuación se analizan algunos de los aspectos más importantes en cuanto al desarrollo de estos derechos, datos relacionados con la población, pobreza, vivienda, educación, desigualdad y marginación, tomando en consideración la información más actual de cada uno de los temas.

Se toman como base los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (en adelante INEGI), las del Consejo Nacional de Evaluación de la Política (en adelante CONEVAL), y también el estudio realizado por OXFAM (Oxford para el Alivio de la Hambruna).¹⁹⁷ Lo anterior bajo siete dimensiones que nos permitan ver el estado del arte de los DESC: 1. Población; 2. Pobreza; 3. Desigualdad; 4. Vivienda; 5. Educación; 6. Salud y Seguridad Social, y 7. Trabajo.

México es la decimocuarta economía del mundo, pero con un dato que parece increíble toda vez que tiene una población de más de 50 millones de pobres, y en contraste existen 16 multimillonarios en el país, entre los cuales se colocan entre las personas más adineradas en el mundo. En el 2014, la fortuna de estos últimos representaba el 9% del Producto Interno Bruto. Además, el 10% de los más ricos de México concentran el 64% del total de la riqueza del país.¹⁹⁸

1. Población: Un buen punto de partida de las presentes reflexiones lo son los números relacionados con la población mexicana, y el anuario estadístico y geográfico de los Estados Unidos Mexicanos 2017 del INEGI,¹⁹⁹ resulta de mucha utilidad para ello:

197 *Oxford Committee for Famine Relief.*

198 Gerardo Esquivel Hernández, *Desigualdad extrema en México.* México, Oxfam, junio, 2015, pp 4-6. Disponible en: https://www.oxfamMexico.org/sites/default/files/desigualdadextrema_informe.pdf

199 Disponible en: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/aegef_2017/702825097929.pdf

Las cifras oficiales del año 2015, establecen una población total de 119'530,753; de las cuales 61'474,620 son mujeres y 58'056,133 hombres; siendo la entidad federativa más poblada el Estado de México.

En el país 6'695,228 hablan alguna lengua indígena, de los cuales casi un millón no habla español; este factor podría implicar discriminación. La esperanza de vida en nuestro país en el 2016 era de 75.3 años de edad, dato que se considera relevante por su íntima relación con derechos como la protección a la salud, la seguridad social, la alimentación, prestaciones sociales, ingreso *per cápita*, vivienda, salubridad e higiene.²⁰⁰

2. Pobreza: El INEGI conforme a cifras del 2016 estima que en México existían 53,418.2 millones de personas, lo que representaba el 43.6% de la población en México; de estos, 44,042.6 millones se encontraban en pobreza moderada y 9,375.6 millones en pobreza extrema.

Resultan contrastantes con el informe del INEGI, las cifras aportadas por el CONEVAL sobre Desarrollo Social, de conformidad con las cifras aportadas en 2014.²⁰¹ Para este estudio se consideraron dos aspectos: las líneas de bienestar (que se divide en línea de bienestar económico y línea de bienestar mínimo) y el índice de privación social, el cual consiste en seis factores: rezago educativo (1); acceso a los servicios de salud (2); acceso a la seguridad social (3); calidad y espacios de la vivienda (4); acceso a los servicios básicos de la vivienda (5), y acceso a la alimentación (6); de conformidad con la detección de las características de las personas que se encuentran o no en estas situaciones, se determinan cuatro niveles, entre los que encontramos los siguientes:

Nivel I. Para entender que es la pobreza extrema se consideran tres o más carencias del índice de privación social además de no alcanzar la línea de bienestar mínimos; es decir, sus ingresos no le permiten adquirir la canasta básica alimentaria que consiste en el conjunto de alimentos necesarios para la subsistencia de una persona. En diciembre de 2014 el costo de la canasta básica alimentaria en zonas rurales era de \$914.89 y en zonas urbanas de \$1,291.93 por persona, en 2014 las cifras de personas que se encontraban en esta situa-

200 Jorge Carpizo, "Los Derechos de la Justicia Social: Su cumplimiento", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 16. México, enero-junio de 2013, p. 5.

201 Informe de Pobreza en México 2014, CONEVAL. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Informes-Publicaciones/Documents/Informe-pobreza-Mexico-2014.pdf>



ción eran de 11.4 millones de personas. Actualmente, el monto de dicha canasta en las zonas rurales es de \$1,054.66 y en las zonas urbanas de \$1,482.82.

Dentro de este nivel también se comprende aquella población que se encuentra en la denominada pobreza moderada, es decir que rebasa el ingreso de la línea de bienestar mínimo, pero no supera la línea de bienestar económico, la cual en zonas rurales fue de \$1,687.02 para diciembre de 2014 y de \$1,928.67 para marzo de 2018, en tanto que para las zonas urbanas fue, para esas mismas fechas, de \$2,636.85 y \$2,985.48 respectivamente. Resulta importante resaltar estos montos ya que el salario mínimo general vigente mensual en México es de \$2,686.14, cantidad que actualmente no es suficiente en zonas urbanas para rebasar la línea de bienestar económico; por lo tanto, aquellas personas que ganan el salario mínimo se encuentran en situación de pobreza moderada; es decir, 43.9 millones de personas.²⁰²

Nivel II. La población vulnerable por carencia social asciende a 31.5 millones de personas, esto es, que cuentan ingresos que superan la línea de bienestar económica y pueden acceder a la canasta básica alimentaria y no alimentaria; sin embargo, presentan alguna carencia social, siendo la más frecuente el acceso a la seguridad social.

Nivel III. La población vulnerable por ingresos asciende a 8.5 millones de personas, que a pesar de no tener carencias de las contempladas en el índice de privación social, los ingresos que obtienen no son suficientes para superar la línea de bienestar económico; por lo tanto, sus ingresos alcanzan para la canasta básica alimentaria pero no para la *no alimentaria* que se compone de los siguientes elementos: transporte público, limpieza y cuidados de la casa, cuidados personales, educación y cultura, prendas de vestir, cuidados de salud, enseres domésticos y mantenimiento de vivienda, entre otros.

Nivel IV. En este último nivel se encuentran 24.6 millones de personas, las cuales se califican como población no pobre y no vulnerable, toda vez que sus ingresos son superiores a la línea de bienestar económico y además cuentan con educación, servicios de salud, seguridad social, calidad y espacios suficientes de vivienda, acceso a servicios básicos (agua, luz, drenaje) y acceso a la alimentación.

202 *Ibid.*, pp. 32 y 33.

La disparidad que se refleja en las cifras del INEGI y el CONEVAL puede obedecer a que la primera únicamente considera en pobreza a la población que se encuentra en situación de pobreza moderada y extrema. Sin embargo, en cualquier cifra que se refiera, el número es alarmante.

3. Desigualdad: Tomando como base los niveles de pobreza, analizamos la desigualdad que existe en cuanto a las categorías citadas. Conforme a éstas, si consideramos la población del nivel I y III, los ingresos de más de 63 millones de personas no rebasaban \$2,636.85 diarios, necesarios para poder adquirir la canasta básica alimentaria y no alimentaria. Es decir, más de la mitad de la población en nuestro país se encuentra en esta situación y solamente 20.51% de la población no tiene carencia alguna; sólo una de cada cinco personas tiene un nivel digno de vida, los demás son vulnerables.

Otro de los datos preocupantes es la desigualdad que se vive en el país, incluso a nivel geográfico, pues más de la mitad de la población en pobreza se encuentra en el sur-sureste del país, y únicamente 17.75% de la población en pobreza se encuentra en el norte del país.

De acuerdo con las cifras del CONEVAL, en cuanto a los sectores de la población en situación de pobreza, se advierte que siete de cada diez indígenas forman parte de la población en pobreza y que incluso de 2010 a 2014 aumentó de 8.2 a 8.7 millones de personas.

En cuanto a la desigualdad y los efectos de la pobreza, existen las siguientes aseveraciones limitantes: durante la infancia se determina el desarrollo físico, intelectual y social; en los adultos reduce las oportunidades de desarrollo y condiciones de vida y en los adultos mayores marca su dependencia económica y su bienestar a la falta de una pensión.²⁰³ Para estos tres grupos poblacionales las cifras son las siguientes: menores de 18 años, 11.5% viven en pobreza extrema y 42.3% en pobreza moderada arrojando un total de 21.4 millones de personas pobres; por su parte, los adultos 8.6% y 33.3% están en situación de pobreza extrema y moderada respectivamente, haciendo un total de 29.8 millones de personas; por último, 4.2 millones de personas adultas mayores son pobres lo que hace que 8.5% y 37.4% de este grupo población estén en situación de pobreza extrema y pobreza moderada.

203 *Ibid.*, p. 66.



En cuanto a las personas con discapacidad, 4.1 millones de personas se encuentra en situación de pobreza; es decir, casi el 8% del total de los pobres en el país. En cuanto a pobreza por sexo, el mayor número corresponde a mujeres que alcanza a 28.5 millones frente a 26.8 millones de hombres.

Otro tema preocupante es el salario obtenido por la población ocupada, pues de los 52'198,611 millones de personas, aquellas que reciben un salario inferior a los tres salarios mínimos, es decir, menos de \$250 pesos diarios o, que, en su caso, no reciben remuneración alguna, la cifra llega a 35'962,545 de personas de ese sector, lo que equivale a 69%.²⁰⁴ Quiere decir que todas las brechas de desigualdad que hemos observado tienen un alto índice alarmante.

4. Vivienda. Respecto a la vivienda habitada, en el censo correspondiente a 2015 se reporta un total de 31'924,863²⁰⁵ de viviendas particulares habitadas, de las cuales 5.4% de los hogares no cuenta con agua potable entubada; es decir, 1'723,942 de hogares tienen que obtener el agua por acarreo u otros medios; en cuanto a materia de energía eléctrica ha habido un avance en los hogares, pues en la actualidad más del 98.7% cuenta con el servicio en sus hogares.

Por otra parte, del anuario estadístico se cuenta con información de que, durante el año 2016, como parte de los programas gubernamentales se otorgaron 1'132,232 financiamientos para adquisición de viviendas o mejoramiento de estas.

El CONEVAL señala que en materia de vivienda han existido algunos avances, pues del año 2012 al 2014, se redujo el hacinamiento de 13.6 a 12.3 por ciento.

5. Educación. La población de 15 años y más en nuestro país, en el año 2015 alcanzaba los 86'692,424 personas; en condiciones de analfabetismo se reporta un porcentaje de 5.5% de ese total que representa 4'768,083 personas, cifra que supera a la población total de entidades federativas como Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chihuahua, Durango, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamauli-

204 Anuario Estadístico y Geográfico de los Estados Unidos Mexicanos 2017, del INEGI, Cuadro, Cuadro 8.4.

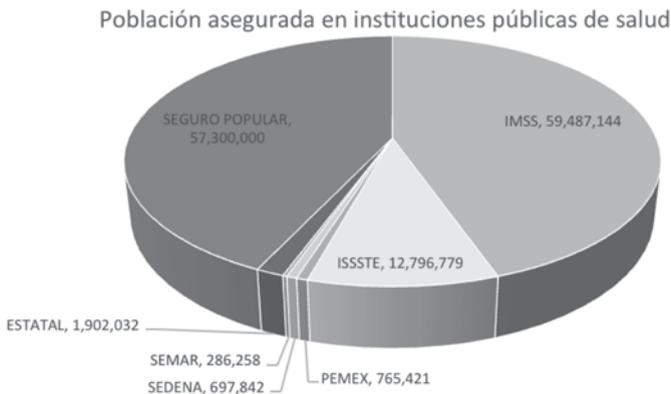
205 *Ibid.*, Cuadro 3.2.

pas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas; es decir, más de la mitad de las entidades federativas.

De las anteriores cifras, encontramos que, de las personas alfabetizadas, el mayor porcentaje corresponde a mujeres, lo que concuerda con la proporcionalidad de población existente, toda vez que la población femenina supera a la masculina en el país.

Atendiendo a este mismo grupo de población de 15 y más años de edad, en cuanto a nivel de escolaridad, se dan los siguientes datos:²⁰⁶ 5'028,160 personas no cuentan con estudios; 46'380,446 han cursado únicamente la educación básica; en cuanto a quienes cuentan con estudios hasta educación media superior la cifra llega a un total de 18'812,256 personas, y aquí debe recordarse que la educación obligatoria abarca hasta la secundaria, lo cual demuestra un déficit importante en el derecho a la educación; por cuanto a la cifra de personas que cuentan con estudios de educación superior, ésta asciende a 15'604,636.

6. Salud y Seguridad Social. De conformidad con los datos reportados por las principales instituciones en el país, en materia de salud e instituciones de seguridad social, a nivel federal y estatal, encontramos las siguientes cifras para el año 2014:



Fuente: Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social 2009 y 2014, elaboración propia.

206 *Ibid.*, Cuadro 4.12.



Se observa que esta cifra no coincide con la población total en el país, pues arroja un total de 133'235,267 asegurados; lo cual puede obedecer a que una persona se encuentre asegurada en más de una institución pública de salud. Por lo que resulta difícil determinar cuántas personas se encuentran en este supuesto y por ende quiénes no cuentan con acceso a la salud pública.

Por lo que hace a la población en el país que se encuentra afiliada a una institución pública de salud, tenemos que asciende a un total de 82.2%, lo que indica que más de veinte millones de personas no cuentan con acceso a atención de la salud.²⁰⁷

Para la medición de la pobreza y el índice de privación social, la carencia que representa un mayor porcentaje de la población lo es la seguridad social; además, lo anterior impacta a los adultos mayores pues no alcanzan a gozar de una pensión, lo que genera consecuencias negativas principalmente en Chiapas, Guerrero y Oaxaca, aunque se reporta que el Estado de México es la entidad con mayor población sin acceso a la seguridad social con un total de diez millones de personas.²⁰⁸

7. Trabajo. Por lo que hace al tema del trabajo, uno de los parámetros para medir este factor es la Población Económicamente Activa (PEA) y la Población No Económicamente Activa (PNEA). De la primera de ellas, el Glosario de Conceptos del INEGI establece que son las personas que durante el periodo de referencia realizaron una actividad económica (población ocupada) o que buscaron activamente realizar una en algún momento del periodo en que se recopila la información (población desocupada). La PNEA contempla a las personas que no tuvieron ninguna actividad ni buscaron tenerla.

Tomando nuevamente el parámetro de edad de 15 años o más, para el año 2017 existía una población de 91'119,098 personas, de las cuales la PEA incluye a 54'068,791 personas; de ellas, 52'198,611 son laboralmente activas y el resto busca un empleo o trabajo. Por lo que hace a la PNEA, hay un total de 37'050,307 personas, de las cuales 5'802,113 se encuentran disponibles para laborar y el resto está en el supuesto de no disponibles.

207 Datos Derechohabiciencia, INEGI. Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/derechohabiciencia/>

208 Informe de Pobreza en México 2014, CONEVAL. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Informes-Publicaciones/Documents/Informe-pobreza-Mexico-2014.pdf>.



El total de la población ocupada (52'198,611),²⁰⁹ son mujeres 19'868,078 y 32'330,533 hombres. El sector económico en el que más personas laboran es el sector terciario, con un total de 31'869,432; cabe resaltar que, en proporción, por cada mujer que se dedica al sector primario, aproximadamente ocho hombres lo hacen; en el sector secundario la proporción es casi de tres hombres a una mujer; y en el sector terciario, la proporción es casi similar, en tanto que se reportan 15'608,078 mujeres trabajando en este sector y 16'261,354 hombres.

En cuanto a las actividades, otro dato que llama la atención es la cifra de los empleadores, pues en este rubro por cada mujer hay cuatro hombres. Es decir, de un total de 2'401,367 empleadores, 1'911,330 son hombres y únicamente 490,037 son mujeres. Lamentablemente en cuanto a los trabajos no remunerados la cifra de mujeres en esta condición es mayor, pues un total de 1'379,052 no reciben remuneración por su trabajo, en tanto que en los hombres esta cifra llega a 1'107,096 de personas.²¹⁰

Respecto de las diferencias salariales en actividades industriales, encontramos que las mujeres ganan 30% menos que los hombres, y en las actividades como comerciantes, profesionales o funcionarios, la brecha salarial se encuentra entre un 17 y 10 por ciento.

Las cifras que se exponen nos muestran las marcadas diferencias entre grupos sociales y los niveles de pobreza, incluida la diferencia que marca a las mujeres. Los datos descubren la verdadera situación que atraviesa el país y permite la identificación de aquellos factores que deben ser puntos o factores a combatirse y/o mejorar las políticas públicas correspondientes.

Programas sociales y políticas públicas. Las políticas públicas son definidas como las acciones emprendidas por el gobierno que funcionan como paliativo y medio de combate estratégico para aliviar los problemas nacionales; se trata de la gobernanza que debe diseñarse estratégicamente. Mediante las políticas públicas se estudian y analizan los problemas públicos para marcar los programas que resuelvan la problemática y atiendan las necesidades de la sociedad en su conjunto, con una clara precisión hacia los derechos humanos

209 *Ibid.*, Cuadro 8.2.

210 *Ibid.*, Cuadro 8.3.



por los que el Estado debe velar por su cumplimiento; todo ello hace una clara distinción entre lo público y lo privado.²¹¹

En los tres niveles de gobierno existen políticas públicas que incluyen programas sociales y asistenciales, los cuales surgen de acuerdo con requerimientos específicos de la población y supuestamente debieran buscar el impulso del desarrollo social y humano de los mexicanos, así como facilitar la realización de acciones y metas orientadas a la resolución de dichos proyectos.²¹²

En México, como eje rector en cuanto a políticas públicas a nivel federal, está el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 (PND), principal mecanismo de planeación para la Administración Pública Federal, en el que se establecen las acciones específicas para alcanzar metas planteadas en los proyectos, que permite la medición de los avances. En este PND, existen cuatro grupos de programas generales que se clasifican como sectoriales, institucionales, especiales y regionales, además de los presupuestarios.

Una de las instituciones que mayor participación tiene en este tema, es precisamente la Secretaría de Desarrollo Social, la cual, entre sus objetivos,²¹³ relacionados con los programas sociales (incluidos los asistenciales), se encuentran:

- Diseñar y conducir la política de desarrollo social para que los programas y acciones que combatan la pobreza y operen dentro de un marco legal que permita la transparencia, la rendición de cuentas y la evaluación de resultados.
- Desarrollo y ejecución de programas y acciones de atención a la pobreza, vulnerabilidad y exclusión social que permitan a los sectores desprotegidos el cumplimiento efectivo de sus derechos sociales, a través de sus políticas diferenciadas.

211 Giovanna Valenti Nigrini y Ulises Flores Llanos, *Ciencias sociales y políticas públicas*, Revista Mexicana de Sociología. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032009000500007, fecha de consulta: 12 de abril de 2018.

212 Lineamientos Generales que Establecen los Criterios para el Cumplimiento de las Obligaciones de Transparencia y Acceso a la Información a Cargo de las Personas Físicas y Morales que Reciban y Ejercen Recursos Públicos o Realicen Actos de Autoridad.

213 ¿Qué hacemos? Secretaría de Desarrollo Social. Disponible en: <https://www.gob.mx/sedesol/que-hacemos>



- Generar una sociedad incluyente, igualitaria, solidaria e involucrada en los procesos de planeación, ejecución y vigilancia de las políticas y acciones de desarrollo social.
- Fomentar bienestar económico mediante la implementación y coordinación de estrategias, que permitan generar mejores ingresos para superar condiciones de pobreza y marginación.

Es importante precisar, que además de las políticas públicas y los programas sociales de la Secretaría de Desarrollo Social, existen otros programas como da cuenta el catálogo de programas sociales del gobierno federal las entidades federativas que contempla los siguientes:

Adultos mayores	Artesanos
Asuntos indígenas	Banca social
Beneficencia pública	Capacitación
DIF	DICONSA
Empleo temporal	Estancias infantiles
Jóvenes	LICONSA
Migrantes	Mujeres
Programa para el desarrollo de zonas prioritarias	PROSPERA

Uno de los programas sociales más importantes del país lo es el Programa de Inclusión Social (PROSPERA),²¹⁴ el cual coordina los programas y acciones sociales, incluyendo aquellas relacionadas con el fomento productivo, bienestar económico, inclusión financiera y laboral, educación, alimentación y salud, que se dirige a la población en situación de pobreza.

214 Conoce todo sobre PROSPERA. Disponible en: <https://www.gob.mx/sedesol/articulos/conoce-todo-sobre-prospera>.



Este programa de cobertura nacional, atiende a la población en situación de pobreza. Las dependencias que intervienen de conformidad con las Reglas de Operación del programa son establecidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), Secretaría de Educación Pública (SEP), Secretaría de Salud (SSA) y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Sin embargo, para la operación de este programa el presupuesto que se asigna sólo corresponde a tres secretarías: SEDESOL, SEP y SSA y su operación se desarrolla por un organismo desconcentrado de la SEDESOL, denominado Coordinación Nacional de PROSPERA. Cabe hacer mención que parte integrante de su Comité Técnico cuenta con un delegado de la Secretaría de la Función Pública, encargado de vigilar las actividades de los servidores públicos federales y auditar gastos de recursos públicos.

