

II. MARCO NORMATIVO

1. NACIONAL

Como se ha mencionado, la Revolución Mexicana constituyó uno de los factores para incorporar a los derechos sociales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917; adicionalmente el reconocimiento de diversos derechos en los foros internacionales, dio la pauta para que los Estados reformaran sus Constituciones a fin de incluirlos y, en su caso, considerarlos como fundamentales.²⁶

En este tenor, en relación con la seguridad social, la Ley Fundamental desde su origen estableció un sistema de seguros

²⁶ BRENA SESMA, Ingrid, "Protección a la salud" en *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, IJ/UNAM/El Colegio Nacional, 2011, serie *Doctrina jurídica*, núm. 581, p. 36.

dentro de las disposiciones reglamentarias del trabajo,²⁷ en particular en la fracción XXIX del artículo 123, precepto que a la letra disponía:

Art. 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:

...

XXIX.- Se consideran 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.

...

Luego, al reformarse dicha fracción el 6 de septiembre de 1929, se reemplazó las Cajas de Seguros Populares por una Ley del Seguro Social, a iniciativa del presidente Emilio Portes Gil.²⁸

²⁷ Esto se deriva del hecho de que los organismos existentes surgieron como una prestación asociada al trabajo y no como un derecho humano intrínseco al ser humano que vive en sociedad, es decir, la seguridad social surgió originalmente como una prestación para la clase trabajadora, motivo por el cual quienes no laboraban no gozaban de ella, situación que con el tiempo se ha ido modificando ya que al constituir la seguridad social un derecho humano, los Estados han buscado las condiciones de igualdad y de justicia para asegurar a todas las personas el goce de este derecho. Cfr. GONZÁLEZ ROARO, Benjamín, "Seguridad social y derechos humanos", en *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura de bienestar*, México, CNDH, 2009, p. 229.

²⁸ Cfr. MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, *op. cit.*, p. 62.

A través de la modificación a este último precepto se expidió la Ley del Seguro Social y se sustituyeron las Cajas de Seguro Popular.²⁹ Cabe señalar que la ley en comento era considerada de utilidad pública y comprendía los seguros de invalidez, vida, cesación involuntaria del trabajo, enfermedades y accidentes, entre otros, todos ellos como una manifestación de la necesidad de aspirar a un sistema general y obligatorio de seguros sociales para los trabajadores.³⁰

Ahora bien, en un primer momento en el artículo 123 sólo se contempla a los trabajadores de manera genérica, es decir, obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y todos aquellos que celebraran un contrato de trabajo, motivo por el cual el entonces presidente Adolfo López Mateos, presentó una iniciativa³¹ para que los servidores públicos quedaran también tutelados con las garantías sociales. De manera que el 5 de diciembre de 1960 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformó y adicionó el artículo 123, y del cual surgió el apartado "B".

En este tenor, a través de esta adición se regula a los trabajadores de los Poderes de la Unión, a los del Gobierno del Distrito y Territorios Federales; se enumera una serie de derechos

²⁹ Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor, 'La seguridad social y los derechos humanos', en *Laboral. La práctica jurídico-administrativa*, v. 6, no. 68, mayo 1998, p. 59.

³⁰ MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, *op. cit.*, p. 62.

³¹ Uno de los argumentos que contenía la iniciativa para incorporar a los burócratas al artículo 123 constitucional consistía en que si bien es cierto que la relación jurídica de los trabajadores al servicio del Estado era distinta a la de los demás, también lo es que el trabajo no era una simple mercancía, sino que formaba parte esencial de la dignidad del hombre; de ahí que debía ser siempre legalmente tutelado. Cfr. Exposición de motivos a la iniciativa del Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 123 de la Constitución General de la República, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de diciembre de 1960.

para los trabajadores y se consagran las bases mínimas de previsión social.³²

Más adelante, el apartado B se reformó para establecer los derechos de los trabajadores a que les sean proporcionadas habitaciones baratas en arrendamiento y a constituir un fondo de vivienda en el que se estableciera un sistema de financiamiento para adquirir habitaciones en propiedad; derechos que también beneficiaron a los miembros en activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada.³³

Finalmente, el 18 de junio de 2008 se reforma nuevamente el artículo 123 en su apartado B, y se establece que para el personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, las autoridades en sus distintos niveles de gobierno propiciarán el fortalecimiento del sistema de seguridad social a través de la instrumentación de sistemas complementarios.³⁴

³² Las bases mínimas de previsión social se encuentran contempladas en la fracción IX del apartado B, del artículo 123 de la Constitución Federal, las cuales comprenden seis incisos, de los cuales resulta importante destacar el contenido de los dos primeros, a saber: "X).- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

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

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

En este tenor, de acuerdo con el criterio jurisprudencial del Pleno del Alto Tribunal, algunos de los derechos mínimos de seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado son: la jubilación, la invalidez, la vejez y la muerte. Cfr. tesis P./J. 123/2008, publicada en el *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 46; Reg. IUS:168631; y, tesis 2a./J. 27/2011, *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 1255; Reg. IUS: 162707.