Ahora bien, resulta importante para el ejercicio de transparencia y rendición de cuentas de los programas, la reforma al artículo 6o. constitucional en 2014, que incluyó la obligatoriedad de rendir cuentas a las personas físicas y morales que reciban recursos públicos o que ejerzan actos de autoridad.

El reciente Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) creado para sustituir al Instituto Federal del mismo nombre, conforme a lo dispuesto por la legislación reglamentaria, se complementa con lineamientos elaborados por la propia institución, entre los cuales está el que aprobó el *Padrón de Personas Físicas y Morales a las que se Otorgaron Recursos Públicos o en Términos de las Disposiciones Aplicables, se Facultaron para Realizar Actos de Autoridad durante el ejercicio fiscal dos mil dieciséis y enero de dos mil diecisiete*,²¹⁵ que se integra con la información proporcionada por todos los sujetos obligados del ámbito federal. El resultado que se aportó refiere que más de 10'000,000 de personas fueron incluidas en los padrones de beneficiarios de las siguientes entidades gubernamentales: el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; Coordinación Nacional de PROSPERA, Programa de Inclusión Social; Secretaría de Desarrollo Social; Secretaría de Comunicaciones y Transportes; y, Fideicomiso Fondo

215 ACUERDO mediante el cual se aprueba el padrón de personas físicas y morales a las que se otorgaron recursos públicos o en términos de las disposiciones aplicables, se facultaron para realizar actos de autoridad durante el ejercicio fiscal dos mil dieciséis y enero de dos mil diecisiete, en el que se determina la forma en que deberán cumplir con sus obligaciones de transparencia y acceso a la información, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 2017. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5509647&fecha=28/12/2017

Nacional de Habitaciones Populares. De estos diez millones reportados, siete corresponden a beneficiarios de diversos programas sociales.

b) Justiciabilidad de los DESC

La justicia es un bien escaso hoy en día,²¹⁶ sobre todo en algunas naciones, como lo prueban los altos índices de pobreza en distintas regiones del mundo que conlleva a la debilidad de la cohesión social, como bien lo expresara Jorge Carpizo con números explosivos, que si bien corresponden a algunos años atrás, pueden estar vigentes.²¹⁷ Esta fotografía de la realidad como la califica el autor en alguna parte del artículo referido en la cita correspondiente fundamenta que la justicia es un valor difícil de descubrir y más de concretar; tal vez por ello se le apliquen apellidos, como el de justicia social, un término que suele mantenerse vinculado con la equidad, a la cual igualmente se le califica como equidad social. Aunque acaso ambas sean expresiones resultantes de una carga socialista que se desarrollara formalmente al correr del siglo XIX como respuesta a los acontecimientos y al despertar social del momento, hoy son admitidas no sólo como expresiones gramaticales sino como conceptos, políticas y tendencias con una carga filosófica de importante medida, además de contar con regulaciones *ad hoc* para su realización;²¹⁸ así, hoy también puede afirmarse que la justicia se ha vuelto principio y fin de derecho.

En función de que justicia y equidad no son términos de cuño moderno, sus conceptos han evolucionado; bastaría con advertirlo de manera simple a través de los siglos con las nociones y afirmaciones construidas, o mejor reconstruidas, durante el siglo XX; baste para ello considerar que el término *latin ius*, en su origen, no significa derecho sino justo, en tanto que derecho proviene de *directum*, cuyo contenido es moral, es lo recto y adecuado.²¹⁹ Igual pue-

216 Tal como lo he sostenido en otros textos, bajo las mismas razones que aquí expongo. Cfr. María Patricia Kurczyn Villalobos, "Apuntes sobre derechos humanos en el ámbito laboral", *op. cit.*, pp. 72 y 73.

217 Jorge Carpizo, "Los derechos de la justicia social", *op. cit.*, pp. 3-30.

218 En algunos sistemas jurídicos funcionan tribunales especializados para las causas relacionadas con derechos sociales, por justicia social; en algunos países se les llaman juzgados sociales, tal es el caso de España, en tanto que en otros, como el mexicano, son tribunales especiales denominados juntas de Conciliación y Arbitraje o tribunales agrarios.

219 F. Carpintero, *et al.*, El derecho subjetivo en su historia. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 20, citado por José Luis Soberanes, Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos. México, UNAM-CNDH, 2009, p. 10.



de considerarse respecto de equidad, sobre la cual dice José Luis Soberanes que fue un concepto clave en el derecho medieval, definida por uno de los primeros glosadores como: “[...] la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar [...]”.²²⁰

En las primeras décadas del siglo XIX, las referencias a justicia y a equidad no contemplaban más calificación que la de justicia natural, como ocurre en la encíclica *Rerum Novarum* al tratar sobre el señalamiento del justo salario entre el patrón y el trabajador —que puede hasta contentarse con un modesto salario—. Y sin mencionar más, recuérdese que el principalísimo entre todos los deberes de los amos se consigna en el dar a cada uno lo que se merezca en justicia. En cuanto a la referencia a la propiedad, la Encíclica citada se refiere a una repartición de los bienes ciertamente más conforme a la equidad. La Carta Papal no tiene conceptos estructurados y no se refiere en ningún caso a justicia social o a equidad social, sino a justicia natural, lo que resulta propio de la época.

Bajo tales consideraciones se desarrollan cuestiones que entretienen el pensamiento, mientras lo pasean por la doctrina con la elaboración de estructuras, para acoger cambios que permitan la adecuación a los distintos momentos que la historia después describirá. Se trataría de la cuestión social de cada época. Como hoy, siglo XXI, en que se presenta una nueva cuestión social,²²¹ conforme a la cual las nociones y los conceptos son renovados o actualizados pero que en realidad no se logra alcanzar la justicia social, término, concepto y acción que cada vez se usan menos.

Y es en este intrincado escenario que salen a relucir los derechos individuales como derechos del ser humano que tienen que delimitarse y que deben conceptualizarse para convertirse en nociones jurídicas y alcanzar su construcción positivista en forma de ley, de acuerdo con los principios jurídicos y morales que conduzcan a buscar la obligatoriedad, la justiciabilidad y desde luego la justificación de su razón de ser. Entre ellos están los DESC, que concretarían no sólo la noción de justicia, sino que agregarían lo social al concepto.

220 *Ibid.*, p. 151.

221 Véase Mario Ackerman, “Constitucionalismo social en Latinoamérica”; Néstor de Buen, “La Constitución y la nueva cuestión social”; Mario Pasco Cosmópolis, “La Constitución y la nueva cuestión social”, y Alfredo Sánchez-Castañeda, “La nueva cuestión social”, todos en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México, núm. 1, enero-julio de 2005.

En esta época y bajo las cifras que se citaron, es posible generar un diagnóstico inmediato, que como adelanté no resulta alentador, aun y pese al entramado institucional que genera política pública con amplios programas sociales.

Ante ello es indispensable pensar en la justiciabilidad de los derechos y en particular de los DESC, como el camino que garantice su eficacia.

Como acertadamente afirma Sandoval Terán, “la falta de acceso a la justicia en materia de DESC ha sido un problema generalizado en el mundo, particularmente porque han prevalecido durante mucho tiempo mitos o concepciones equivocadas que han complejizado y retrasado la debida atención a estos derechos”.²²² No obstante, en México se ha avanzado en comprender que los DESC son justiciables, y ello puede caracterizarse a través de las del Poder Judicial de la Federación, en especial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales; así como, del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y los institutos estatales correspondientes, que incluso forman el Sistema Nacional de Transparencia y Protección de Datos Personales.

1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). El máximo órgano de justicia del país ha emprendido una línea recta en el reconocimiento y protección de los DESC, aun cuando por propias palabras de su presidente, hoy en retiro, Juan N. Silva Meza, son muy pocas las sentencias a través de las cuales se han garantizado estos derechos, de ellas destacan casos sobre el derecho a la salud y algunos más sobre el derecho a la seguridad social y el derecho a la información medioambiental.²²³

Un caso destacable resuelto por la SCJN, es la acción de inconstitucionalidad 33/2015, en que se realizó un análisis jurídico a diversos artículos de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la condición de Espectro Autista, determinando que los preceptos normativos que prevén lo relativo al certificado de habilitación, —documento que hace constar que la persona es apta para el desempeño de actividades laborales— resultan violatorios

222 Areli Sandoval Terán, “La justiciabilidad de los DESC a partir del PF del PIDESC y la reforma constitucional de derechos humanos”, en *Revista dfensor*, Núm. 06. CDHDF, junio, 2012, p. 34.

223 Magdalena Cervantes Alcayde, *et al.*, *Hay justicia para los DESC*. UNAM, SCJN-IIIJ, 2014, p. 23.



de derechos humanos como el trabajo, libertad de profesión y oficio, así como el de igualdad, por lo que, se declaró su invalidez en virtud de que no permite la materialización de una política pública que incluya a las minorías.

2. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Representa al Ombudsman que afirma la integralidad de los derechos, tal como se muestra en el último informe de labores.²²⁴ Se destaca la Recomendación General Número 26, “SOBRE LA FALTA Y/O ACTUALIZACIÓN DE PROGRAMAS DE MANEJO EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS DE CARÁCTER FEDERAL Y SU RELACIÓN CON EL GOCE Y DISFRUTE DE DIVERSOS DERECHOS HUMANOS”, en la que entre otras cuestiones consideró:

[...] esta Comisión Nacional estima contar con los elementos suficientes para observar la existencia de transgresiones a los derechos humanos a un medio ambiente sano, a la seguridad jurídica y legalidad, así como a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas; derivadas de la falta de elaboración y/o publicación de los programas de manejo de las áreas naturales protegidas de competencia federal.

3. El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Como el órgano garante de la transparencia en el país a nivel nacional que igualmente ha tenido importantes determinaciones en la apertura de información que coadyuva en la garantía de los DESC.

A manera de ejemplo puede destacarse el caso, en el que un particular solicitó la siguiente información:

- a) Documento que consigne el total de la población derechohabiente que se atiende en el Instituto Nacional de Medicina Genómica;
- b) Documento que consigne el número de expedientes clínicos físicos y electrónicos que administra el sujeto obligado;
- c) El presupuesto asignado de 2013 al 4 de abril de 2016 para avanzar en el expediente clínico electrónico;

224 Informe Anual de Actividades 2017, con un rubro particular relativo a DESC. Cfr. <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=10053>.



- d) El documento que consigne la forma en que se recaba el ADN de los distintos grupos indígenas del país;
- e) Conocer de qué grupos étnicos en México se han recolectado datos biométricos;
Fecha de inicio del proyecto;
- f) Costo-presupuesto del proyecto, y
- g) El documento que dé cuenta del consentimiento recabado para obtener el ADN de particulares identificados como indígenas.

El solicitante se inconformó ante el INAI²²⁵ al considerar que la respuesta proporcionada por el sujeto obligado se encontraba incompleta, precisando que, —el recurrente— no requería datos personales, sino estadísticos.

En el recurso resuelto se revoca la respuesta del Instituto Nacional de Medicina Genómica y se le instruye para que:

- Realice una búsqueda exhaustiva en la Dirección de Investigación respecto de los puntos a, b, c, e, f, g y h de la solicitud del particular para que una vez localizada la información, ésta se proporcione al particular.
- Entregue al particular los ocho formatos de las cartas de consentimiento informado sin requisitar, y proporcione la información estadística respecto de la cantidad de cartas de consentimiento informado que atiende la solicitud de información.
- Emita, a través de su Comité de Información, una resolución mediante la cual confirme la clasificación del nombre, firma y lugar de nacimiento que obra en las cartas de consentimiento informado, con fundamento en el artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la cual deberá proporcionar a la particular.

Este asunto resulta de gran interés, en virtud de que se trata de un tema de salud que se relaciona con investigaciones sobre medicina genómica en comunidades indígenas que lleva a cabo el Instituto Nacional de Medicina Genómica con el propósito de estudiar temas relacionados con enfermedades

225 Recurso de revisión RDA 2398/16.



que se desarrollan en la población mexicana, las cuales deben señalarse. Para realizar tales investigaciones es indispensable recabar el consentimiento informado de aquellas personas a quienes se les realicen este tipo de estudios o pruebas.

Cobra especial relevancia el hecho de que se realice en comunidades indígenas, por tratarse de población considerada como vulnerable; de ahí que resulte fundamental que las personas sean informadas del procedimiento de toma de pruebas, así como de los objetivos de las mismas, se recabe su consentimiento y se informe lo relacionado con dicha investigación.

Al respecto, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas ha reconocido que el principio del consentimiento libre, previo e informado, es una cuestión clave para el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas y que la necesidad del consentimiento abarca todos los asuntos relacionados con la vida de los pueblos indígenas, ya que es un componente básico para el ejercicio de otros derechos.

En el caso concreto, convergen tanto el derecho de acceso a la información, como el de protección de datos personales, ambos derechos humanos tutelados por el INAI y sus similares, órganos estatales.

En ese sentido, se instruye a la entrega de información que debe ser pública, y con la cual el sujeto obligado debe rendir cuentas respecto a la cantidad y a la forma de recabar el consentimiento informado de los integrantes de las comunidades indígenas en este tipo de investigaciones y en lo particular sobre genoma humano que era el tema central de la solicitud de información.

Otro caso destacable es el RDA 0067/16, en que un particular solicitó conocer por qué dentro del programa Prospera se encuentra adscrito un servidor público del estado de Veracruz, en particular, un alcalde o presidente municipal, así como las evaluaciones aplicadas a éste y a sus familiares.

De igual forma, de un listado que proporcionó el particular, requirió saber quiénes de esas personas se encuentran adscritas en algún programa de la Secretaría de Desarrollo Social, así como la fecha de ingreso y el monto que se les ha pagado, especificando que se trataba de servidores públicos.

El particular se inconformó ante el INAI²²⁶ por la incompetencia y la orientación manifestada por el sujeto obligado, para que dirigiera su petición a la Coordinación Nacional de PROSPERA, programa de inclusión social.

226 Recurso de revisión RDA 0067/16.



Se determinó modificar la respuesta del sujeto obligado y se le instruyó a:

- Proporcionar al particular, respecto de los nombres de beneficiarios del Programa PROSPERA proporcionados por el sujeto obligado durante la sustanciación del recurso de revisión, los montos y fechas de ingreso a dicho programa, y
- En relación a qué servidores públicos se encuentran adscritos en los demás programas con los que cuenta la Secretaría de Desarrollo Social, realice una búsqueda exhaustiva, en todas las unidades administrativas incluyendo la Dirección General de Geoestadística y Padrones de Beneficiarios, y proporcione, en su caso, los montos y fechas de ingreso.

Este asunto es un ejemplo claro de la importancia del derecho de acceso a la información, como un instrumento o herramienta, que permite a su vez la exigibilidad y la justiciabilidad de otros derechos. Su resolución es relevante, en virtud de que el tema que se aborda, contribuye, entre otras cosas, a la rendición de cuentas respecto del uso y destino de los recursos públicos otorgados a programas sociales, como es del programa PROSPERA, que está dirigido a personas en situación de pobreza y que se orienta a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales para toda la población, con el objetivo de reducir las brechas de la desigualdad a través de apoyos en alimentación, salud y educación; es por ello, que transparentar la gestión de estos programas resulta fundamental para que la ciudadanía pueda evaluar no sólo el cumplimiento de sus objetivos, sino también su operación, financiamiento, así como el actuar de las autoridades responsables de su implementación.

Lo anterior nos permite advertir que dicho programa está enfocado a aquellas personas en situación de pobreza y que de conformidad con las reglas de operación para cuyo cumplimiento se deben cumplir ciertos requisitos, por lo que es indispensable que se transparente la información referente a los beneficiarios; que se permita conocer la evaluación realizada a éstos, máxime si existe la presunción de que no se cumplen los objetivos del programa, al encontrarse entre los beneficiarios a algunos servidores públicos, como en el caso que nos ocupa.



Sin duda, el acceso a la información no sólo contribuye a la rendición de cuentas en la gestión gubernamental, sino al combate a la corrupción. Por lo que una auténtica rendición de cuentas permite que la sociedad confíe en sus instituciones a través del conocimiento del quehacer cotidiano y de la transparencia en la gestión gubernamental.

Finalmente, es importante referir que, de la documentación proporcionada por el sujeto obligado en cumplimiento a la resolución, es posible advertir, entre otras cosas, que algunos servidores públicos, sí se encuentran en el padrón de beneficiarios de dicho programa.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha analizado, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resultan derechos humanos, que como tales y bajo la interdependencia e indivisibilidad de los mismos, no deben entenderse ni considerarse como derechos con menos garantías que los Civiles y Políticos. Sólo póngase atención en que la ausencia o vulneración de unos implica el menoscabo de los demás derechos humanos.

Importa destacar que las cifras de resultados son alarmantes y demuestran, entre otros temas que hay amplias brechas, que dejan evidencia de la poca eficacia de los derechos. Por otra parte, también refuerzan la convicción de que la justiciabilidad de los derechos en su conjunto, y el pronunciamiento enérgico respecto de los DESC, son una necesidad imperiosa para su eficacia.

Dicha justiciabilidad no sólo pasa por los órganos jurisdiccionales, que, sin menoscabo de su gran importancia, los órganos constitucionales autónomos, merecen igualmente el reconocimiento y el respaldo institucional que hagan contrapeso al poder público, en su condición de órganos especializados y ciudadanos. Las labores de la CNDH en su función no jurisdiccional y la del INAI en su función cuasi jurisdiccional es loable pues ambos órganos, sin duda, son garantía de los DESC.

La apuesta y la construcción de las alternativas de respeto a los DESC no son sencillas; para ello se requiere de un estado que actúe enérgicamente en la repartición equitativa de la riqueza y en crear las condiciones de vida digna para su población, lo cual implica desde el derecho a la salud, a la educación,



al empleo o al trabajo decente, el derecho a una vivienda decorosa y hasta el derecho de acceso a la información que se convierte en un instrumento de reforzamiento. En ese sentido, la transparencia observa el desempeño del cumplimiento del Estado en ese ámbito de los derechos humanos, es fundamental en un estado constitucional democrático; en un estado de derecho.

Para ejemplificar lo anterior puede hacerse referencia a la evidente brecha de género que provoca que las mujeres resientan de manera más grave la falta de eficacia de los DESC. En ese sentido es muy importante la participación de la mujer en el derecho de acceso a la información, ya que la relación de éste con otros derechos humanos permiten reducir las brechas de género existentes hoy por hoy. Mujeres mejor informadas, les permite tomar mejores decisiones en los ámbitos laboral, económico, político, educativo, de salud, incluso en el hogar (por ejemplo, respecto de la violencia doméstica). Esta condición les permite igualar sus condiciones con el hombre en la toma de decisiones que atañe a su vida personal y familiar y desde luego a su situación económica y cultural.



Impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos para la seguridad social en México

Dra. Araceli Damián
Presidenta de la Comisión de Seguridad Social de la Cámara de Diputados,
Investigadora con licencia del Centro de Estudios Demográficos,
Urbanos y Ambientales de El Colegio de México

Sumario: I. Introducción. II. La seguridad social como derecho parcial para una fracción de los trabajadores en México. III. La reforma al artículo 1o. constitucional y su efecto en los servicios de salud y seguridad social. IV. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

Las garantías sociales contenidas en la Constitución mexicana tienen una cobertura limitada y diferenciada. La de mayor amplitud es la de educación básica, ya que tiene una elevada cobertura. Otras garantías, como el derecho a la seguridad social sólo benefician a un determinado grupo de la población, en este caso a los trabajadores asalariados formales y a sus familias, dejando en el desamparo a una proporción importante de los mexicanos. Por tanto, la seguridad social constituye un derecho de clase o de fracción de clase.



Por otra parte, contar con seguridad social no significa tener acceso a todos sus beneficios, ya que las leyes que rigen el derecho son restringidas por haber sido elaboradas con prejuicios heteronormativos, por lo que contienen varios preceptos discriminatorios por razones de género. El presente trabajo busca reflexionar sobre el impacto que ha tenido la reforma al artículo 1o. constitucional para reducir o eliminar las restricciones derivadas de la discriminación para acceder a los beneficios de la seguridad social. En la primera sección haremos una rápida revisión de cómo surge el derecho a la seguridad social y que alcance y cobertura se tiene en México en la actualidad. En la segunda parte revisaremos las distintas disposiciones que contravienen la reforma al artículo 1o. constitucional, cuáles son los distintos resolutivos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y cómo, a pesar de dicha reforma, no se han actualizado los preceptos de las leyes que rigen el derecho humano a la seguridad social en nuestro país.

II. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO PARCIAL PARA UNA FRACCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MÉXICO

El derecho a la seguridad social en México es un derecho parcial que, como mencionamos sólo cubre a una fracción de la clase trabajadora y sus familias. En México, este derecho se fue configurando a través de la combinación de decisiones tomadas por las élites para proteger inicialmente a las fuerzas armadas y a los burócratas y, posteriormente, para desarticular los movimientos sindicales. Por ello, en un inicio, este derecho se otorgó a través de los grandes sindicatos corporativos dejando sin protección a la mayoría de los trabajadores y sus familias.

El derecho a la seguridad social quedó consagrado de forma incipiente y enunciativa en la Constitución de 1917, cuyo Art. 123, Fracc. XXIX, planteaba:

Se considera de **utilidad social** el establecimiento de **cajas de seguros** populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular.



En 1925 se expidió la Ley de Pensiones Civiles que permitió la creación de la Dirección General de Pensiones y de Retiro para los burócratas la cual se transforma, en 1959, en el ISSSTE (Instituto Mexicano de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado). De esta forma, los empleados del gobierno federal fueron, después de las fuerzas armadas, el grupo inicialmente fue más favorecido con el derecho a la seguridad social.

En la primera reforma al Art. 123 (1929), el legislativo modificó la frase “Se considera de **utilidad social** el establecimiento de **cajas de seguros populares**”, por la de “Se considera de **utilidad pública** el establecimiento de **la Ley de Seguridad Social**”. Al quedar como de utilidad pública, la LSS debió cubrir directa o indirectamente “a la generalidad de las personas que integran la colectividad nacional, sin que ninguna pueda ser privada de ella, en cuanto representa un bien común de naturaleza material o moral”.²²⁷ No obstante, hasta 1943 se creó el sistema de salud y seguridad social para los trabajadores del sector privado, que en 1948 se convirtió en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), cuya Ley rectora se promulgó en 1955.

La cobertura de este derecho ha sido limitada debido a que la mayor parte de los trabajadores labora en el sector informal. Así, en el tercer trimestre de 2017, tan sólo 37% de los ocupados dijeron tener acceso a los servicios de salud (IMSS, ISSSTE, hospital naval, militar o PEMEX) por parte de su trabajo, lo cual constituye un *proxi* del acceso a la seguridad social. Por otra parte, al estimar la cobertura de la seguridad social mediante las reglas contenidas en las leyes de seguridad social, de acuerdo con el parentesco y la edad de los familiares de los ocupados con este derecho, tenemos que sólo 45.8% de la población total tiene acceso a la seguridad social. Como se muestra en el cuadro 1, en 2016, el grupo de los de 18 a 29 años es el de menor cobertura, ya que 64% carece de seguridad social, de igual forma 60% de los menores de 18 años no cuentan con este derecho. Lo anterior muestra que es la infancia y la población más joven la que se encuentra más desprotegida. En cambio, la mayor cobertura la tienen los de 60 años y más (58.3%), lo cual puede estar mostrando que cada día menos personas cuentan con este derecho en México.

227 Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, 29a. ed. México, Porrúa, 2000, p. 493.



Cuadro 1. México: Población por grupos de edad sin cobertura de seguridad social (% de población), 2016

Grupo de Edad	Con seguridad social	Sin seguridad social
< 18	40.0	60.0
18 a 29	35.9	64.1
30 a 59	49.6	50.4
60 y más	58.3	41.7
Total	44.8	55.2

Fuente: elaboración propia con base en la ENIGH

En México, a diferencia de algunos otros países, el derecho a los servicios de salud está ligado al de la seguridad social, lo cual ha provocado que una proporción importante de la población no tenga acceso a dichos servicios. Como se observa en el cuadro 2, en 2016, 17.4% de la población no estaban inscritos a ninguna institución de salud, lo que significa que 21.3 millones de mexicanos padecen una violación absoluta de su derecho a los servicios de salud. De igual forma, 39.4%, que representa 48.3 millones de personas, estaba adscrito al SP, por lo que su derecho a contar con servicios de salud está parcialmente cubierto, ya que este sistema tiene un listado limitado de padecimientos cubiertos, además de que el servicio es deficiente. Con cobertura, aparentemente completa,²²⁸ de los servicios de salud se encuentra 37.7% de la población (42.5 millones) que está inscrita en el IMSS, 6.9% (8.4 millones) en el ISSSTE y 1.7% (2.1 millones) a otra institución de seguridad social.

228 Subrayamos el hecho del deterioro que han sufrido las instituciones de salud ligadas a la seguridad social, particularmente el IMSS y el ISSSTE, que constantemente rechazan otorgar servicios o atrasar las citas de atención médica. El caso más dramático es la reciente cita obtenida por un ciudadano en el IMSS para 2024. Véase: <https://www.elsoldemexico.com.mx/doble-via/virales/imss-sonora-da-a-paciente-cita-de-laboratorio-para-el-2024-1102469.html>



Cuadro 2. México: población según institución de salud a la que está adscrita, 2016

Institución	Porcentaje	Millones
Ninguna	17.4	21.3
Seguro Popular	39.4	48.3
IMSS	34.7	42.5
ISSSTE	6.9	8.4
Otra ^a	1.7	2.1
Total	100	122.6

^a Servicios otorgados por universidades y fuerzas armadas

Fuente: cálculos propios con base en la ENIGH, 2016.

Como hemos mencionado, las leyes de seguridad social tienen además preceptos discriminatorios que afectan en mayor medida a los hombres trabajadores y a las parejas del mismo sexo. Por ejemplo, las leyes de seguridad social asumen que el cuidado de los menores es tarea de las mujeres, por ello, aun cuando la cuota de seguridad social es la misma sin importar el sexo del trabajador, el acceso a los servicios de guardería se otorga sin restricción (excepto de cupo) a las madres trabajadoras aseguradas, pero para que los trabajadores asegurados puedan hacer uso de esta prerrogativa deben tener la custodia de un menor y no encontrarse casados o unidos en concubinato. De esta forma, las leyes no sólo discriminan al trabajador varón, sino a sus esposas e hijos, violentando además el interés superior de la niñez (Art. 4o. constitucional). Igualmente debe tenerse en consideración el reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo y su correspondiente derecho a adoptar, por lo que los hijos de estas parejas deberían recibir los servicios de guardería.

De igual forma, el derecho de los esposos de las trabajadoras a recibir servicios de salud y pensión por viudez es discriminatorio. La Ley del Seguro



Social (LSS) y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) exigen a los esposos o viudos acreditar que dependían económicamente de la trabajadora para acceder a estas prerrogativas. En cambio, las mujeres las reciben al comprobar que son esposas o concubinas del asegurado.

Finalmente, las parejas del mismo sexo quedan excluidas, por ejemplo, de los seguros de enfermedades y maternidad y a las pensiones, y sólo logran acceder a los derechos de la seguridad social si ganan un juicio en contra de los Institutos de seguridad social. Por tanto, la mayoría queda sin protección. Todo ello a pesar de que en 2011 se aprobó la reforma al artículo 1o. constitucional que incorpora en nuestra legislación el principio *pro persona* (otorgar la mayor cobertura de las leyes) y el de la no discriminación. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, el legislativo ha sido omiso en su deber de modificar las leyes de seguridad social, mientras que los Institutos sólo aplican dichos preceptos si los interesados ganan juicios en su contra, lo que restringen aún más el acceso a este derecho fundamental.

III. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL Y SU EFECTO EN LOS SERVICIOS DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

El decreto que reformó el artículo 1o. constitucional el 10 de junio de 2011 estableció obligaciones para todas las autoridades del Estado mexicano en materia de derechos humanos. Nuestro máximo ordenamiento legal señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.



Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el **género**, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, **las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.**

La inclusión del principio *pro persona* en el texto dio pie a que la interpretación de toda norma jurídica en México favorezca siempre la mayor protección de las personas.

En cuestión de seguridad social, esta reforma a la Constitución fue fundamental para contrarrestar, al menos en el papel, diversos preceptos discriminatorios incluidos en la LSS y en la LISSSTE. Estos dos ordenamientos son primordiales para las personas trabajadoras y sus familias, y representaron, en su momento, un importante avance en materia de protección social en el país; sin embargo, su elaboración se dio bajo estereotipos de género y familia incompatibles con la realidad actual. En años recientes, las normas mexicanas han evolucionado al reconocer una gama amplia de situaciones personales y familiares a fin de evitar la discriminación. Sin embargo, diversos artículos de ambas leyes se han quedado rezagados, por lo que entran en contradicción con los nuevos preceptos, sobre todo con el artículo 1o. constitucional. Esta negativa de actualizar la legislación en materia o de otorgar las prerrogativas de la seguridad social por cuestiones discriminatorias pasa por alto el principio *pro persona*, que es un criterio hermenéutico que:

[...] informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer res-



tricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria [...].²²⁹

Es decir, la Constitución establece un mandato que obliga a las autoridades a favorecer en todo momento la protección más amplia para la persona, por lo que el parámetro para determinar la correcta aplicación de las normas secundarias también debe ser el más favorable. El Art. 1o. establece también que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. La SCJN ha definido claramente cada uno:

i) **universalidad: que [los derechos humanos] son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables**, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que **son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana**, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que **son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona [...]**;

ii) **interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí**, esto es, **no puede hacerse ninguna separación** ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. **Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes**; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente;

y iii) **progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias**, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, **para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos** que se derivan de las normas económicas,

229 Principio *pro persona*. Su aplicación permite optimizar la admisión de Recursos en Amparo. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Reclamación 5/2012. Fidel Almaraz Berra. 21 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2001/2001717.pdf>.

sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, **este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.**²³⁰

La LSS, la LISSSTE y la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM) se redactaron con una visión limitada de los derechos humanos y, por tanto, no observan los principios arriba mencionados, que rigen la vigencia y la aplicación de los derechos contenidos en ambos textos. Esta limitante suele justificarse con el argumento de que estos principios se desarrollaron jurídicamente años después de la promulgación de las leyes. Es aquí donde radica la importancia de interpretar el derecho humano a la seguridad social en México dentro del marco de la reforma constitucional de 2011.

Tanto el IMSS cuanto el ISSSTE y el ISSFAM siguen aplicando sus normativas sin apearse a la no discriminación. Los artículos 64, 65, 84, 127, 130, 132, 138, 144, 201 y 205 de la LSS restringen de varias formas los derechos de los esposos de las trabajadoras y de las parejas del mismo sexo para recibir los beneficios otorgados por la ley que generalmente son concedidos a las esposas de los trabajadores. Situación similar ocurre con los artículos 6, 39, 41, 70, 131 y 135 de la LISSSTE.

Los artículos que hemos mencionado y que requieren modificación para que la Ley del Seguro Social se armonice con el acceso al derecho humano a la no discriminación y al de la seguridad social provocan los siguientes tipos de discriminación:

230 Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa el Primer Circuito. Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003350.pdf>.



- A. En contra del esposo o concubinario de la trabajadora que debe demostrar que tiene o tuvo dependencia económicamente de ésta para acceder al derecho.
- B. Contra el esposo o concubinario de la trabajadora cuando es excluido totalmente de los beneficios que reciben de la esposa o concubina del trabajador.
- C. Contra la pareja del mismo sexo de la o el trabajador asegurado que no puede gozar de los mismos derechos que las parejas de trabajadores heterosexuales.
- D. Contra los hijos de trabajadores. En este caso se trata de tres artículos: 132, 201 y 205. El primero no considera a los hijos del viudo de la trabajadora o pensionada fallecida cuando no se cumpla el plazo mínimo de haber contraído nupcias y poder recibir la pensión establecido en la ley para recibir pensión y el 201 y 205 por considerar el derecho a guardería para mujeres en la LSS.

La discriminación en ambas leyes se basa en prejuicios heteronormativos y misóginos porque, por un lado, presuponen la dependencia económica de una mujer hacia un hombre, con la idea de que es éste quien efectivamente labora mientras la mujer simplemente no participa en la economía; por otro, restringe a los hombres viudos de una prestación por la que sus parejas cubrieron las respectivas cuotas en vida. Una discriminación similar padecen las parejas del mismo sexo de las y los trabajadores asegurados. Este tipo de discriminación evidentemente viola el Art. 1o. constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado como inconstitucionales diversos artículos de dichas leyes, aún antes de la reforma de 2011. Así, en 2009 la SCJN tuvo que resolver una contradicción de tesis referente a la inconstitucionalidad el artículo 130, Párrafo Segundo, de la Ley del Seguro Social, que exige demostrar al viudo o al concubinario la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida para acceder a la pensión de viudez. La Segunda Sala determinó la inconstitucionalidad debido a que exigirle al viudo o concubinario que dependa económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada para obtener la misma pensión de viudez que se otorgaría a una viuda “viola las garantías de igualdad y de no discrimi-

nación” y también “viola el artículo 123, apartado a, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Como se expone en las consideraciones de la Contradicción de tesis 154/2009:

La diferencia de trato entre la mujer y el varón, sin otra razón que las diferencias por cuestión de género y las meramente económicas, **evidencia la inconstitucionalidad de la norma reclamada, porque si durante su vida laboral, las extintas trabajadoras cotizan para que quienes les sobreviven y tengan derecho a ello, disfruten de los seguros previstos en la ley de la materia, entonces la pensión en comento no es una concesión gratuita o generosa, sino un derecho generado durante su vida productiva** con el objeto de garantizar, en alguna medida, la subsistencia de sus beneficiarios.

Debido a que el segundo párrafo del artículo 130 de la LSS discrimina y es inconstitucional, el Congreso de la Unión tendría la obligación de modificar, no sólo éste, sino todos los demás artículos en los que se contenga el requisito de demostrar dependencia económica, o bien, que excluyan por completo de derechos a los esposos, esposas y parejas del mismo sexo.

El Art. 1o. constitucional señala que todo tipo de discriminación queda prohibida en México. En ese sentido, la SCJN también agrega que:

El principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, *per se*, incompatible con ésta [...]. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano [...].²³¹

A pesar de todos estos señalamientos, en materia legislativa ha habido un rechazo para adecuar la LSS y la LISSSTE a estos preceptos. La omisión del

231 Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general. 2012594. Tesis: P./J. 9/2016 (10a.). Pleno. Jurisprudencia (Constitucional). Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I., p. 112. Disponible en: <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2012594&Clase=DetalleTesis-BL&Semanario=1>.



Congreso en su obligación constitucional de promover y garantizar la interpretación más amplia de los derechos humanos debe entenderse en los términos que ha establecido la SCJN, que indican que:

[...] puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.²³²

Con ello, el Estado mexicano incumple la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que es obligación del Estado promover acciones que modifiquen los patrones socioculturales que vayan en perjuicio de hombres y mujeres, por lo que en la LSS y la LISSSTE se deben cambiar aquellos artículos que vayan en perjuicio las personas afiliadas y que refuerzan los patrones socioculturales tradicionales discriminatorios.

Esta discriminación, además de violar el derecho humano a la seguridad social, no se justifica aun cuando se analiza el acceso a las prestaciones en términos financieros, puesto que, como mencionamos, las cuotas pagadas a la seguridad social no difieren en función al sexo, orientación sexual o características de los hogares de las y los trabajadores asegurados. Al respecto, contamos con una disposición del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en la que se insta al Estado mexicano a que, por medio del Instituto Mexicano del Seguro Social:

[...] garantice la igualdad real de oportunidades y el trato digno a los cónyuges o concubinos de las derechohabientes y trabajadoras del propio Instituto, para que pueda tener acceso a la pensión por viudez en igualdad de circunstancias que las mujeres, con lo cual se contribuya a la consolidación de un Estado democrático, en el que las diferencias de las personas lejos de ge-

232 Omisiones legislativas. Sus tipos. 175872. P./J. 11/2006. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1527. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/175/175872.pdf>.

nerar prejuicios y estereotipos, enriquezca nuestra cultura, para la sana convivencia con nuestros semejantes.

[...]

El Instituto Mexicano del Seguro Social **no podrá alegar que la falta o deficiencia del cumplimiento de los resolutivos mencionados se debe a la carencia de recursos y/o insumos materiales o humanos, en virtud de que la obligación de la adopción de medidas progresivas por parte del Estado mexicano se fundamenta en la Constitución y en los tratados internacionales** de derechos humanos de los que México es parte y obliga a los tres poderes de la unión, incluyendo a la Cámara de Diputados que aprueba la Ley de Egresos de la Federación y su posible modificación. La inobservancia de la presente resolución iría en detrimento de los derechos humanos de las personas, entre ellas de los viudos cuyas esposas fueron derechohabientes del Instituto Mexicano del Seguro Social.²³³

IV. REFLEXIÓN FINAL

Con todo lo expuesto en este trabajo, podemos decir que el Congreso de la Unión, las Instituciones de Seguridad Social y, en general, el Estado mexicano han incumplido su deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En materia de seguridad social, la reforma constitucional de 2011 referente a los derechos humanos ha tenido un impacto limitado debido a la negativa de las autoridades para hacer valer el espíritu de la ley. Salvo para casos particulares que han presentado amparos ante la SCJN, la normativa que regula la seguridad social mantiene un carácter excluyente y discriminatorio que atenta contra los derechos humanos de la población mexicana.

233 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Disponible en: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Proyecto%20de%20RPD%20Pension%20por%20VIUDEZ%209-15INACC.pdf>.



Reformas necesarias en materia de igualdad y no discriminación en las prestaciones de seguridad social

Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez
Profesora-investigadora de la UAEM

Lic. Ana Marcela Muñoz Martínez
Estudiante de la Maestría en Derecho de la UAEM

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco conceptual de la seguridad social como derecho humano. III. Análisis legislativo y jurisprudencial de la no discriminación en la legislación de seguridad social. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de protección social que la sociedad ha desarrollado pasan de ser los que las propias familias establecen para sus integrantes, hasta llegar a los más sofisticados, donde mediante la coordinación de herramientas como los seguros sociales, previsión social, beneficencia y la asistencia social, evolucionaron a sistemas de seguridad social, cuyo objetivo es proteger a todos los miembros de una sociedad, de los riesgos que pudieran sufrir, satisfacer sus necesidades y finalmente con ello elevar su calidad de vida.



Este objetivo varía en su cumplimiento y en la consolidación de sus sistemas de seguridad social, de país en país. Pero lo que no cambia es que iniciaron ligados a la protección de los trabajadores, mediante seguros sociales y poco a poco han extendido su protección a más integrantes de la sociedad.

Bajo este supuesto, es que resulta inaudito que la legislación que determina: los riesgos a proteger; los beneficios o prestaciones a otorgar en caso de presentarse las contingencias; los sujetos beneficiarios de dicha protección y los requisitos para acceder a ellas; sea discriminatoria.

Es decir, que por el simple hecho de ser hombre o mujer, no se tenga acceso a prestaciones de seguridad social.

Es por ello, que este trabajo analiza la normativa vigente en México para demostrar cómo la obsolescencia de algunas normas jurídicas resulta discriminatoria y por ende son normas contrarias al principio constitucional de no discriminación y del derecho a la igualdad. Además, se hacen propuestas específicas sobre las reformas jurídicas necesarias para estar más acorde a las necesidades actuales y al reconocimiento de la seguridad social como un derecho humano.

Para tales efectos, el trabajo se compone de tres apartados, que en seguimiento a un orden metodológico (método deductivo) son los siguientes:

Un marco conceptual que permite fijar postura sobre los conceptos básicos que se desarrollan en el análisis posterior, el cual no sólo delimita su definición, sino que además sirve para fijar postura en el desarrollo doctrinal de los mismos. En el segundo apartado se realiza un análisis legislativo y jurisprudencial de la discriminación en la legislación de seguridad social, mismo que demuestra la obsolescencia de dichas normas y además nos lleva a hacer propuestas de reformas; y finalmente el tercer apartado presenta unas breves conclusiones del análisis.

II. MARCO CONCEPTUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO

Con la intención de establecer una delimitación doctrinal sobre los puntos a tratar en el análisis legislativo, se examinan a continuación cinco figuras indis-



pensables: seguridad social, seguridad social como derecho humano; igualdad; no discriminación, y género.

1. Seguridad social

Como se mencionó en la introducción: la seguridad social ha evolucionado en cada país según las necesidades que le ha marcado su propia historia, pero su principal fin continua siendo el mismo: la elevación de la calidad de vida de cada uno de los individuos de la sociedad. Es decir, la seguridad social es la conciencia organizada de un pueblo y debe proteger en forma de un seguro o técnica de protección social a los individuos al presentarse cualquier riesgo social.²³⁴ De tal forma que se establece como el conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, permitiendo la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural.²³⁵

Hoy en día debemos hablar entonces de esa conciencia organizada que reconoce riesgos con carácter social y su necesidad de salvaguarda de los individuos de forma organizada colectivamente.

2. Seguridad social como derecho humano

El 11 de junio del año 2011 entró en vigor la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos relativa a la protección y reconocimiento de los derechos humanos. Reforma que constituye un avance significativo rumbo a la armonización del marco normativo nacional y el supranacional, a fin de dar cumplimiento a los compromisos que México ha adquirido con la comunidad internacional, en gran medida por la presión de los propios organismos internacionales para la realización de las reformas en nuestra carta magna, ejemplo claro son las sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²³⁶ lo que hacía evidente la necesidad de resolver tales deficiencias.