³³ Cfr. Decreto por el que se reformo el inciso f) de la fracción XI y se adiciona con el párrafo segundo la fracción XIII, del Apartado B) del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de noviembre de 1972; y, MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, op. cit., p. 71.

³⁴ Cfr. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

Así, de los párrafos previos se advierte cómo en la Constitución el derecho a la seguridad social se ha ampliado al otorgarse a diferentes grupos de trabajadores, todo lo cual se corrobora con las leyes reglamentarias que sobre la materia se han expedido.

a) Ley del Seguro Social

Esta ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995,³⁵ y contempla entre sus disposiciones todo lo relativo a la seguridad social; respecto de la cual establece que tiene como fin garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia, los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, y el otorgamiento de una pensión; además, encarga su realización a las entidades o dependencias públicas en sus distintos niveles de gobierno, y señala que su instrumento básico lo constituye el seguro social.

Por lo que hace a este último —seguro social—, menciona que comprende tanto al régimen obligatorio como al voluntario; y que el primero de ellos abarca los seguros de riesgos de trabajo, de enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, guarderías y prestaciones sociales y que, por su parte, en el voluntario se contemplan, en dos capítulos, lo relativo al seguro de salud para la familia y a los seguros adicionales.

³⁵ Al respecto cabe señalar que a partir de la reforma constitucional en la que se remplazarán a las Cajas de Seguro Popular por la expedición de la Ley del Seguro Social se han emitido diversas disposiciones sobre la materia como son las de fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 19 de enero de 1943 y 12 de marzo de 1973. En este tenor, debe resaltarse que en opinión de De Buen Lozano, con la Ley de 1973 se da el tránsito formal del seguro social a la seguridad social, y se establece el compromiso de solidaridad social a favor de los sectores menos protegidos de la sociedad. DE BUEN LOZANO, Néstor, *op. cit.*, p. 59.

b) Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado

Como se advierte de las reformas al artículo 123 de la Constitución, se reconocieron una serie de derechos a los trabajadores al servicio del Estado, entre los cuales destacan los relativos a la previsión social, que quedaron comprendidos en los seis incisos de la fracción IX y fueron sujetos de la ley reglamentaria.

En este tenor, las leyes que han reglamentado el precepto constitucional han sido cinco,³⁶ tomando en consideración la Ley vigente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de marzo de 2007, y que dio origen a la promoción, entre otros, del amparo en revisión 229/2008,³⁷ cuya resolución del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte se aborda en esta publicación, razón por la cual resulta importante destacar algunas de sus peculiaridades, las cuales fueron abordadas en la ejecutoria, a saber:

- Los trabajadores a quienes les aplica la ley están al servicio de la Presidencia de la República, la Administración Pública Federal, el Congreso de la Unión, el Poder Judicial de la Federación, la Procuraduría General de la República, los órganos jurisdiccionales, los órganos constitucionalmente autónomos, los que labo-

³⁶ Leyes publicadas en los *Diarios Oficiales* de los años 1925, 1947, 1959, 1983 y la vigente de 2007.

³⁷ En la ejecutoria emitida al resolver el amparo se establece que los derechos controvertidos en el juicio de garantías son eminentemente laborales al derivar directamente de las disposiciones contenidas en el artículo 123, apartado B, fracción XI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e inciden en las prestaciones de seguridad social que corresponden a los trabajadores al servicio del Estado. Cfr. *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 560; Reg. IUS: 21463.

ran para el Gobierno del Distrito Federal, y los que laboran en los distintos poderes de los gobiernos de las entidades federativas de la República (art. 1o.).

- La seguridad social de los trabajadores comprende a los regímenes obligatorio y voluntario (art. 2o.).
- Los seguros que tienen el carácter de obligatorio son los de salud,³⁸ riesgos de trabajo, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y de invalidez y vida (art. 3o.).
- Se establece un catálogo con el carácter de obligatorio de prestaciones sociales y servicios (art. 4o.).
- Se elabora un catálogo con las definiciones de los términos utilizados en la ley (art. 6o.).
- Para que los trabajadores puedan gozar de los seguros, prestaciones y servicios que dispone la ley, tienen la obligación de cubrir con los requisitos aplicables (art. 11).
- Se estipula que el Instituto, con la información que recopile y clasifique, formulará escalas de sueldos, así como cálculos actuariales a fin de mantener un equilibrio entre los recursos y las prestaciones (art. 14).