234 Gabriela Mendizábal Bermúdez, *La Seguridad Social en México*, op. cit., p. 17.

235 Alberto Briceño Ruiz, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, 2a. ed. México, Ed. Harla, 1992, p.15

236 Casos: "Campo algodonero"; "Rosendo Radilla"; "Rosendo Cantú"; "Fernández Ortega", y "Cabrera García y Montiel Flores", todos contra Estados Unidos Mexicanos.



En ese sentido se hace indispensable e inaplazable la concepción de la seguridad social como derecho humano, la cual sin la necesidad de cumplir requisitos establecidos en leyes secundarias implica el derecho a los servicios que el Estado tiene la obligación de salvaguardar a cada ciudadano. Es necesario reconocer explícitamente a la seguridad social como un derecho inherente a todos los seres humanos de manera natural, el cual el Estado tiene la obligación de salvaguardar de manera indispensable, no sólo para el desarrollo de cada individuo; sino de la sociedad en general y que por lo tanto lo encontramos positivado mediante ordenamientos jurídicos aplicables. No se puede olvidar que la seguridad social forma parte de una gran cantidad de instrumentos internacionales ratificados por México.

3. Igualdad

Luciana Aboim Machado Gonçalves de Silva clasifica la igualdad en formal y sustancial, indicando que la primera se refiere al “trato idéntico a todos, incluso a los que son sustancialmente diferentes”,²³⁷ mientras que de la segunda: la igualdad sustancial “busca asegurar las mismas oportunidades para todos, compensándose a los más desfavorecidos.”²³⁸ Cabe precisar que lo que se busca es la igualdad sustancial entre géneros y no únicamente la igualdad formal.

Al respecto, el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que la igualdad puede entenderse en dos dimensiones: como principio y como derecho.

Como principio, fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico —de origen nacional e internacional— y a los actos que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos y judiciales. Esta dimen-

237 Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, “La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno”, en Gabriela Mendizábal Bermúdez, (coord.), *Equidad de género y protección social*. México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Porrúa, 2014, p. 211.

238 Marlon Marcelo Murari, *Limites constitucionais ao poder de direcao do empregador e os direitos fundamentais do empregado*. Sao Paulo: LTr, 2008, p. 109, citado por *Idem*.

sión implica que la igualdad debe utilizarse como una guía hermenéutica de elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.²³⁹

Y añade que como derecho:

La igualdad constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de los derechos.²⁴⁰

4. No discriminación

El derecho a la no discriminación es un derecho que permite que toda persona tenga derecho a estar libre de discriminación sin importar su género, raza, etnia, orientación sexual u otra condición, así como a otros derechos humanos fundamentales.

Así mismo, es un derecho que va acompañado del principio de igualdad y que intenta proteger a toda persona para que no sea discriminada, teniendo como fundamento la dignidad humana.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos con respecto a este derecho señala que:

El derecho a la no discriminación es una norma común en los principales tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los Estados; se le considera un derecho que va más allá de lo jurídico, cuya función es que todas las personas puedan gozar de todos sus derechos humanos en condiciones de igualdad, pues cada vez que un derecho se vulnera se acompaña de la violación de al menos otro derecho humano.²⁴¹

239 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*. México, SCJN, 2013, p. 29.

240 *Ibid.* p. 33.

241 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/43-discriminacion-dh.pdf>, fecha de consulta: 19 de enero de 2018.



5. Género

La mayor parte de los diccionarios médicos y biológicos coinciden en que el sexo es la condición orgánica que distingue el macho de la hembra y les asigna una función específica en la procreación, en el caso de los humanos hablamos de varones y mujeres, de sexo masculino y femenino respectivamente.

Por su parte género nos constriñe a tener en cuenta el conjunto de características psicológicas, sociales, políticas y culturales, socialmente asignadas a las personas, las cuales generalmente van ligadas al sexo del cual pertenecen.

Al respecto la Norma Mexicana para la igualdad laboral entre mujeres y hombres señala que género es:

Conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales y políticas construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual; a partir de ello se construyen los conceptos de “masculinidad” y feminidad”, los cuales establecen normas y patrones de comportamiento, funciones, oportunidades, valoraciones y relaciones entre mujeres y hombres.²⁴²

Por lo tanto, el género también se divide en masculino y femenino y al ser una construcción social llega a ser diferente en cada sector de la sociedad, vale la pena resaltar que los estereotipos asignados a uno y otro, pueden ser transformados a través de la sensibilización y educación.

III. ANÁLISIS LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Marco jurídico de la no discriminación

La discriminación es un fenómeno que por desgracia se ha presentado a lo largo de toda la historia de la humanidad y que aún no ha podido ser erradicado pese a los esfuerzos normativos que se han desarrollado a través del

242 Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2012, *Para la igualdad laboral entre hombres y mujeres* (cancela la NMX-R-025-SCFI-2009).



tiempo. Es por ello, que no se ha podido satisfacer el goce efectivo de los derechos elementales para todos los seres humanos.

Dentro de los instrumentos universales y nacionales que han establecido el principio básico de la no discriminación, destacan los siguientes:

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada en 1948, misma que en su artículo séptimo establece la no discriminación, al sostener lo siguiente:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, el cual fue ratificado por México en 1981. Al respecto sobre sale su numeral 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este pacto se firmó en Nueva York en el año de 1966 y México lo ratificó en el año de 1981, estableciendo que:

Artículo 2, Párrafo segundo

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.



d) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, ratificada por México en 1975, que a la letra dice:

Artículo 1, Párrafo primero

En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

e) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer del año 1979, siendo ratificada por México en 1981, señalando en su artículo primero:

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

f) Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de 1960, el cual es ratificado por México en 1961. En su primer artículo establece:

Artículo 1

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocu-

pación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

En seguimiento a la normativa internacional y en aras de fomentar la cultura de la no discriminación en el país, fue necesario que se prohibiera todo tipo de discriminación, desde el marco normativo de mayor jerarquía hasta las leyes secundarias, tal es así que mediante la reforma constitucional de fecha 10 de junio de 2011 se adicionó en el párrafo quinto, del artículo primero constitucional, la prohibición de todo tipo de discriminación en el país.

También se pueden citar la expedición de las siguientes normas nacionales:

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación del año 2003. En su artículo 4 señala que:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Es así que, en el mismo año se funda la CONAPRED que es el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en México, quien señaló que el mayor número de quejas presentadas en el año 2016 por presuntos actos de discriminación atribuidos a particulares y servidores públicos fueron en razón de: la apariencia física con 182 denuncias; discapacidad con 169; embarazo 115; condición de salud 100; preferencia u orientación sexual 98; género 40; edad 40.²⁴³ Sin duda, estas cifras evidencian que en nuestro país existe la discriminación tanto en el sector público, como en el privado.

243 Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, Boletín 2016-001. *Discapacidad y apariencia física, principales quejas por discriminación en México*. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=boletin&id=860&id_opcion=&op=213, fecha de consulta: 22 de enero de 2018.



En ese mismo orden de ideas, podemos observar hoy en día diversos actos de discriminación, desde no dejar ingresar a un establecimiento por no ir con la vestimenta adecuada, hasta negar derechos fundamentales a las personas.

Para ejemplificar lo anterior, se puede presentar el listado que el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación ha hecho, con algunos casos de actos de discriminación, siendo las más propensas a ser discriminadas las personas con discapacidad, adultos mayores, niñas, niños, jóvenes, personas indígenas, con VIH, no heterosexuales, con identidad de género distinta a su sexo de nacimiento, personas migrantes y refugiadas, entre otras.

Algunos ejemplos claros de conductas discriminatorias son:

1. Impedir el acceso a la educación pública o privada por tener una discapacidad, otra nacionalidad o credo religioso.
2. Prohibir la libre elección de empleo o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo, por ejemplo, a consecuencia de la corta o avanzada edad.
3. Establecer diferencias en los salarios, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales, como puede ocurrir con las mujeres.
4. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir la libre determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas.
5. Negar o condicionar los servicios de atención médica o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios.
6. Impedir la participación, en condiciones equitativas, en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole a causa de una discapacidad.
7. Negar o condicionar el acceso a cargos públicos por el sexo o por el origen étnico.²⁴⁴

244 Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, Discriminación e igualdad. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142, fecha de consulta: 17 de enero de 2018.



1. Análisis legislativo y jurisprudencial nacional de la discriminación en la seguridad social

Es importante reconocer y presentar los casos de discriminación que se encuentran en nuestra legislación en materia de seguridad social. Principalmente en la Ley del Seguro Social (LSS), la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) y la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM).

Lo anterior, con el objetivo de observar como la propia ley viola el principio de la no discriminación a través de la acción u omisión de actos, distinción, restricción, preferencia o exclusión, lo que influye directamente en la obstaculización del goce o ejercicio del derecho humano a la seguridad social.

En este sentido, analizaremos los actos de discriminación que realiza la ley en las cinco ramas de aseguramiento, en específico en algunas de sus contingencias aseguradas que traen como consecuencias la discriminación en el otorgamiento de las prestaciones que de ellas derivan.

Las ramas a analizar son:

- Riesgos de trabajo
- Enfermedades y maternidad
- Invalidez y vida
- Cesantía en edad avanzada, vejez y retiro (CVR)
- Guarderías

Sin embargo, para efectos de sintetizar el análisis de la rama de invalidez y vida y CVR, se reunirán en una sola categoría de análisis por encontrarse en ellas una discriminación común: el otorgamiento de las pensiones.

A. Riesgos de trabajo

La rama de riesgos de trabajo representa uno de los principios fundamentales del seguro social, que es el proteger a los trabajadores de accidentes y enfermedades que se presentan como consecuencia del desarrollo de sus actividades laborales.

En este sentido, esta rama de aseguramiento a su vez protege dos contingencias: las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, de las



que se desprenden las consecuencias de: incapacidad temporal, permanente parcial o total y la posibilidad del fallecimiento del asegurado.

Sobre esta última contingencia abordaremos quiénes son los beneficiarios susceptibles a recibir una prestación económica o ayuda asistencial a consecuencia de la muerte del asegurado, donde se puede observar que los actos de discriminación son al momento de establecer ciertas condicionantes para el otorgamiento de dicha prerrogativa. Derivado de esto observamos que existe la discriminación hacia ciertos grupos poblacionales como lo son:

1. Hombres
2. Homosexuales²⁴⁵
3. Concubinos e
4. Hijos adoptivos

Como primer punto observamos que la Ley del Seguro Social nos señala que las personas susceptibles a recibir dicha pensión son: la viuda del asegurado, así como el viudo o concubinario. Por lo que respecta a este último, se le impone un requisito extra que a todas luces resulta ser discriminatorio: “que hubiera dependido económicamente de la asegurada”, resultando un requisito discriminatorio por el simple hecho de ser hombre, pues en el artículo 64, fracción II de la LSS, no se exige a las esposas o concubinas del trabajador asegurado la comprobación de la dependencia económica. Dicho precepto establece:

II. A la viuda del asegurado se le otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido a aquél, tratándose de incapacidad permanente total. La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que hubiera dependido económicamente de la asegurada. El importe de esta prestación no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida;²⁴⁶

245 Cabe señalar que en términos del Diccionario Real de la Academia, se entiende como homosexual aquella persona que siente atracción sexual, emocional hacia otra del mismo sexo. Es por ello que en este capítulo nos sujetaremos a dicha término al referirnos tanto a hombres (gays), como mujeres (lesbianas).

246 Ley del Seguro Social, Artículo 64, Fracción II.



En el análisis de esta discriminación, se deben resaltar dos elementos:

- En un primer término podemos decir que la ley está actuando de manera injusta, violando el principio de no discriminación, así como la garantía del derecho a la seguridad social hacia los hombres, ya que se le solicita como requisito el mostrar la dependencia económica con respecto a la trabajadora fallecida. No obstante, el esposo o concubino tiene el mismo derecho de recibir dicha prestación como lo tiene la esposa o concubina, sin poner condicionantes.
- Como segundo supuesto tenemos que no se están protegiendo los derechos de los homosexuales, ya que la ley expresa el otorgamiento de la prestación a la viuda del asegurado, o el viudo o concubinario de la asegurada. Sin embargo, no señala que la concubina o esposa de la trabajadora o concubino o esposo del trabajador puedan acceder a este derecho. Recordemos que la LSS es de aplicación estricta y por tanto es discriminatoria. Es importante recalcar que al crear una nueva figura jurídica, en este caso el matrimonio entre iguales, es necesario empezar a reconocer sus derechos que adquirieron a través de éste, en este sentido el derecho a ser beneficiario del trabajador asegurado.

De esta manera podemos decir que dicha fracción tendría que ser redactada de la siguiente manera: II. A las viudas, viudos, concubinas o concubinarios de la asegurada o asegurado se les otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido al o la trabajadora, tratándose de incapacidad permanente total. El importe de esta prestación no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida.

Por otra parte, la LISSSTE muestra el orden de los acreedores para poder recibir la pensión en caso de fallecimiento de un trabajador por riesgos del trabajo o invalidez.

Estableciendo en primer lugar al cónyuge supérstite.²⁴⁷ La interpretación de la fracción primera del artículo 131 nos permite entender que puede

247 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Artículo 131, Fracción I.



ser la esposa del trabajador, el esposo de la trabajadora, o bien la esposa de la trabajadora, o el esposo del trabajador, caso totalmente diferente a la LSS — que como se mostró— hace hincapié sólo en la relación heterosexual.

Pero en la fracción II del Art. 131 de la LISSSTE hace una discriminación a los concubinos y concubinas, ya que señala:

A falta de cónyuge, la concubina o concubinario solo o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones señaladas en la fracción anterior, siempre que la concubina hubiere tenido hijos con el Trabajador o Pensionado o el concubinario con la Trabajadora o Pensionada.
[...]²⁴⁸

De tal forma que esta fracción debería de estar redactada de la siguiente manera: A falta de cónyuge, la concubina o concubinario sólo o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones señaladas en la fracción anterior.

Por otra parte, en la fracción V del mismo artículo existe un caso de discriminación ya que señala que: *los hijos adoptivos sólo podrán ser beneficiarios a la pensión por orfandad cuando la adopción se haya realizado por el trabajador antes de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad.*²⁴⁹

Esta fracción violenta el interés superior del menor, ya que en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se establece en su artículo 13, fracción IX el derecho que tienen a la protección de la salud y a la seguridad social.

Siendo así que la condición en la edad para realizar la adopción es un elemento discriminatorio.

Ahora bien, la LISSFAM tiene una organización en su seguro social diferente a los dos anteriores, es por ello que los militares tienen derecho a la prestación económica por haberes de retiro, es decir se otorga la misma prestación monetaria al militar incapacitado en servicio y al militar que cumplió con los años de servicio.

248 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Artículo 131, Fracción II.

249 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Artículo 131, Fracción V.



La ley en comento define quiénes son los beneficiarios de un haber de retiro a consecuencia de que un militar fallezca en activo o estando en situación de retiro, expresando a la viuda o viudo, concubina, concubino, los padres, hermanos, menores de edad. Sin embargo, incurre en algo similar al supuesto —analizado con anterioridad— en la LISSSTE que es el otorgar la prestación a los hijos adoptivos siempre y cuando la adopción se haya hecho por el militar antes de haber cumplido 45 años de edad (artículo 47), es decir en este instituto se reduce la edad del asegurado adoptante.²⁵⁰

B. Enfermedades y maternidad

Esta rama protege al trabajador de dos contingencias de distinta naturaleza: la enfermedad y los accidentes sin relación en la actividad laboral; y a la maternidad, por lo que serán tratados de forma diferenciada:

a) Enfermedades y accidentes no profesionales

Sus consecuencias se atienden a través de la atención médica y las prestaciones económicas consistentes principalmente en los subsidios por incapacidad laboral, de tal manera que, tanto el asegurado, como sus beneficiarios no deban padecer la merma económica a consecuencia de una enfermedad.

No obstante lo anterior, nos enfrentamos a la problemática de la discriminación en la ley, mediante los requisitos que se imponen para poder ser beneficiario de una prestación en especie en caso de enfermedad o accidentes no profesionales. Haciendo énfasis otra vez en los siguientes grupos poblacionales:

1. Hombres
2. Homosexuales
3. Concubinos
4. Padre y madre

El supuesto a analizar es que la LSS solicita tanto a los hombres, como a los padres y madres de los asegurados, que son beneficiarios de la prestación en especie, la dependencia económica del asegurado y la cohabitación, expre-

250 Ley de Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, Artículo 47.



sados en el artículo 84 fracción III y VIII, por lo que hay dos casos de discriminación:

Los padres pueden ser dependientes económicos y al mismo tiempo no tener dependencia física y no necesitar aún de la cohabitación con los hijos, por lo que pueden residir en sus propias casas, asimismo los hombres no deben ser dependientes económicos de la trabajadora, ya que a las mujeres no se les solicita este requisito y esto es un acto puro de discriminación.

En el caso de los homosexuales la ley los discrimina ya que no hace referencia a que el esposo del trabajador o la esposa de la trabajadora puedan ser acreedores a la prestación en especie.

Por su parte en la LISSSTE se puede interpretar en su artículo 41 que el cónyuge en general puede ser beneficiario de la prestación en especie por lo que se entiende que el esposo o esposa de un trabajador homosexual puede ser acreedor. Sin embargo, en el caso de concubinos y concubinas la ley es específica, estableciendo como concubinos “al varón o la mujer con quien, la trabajadora o la pensionada con relación al primero, o el trabajador o el pensionado, con relación a la segunda”.²⁵¹

Por ende, consideramos que este artículo tendría que decir: I. El cónyuge, o a falta de éste, el varón o la mujer con quien, la trabajadora o la pensionada o el trabajador o el pensionado, ha vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores a la enfermedad o con quien tuviese uno o más hijos(as), siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio.

Por otra parte, la LISSFAM —al igual que las otras dos leyes analizadas— solicita la dependencia económica de los padres con respecto a los hijos.

b) Maternidad

Otra contingencia que se protege dentro de esta rama de aseguramiento es la maternidad, que si bien es una situación que pone en estado vulnerabilidad a la mujer, es a través de la atención médica y las licencias de maternidad que las mujeres gestantes y sus hijos son protegidas durante el embarazo, el puerperio y la lactancia.

El embarazo es un motivo de discriminación hacia las mujeres en los centros de trabajo (despido laboral, falta de condiciones adecuadas a la gestación,

251 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Artículo 41, Fracción I.

etcétera) pese a que se encuentre protegido por instrumentos internacionales como el Convenio Núm. 183 sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo, el cual entra en vigor el 7 de febrero de 2002 y aún **no** ha sido ratificado por nuestro país, únicamente lo han ratificado 34 países hasta la fecha.²⁵²

Dicho convenio protege a las madres trabajadoras a través de la licencia por maternidad, licencia en caso de enfermedad o de complicaciones, protección al empleo y no discriminación, así como los periodos que se les otorga a las madres lactantes.

México al no haber ratificado este convenio no le es legalmente vinculante, lo cual significa que no tiene el compromiso jurídico de acatar las disposiciones plasmadas en él.

Según estadísticas del CONAPRED, del año 2011 a la fecha se han recibido 3,101, expedientes de quejas y reclamaciones por presuntos actos de discriminación laboral. De este total, 2,331, fueron por actos atribuidos por personas particulares y 770 por actos de servidores públicos federales. Así mismo, señalan que el estar embarazada es la primera causa de discriminación laboral en México, ya que hasta la fecha se han presentado 746 quejas por esta causa.²⁵³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado mediante tesis aislada, en atención a la discriminación a trabajadoras del Estado, estableciendo que:

La condición física y social en la cual se ubica la trabajadora embarazada, aunque sea de confianza, derivada del despido de su trabajo, la coloca en una situación de vulnerabilidad y una discriminación que se encuentra prohibida por el parámetro de control de regularidad constitucional. Ello es así porque la mujer tiene, de manera particular, el don de la vida y su guarda, por lo que es necesario preservar su salud física y mental, facilitándole el descanso necesario pre y posnatal, así como la excedencia o el derecho de gozar de prestaciones de seguridad social. Pero, la protección no es sólo para la mujer embarazada sino, además, de la vida y salud del hijo por nacer; por lo que la protección

252 Organización Internacional del Trabajo, Convenio Núm. 183, Sobre la protección de la maternidad. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183, fecha de consulta: 24 de enero de 2018.

253 Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, *Discriminación e igualdad*, op. cit.



de la mujer embarazada y trabajadora llega al extremo de constituir un fuero maternal, porque previene la discriminación por razón de sexo —en el trabajo—. En este sentido, la protección de la salud y a la no discriminación son dos derechos fundamentales vinculados que corresponden a la mujer trabajadora embarazada [...].²⁵⁴

De la anterior tesis aislada se desprende que no sólo se viola el derecho a la no discriminación, sino también al derecho a la seguridad social como derecho humano.

Otro caso de discriminación en que incurren las tres leyes analizadas en materia de seguridad social, derivan en la no protección explícitamente de la maternidad no biológica, es decir no se otorga ninguna prestación ni en especie, ni económica a las mujeres trabajadoras que adoptan.

Un supuesto más de discriminación normativa en el núcleo beneficiario está en las hijas beneficiarias dependientes de la trabajadora o trabajador asegurado, ya que en el caso del IMSS se otorga únicamente a las trabajadoras aseguradas, esposas, concubinas, así como la esposa del pensionado; sin otorgar la protección a las hijas de los asegurados.

Algunas de las prestaciones que se otorgan en la contingencia por maternidad son:

- Derecho a atención médica: gineco-obstétrica y atención materno-infantil;
- Derecho a la remuneración pre y post parto;
- Derecho a la licencia por maternidad;
- Derecho a la prestación de guardería;
- Derecho al reposo para la lactancia, y
- Derecho a los cuidados infantiles.

Derivado de lo anterior, podemos decir que ante la situación de no otorgar prestaciones a las mujeres que adoptan, así como en algunos casos a las hijas y dependientes económicos mujeres, no sólo se están violando sus dere-

254 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Trabajadoras embarazadas al servicio del Estado. Su despido constituye un acto de discriminación por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, XI.1o.A.T.28 L (10a.), Tesis Asilada: Constitucional, Libro 26, enero de 2016, Tomo IV, febrero, 2009, p. 3313.



chos, sino también el interés superior del niño, ya que si bien no le permitiría alcanzar el máximo de bienestar, como se consagra en la Convención de los Derechos del Niño estableciendo en su artículo 26: *los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.*²⁵⁵

C. Invalidez y vida y cesantía en edad avanzada, vejez y retiro

Dentro del sistema pensionario mexicano existen diversas formas para obtener una pensión y jubilación, es por ello que en este apartado abarcaremos la discriminación normativa hacia los beneficiarios para recibir una pensión por viudez en las ramas de aseguramiento tanto de invalidez y vida, así como de cesantía en edad avanzada, vejez y retiro.

En la rama de aseguramiento de invalidez y vida analizaremos quiénes son sujetos de discriminación por la contingencia de la muerte del trabajador o pensionado, es decir a falta de éste se genera una pensión que se extiende a los sobrevivientes del fallecido ya sea por viudez, concubinato, orfandad, ascendientes, según corresponda, entre los cuales podemos decir que sufren discriminación los siguientes:

1. Hombres
2. Homosexuales
3. Cónyuges

De tal manera que encontramos diversas tesis aisladas que hacen referencia a la discriminación que se le realiza al hombre en la legislación para poder ser beneficiarios de una pensión por viudez, entre estas tesis encontramos:

1. “Pensión por viudez. El artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar su otorgamiento a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabaja-

255 Convención de los Derechos del Niño, Artículo 26.



- dora asegurada fallecida, violando el artículo 123, apartado a, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.²⁵⁶
2. Pensión por viudez. El artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar su otorgamiento a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola las garantías de igualdad y de no discriminación”.²⁵⁷ Ambas tesis aisladas emanan del amparo en revisión 664/2008, resuelto por la Segunda Sala.
 3. “Pensión por viudez del viudo o concubinario. El artículo 14, inciso a), tercer párrafo, del régimen de jubilaciones y pensiones inserto al contrato colectivo de trabajo (bienio 2011-2013), del Instituto Mexicano del Seguro Social, al establecer como requisitos para obtenerla que el interesado acredite encontrarse totalmente incapacitado y haber dependido económicamente de la trabajadora fallecida, contraviene el principio de jerarquía normativa y viola los derechos humanos de igualdad y no discriminación”.²⁵⁸ Este último es resuelto por un Tribunal Colegiado de Circuito del amparo en revisión 956/2014.

Si bien, estas tesis hacen referencia a la discriminación que sufren los hombres para ser beneficiarios de la pensión por viudez, ya que el viudo o concubinario deben acreditar la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, es así que nos damos cuenta que la ley viola el

256 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Pensión por viudez*, Artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar su otorgamiento a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola el artículo 123, apartado a, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, 2a. VII/2009, Tesis Asilada: Constitucional, laboral Libro 37, Tomo XXIX, febrero de 2009, p. 470.

257 *Idem*.

258 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Pensión por viudez del viudo o concubinario*. El artículo 14, inciso a), tercer párrafo, del régimen de jubilaciones y pensiones inserto al contrato colectivo de trabajo (bienio 2011-2013), del Instituto Mexicano del Seguro Social, al establecer como requisitos para obtenerla que el interesado acredite encontrarse totalmente incapacitado y haber dependido económicamente de la trabajadora fallecida, contraviene el principio de jerarquía normativa y viola los derechos humanos de igualdad y no discriminación, Décima Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, I.13o.T.116 L (10a.), Tesis Asilada: Constitucional, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III, p. 2445.



principio de la no discriminación, así como la garantía de la seguridad social, ya que si durante su vida laboral la extinta trabajadora cotizó para que quienes le sobrevivieran y tuvieran derecho a ello disfrutaran de los seguros previstos en la ley, entonces la pensión por viudez no es una concesión gratuita, sino un derecho generado durante su vida productiva con el objeto de garantizar, en alguna medida, la subsistencia de sus beneficiarios. Cabe señalar que pese las resoluciones de la Corte, las leyes no han sido reformadas.

En el caso de las parejas del mismo sexo, la LSS y la LISSSTE no les conceden el derecho a la pensión por viudez, a pesar de que al contraer matrimonio o al estar en concubinato se genera este derecho.

Es así que el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación emitió la Resolución por Disposición 2/2011 dirigida al Instituto Mexicano del Seguro Social y al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, para que ambas instituciones garanticen el ejercicio pleno y en igualdad de trato y de oportunidades a quienes son derechohabientes, sin ningún tipo de discriminación.²⁵⁹

Derivado de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su Segunda Sala, emitió recientemente una tesis aislada donde señala que se violan los derechos de no discriminación, igualdad y seguridad social a las parejas del mismo sexo, dicha tesis aislada tiene su origen en del amparo en revisión 710/2016, el cual tiene como antecedente lo siguiente:

Una trabajadora del Estado de Nuevo León afiliada al ISSSTE, celebra en el año 2011 matrimonio civil bajo la sociedad conyugal, posteriormente en el año 2012 presenta escrito ante el Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas del ISSSTE en el Estado de Nuevo León, a efecto de solicitar la inscripción de su cónyuge como derechohabiente de ese Instituto, por lo que en ese mismo año el Jefe de Servicios de Incorporación y Vigencia de Derechos de la Subdirección de Afiliación y Vigencia de Derechos del ISSSTE le comunicó a la solicitante que no era *jurídicamente posible atender las solicitudes de incorporación de matrimonios o concubinatos entre personas del mismo géne-*

259 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Resolución por Disposición 2/2011. Disponible en: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/R%202011%20IMSS%20e%20ISSSTE%20Matrimonios.pdf>, fecha de consulta: 20 de enero de 2018.



*ro, a menos que así lo ordenara una autoridad judicial o se modificara la referida norma; por ende, el registro solicitado fue negado.*²⁶⁰

Claramente se puede observar la discriminación que existe por parte de la LISSSTE, al no reconocer como familiares derechohabientes a las parejas del mismo sexo, así como los requisitos que impone para ser beneficiarios en las prestaciones de maternidad, enfermedades y pensión, ya que dicha ley establece los sujetos que, derivado del matrimonio o del concubinato, tendrán derecho a acceder a los beneficios de seguridad social, es decir que para poder acceder a uno de estos beneficios deben corresponder a personas de sexos diferentes entre sí, por lo cual los trabajadores inscritos en este instituto de seguridad social están siendo vulnerados en sus derechos de seguridad social y no discriminación.

Es así, que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otorgó el amparo a dicha trabajadora.

Además, para los casos de discriminación del Instituto Mexicano del Seguro Social, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, emitió en noviembre de 2017 la recomendación 53/2017 argumentando que dicho instituto de seguridad social omitió proteger y garantizar los derechos humanos a la seguridad social, igualdad, no discriminación, legalidad y seguridad jurídica, al restringir el acceso de los tres denunciantes a la pensión por viudez.

Un caso más de discriminación normativa lo encontramos en la LSS, artículo 130, así como en el artículo 131, fracción II, de la LISSSTE ya que ambas señalan como requisito para las concubinas el haber vivido juntos por lo menos los cinco años que precedieron a la muerte del trabajador.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia señaló en una Jurisprudencia mediante contradicción de tesis que: si acredita que el asegurado o pensionado por invalidez y la reclamante de la pensión, ambos estaban libres de matrimonio, cohabitaron como si fueran marido y mujer del fallecimiento de aquél

260 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Los Artículos 6, Fracción XII, Inciso A), 39, 40, 41, Fracción I, 131 y 135, Fracciones I y II, de la ley relativa, violan los derechos a la igualdad y no discriminación, a la familia y a la seguridad social de las parejas integradas por personas del mismo sexo, Décima Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, 2a. IX/2017 (10a.), Tesis Asilada: Constitucional, Libro 40, marzo de 2017, Tomo II, p. 1393.

y además procrearon hijos, no será necesario demostrar la convivencia por cinco años.²⁶¹

Para el otorgamiento de una pensión por viudez, encontramos también la discriminación que se le realiza a la esposa del trabajador, ya que prohíbe otorgar dicha pensión bajo dos supuestos: el primero es cuando la muerte del trabajador sucede antes de cumplir seis meses de matrimonio; y el segundo cuando se haya contraído matrimonio después de haber cumplido éste los cincuenta y cinco años de edad, a menos que a la fecha de la muerte haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, señalados en el artículo 132 de la LSS y 136 LISSSTE. Lo cual significa una discriminación por razón de edad, puesto que la vida no es un requisito exigible.

Para el primer supuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Segunda Sala resolvió el amparo en revisión 1401/2015, en el cual la quejosa en el año de 2014, solicita la pensión por viudez, por lo cual le fue negado por la Jefa del Departamento de Pensiones de la Subdelegación Tlalnepantla, estableciendo que no cumplía con los requisitos de la temporalidad, es decir no habían transcurrido seis meses de matrimonio y tampoco comprobó haber procreado hijos con él; es por ello que al llegar a la SCJN, los ministros resolvieron que es inconstitucional el poner condicionantes para recibir una pensión por viudez ya que es una situación ajena a los contrayentes, y que en este sentido se estarían transgrediendo los derechos a la seguridad social e igualdad.

Para el segundo supuesto, se emite tesis aislada, que emana del amparo indirecto 101/2016, el asunto versa sobre una beneficiaria que contrajo primeras nupcias en 2007 siendo que se divorciaron y vivieron juntos hasta 2012, es así que en septiembre de ese mismo año contrajeron nupcias por segunda ocasión, posteriormente el 11 de marzo de 2013 fallece el trabajador. Al respecto el Tribunal Colegiado de Circuito señala que la intención de la norma al poner esta condicionantes es evitar que se lleven a cabo matrimonios con personas de edad avanzada con el objetivo de obtener una pensión; sin embargo, hace mención que no es la única medida para evitar fraudes, siendo

261 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Pensión de viudez en favor de la concubina*. Procede su otorgamiento cuando haya tenido hijos con el asegurado, si en la fecha de su fallecimiento ambos estaban libres de matrimonio. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, 2a./J. 192/2010, Jurisprudencia, Tomo XXXIII, enero de 2011, p. 999.



que se puede dar protección de derechos fundamentales como lo es el de la seguridad social, por otros medios menos restrictivos.²⁶²

En otro sentido, al hablar de la rama de cesantía en edad avanzada y retiro, encontramos que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado establece una diferencia de edades para ser acreedor a una pensión, lo que tiende a hacer un acto de discriminación positiva o acción afirmativa, ya que establece 30 años de servicio para hombres y 28 para mujeres, retirándose con el 100% del promedio de su sueldo básico del último año de servicio, es decir los varones trabajan dos años más que las mujeres para poder ser acreedor a una pensión con el mismo porcentaje.²⁶³

Desde el año de 2010 las edades de jubilación se fueron incrementando un año cada dos años para que en el 2028 la edad de jubilación para hombres sea 60 años y para mujeres 58 años de edad.

Es así que hasta el 2017 los hombres debían tener 54 años de edad y las mujeres, mínimo 52 años.

Tabla 1. Pensión por jubilación conforme a la edad en el ISSSTE ²⁶⁴

Años	Edad mínima de jubilación trabajadores	Edad mínima de jubilación trabajadoras
2010 y 2011	51	49
2012 y 2013	52	50
2014 y 2015	53	51
2016 y 2017	54	52

262 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pensión de viudez. El artículo 154, fracción II, de la Ley del Seguro Social derogada, que establece como condición para su otorgamiento que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio con el asegurado, cuando a su realización éste cuente con más de 55 años de edad, contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, Décima Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, (IV Región).2 CS (10a.), Tesis Aislada: Constitucional, Libro 34, , Tomo IV, septiembre de 2016, p. 2853.

263 Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Artículo 10 Transitorio.

264 *Idem*.



2018 y 2019	55	53
2020 y 2021	56	54
2022 y 2023	57	55
2024 y 2025	58	56
2026 y 2027	59	57
2028 en adelante	60	58

Fuente: Artículo 10 Transitorio del LISSSTE

D. Guarderías

La prestación de guardería infantil en la actualidad surge de la necesidad que tenían sólo las mujeres para incorporarse al mercado laboral, ya sea por superación profesional, por necesidad o ambas; sin embargo, hoy se reconoce como una necesidad de los padres trabajadores incluyendo madres y padres en el mismo término.

En el ámbito laboral se observa una segregación en los derechos laborales hacia el hombre, debido a que no cuentan con el mismo trato, ni prestaciones que las madres trabajadoras y sus hijos también son discriminados en comparación a los hijos de las madres trabajadoras, como se verá a continuación.

El Art. 201 de la LSS establece que:

El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.²⁶⁵

De igual manera el artículo 2, fracción XIX del Reglamento del Servicio de Estancias para el Bienestar y Desarrollo Infantil del ISSSTE señala que:

²⁶⁵ Ley del Seguro Social, Artículo 201.



XIX. Personas Beneficiarias. - Las madres trabajadoras y, por excepción, los padres trabajadores que se hayan divorciado, queden viudos o que por cualquier otra circunstancia tengan a su exclusivo cargo la custodia legal del Niño o la Niña, siempre que lo acrediten en términos de las disposiciones jurídicas aplicables.²⁶⁶

Mientras que en la LISSFAM no establece ningún tipo de condicionante para ser beneficiario de esta prestación, ya que solo hace mención en su artículo 136 que:

[...] el Instituto establecerá en plazas de importancia, centros de bienestar infantil para atender a los niños mayores de 45 días y menores de 7 años, hijos de militares, cuando se acredite la necesidad de esa ayuda.²⁶⁷

Es por ello, que la LSS y el Reglamento del Servicio de Estancias para el Bienestar y Desarrollo Infantil del ISSSTE son normas discriminantes, ya que otorgan la prestación de guardería a las mujeres trabajadoras y a aquellos hombres que sean viudos o que tengan la custodia legal del menor, lo que podemos considerar como una violación a los derechos laborales del hombre, debido a que ellos pueden y deberían tener el mismo derecho a la prestación de guardería sin necesidad de acreditar alguno de los dos supuestos antes mencionados. En muchos casos, aunque la esposa o concubina madre del menor trabaje no se encuentra asegurada. Recordemos que el sector informal en este país se nutre principalmente de mano de obra femenina.

Esto ocasiona que, aunque los padres sean asegurados de IMSS o ISSSTE deben inscribir a sus hijos en una guardería particular, violando con ello el derecho del menor a asistir a una guardería que le servirá para su desarrollo y formación, derecho contenido en la Convención de los Derechos del Niño.²⁶⁸

Existe una tesis aislada de la Suprema Corte "Guarderías del IMSS. Al preverse requisitos diferenciados a la mujer y varón asegurados para acceder a

266 Reglamento del Servicio de Estancias para el Bienestar y Desarrollo Infantil del ISSSTE, Artículo 2, fracción XIX.

267 Ley de Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, Artículo 136.

268 Convención de los Derechos del Niño, Artículo 18, Párrafo 3.

este servicio, se transgrede el derecho a la igualdad”,²⁶⁹ que emana del amparo en revisión 59/2016, resuelto por la Segunda Sala. Esta resolución señala claramente que la legislación no permite a los hombres trabajadores tener acceso a la prestación por guardería, violando los siguientes derechos: no discriminación, igualdad entre hombres y mujeres, derecho a la seguridad social y el interés superior del menor.

Esta tesis aislada surge en febrero de 2015, cuando un trabajador intentó inscribir a su hijo en una de las guarderías del IMSS y le fue negado el derecho por no encontrarse reconocido en los Arts. 201 y 205 de la LSS, derecho concedido por la ley exclusivamente a las madres trabajadoras, a los trabajadores viudos, divorciados o a aquellos que judicialmente conserven la custodia de sus hijos.

Inconformes con lo anterior, los padres promovieron un amparo indirecto, en el que impugnaron tanto las leyes, como el oficio de negativa del servicio de guardería.

Al respecto la Segunda Sala hace un énfasis dentro de su resolución sobre la importancia que tiene el juzgar con perspectiva de género señalando que:

Constituye un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad. En otras palabras, tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes enfrentan un proceso judicial, adoptando medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses.

El estudio de las normas impugnadas con perspectiva de género, derivan en un trato diferenciado que resulta discriminatorio por razón de género, sin que sea relevante que en este caso dicho trato prive de un derecho al padre

269 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guarderías del IMSS. Al preverse requisitos diferenciados a la mujer y varón asegurados para acceder a este servicio, se transgrede el derecho a la igualdad, Décima Época, Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación y su gaceta, 2a. CXXXIII/2016 10a., Tesis Asilada: Constitucional, Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, p. 909.



trabajador, pues el principio de igualdad y el de no discriminación por razón de género, no sólo debe apreciarse desde la óptica de la mujer, pues si bien es verdad que tradicionalmente, debido fundamentalmente a patrones culturales, es ella quien puede ver menguados sus derechos, lo cierto es que también el hombre puede resultar afectado por esta misma visión de género, como acontece en las normas materia de análisis.²⁷⁰

Es así que dicho amparo fue resuelto de manera favorable.

IV. CONCLUSIONES

Como ha sido demostrado, es inaudito que en un país que ha emprendido tantas acciones en pro de la igualdad y combatiendo la discriminación, sean sus propias normas jurídicas obsoletas las que generen discriminación normativa en contra de hombres, mujeres, homosexuales, niños, adultos mayores e hijas de asegurados.

El reconocimiento de la seguridad social como derecho humano impone al Estado mexicano una gran responsabilidad con su población, pero recordemos que el Estado somos todos, no sólo los gobernantes y las instituciones. La generación del derecho (a través del poder legislativo) la administración de éste (a través de las instituciones de seguridad social) y la aplicación de la justicia de la seguridad social (poder judicial) se lleva a cabo por ciudadanos para ciudadanos y es quehacer de todos. Pero todo empieza por un primer paso: reconocer el problema que aquí ha sido evidenciado, ahora nos corresponde a cada uno realizar las acciones que nos competen desde nuestra esfera de desarrollo.

270 *Idem.*



Las obligaciones de los funcionarios de la seguridad social en materia de derechos humanos

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Maestro Emérito de la Universidad de Guadalajara

Sumario: I. Introducción al tema. II. Las obligaciones y responsabilidades inherentes a todo servicio público. III. Obligaciones y responsabilidades de los funcionarios de la seguridad social en materia de los derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Sin duda que uno de los álgidos puntos de discusión en materia laboral, es determinar hasta qué punto tiene lógica la diferenciación que a nivel constitucional se hace acerca del empleo en México, y si guardan o no similitud los quehaceres propios de los trabajadores ordinarios regulados por el Apartado A, con respecto de las labores propias de los servidores públicos del Apartado B, ambos Apartados del ya mítico artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la que recién termina de celebrar el primer Centenario de su promulgación y por cierto, haciéndosele una radical reforma en materia de justicia laboral que inevitablemente también involucra a la seguridad social.



Al respecto, suele decirse que la más notoria las diferencias consiste en que se realizan labores productivas de bienes en el trabajo ordinario, en tanto que los empleados públicos básicamente prestan servicios, siendo el Estado mexicano el mayor empleador del país, con un total de 2'283,625 de servidores públicos federales y locales —según datos del INEGI consolidados a junio de 2017—;²⁷¹ ello significa entonces que en números gruesos existen en México cerca de dos servidores públicos por cada cien habitantes, de los cuales por cierto el 52.7% de ellos son mujeres aunque tan sólo dos de cada diez ostentan cargos directivos, y sin dejar de observar el sensible dato de que el 65.1% de todos los servidores públicos del país son sindicalizados o de base, el 17.2% son empleados de confianza, y el 12.2% restante tan solo tienen contrato como eventuales o dizque por honorarios, pese a ser en la realidad empleados subordinados al servicio del Estado, que no trabajadores autónomos.