³⁸ El seguro de salud comprende la atención médica preventiva; la atención médica curativa y de maternidad; la rehabilitación física y mental. En este punto, resulta importante comentar que, en México, el derecho a la salud, como un derecho social, tiene antecedentes directos en los seguros sociales gremiales, en la asistencia social y en la seguridad social. Cfr. ROCATTI V., Mireille, "Los derechos humanos y el derecho a la protección de la salud en México", en *Gaceta*, CNDH, México, año 9, no. 105, abril de 1999, p. 10.

- Se otorga la facultad al Instituto para operar un sistema de evaluación del desempeño a través del cual se definen las políticas y mecanismos de otorgamiento de los seguros, prestaciones y servicios (art. 15).
- Dispone que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público incluirá en las partidas de los proyectos de presupuesto de las dependencias y entidades de la administración pública federal, las cuotas y aportaciones, de igual forma que vigilará su entero oportuno (art. 24).
- Obliga al Instituto a hacer públicos los adeudos de las dependencias o entidades cuando incumplan por más de seis meses con el entero de las cuotas, aportaciones y descuentos previstos en la ley. Además, de que se le faculta para suspender los servicios,³⁹ prestaciones o seguros cuando persista el incumplimiento parcial o total, quedando la dependencia como responsable de la suspensión (art. 25).
- En relación con los servicios de salud se dispone que el Instituto deberá prestarlos y administrarlos, procurando que éstos sean suficientes, oportunos, de calidad y con un equilibrio financiero (art. 29).

Cuando un trabajador o pensionado se encuentre enfermo se le otorga el derecho a recibir cierto tipo de atención médica

³⁹ En relación con la suspensión de los servicios, uno de los efectos del amparo concedido a los quejosos es que no se les podrán suspender los seguros, prestaciones y servicios. *Cfr.* Tesis P./J. 192/2008, publicada en el *Semanario...*, *op. cit.*, Novena Época, Tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 10; Reg. IUS: 168657; y, tesis P./J. 188/2008, publicada en el *Semanario...*, *op. cit.*, Novena Época, Tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 14; Reg. IUS: 168651.

desde el comienzo de su enfermedad hasta su curación o hasta el plazo máximo de 52 semanas, según corresponda (art. 36).

Se establece la obligación a cargo de las dependencias y entidades a realizar acciones de carácter preventivo con el objeto de abatir la incidencia de enfermedades y accidentes de trabajo y, en el supuesto de que se incumpla y esto provoque un accidente, se prevé la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (art. 71).

En relación con la pensión garantizada se estipula que es el Gobierno Federal quien deberá de cubrirla, con recursos propios complementarios a la cuenta individual, en los términos que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y que para otorgarla, el trabajador deberá solicitarla y acreditar el derecho a ella (art. 94).

Ahora bien, de las precisiones previas se advierte que la Ley de Seguridad Social de los Trabajadores al Servicio del Estado de 2007 hace mención de los derechos que, en materia de seguridad social, gozan los trabajadores al servicio del Estado; de igual manera se contemplan las medidas para implementarlos eficazmente y, por consiguiente, se establecen las correlativas obligaciones a cargo de las Dependencias o Entidades.

c) Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

En relación con otro de los sistemas de seguridad social establecido en la legislación mexicana y que se advierte del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Federal, es el

que las Fuerzas Armadas Mexicanas contarán con sus propias leyes, entre ellas, las relativas a regular las prestaciones de seguridad social a que tienen derecho los miembros del Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Mexicana.

Así, una de las leyes de la materia es la del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas,⁴⁰ a través de la cual se establece la naturaleza jurídica del Instituto; sus funciones; las definiciones de los términos utilizados en el ordenamiento; las prestaciones de seguridad social del personal en activo, de los retirados, de los derechohabientes y de los pensionados; la forma en que se administran los recursos financieros, humanos y materiales para brindar la seguridad social; la regulación y/o condiciones de los diferentes tipos de seguro —vida o colectivo de retiro—; las disposiciones del haber de retiro,⁴¹ las condiciones para el otorgamiento de la pensión,⁴² las peculiaridades del servicio médico integral; la ayuda para los militares retirados; las normas para la adquisición de vivienda; en síntesis, por medio de la ley se conceden las prestaciones de beneficio social y se protegen los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Una vez mencionados los ordenamientos que, a nivel nacional, regulan lo relativo a la seguridad social, resulta importante comentar los que rigen en materia internacional.

⁴⁰ Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio de 2003, que abroga la de 29 de junio de 1976.

⁴¹ El haber de retiro es la prestación económica vitalicia a que tienen derecho los militares retirados en los casos y condiciones que fija la Ley.