Por supuesto, trátase de trabajadores ordinarios o de servidores públicos —bien sean federales o al servicio de las entidades federativas del país—, obviamente que *todos ellos tienen derechos y obligaciones* establecidos en los Apartados A y B del artículo 123 de la CPEUM, como también se establecen en las respectivas legislaciones reglamentarias de dichos Apartados: la Ley Federal del Trabajo (LFT), en el caso del trabajo ordinario regulado en el Apartado A, y que es de observancia general en todo el país; y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), reglamentaria del Apartado B del aludido precepto constitucional, la que regula específicamente el trabajo de los burócratas federales.²⁷²

Lo anteriormente afirmado sin dejar de precisar que la LFTSE no aplica en tratándose de servidores públicos de las 31 entidades federativas, pues éstas constitucionalmente están facultadas para emitir sus respectivas legislaciones que regulen dichas relaciones laborales entre sus Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, con sus respectivos servidores públicos, ello en base a lo ordenado por la fracción VI del artículo 116 de nuestra Carta Magna; de tal suerte que no es el Apartado B del precitado artículo 123 constitucional el que

271 Para mayores referencias estadísticas sobre el tema del trabajo burocrático, consúltese el Informe relativo del INEGI. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/publica2017_Nal.pdf

272 Véase el texto íntegro de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B del precitado artículo 123 constitucional, en la siguiente liga web: <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/111.doc>.

rige las relaciones laborales de los servidores públicos locales, sino que las regula expresamente la legislación de la materia emanada del Poder Legislativo de cada entidad federativa del país.

Así las cosas, en congruencia con el Título Sexto: “Del Trabajo y de la Previsión Social”,²⁷³ que contiene al artículo 123 y sus disposiciones reglamentarias, por razones históricas y en pleno respeto a la peculiar *soberanía* de que disfrutaran nuestras entidades federativas, por simple analogía, extensión y mayoría de razón normativa, a cada estado de la república le corresponderá establecer, a la par que el marco rector de sus relaciones laborales, *también sus propios sistemas de protección social de sus servidores públicos*; es decir, al través de la negociación colectiva con sus sindicatos de burócratas, generar esquemas protectores locales de previsión social laboral, así como al través de una legislación local crear también un sistema local seguridad social que proteja a sus operarios de base o de confianza y a sus familiares dependientes económicos, el que cada cual podrá construir a su manera, si bien respetando a las legislaciones federales de los seguros sociales existentes.

Por otra parte, debe quedarnos claro a todos que el trabajo es clave en la realización humana y que además debe ser útil a la sociedad, pues dicha actividad da sentido a nuestra existencia. Sucede que todos trabajamos en algo, sean hombres y mujeres, en cualquier edad y condición económica, aún las personas con capacidades diferentes; sin embargo, aunque todos trabajamos, no todos lo hacen subordinadamente al servicio de un emulador. De manera entonces que no son sinónimos *trabajo* y *empleo*. Porque un gran porcentaje de quienes en edad productiva trabajan hoy día, no lo hacen en el denominado *sector formal* al no contar con un *trabajo decente o trabajo digno*, sino que se ocupan como pueden —la mayoría de las veces por simples razones de supervivencia—, en el llamado *sector informal* de la economía, siendo este sector mayor al de las personas que tienen un empleo subordinado a un patrón, en

273 Al lector interesado en esta compleja temática, se le sugiere la lectura del ensayo breve de Ángel Guillermo Ruiz Moreno, intitulado: “La Constitución Mexicana de 1917 y su peculiar vinculación con el Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVII, enero-abril 2017, Núm. 267, pp. 467-495. Ensayo que puede ser consultado vía electrónica en la siguiente liga web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/32827/29792>



una informalidad laboral que ronda ahora mismo el 57%, según la «Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo» del INEGI, la que data de mediados 2017.²⁷⁴

Así, a pesar de ser México la decimoquinta economía global, con 1.14 billones de dólares (lo que representa únicamente el 1.54% de la economía a nivel mundial, cuando las de los Estados Unidos ronda el 25% del total, con 18 trillones de dólares), tal y como ha informado el Banco Mundial en febrero de 2017,²⁷⁵ guste o no, se reconozca oficialmente o no, sucede que nuestro país *tiene una fuerza productiva laboral prioritariamente informal* que, para colmo de males, *no tiene acceso al servicio público de seguridad social*.

Es necesario establecer desde aquí, que *el derecho al trabajo es un derecho humano* inalienable, irrenunciable e inextinguible de todo individuo, el cual, acaso por su magnificencia y trascendencia se halla previsto en los artículos 23 y 24 de la «Declaración Universal de los Derechos Humanos» (DUDH) de Naciones Unidas, que dicen lo siguiente:

Artículo 23:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

274 Véase datos de la «Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo» del INEGI, de 2017, en la siguiente liga web: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enoe_ie/enoe_ie2017_02.pdf

275 Véase datos proporcionados por el Banco Mundial, consolidados al mes de febrero de 2017, en la siguiente liga web: <http://imco.org.mx/temas/las-mayores-economias-del-mundo-en-2017-via-banco-mundial/>

Artículo 24:

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.²⁷⁶

Se añade al punto que en materia laboral no únicamente el artículo 123 de nuestra CPEUM establece una serie de disposiciones que regulan al empleo formal o regulado, precepto en cuyo primer párrafo dice textualmente que “*Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil*”,²⁷⁷ sino que, además, en la LFT —entendida aquí como una legislación reglamentaria del Apartado A del citado precepto constitucional—, en el segundo párrafo de su artículo 2o., se establece lo que debe entenderse como *trabajo digno o decente*:

Artículo 2o. *Se entiende por trabajo digno o decente* aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; *se tiene acceso a la seguridad social* y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.²⁷⁸

De tal manera que en México, para que el trabajo subordinado sea considerado como empleo digno o decente, entonces necesariamente deberá contar el empleado con la protección de la seguridad social, entendida esta última también como lo que es en realidad y que bien puede resumirse de la siguiente manera: un servicio público a cargo originariamente del Estado mexicano, del cual es su garante primario y final; un derecho social exigible al propio Estado

276 Véanse textos de los precitados artículos de la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», en la siguiente liga web: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

277 Véase el texto íntegro del primer párrafo del artículo 123 de la CPEUM, así como de sus Apartados A y B, en la liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf. Nota del autor: el énfasis en letra cursiva es propio y se utiliza para llamar la atención del lector.

278 Véase el texto íntegro del artículo 2o. de la Ley Federal del Trabajo reformada y vigente, en la liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf. Nota: El texto resultado en letra cursiva es propio y se utiliza para resaltar sus disposiciones.



nacional que puede ser reclamado incluso por la vía jurisdiccional; y también un derecho humano, tal y como demostraremos enseguida.

En efecto, sucede que la seguridad social es *un derecho humano* de acceso a dicho manto protector —no tan sólo a la seguridad social, sino al Seguro Social que es el instrumento jurídico al través del cual se puede materializar, en la vida real, dicha protección individual y familiar—, atendiendo a lo estatuido por el artículo 9o. del «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» (PIDESC),²⁷⁹ que está vigente en México y que, en base a lo estatuido por el artículo 1o. de la CPEUM y de conformidad a los principios jurídicos tanto de *convencionalidad* como *pro persona*, por dicho precepto establecidos, el contenido del PIDESC, por haber sido debidamente ratificado por el Presidente de la república con la aprobación del Senado —atento a lo previsto por el artículo 133 constitucional—, su normatividad adquiere también el rango jerárquico que nuestra Carta Magna, atento a lo establecido ya en múltiples criterios jurisprudenciales de obligada observancia dictados en la Décima Época, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a raíz de la reforma y adición del precitado artículo 1o. de nuestra Carta Magna, que cambiara radicalmente el paradigma jurídico en México.

Así las cosas, *al ser condicionante para tener con trabajo digno o decente*, contar con *acceso a la seguridad social*, es que resulta obligado para el patrón el registrarse como tal ante el Seguro Social respectivo, e inscribir a sus trabajadores subordinados en el régimen obligatorio —sean trabajadores de base, de confianza, eventuales o en listas de raya—. Precisamente por eso conviene transcribir los textos de los artículos 22 y 25 de la citada DUDH, los cuales a la letra dicen:

Artículo 22.

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la

279 Véase el texto íntegro del PIDESC, en la liga web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. También pueden localizarse los datos de la adhesión de México al PIDESC del 23 de marzo de 1981, así como del Decreto promulgatorio respectivo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) del 12 de mayo de 1981. Disponible en: https://www.colmex.mx/assets/pdfs/3-PIDESC_50.pdf?1493133895

satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. 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.²⁸⁰

De comprender tales preceptos, se desprenden varias cosas, a saber: que sin distingos, todos los seres humanos tenemos derecho a la seguridad social; que mediante el esfuerzo nacional e internacional, debe crearse un sistema adecuado a la organización y recursos de cada Estado; que es éste el único responsable y garante de este servicio público; y que la idea de este manto protector es satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales (por lo que no sólo es servicios de salud y pensiones la seguridad social). Asimismo, es evidente de que la seguridad social es un tema no sólo individual sino social, entendiéndose al individuo como parte integrante de la célula de la sociedad, que es la familia; que hay una serie de seguros específicos que se enlistan y conforman el elenco de los distintos ramos de seguros —los que son acordes con el Convenio 102 “Norma Mínima de Seguridad Social” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)—,²⁸¹ así como que la infancia y la maternidad requieren de cuidados y asistencia especiales.

280 Véase texto íntegro de ambos preceptos en la liga web: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

281 Véase texto íntegro del Convenio 120 “Norma Mínima de Seguridad Social” (1952) de la OIT, en la liga web: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102. Igualmente, se puede constatar que México ratificó las Partes II, III, V, VI, VIII, IX y X, el 12 de octubre de 1961 y, por ende, está en vigor desde entonces, por lo que puede ser invocado en tribunales en caso necesario. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102764



No se omite apuntar aquí, debido a que resultará trascendente para un adecuado análisis jurídico del tema abordado, que el artículo 9o. de la ya citada LFT, establece una diferencia entre trabajadores que opinamos, es adecuada y trascendente: la mayoría son simples *empleados* de base, en tanto que sólo algunos serán denominados como *empleados de confianza*; es decir, aquellos cuyas funciones de mando sobre los demás les convierte en funcionarios y por ende representantes al empleador en la toma de decisiones respecto del trabajo habitualmente desempeñado. Conviene para una mayor claridad acerca del tema, transcribir dicho precepto para que no quede en el lector ninguna duda al respecto:

Artículo 9o. La categoría de trabajador de confianza depende de *la naturaleza de las funciones desempeñadas* y no de la designación que se dé al puesto.

Son *funciones de confianza* las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento.²⁸²

Al respecto, en el Título Sexto de “Trabajos Especiales”, en su Capítulo II “Trabajadores de Confianza” (Capítulo integrado por los artículos del 182 al 186 de la prealudida LFT), el legislador establece las condiciones laborales a que estarán sujetos quienes son considerados como de confianza por la propia naturaleza de los trabajos que presten a su empleador. Esto en cuanto al trabajo ordinario se refiere.

Y en cuanto a los empleados públicos federales se refiere, conviene añadir que análoga situación les aplica pues, dentro del denominado Derecho Burocrático mexicano, la LFTSE, reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional, establece en sus artículos 4o. y 5o. Fracción II, lo siguiente:

Artículo 4o. Los trabajadores se dividen en dos grupos: de confianza y de base.

282 Véase el texto íntegro del artículo 9o. de la Ley Federal del Trabajo reformada y vigente, en la liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf



Artículo 5o. Son trabajadores de confianza:

[...]

II. En el Poder Ejecutivo, los de las dependencias y los de las entidades comprendidas dentro del régimen del apartado "B" del artículo 123 Constitucional, que desempeñan funciones que conforme a los catálogos a que alude el artículo 20 de esta Ley sean de:

a) Dirección, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones legales, que de manera permanente y general le confieren la representatividad e implican poder de decisión en el ejercicio del mando a nivel directores generales, directores de área, adjuntos, subdirectores y jefes de departamento.

b) Inspección, vigilancia y fiscalización: exclusivamente a nivel de las jefaturas y subjefaturas, cuando estén considerados en el presupuesto de la dependencia o entidad de que se trate, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente esté desempeñando tales funciones ocupando puestos que a la fecha son de confianza.

c) Manejo de fondos o valores, cuando se implique la facultad legal de disponer de éstos, determinando su aplicación o destino. El personal de apoyo queda excluido.

d) Auditoría: a nivel de auditores y sub-auditores generales, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente desempeñe tales funciones, siempre que presupuestalmente dependa de las Contralorías o de las Áreas de Auditoría.

e) Control directo de adquisiciones: cuando tengan la representación de la dependencia o entidad de que se trate, con facultades para tomar decisiones sobre las adquisiciones y compras, así como el personal encargado de apoyar con elementos técnicos estas decisiones y que ocupe puestos presupuestalmente considerados en estas áreas de las dependencias y entidades con tales características.

f) En almacenes e inventarios, el responsable de autorizar el ingreso o salida de bienes o valores y su destino o la baja y alta en inventarios.

g) Investigación científica, siempre que implique facultades para determinar el sentido y la forma de la investigación que se lleve a cabo.

h) Asesoría o Consultoría, únicamente cuando se proporcione a los siguientes servicios públicos superiores; Secretario, Sub-secretario, Oficial Mayor, Coordinador General y Director General en las dependencias del Gobierno Federal o sus equivalentes en las Entidades.



i) El personal adscrito presupuestalmente a las Secretarías particulares o Ayudantías.

j) Los Secretarios particulares de: Secretario, Sub-Secretario, Oficial Mayor y Director General de las dependencias del Ejecutivo Federal o sus equivalentes en las entidades, así como los destinados presupuestalmente al servicio de los funcionarios a que se refiere la fracción I de este artículo.

k) Los Agentes del Ministerio Público Federal y del Distrito Federal.

l) Los Agentes de las Policías Judiciales y los miembros de las Policías Preventivas. Han de considerarse de base todas las categorías que con aquella clasificación consigne el Catálogo de Empleos de la Federación, para el personal docente de la Secretaría de Educación Pública.

La clasificación de los puestos de confianza en cada una de las dependencias o entidades, formará parte de su catálogo de puestos.

En ese hilo de ideas, sucede pues que los denominados *trabajadores de confianza* que encuadran en tales hipótesis, la mayor de las veces son considerados como *funcionarios públicos* del Poder Ejecutivo —incluyéndose aquí a quienes aparezcan como tales en el *catálogo de puestos* de cada Dependencia de la Administración Centralizada o la Descentralizada (paraestatal)—, tal y como suele ocurrir por ejemplo con el personal secretarial administrativo de los Directores Generales, o bien de los servicios jurídicos de las diversas Dependencias, así este personal secretarial auxiliar no ejerza labores de dirección, supervisión, inspección, vigilancia o fiscalización, ni tampoco sea representante legal de la institución, toda vez que lo que más se requiere de ellos lealtad y secrecía, por lo cual, la simple pérdida de la confianza en ellos, en una causal de rescisión de la relación laboral.

En contrapartida los funcionarios, el resto de los servidores públicos que no desempeñen puestos claves, ni estén incluidos en el elenco de catálogo de puestos de confianza, serán pues considerados sólo como empleados de base.

II. LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES INHERENTES A TODO SERVICIO PÚBLICO

Sin necesidad de entrar a definir conceptualmente la palabra *responsabilidad*, gramaticalmente dicha palabra, según la Real Academia Española, tiene cua-

tro acepciones: 1) Cualidad de responsable; 2) Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; 3) Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado; y, 4) en la ciencia del Derecho, la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.²⁸³

De lo anterior, sin mayor dificultad se deduce ya que por *responsabilidad* debe entenderse: la inexcusable obligación que tiene una persona de subsanar el daño causado o el perjuicio producido a una persona sea por culpa, por dolo, o bien por un simple error u omisión en su quehacer cotidiano, lo que implica entonces un deber moral para con el sujeto agraviado. Así, todo servidor público *está a obligado a cumplir con su deber en tiempo y forma, a fin de no incurrir en responsabilidad*, provocada esta última por diversas causas:

- a) Porque dicha responsabilidad la contemple alguna ley o algún reglamento;
- b) Porque la responsabilidad sea específicamente estipulada en un contrato;
- c) Porque se fije en forma expresa dicha responsabilidad en algún convenio signado por el empleador, cualquiera que sea su naturaleza, o
- d) Porque se desprenda tal responsabilidad de hechos u omisiones, exista o no culpa dolosa del sujeto obligado a repararlos.

En ese contexto, en la práctica sucede que *todos los servidores públicos* de los tres Poderes federal y/o estatales, así como de sus organismos descentralizados federales, estatales o municipales, legalmente son sujetos de obligaciones y responsabilidades por los actos u omisiones que realicen derivados de sus propias funciones desempeñadas al servicio de la administración centralizada o descentralizada (paraestatal) —es este último caso, como lo son los funcionarios y/o empleados de los Seguros Sociales mexicanos—. Así lo previene en forma expresa el Título Cuarto “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado”, de nuestra CPEUM —artículo

283 Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Consultado en la liga web: <http://dle.rae.es/?id=WCqQQlf>



los del 108 al 114—,²⁸⁴ de cuyo análisis conjunto y sucinto se desprenden al menos los siguientes *tipos* de responsabilidades:

1) *Responsabilidad política*: que se aplicaría a servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, y sin dejar de señalar que en esta hipótesis generalmente estarán involucrados los altos funcionarios que tienen fuero constitucional.

2) *Responsabilidad penal*: que se aplicaría para servidores públicos —funcionarios y/o empleados— que incurran en la comisión de algún delito previsto en alguna norma legal aplicable al caso concreto.

3) *Responsabilidad civil*: que sería aplicada a todo servidor público —funcionarios y/o empleados— que, con su actuación u omisión, con dolo o con culpa, causen a terceros daños o perjuicios morales y materiales; y,

4) *Responsabilidad administrativa*: para todos los funcionarios y empleados públicos que falten a los principios jurídicos de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en las labores propias de su función pública.

Por lo tanto, la idea de fondo de este peculiar *sistema nacional de responsabilidades de los servidores públicos*, cualquiera que sea su rango, su adscripción o tarea encomendada, es salvaguardar tales principios jurídicos en todo momento en el desempeño de sus respectivas funciones, empleos, cargos y comisiones, previéndose al efecto sanciones que dependerán siempre de la gravedad del caso concreto, tales como la suspensión, la destitución del cargo público, inhabilitación para ejercer encargos públicos por un periodo determinado de tiempo, así como sanciones económicas ciertas, cuyo monto dependerá ya del beneficio ilícito obtenido por el servidor público o ya del monto de los daños y perjuicios causados —incluyéndose aquí la reparación del *daño moral* causado, a criterio del juzgador—. Desde luego que tal listado de sanciones referidas es enunciativo, mas no limitativo.

También puede darse el caso que se condene al servidor público a reintegrar lo que se cubra al gobernado afectado debido a la inherente *responsa-*

284 Denominación del Título Cuarto de la CPEUM, reforma publicada en el DOF del 27 de mayo de 2015. Véase el texto constitucional íntegro en la liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

bilidad patrimonial del Estado, es decir, cuando hay que indemnizar a los particulares que anti jurídicamente hayan sido lesionados en sus bienes o derechos, con motivo de la actividad extracontractual del propio Estado; en tal hipótesis, el Estado tendrá el derecho de *repetir* en contra del o los servidores públicos directos responsables, en los términos del Capítulo V de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado;²⁸⁵ así como también, podrá instruir procedimientos a los servidores públicos por él nombrados, designados o contratados —y de suyo a cualquier persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública, cuando le ocasione daños o perjuicios en los bienes y derechos del propio Estado, sin perjuicio de lo dispuesto por otras leyes aplicables en la materia.

Ahora bien, en cuanto atañe a la *responsabilidad política grave*, consideramos pertinente transcribir aquí los tres primeros párrafos del artículo 110 de la CPEUM —cuyo texto fue reformado por última vez en Decreto publicado en el DOF del 29 de enero de 2016—, precepto que en lo conducente establece:

Artículo 110. Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, el consejero Presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los ejecutivos de las entidades federativas, Diputados locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, así como los miembros de los organ-

285 Véase al efecto el texto de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el DOF del 31 de diciembre de 2004, y cuya última reforma data del 12 de junio de 2009, en la siguiente liga web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>



mos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.²⁸⁶

Además, también conviene transcribir al menos el primer párrafo del artículo 111 de la CPEUM, pues le resultará ilustrativo al lector, siempre en el entendido que su texto también fue modificado por última vez en la misma fecha que los párrafos pretranscritos:

Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si a o no lugar a proceder contra el inculpado.²⁸⁷

En ese hilo de ideas, cobra aquí especial relevancia lo establecido en la reforma y adición efectuada al artículo 113 de nuestra CPEUM —publicada por cierto en el DOF del 27 de mayo de 2015—, transcribiéndose tan sólo el primer párrafo, y el último de ellos, ambos del actual texto, que aluden al recientemente creado Sistema Nacional Anticorrupción:²⁸⁸

286 Véase el texto del citado artículo, en la liga: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

287 Véase el texto del citado artículo, en la liga: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

288 Para mayores datos acerca de la creación del Sistema Nacional Anticorrupción y sus reformas legales en transparencia y acciones ejecutivas, se sugiere acudir a la página web de la Secretaría de la Función

Artículo 113. El Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

[...]

Las entidades federativas establecerán Sistemas Locales Anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.²⁸⁹

Como se podrá inferir de lo hasta aquí expuesto, ni duda cabe de que se requiere una genuina voluntad de servicio por parte de los burócratas federales o locales al actuar como tales, porque en buena medida en ellos está depositada la percepción de la ciudadanía respecto de factores como la oportunidad, calidad y calidez del servicio público a cargo del Estado mexicano. Y todavía más: los servidores públicos son el punto de contacto y por ende la viva imagen de la institución en que laboran, por lo que deben entender que así como ellos tienen derechos y disfrutan de un ingreso seguro por sus cualidades, en reciprocidad también tienen obligaciones y responsabilidades para con la ciudadanía, la que con sus impuestos al final termina sufragando sus remuneraciones y hasta sus prestaciones sociales.²⁹⁰

En resumen, jurídicamente el sistema de las responsabilidades de los servidores públicos descansa en la vigilancia del puntual cumplimiento de obligaciones hacia el ciudadano gobernado, y para ello se han creado órganos e instancias, al igual que procedimientos específicos a agotar para determinar

Pública (federal). Disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/sistema-nacional-anticorrupcion-64289>. También puede acceder a una breve explicación del Sistema Nacional Anticorrupción, en la página web del «Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas» (INDETEC). Disponible en: http://www.indetec.gob.mx/2015/wp-content/uploads/e-Financiero/337/Noticias/BoletínNo337_3.pdf

289 Véase el texto del citado artículo en la liga: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

290 Al lector interesado en esta temática de los servidores públicos, se les recomienda la lectura del libro de Sergio García Ramírez y Erika Uribe Vargas, intitulado: *Derecho de los Servidores Públicos*, 3a. ed. México, Instituto Nacional de Administración Pública y UNAM. 2014. Disponible en: <http://www.inap.mx/portal/images/pdf/book/67296.pdf>



las responsabilidades, estableciéndose sanciones con la idea de disuadir a los servidores públicos de incurrir en prácticas indeseables, máxime cuando pueden concurrir varias sanciones a la vez por una sola conducta anómala pues, junto a la inhabilitación o la separación del encargo público, se podrían imponer sanciones económicas de ser legalmente compatibles ambas.

Así las cosas, quien no tenga carácter, voluntad y disposición para servir, mejor que se dedique a otra cosa muy distinta del servicio público, por el bien de todos.

III. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Habiendo quedado descrito teóricamente el basamento constitucional y legal, así como las obligaciones y responsabilidades inherentes tanto de funcionarios como de empleados de los servicios públicos, al igual que se ha establecido ya que el trabajo y la seguridad social son derechos humanos conforme a la DUDH y al PIDESC, enseguida *analizaremos algunos aspectos clave relacionados con los cuatro Seguros Sociales federales mexicanos*, toda vez que por razones metodológicas y de espacio no es factible revisar aquí las que corresponden a los sistemas locales de seguridad social; no obstante lo antes advertido, estamos convencidos de que al referirnos a las de los servidores públicos de los Seguros Sociales federales, por simple analogía podrán comprenderse con facilidad también las relativas a los Seguros Sociales locales de las 31 entidades federativas del país.

1. Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)

El primer organismo público descentralizado que se creó en México el 19 de enero de 1943, fue precisamente el IMSS, al expedirse la primigenia Ley del Seguro Social (LSS). Sin duda es el seguro social más antiguo, el más grande de todos y el que le sirve de modelo al resto de nuestros seguros sociales mexicanos, teniendo la LSS y el IMSS su basamento constitucional en la fracción XXIX, del Apartado A del artículo 123 de la CPEUM.

A grandes rasgos debemos mencionar que, en su constante evolución de 75 años, la seguridad social, si bien no está definida ni tampoco establecidos sus principios a nivel constitucional, sí está descrita en el artículo 2 de la propia LSS de la siguiente manera:

Artículo 2. La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia, y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.²⁹¹

Asimismo, la LSS en su artículo 3, establece que la realización de la seguridad social estará al cargo de entidades o dependencias públicas, federales o locales y de organismos descentralizados conforme a lo dispuesto por la LSS y demás ordenamientos de la materia; en su artículo 4o., se establece que el Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de dicha Ley, ello sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos —federales y locales—; en tanto que, el artículo 5o. prevé que la organización y administración del Seguro Social, en los términos consignados en la LSS, estarán a cargo del organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, de integración operativa tripartita en razón de que a la misma concurren los sectores público, social y privado, denominado “Instituto Mexicano del Seguro Social” o IMSS, el cual tiene también el carácter organismo fiscal autónomo.

Por lo tanto, en base a la LSS, jurídicamente la seguridad social es un servicio público a cargo del Estado mexicano, con dos regímenes distintos de aseguramiento —el obligatorio y el voluntario—, con diversos ramos de seguros que, a su vez, determinan las prestaciones en dinero y en especie que brinda dicho ente público asegurador a sus derechohabientes, cumplidos que sean los requisitos. En definitiva, así no lo diga expresamente la LSS, se materializa el derecho humano de acceso a la seguridad social a que alude la DUDH.

291 Ver texto integro de la vigente Ley del Seguro Social reformada y vigente —que incluye a todos los preceptos aquí transcritos—. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf



En lo que ahora más interesa destacar, el Título Sexto “De las responsabilidades, infracciones, sanciones y delitos”, de la citada LSS, en sus artículos 303 y 303-A, se establece lo siguiente que clarificará cuáles son las obligaciones y responsabilidades inherentes a los servidores públicos al servicio del IMSS, preceptos que se transcriben textualmente enseguida para una mayor ilustración del lector:

Artículo 303. Los servidores públicos del Instituto, están obligados a observar en el cumplimiento de sus obligaciones, los principios de responsabilidad, ética profesional, excelencia, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, calidez y calidad en la prestación de los servicios y en la atención a los derechohabientes y estarán sujetos a las responsabilidades civiles o penales en que pudieran incurrir como encargados de un servicio público.

Artículo 303-A. El incumplimiento de las obligaciones administrativas, que en su caso correspondan, serán sancionadas en los términos previstos en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, salvo los que se encuentren comprendidos en el artículo 5o. de dicho ordenamiento.

Además, la propia LSS, en sus artículos 316 y 317, establece dos diversos tipos de delitos y las sanciones penales correspondientes, que son aplicables a sus servidores públicos en caso de que incurran en las siguientes conductas:

Artículo 316. Se sancionará con prisión de uno a cinco años al servidor público que amenazare de cualquier modo a un patrón o cualquier otro sujeto obligado, con formular por sí o por medio de la dependencia de su adscripción una querrela al Ministerio Público para que se ejercite acción penal por la posible comisión de los delitos previstos en este Capítulo.

Artículo 317. Si un servidor público en ejercicio de sus funciones comete o en cualquier forma participa en la comisión de un delito previsto en este Capítulo, la pena aplicable por el delito que resulte se aumentará de tres meses a tres años de prisión.

Por lo tanto, no habrá excusa alguna que esgrimir por parte de quienes sirven al IMSS o a sus derechohabientes, si incurrn en conductas ilícitas que son constitutivas de delitos. Sin embargo, en el caso específico del IMSS y en



cuanto atañe a sus trabajadores de base —no así los de confianza, que están en una especie de *limbo jurídico*—, debemos dejar puntualizado que no están regulados por el apartado B del artículo 123 constitucional, sino por el apartado A, ello por disposición expresa de la LSS con base al artículo 256 (el que formara parte por cierto de las trascendental reforma de dos terceras partes efectuada al texto original de la LSS de 1997, por Iniciativa Presidencial de Vicente Fox, la que fuera publicada en el DOF del 21 de diciembre de 2001), artículo 256 que es del tenor siguiente:

Artículo 256. Las relaciones entre el Instituto y sus trabajadores se regirán por lo dispuesto en el Apartado A del artículo 123 constitucional, la Ley Federal del Trabajo y en el caso de los trabajadores clasificados como de confianza “A” en el contrato colectivo de trabajo, se estará a lo dispuesto en el Reglamento Interior del Instituto que, a propuesta del Consejo Técnico, expida el Ejecutivo Federal y al Estatuto a que se refiere el artículo 286-I de esta Ley.

Opinamos al respecto que, si nos atenemos al texto de los artículos 256 y 303-A de la vigente LSS, *sucede que los funcionarios y empleados del IMSS están expuestos a dos sanciones diferentes*, ambas procedentes en razón de su peculiar naturaleza jurídica:

- a) Por un lado, sus trabajadores pueden ser rescindidos como empleados del IMSS en su carácter de patrón —quien también es a la par su ente público asegurador— con base a alguna de las causales de rescisión de contrato de trabajo establecidas por el artículo 47 de la LFT que en concreto les resulta aplicable, y
- b) Por el otro lado, pueden ser sancionados y en consecuencia destituidos de su empleo como servidores públicos por parte de la Secretaría de la Función Pública, de conformidad a la Ley federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Al respecto, permítasenos establecer aquí una reflexión académica: se requiere efectuar a la mayor brevedad posible una readecuación al marco constitucional y dejar sentadas de una buena vez las bases y los principios ju-



rídicos de nuestro servicio público de la seguridad social contemporánea, proponiéndose de nuevo la creación de un artículo 123-Bis a la CPEUM, toda vez que se confunde a la seguridad social con la previsión social laboral, siendo dos sistemas protectores diferentes. Hay tanta dispersión en cuanto a ideas, modelos y proyectos de la seguridad social, que requiere con urgencia ser repensada, planificada e insertada ya en la realidad del siglo XXI para unificar todo el sistema nacional.

Por último, el Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el IMSS y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social (SNTSS), *contempla todos los derechos y obligaciones* para ambas partes, empleador y empleados, así como el catálogo de puestos o Profesiograma en donde se puntualizan las tareas y deberes por realizar. Nadie puede darse por sorprendido ni llamarse a engañado respecto de sus laborales.

Además, dicho Contrato Colectivo de Trabajo, vigente para los años 2015-2017 (el 12 de octubre de 2017 terminó ya el proceso de negociación colectiva contractual del Contrato Colectivo que regirá por el periodo 2017-2019, sin cambios mayores o importantes que mencionar, pero aún su texto final no se ha publicado), puede ser consultado electrónicamente toda vez que su clausulado, los reglamentos pactados entre las partes —que forman parte integrante del mismo Contrato—, y el resto de las disposiciones pactadas, se contienen en un documento que consta nada menos que de 541 páginas.²⁹²

2. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)

El Seguro Social específico de los servidores públicos federales y de sus familiares dependientes económicos, lo es el ISSSTE, y su vigente ley marco que regula su operación cotidiana se halla en vigor a partir del 1o. de abril de 2007, habiendo sido expedida la misma con la idea de homologarla con la LSS de 1997 vigente. El ISSSTE tiene su basamento constitucional en la fracción XI, del apartado B del artículo 123 de nuestra CPEUM.

292 Ver texto íntegro del Contrato Colectivo de Trabajo 2015-2017, celebrado en 2015 entre el IMSS empleador y su sindicato, el SNTSS. Disponible en: <http://www.sntss.org.mx/images/site/files/contrato.pdf>. Los cambios logrados para el nuevo contrato pueden consultarse en la página web del propio SNTSS, en la liga: <http://www.sntss.org.mx/noticias/revision-de-contrato-colectivo-de-trabajo-2017-2019>

En la práctica, el ISSSTE, así las grandes mayorías lo ignoren, cumple con una *dual función* para las cuales fue creado exprofeso, con la idea de sustituir al Estado mexicano en dos temas fundamentales que le atañen: a) asumir la responsabilidad respecto de la *previsión social laboral*, que es propia de los servidores públicos federales; y, b) para que se hiciese cargo del tema específico de la *seguridad social*, al ser éste un servicio público especializado que está al cargo originariamente del propio Estado y para lo cual fue creado exprofeso.

En lo que ahora más interesa referir, en el Título Sexto “De las responsabilidades y sanciones” de la Ley del ISSSTE, se localiza el artículo 252, el único precepto donde se alude a las responsabilidades de los servidores públicos del Instituto, y que es del tenor siguiente:

Artículo 252. Los servidores públicos de las Dependencias y Entidades, que dejen de cumplir con alguna de las obligaciones que les impone esta Ley, serán responsables en los términos de las disposiciones aplicables.²⁹³

No obstante, ya vimos en los dos primeros apartados de este ensayo, la manera en cómo las responsabilidades de los funcionarios públicos federales, se sancionan y castigan en caso de ser necesario, no siendo la seguridad social una excepción. Por el contrario, en estos casos las afectaciones que sufra el Instituto asegurador por acciones u omisiones de su personal, o que resientan los derechohabientes, acaso cobran una dimensión mayor que en otros Seguros Sociales, porque es el ISSSTE el ente público que cuida a los propios servidores públicos de todas las contingencias socio vitales propias de la existencia humana y exprofeso previstas en la comentada legislación federal.

Además, al igual que sucede con el IMSS, el ISSSTE en su carácter de empleador, también tiene signado Convenio de Condiciones de Trabajo con el Sindicato Nacional de Trabajadores del ISSSTE, instrumento que está debidamente firmado y depositado ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, que puede ser debidamente consultado electrónicamente por el lector in-

293 Véase la Ley del ISSSTE en la liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_240316.pdf



teresado.²⁹⁴ Sin dejar de observar que, al ser el ente asegurador nacional de los servidores públicos federales, le aplica pues a sus trabajadores *toda la normatividad federal vigente en materia de derechos y obligaciones, así como las responsabilidades inherentes*, de las que hemos dado cuenta a lo largo de este ensayo.

3. Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT)

El INFONAVIT tiene su basamento constitucional el segundo párrafo de en la fracción XII, del Apartado A del artículo 123 de la CPEUM, y en la práctica complementa la operación del IMSS como ente asegurado nacional al dotar de vivienda digna a los trabajadores, pues los empleadores contribuyen con el 5% del salario del operario, cumpliendo bimestralmente con su obligación legal al través del denominado Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores que a nivel nacional administra dicho Instituto.

Establece la Ley del INFONAVIT, en su artículo 6o., que: “Los integrantes de los órganos del Instituto serán responsable para con éste por el cumplimiento de las obligaciones que esta Ley les impone”.²⁹⁵ Además, por la cuantía de los recursos propiedad de los trabajadores del país y la naturaleza de las operaciones que cotidianamente realiza, mediante Decreto publicado en el DOF del 24 de enero de 2017, se adicionó el artículo 25-Bis que crea un Comité de Transparencia —de integración tripartita y cuya presidencia es rotatoria—, y cuyo integrantes serán designados por la Asamblea General durando en su encargo seis años.

Ahora bien, de conformidad al artículo 62 de la Ley del INFONAVIT, las relaciones de trabajo entre el Instituto y su personal, se regirán —como el IMSS— por las disposiciones de la LFT, como empleados del Apartado A, a pesar de ser servidores públicos. Por lo tanto, también tiene celebrado dicho Instituto actuando como empleador, un Contrato Colectivo de Trabajo con el Sindicato de Trabajadores del INFONAVIT, en cuya cláusula 6a. “Excelencia del

294 Véase documento en la liga web: <http://normateca.issste.gob.mx/webdocs/X13/200506211107280584.pdf>

295 Véase el texto íntegro de dicho artículo 6o. de la Ley del INFONAVIT en la liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/86_240117.pdf

Servicio”, desde inicios del año 2010, se incluyen condiciones laborales tendientes a lograr un servicio de calidad al usuario derechohabiente.²⁹⁶

Finalmente, agregamos que está vigente en el INFONAVIT el denominado «Régimen de Convivencia Unificado», que contiene lo que sería el *Reglamento Interior de Trabajo* de dicha institución pública, signado tanto por el los representantes del empleador como del Sindicato de Trabajadores, debidamente depositado y registrado por sus respectivos ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, desde el 13 de diciembre de 2012. En su Capítulo Trece: “Del procedimiento y del catálogo de Tipificación de Conductas”,²⁹⁷ se desprenden las faltas leves, faltas graves y muy graves, así como su respectiva sanción. Además, en el DOF del 18 de junio de 2017, se publicó para su observancia un «Código de Ética» que deben observar los servidores públicos del INFONAVIT, emitido internamente por su Asamblea General, en su carácter de autoridad suprema de dicho ente asegurador al tener autarquía.²⁹⁸

4. Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM)

El ISSFAM es el ente público asegurador nacional de los miembros del ejército, la marina y la fuerza aérea mexicana, así como de sus familiares dependientes económicos. En todo el mundo, por razones de seguridad nacional, a las fuerzas armadas se les atiende por separado de la población civil, teniendo entonces el Estado mexicano el dual carácter de patrón de estos servidores públicos y, además, siendo responsable primario y final de brindarles el servicio público de seguridad social a ellos brindado, para lo cual precisamente se creó este peculiar organismo público descentralizado, muy poco analizado jurídicamente.

La nueva Ley del ISSFAM, publicada en el DOF del 9 de julio de 2003, y reformada por última vez el 24 de mayo de 2017, tiene su basamento consti-

296 El texto integro de dicha Cláusula 6a., así como el contenido del referido Contrato Colectivo de Trabajo, actualmente vigente, está en la liga web: https://portal.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/d4a6e17a-faa1-47a5-9d4d-b42201ea91d7/Contrato_Colectivo_de_Trabajo.pdf?MOD=AJPERES

297 Ver el texto del «Régimen de Convivencia Unificado» del INFONAVIT, actualmente vigente, en el sitio web: http://portal.infonavit.gob.mx/wps/wcm/connect/58180a68-a11b-4ae6-a736-71ef639067b3/Regimen_de_Convivencia_Unificado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=Idy44Lx

298 El texto integro de dicho Código de Ética interno del INFONAVIT, puede ser consultado en la liga web: https://portal.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/d4b7b570-9865-4a01-abd9-f6be46df6433/Codigo_de_etica_del_infonavit.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IPVzS6b



tucional en el inciso f) de la fracción XI, en directa relación con el último párrafo de la fracción XIII, ambas fracciones del Apartado B, del propio artículo 123 de nuestra CPEUM.

Pese a que no sólo la seguridad nacional, sino ahora polémicamente una parte de la seguridad interior del Estado mexicano, se ha delegado por el Titular del Poder Ejecutivo federal como jefe supremo de las fuerzas armadas, como responsabilidad del ejército y la marina armada de México desde al menos la última década; no obstante la valoración del trabajo que con lealtad suelen desempeñar, el artículo 218 de su legislación marco prevé que *las relaciones de trabajo entre el Instituto y su personal se regirán por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado*, lo cual los ubica junto al resto de burócratas federales, en idénticas condiciones para el caso de incumplir con sus obligaciones e incurrir en responsabilidades. Destaca que el segundo párrafo del artículo 219 de su Ley establece:

Las responsabilidades de los funcionarios y empleados del Instituto, se normarán por la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y demás ordenamientos legales y administrativos aplicables.²⁹⁹

De tal manera que también en estos casos, los funcionarios y empleados del ISSFAM, en la hipótesis de cometer actos o acciones omisivas que vulneren los derechos humanos de los militares y sus derechohabientes, también serán sancionados.

Hasta aquí, por razones de espacio, el breve recorrido acerca de las obligaciones y responsabilidades de los funcionarios de la seguridad social en materia de la violación por acciones u omisiones a los derechos humanos de los asegurados, pensionados y derechohabientes, de los cuatro Seguros Sociales federales.

Y también por razones de espacio, resulta imposible visualizar en este breve ensayo las obligaciones y responsabilidades de los servidores públicos de los Seguros Sociales de las 31 entidades federativas (por cierto, el 1 de enero de 2020, cuando comience a operar Ciudad de México como entidad federativa, acorde a lo ordenado por el artículo 122, ya serán 32 los Seguros Sociales); no obstante, siguiendo similar lógica a lo aquí comentado, *también los servidores públicos estatales* están obligados a cumplir con sus obligaciones como empleados subordinados de los entes públicos a quienes, por norma le-

299 Ver texto de ambos artículos en la liga web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lissfam.htm>



gal, se les ha asignado la delicada tarea de brindar el servicio público especializado de la seguridad social.

No hacerlo en tiempo y forma, con calidad y con calidez, sea por acción o por simple omisión, por error o por dolo, conlleva tener que asumir las respectivas responsabilidades que, en cada caso en particular se configure, considerando siempre la gravedad de la falta, el daño y perjuicio causado, si es posible su reparación o bien procede una indemnización.

Porque habrá que decirlo fuerte y claro para que se comprenda la idea de fondo: la seguridad social no es un don gracioso ni tampoco es caridad, pues el servicio podrá parecerle al usuario caro o malo, pero gratuito nunca ha sido. Y aun así lo fuese, el punto de inflexión a comprender es que, tal y como ya quedó demostrado preliminarmente, no sólo estamos frente a un derecho humano irrenunciable, inalienable e inextinguible, así como ante un derecho social que puede serle exigible al propio Estado, sino que éste, sea por acción o por simple omisión de sus servidores públicos, tiene el deber de promover, respetar, proteger y garantizar siempre los derechos humanos y, en caso de ser necesario, deberá investigar, sancionar y reparar las violaciones inexcusables a este derecho humano por parte de los funcionarios responsables del mismo, sean federales o sean estatales.