⁴² Pensión es la prestación económica vitalicia a que tienen derecho los familiares de los militares.

2. INTERNACIONAL

En el ámbito internacional son varios los instrumentos que prevén en sus disposiciones el derecho de las personas a gozar de seguridad social; algunos de los más importantes son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁴³ Constituye el compromiso de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas con la seguridad social y, a través de ésta, se consagra como un derecho humano fundamental.⁴⁴ Al respecto, el artículo 22, a la letra dispone:

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.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁴⁵ Establece en sus artículos XVI y XXXV que cuando por causas ajenas a las personas éstas se encuentren imposibilitadas física o mentalmente para obtener los

⁴³ Declaración adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 (III) A de 10 de diciembre de 1948.

⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ ROARO, Benjamín, *op. cit.*, p. 216; y, DE BUEN LOZANO, Néstor, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁵ Declaración aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948.

medios de subsistencia, la seguridad social las protegerá de las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad, pero para ello, todas las personas deberán de cooperar con el Estado y con la comunidad de acuerdo con sus posibilidades y circunstancias.

- Convenio Internacional del Trabajo Núm. 102, relativo a la Norma Mínima de Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952. Mediante éste, la Organización Internacional del Trabajo, preocupada desde su fundación por los derechos de los trabajadores y en particular por la previsión y la seguridad social, busca proteger algunos temas relativos a la seguridad social de los trabajadores, como son la asistencia médica; las prestaciones monetarias por enfermedad, por desempleo, por vejez; lo relativo a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales, y las prestaciones familiares de maternidad, invalidez y muerte.⁴⁶
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴⁷ Instrumento a través del cual los Estados parte se comprometieron a garantizar, a todos los hombres y mujeres, el goce de los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en éste, reconociendo al respecto el derecho de todas las personas tanto a la seguridad social como al seguro social.⁴⁸

⁴⁶ Organismo creado en 1919 bajo el ambiente pacifista de la primera posguerra, principal promotor de las políticas de protección social entre las democracias occidentales, cuyo mandato principal, de acuerdo con su acta constitutiva, es mejorar las condiciones de trabajo. Cfr. GONZALEZ ROARO, Benjamín, *op. cit.*, pp. 214 a 216.

⁴⁷ Pacto aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, según decreto de promulgación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

⁴⁸ Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor, *op. cit.*, p. 55.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.⁴⁹ Convención de la que se advierte el compromiso de los Estados Parte de adoptar las disposiciones de carácter interno o de cooperación internacional necesarias para hacer efectivos los derechos que se deriven de normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura. En suma, México, al adherirse a ésta, de acuerdo con los recursos de que disponga, se comprometió a adoptar las medidas legislativas o de otra índole a fin de garantizar la plena efectividad y goce de los derechos, entre ellos los sociales.⁵⁰
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador". A través del protocolo de referencia, México como Estado parte reconoce que para lograr la plena vigencia de los derechos se requiere su tutela y promoción permanente, lo que sólo puede realizarse creando, con el máximo de los recursos disponibles, las condiciones que permitan a las personas gozar de sus derechos, así como la plena efectividad de éstos. Motivo por el cual consideró de gran importancia reafirmar, desarrollar y perfeccionar los derechos protegidos en los diversos instrumentos internacionales, destacando, entre ellos, el derecho a la seguridad social, el cual quedó regulado en el artículo 9, que a la letra dispone:

⁴⁹ Convención publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el jueves 7 de mayo de 1981.

⁵⁰ Cfr. GONZÁLEZ ROARO, Benjamin, *op. cit.*, p. 230; y, véanse los artículos 2 y 26 de la convención.

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.

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.

En los instrumentos previamente mencionados se corrobora la preocupación internacional, y de México⁵¹ en particular, de garantizar y crear las condiciones para que todas las personas gocen plena y efectivamente de sus derechos. Así, uno de los derechos al que se ha hecho hincapié en su protección es la seguridad social, mediante la cual se busca satisfacer las necesidades del ser humano⁵² cuando éste, por cuestiones de edad o incapacidad, se vea imposibilitado para obtener los medios para ello, con el objetivo de que viva dignamente.

⁵¹ La preocupación del Estado mexicano en la materia se corrobora con la 18 Reunión Ordinaria de la Conferencia Nacional de Gobernadores, celebrada el 9 de julio de 2004, en la cual uno de los temas relevantes fue el de la seguridad social como una política de Estado. Cfr. GONZÁLEZ ROARO, Benjamin, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

⁵² En relación con este punto, Néstor De Buen opina que a través de la seguridad social se busca satisfacer las necesidades del ser humano, en virtud de que ésta desconfía en el principio de solidaridad por medio del cual todos responden a las necesidades de todos. Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor, *op. cit.*, p. 60.