Es hora de saber gestionar los servicios públicos, de elegir a los mejores funcionarios y empleados públicos para que existan en todo el país buenas prácticas en esta crucial materia de la seguridad social —tan importante para la dignidad humana y paradójicamente tan ignorada por todos—, y de que al fin se comience a generar una cultura social de pleno respeto y observancia de los derechos humanos en México.



Conclusión general



De todo lo expuesto en esta obra puede señalarse que la Reforma en Materia de Derechos Humanos ha propiciado la consolidación de una teoría de la seguridad social como derecho humano. Anterior a esta reforma, la seguridad social se entendía y conceptualizaba casi de manera exclusiva con la existencia de relaciones laborales, restringiendo el goce del aseguramiento ante los distintos seguros sociales a las personas que por virtud de una relación formal se les otorgaba o podían exigirlo, además de aquellos grupos sociales que de conformidad con diversos decretos formaron parte de los sujetos asegurados y derechohabientes.

La positivación del derecho humano de seguridad social cobra importancia con la figura del bloque de constitucionalidad, la cual conforme a la doctrina latinoamericana ha hecho posible la protección más amplia de las personas mediante el reconocimiento de los derechos humanos en los textos constitucionales o en los tratados internacionales en materia de estos derechos.

Así, el caso mexicano es predominante, la doctrina que reconoce la existencia de dicho bloque en el país, incluso, la misma SCJN lo aplica para efectos metodológicos, aunque en sus criterios predomina la figura con la denominación de Parámetro de control de regularidad constitucional de control.

Con base en lo anterior, es posible configurar un bloque de constitucionalidad en materia de seguridad conformado por el conjunto de normas y principios contenidos en nuestra Constitución, así como en los tratados inter-



nacionales específicos en la materia, cuyo respecto y aplicación corresponde al Estado mexicano.

Este bloque de constitucionalidad plantea varias posibilidades para la materialización del derecho humano de la seguridad social, que no se limitan a obligaciones de hacer como tradicionalmente se piensa, sino que también se traduce en obligaciones de no hacer y sobre todo acciones que permitan la planitud del goce de este derecho humano.

En el panorama actual y a la luz de los principios de los derechos humanos se señala que todos ellos son parte de la persona y son inherente a la dignidad de ésta y al estar ligados entre sí tienen el mismo valor, de tal forma que no admiten preferencia uno sobre otro. Sin embargo, en la práctica judicial el derecho a la seguridad social hasta el momento ha sido interpretado como un derecho que depende de otros para poder materializarse. En efecto, continúa estando relegado a un segundo plano como se advierte de los diversos criterios jurisdiccionales en donde se privilegia el derecho a la igualdad y no discriminación. Se olvida que el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos obliga a darles el mismo peso y relevancia porque no existen jerarquías ni niveles entre ellos, y por ende, en el caso del derecho a la seguridad social, es posible su exigibilidad y justiciabilidad en forma directa, de tal suerte, que en este derecho humano no ha impactado de manera justa y equitativa la reforma constitucional en la materia realizada el 10 de junio de 2011.

Así, el derecho humano de la seguridad social reclama su promoción, protección, reconocimiento, defensa, validez y exigibilidad en atención al contenido de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad en materia de seguridad social, en atención a los principios de progresividad e interdependencia y a la nueva concepción de los derechos.

Respecto de la materialización del derecho humano de seguridad social y las obligaciones por parte de las autoridades en relación con dicho derecho, queda claro que aquellas que resuelven asuntos jurisdiccionales en materia de seguridad social deben en el ámbito de sus competencias llevar a cabo el control difuso de convencionalidad en sus intensidades.

En este sentido los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal, jueces de distrito, tribunales colegiados, salas y pleno de la SCJN deben *ex officio*, inaplicar o decretar la invalidez de normas, que contravengan este derecho humano, respectivamente.



En relación con las autoridades de los Institutos de seguridad social, IMSS ISSSTE e ISSFAM que se dedican a resolver recursos administrativos seguidos en forma de juicio corresponde a éstos aplicar un control difuso, *ex officio* por inaplicación; mientras que sus autoridades administrativas deben de limitarse a aplicar el principio, *pro persona* en los casos en que sea susceptible de aplicarse.

Por lo que hace a las autoridades administrativas de programas públicos o asistencia social relacionada con la seguridad social, deben llevar a cabo un control de convencionalidad a través de esta limitante mencionada en el párrafo que antecede.

Así pues, el impacto que la Reforma en Materia de Derechos Humanos provocó en la seguridad mexicana puede observarse con la existencia de un bloque de constitucionalidad, que sirve para efectuar el control de constitucionalidad de las autoridades mexicanas, a través del denominado Parámetro de control de regularidad constitucional, que al efectuarse coincide con un control difuso de convencionalidad y dota a la seguridad de la calidad de derecho humano, de ahí la importancia que reviste que posterior a este trabajo se delimite y se precisen los instrumentos internacionales y se conforme una teoría de la Seguridad Social mexicana como derecho humano, en aras de que el mismo en conjunto con las herramientas de protección social puedan otorgar mejor y mayor protección de contingencias de las personas en México.

Como pudimos observar en la segunda parte de esta obra nos percatamos cómo esta teoría comienza a delinearse con las reflexiones de renombrados doctrinarios actuales de la seguridad social en México, quienes consientes del impacto que dicha reforma ha traído nos comparten reflexiones que nos permiten comenzar a vislumbrar del papel de la protección social, sus herramientas y el derecho humano de la seguridad social como derechos fundamentales para el goce de los derechos económicos sociales y culturales.

En relación con ello hemos podido observar como los instrumentos internacionales han resaltado la necesidad de una revisión profunda de la seguridad social que permita corregir las actuales inconsistencias y evidentes deficiencias.

Por su parte, la tercera parte de la obra nos permite concluir que en materia de exigibilidad directa de la seguridad social, se continua contemplando a la misma como algo accesorio o prestacional, derivado de la existencia de



una relación laboral o que se vulnera accesoriamente a los derechos humanos de igualdad, no discriminación o género, por ende las propuestas y planteamientos se enfocan en la materialización de reformas que impacten los textos jurídicos para otorgar igualdad, equidad y no discriminación, aunque sigue siendo necesaria la reivindicación de la seguridad social como derecho humano autónomo que por virtud de la interdependencia con los demás derechos humanos no debe soslayarse su defensa y materialización como derecho humano fundamental.

Por último, no queremos dejar de señalar la necesidad de llevar a cabo el estudio de los principales conceptos que los tratados internacionales nos han dado, ello porque en nuestro país, los mismos ya conforman el denominado bloque de constitucionalidad y en atención a ello constituyen norma suprema de interpretación, aplicación y materialización del derecho humano de la seguridad social.

Dra. María Ascensión Morales Ramírez
Dr. Oscar Javier Apáez Pineda

Bibliografía

- Ackerman, Mario, "Constitucionalismo social en Latinoamérica"; *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México, Núm. 1, enero-julio de 2005.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.
- Almansa Pastor, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, 7a. ed. Madrid, Tecnos, 1990.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 43, Núm. 127. México, enero-abril, 2010.
- Apáez Pineda, Oscar Javier, "La Comisión Nacional de Arbitraje Médico", *La atención a la salud en México*. México, UAEM- FONTAMARA, 2010.
- Arango Olaya, Mónica, "El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en *Precedente*, 2004. Disponible en: <<http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>>



- Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*. UNAM, Tirant le Blanch, 2014.
- Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. México, IJ-UNAM, 2003, (serie Doctrina Jurídica núm. 118).
- Blasco Lahoz, José Francisco *et. al.*, *Curso de seguridad social*, 8a. ed. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, 2ª. ed. México, Harla, 1992.
- Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/5.pdf>
- Carpio Marcos, Édgar, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 4. México, Proceso y Constitución, 2005.
- Casas Farfán, Luis Francisco, “Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas”, *Provincia*, Núm. especial. Venezuela, Universidad de los Andes, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Núm. 7: Control de Convencionalidad*. Disponible en: www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, en Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández, (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte*



Interamericana. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Carpizo, Jorge, Los derechos de la justicia social: Su cumplimiento, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 16.

Carpintero, F., et al., *El derecho subjetivo en su historia*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003.

Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 13. México, 2013.

Cecchini, Simone, Fernando Filgueira y Claudia Robles, *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada*. Santiago de Chile, Cepal, 2014.

_____, y Rodrigo Martínez, *Protección social inclusiva en América Latina. Una mirada integral, un enfoque de derechos*. Santiago de Chile, CEPAL, 2011.

Cervantes Alcayde, Magdalena, et al, *Hay justicia para los DESC*. UNAM, SC-JN-IIJ, 2014.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/43-discriminacion-dh.pdf>

COMISIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/seguropopular/articulos/catalogo-universal-de-servicios-de-salud-causes-2018?idiom=es>, fecha de consulta: 28 de enero de 2018.



CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Evaluación estratégica de protección social en México*. México, D. F., CONEVAL, 2012.

CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN, *Boletín 2016-001. Discapacidad y apariencia física, principales quejas por discriminación en México*, Disponible en: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=boletin&id=860&id_opcion=&op=213.

_____, *Discriminación e igualdad*. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142.

_____, *Resolución por Disposición 2/2011*. Consultado en: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/R%202011%20IMSS%20e%20ISSSTE%20Matrimonios.pdf>.

De Haan, Arjan y Sean CONLIN, *Poverty and Social Protection: DFID Approach*. Asia and Pacific Forum on Poverty, 2001. Disponible en: <http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fciteseerx.ist.psu.edu%2Fviewdoc%2Fdownload%3Bjsessionid%3DA1C6121C678F394FDB70583A8551EBAF%3Fdoi%3D10.1.1.199.9039%26rep%3Drep1%26type%3Dpdf&ei=y2-QULeDYiOrAHTlGoCw&usg=AFQjCNGjSYS7l-CXqsbSewyXwN3R5CQWIVA&sig2=Oh3RY4d3gDBtZcNYUXpAPQ>

De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, decimoquinta edición. México, Editorial Porrúa, 2002.

De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Tomo II, 3a. ed. México, Editorial Porrúa, 1984.

Del Rosario Rodríguez, Marcos, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 33, julio-diciembre 2015.

- _____, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*. México, Porrúa, 2011.
- Dermizaky Peredo, Pablo, “Estado actual de los Derechos Fundamentales en Europa y América (Breve estudio de Derecho Comparado)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 9. Madrid.
- Esquivel Hernández, Gerardo, *Desigualdad extrema en México*. México, Oxfam; junio 2015.
- Faur, Eleonor (dir.), *Las políticas para disminución de la pobreza implementadas en la Argentina entre los años 2002 y 2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos*. Buenos Aires, UNESCO-CELS, 2006.
- Favoreu, Louis, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5. España, 1990.
- _____, Francisco Rubio Llorente y Francisco Javier Pérez Royo, *Bloque de Constitucionalidad (Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional)*. Sevilla, Civitas, 1991.
- Fernández L., Javier Darío, “La industria 4.0: Una revisión de la literatura”, *Actas de Ingeniería*, vol. 3, 2017.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México, UNAM, IJ, CNDH, 2017.
- _____, (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México, FUNDAP, 2012.



- _____, “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*”. en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México, FUNDAP, 2012. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>
- _____, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., 4a. reimpr. Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Fleury, Sonia y Carlos Gerardo Molina, *Modelos de protección social*. BID-INDÉS, octubre, 2002.
- Gambio, Silvio, “Derechos fundamentales y formas de Estado: Reflexiones sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 117. Madrid, Nueva Época, julio-septiembre de 2002.
- García, Aniza, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. México, CNDH, Colección Sobre los Derechos Económicos, Sociales y Ambientales (DESCA), Fascículo 1, 2015.
- García Ramírez, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos, 2009-2011. Actualizada al 2015*, 4a. ed. México, Porrúa, 2015.
- _____, y Mireya Castañeda Hernández, (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Gargarella, Roberto, et al., (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Burlington, Aldershot, 2006.

- _____, y Erika Uribe Vargas, *Derecho de los servidores públicos*, 3a. ed. México, Instituto Nacional de Administración Pública y UNAM, 2014. Disponible en: <http://www.inap.mx/portal/images/pdf/book/67296.pdf>
- Ginès I. Fabrellas, Anna y Sergi Gálvez Duran, "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2016. Disponible en: chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf, fecha de consulta: 15 de marzo de 2018.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune latinoamericano*", *Ius Constitutionale en América Latina, Rasgos, potencialidades y desafíos*. Disponible en: Blibo.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3655-ius-constitutionale-commune-en-america-latina-rasgos-potencialidades-y-desafios, fecha de consulta: 8 de febrero de 2018.
- _____, *El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, Centro de Derechos Humanos en Nuremberg, enero 2007.
- González Díaz Lombardo, Francisco Xavier, *El derecho social y la seguridad social integral*. México, UNAM, 1973 (Textos universitarios).
- Guadarrama, Rocío, Alfredo Huade y Silvia López, *La precariedad laboral en México. Dimensiones, dinámicas y significados*. México, COLEF/UAM, 2014.
- Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, Fascículo 8. México, CNDH, 2015. (Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos).



- Guhan, S., “Social Security Options for Developing Countries”, *International Labour Review*, vol. 133, Núm 1, 1994.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “De los derechos sociales como derechos programáticos a los DESCAs como derechos humanos”, en Luis René Guerrero Galván y Carlos María Pelayo Moller, (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*. IJ-UNAM, 2016.
- INEGI, *Anuario estadístico y geográfico de los Estados Unidos Mexicanos*, 2017.
- _____, *La derechohabiencia en México*, 2018. Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/derechohabiencia/>
- Kurczyn Villalobos, María Patricia (comp.), *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- _____, “Apuntes sobre derechos humanos en el ámbito laboral”, *Derechos Humanos en el Trabajo y la Seguridad Social*, en María Patricia Kurczyn Villalobos, (coord.), IJ-UNAM, 2014.
- Machado Gonçalves Da Silva, Luciana Aboim, “La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno”, en Gabriela Mendizábal Bermúdez, (coord.), *Equidad de género y protección social*. México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Porrúa, 2014.
- Marquet Guerrero, Porfirio, *La estructura constitucional del Estado Mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.
- _____, *Los regímenes de seguridad social en México*. México, Editorial Porrúa, 2012.

- Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad social en México*, 2a. ed. México, Porrúa, 2013.
- _____, *Equidad de género y protección social*. México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Porrúa, 2014.
- Morales Ramírez, María Ascensión, “Protección Social: Concepto dinámico”, México, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 2. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- Monereo Pérez, José Luis y Salvador Perán Quesada, (dirs.), *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicos y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*. Granada, Editorial Comares, 2016.
- Muñoz Navarro, José de Jesús, “El bloque de constitucionalidad como parámetro del control constitucional en México”, *Debate Social*, Núm. 23. México, ITESO. Disponible en: <<http://www.debate.iteso.mx>>.
- Murari, Marlon Marcelo, *Limites constitucionais ao poder de direcao do empregador e os direitos fundamentais do empregado*. Sao Paulo: LTr, 2008.
- Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de enjuiciamiento civil de 2000*. México, UNAM, 2006.
- Norton, Andy, Tin Conway y Mick Foster, *Social Protection Concepts and Approaches: Implications for Policy and Practice in International Development*. ODI Working Paper 143. Londres: Overseas Development Institute, 2001. Disponible en: <https://www.odi.org/resources/docs/2999.pdf>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2018.
- OIT, *Informe del Director General*, OIT, 1999.
- _____, *Introducción a la seguridad social*, Ginebra, 1984.



- _____, *Convenio Núm. 183 sobre la protección de la maternidad*. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- _____, *Glosario de términos de seguridad social*. Disponible en: <http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/edob/agora/pdf/glosariosegsoc.pdf>
- _____, *Seguridad social. Guía de educación obrera*. Ginebra, 1995.
- _____, *Informe sobre el trabajo en el mundo 2000*. Ginebra, 2000.
- ONU, Observación General Núm. 19. *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. Ginebra, Suiza, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 39 periodo de sesiones, 2007.
- _____, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid Editorial Carlos III/Boletín Oficial del Estado, 1995.
- Pedroza de la Llave, Susana Thalía, "Beneficiario", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*. México, UNAM, 1994.
- Piron, Laure-Hélène, *Rights-based approaches to social protection, UK Department for International Development (DFID)*. Londres, septiembre, 2004. Disponible en: www.odi.org.uk/Africa_Portal/pdf/social_protection/rights.pdf2004
- Remolina Roqueñi, Felipe, *Declaraciones de derechos sociales*, H. Cámara de Diputados. LVII Legislatura. México, 1988.
- Reynoso Castillo, Carlos, *Los derechos humanos laborales*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, Tirant lo Blanch, 2015.

- Rodríguez Manzo, Graciela, *et al.*, “Bloque de Constitucionalidad en México”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo Derecho de la seguridad social*, 14 ed. México, Porrúa, 2017.
- _____, “La Constitución Mexicana de 1917 y su peculiar vinculación con el Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, enero-abril 2017, Núm. 267.
- Sánchez Castañeda, Alfredo y María Morales Ramírez, “*Derecho a la seguridad social y a la protección social*”. México, UNAM-PORRUA, 2014.
- _____, Carlos Reynoso Castillo y Bárbara Palli, *La subcontratación un fenómeno global*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, 2011.
- _____, *La seguridad y la protección social en México: su necesaria reorganización*. México, UNAM, 2012.
- _____, “La pluralidad de ocupaciones informales: medidas laborales, de seguridad social y de protección social para la formalización del empleo en México”, en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada, (dirs.), *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicos y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*. Granada, Editorial Comares, 2016.
- Sandoval Terán, Areli, *La justiciabilidad de los DESCAs a partir del pf del pidesc y la reforma constitucional de derechos humanos*, en *Revista dfensor*, Núm. 06. CDHDF.



Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Ley Federal del Trabajo. Segunda Edición*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social. México, 1970.

Silva Meza, Juan N., “Nuevos paradigmas de la interpretación constitucional y convencional en México”, en *La Constitución de 1917. Reflexiones sobre la vigencia de principios, derechos e instituciones para la gobernabilidad democrática del siglo XXI*. México, Facultad de Derecho-Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

Simone Cecchini, Simone, Fernando Filgueira y Claudia Robles, *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada*. Santiago de Chile, Cepal, 2014.

_____, y Martínez Rodrigo, *Protección social inclusiva en América Latina. Una mirada integral, un enfoque de derechos*. Santiago de Chile, CEPAL, 2011.

Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México, SCJN-Konrad Adenauer, 2014.

Soberanes, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*. México, UNAM-CNDH, 2009.

Suárez Sebastián, María del Pilar, “Aspectos Fundamentales de los DESC”, en Pablo Elías González Mongui, (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Colombia, Universidad Libre, 2009.

Supiot, Alain, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 18. Ginebra, Suiza, marzo, 1999.

_____, “Protection social et travail décent. Nouvelles perspectives pour les normes internationales du travail. Travaux conduits à l’initiative du Bureau International du Travail”, *Semaine Social Lamy*, Supplément N. 1272. France, Paris, 4 de septiembre de 2006.



- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*. México, SCJN, 2013.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1967*. México, Editorial Porrúa, 1967.
- Tena Suck, Rafael, "Afiliación", *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*. México, UNAM, 1994.
- Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico sobre seguridad social*. México, UNAM, 1994. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/736-diccionario-juridico-sobre-seguridad-social>
- Valenti Nigrini, Giovanna y Ulises Flores Llanos, *Ciencias sociales y políticas públicas*, *Revista Mexicana de Sociología*. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032009000500007, fecha de consulta: 12 de abril de 2018.
- Villan Durán, César, "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", en Pablo Elías González Mongui (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Colombia, Universidad Libre, 2009.

El impacto de la reforma en materia de derechos humanos en la seguridad social de México, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en agosto de 2018 en los talleres de Impresores en Offset y Serigrafía, S. C. de R. L. de C. V., Pascual Orozco núm. 53, Barrio San Miguel, C. P. 08650, Ciudad de México. El tiraje consta de 7,000 ejemplares.

Este material fue elaborado con papel certificado por la Sociedad para la Promoción del Manejo Forestal Sostenible A. C. (Certificación FSC México).



Presidente
Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi
María Ampudia González
Alberto Manuel Athié Gallo
Michael William Chamberlin Ruiz
Angélica Cuéllar Vázquez
Mónica González Contró
David Kershenobich Stalnikowitz
Carmen Moreno Toscano
María Olga Noriega Sáenz
José de Jesús Orozco Henríquez

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

María Eréndira Cruzvillegas Fuentes

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Titular de la Oficina Especial para el "Caso Iguala"

José T. Larrieta Carrasco

Directora Ejecutiva del Mecanismo Nacional
de Prevención de la Tortura

Ninfa Delia Domínguez Leal

Secretaría Ejecutiva

Consuelo Olvera Treviño

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Raymunda G. Maldonado Vera

Directora General del Centro Nacional
de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

ISBN: 978-607-729-436-8



9 786077 294368