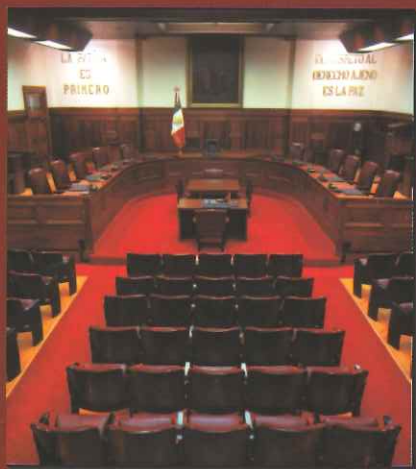


# Decisiones Relevantantes

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

100

Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Nacional Autónoma de México



Inconstitucionalidad de los requisitos diferenciados a la mujer y el varón para acceder al servicio de guarderías del IMSS



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**  
**Catalogación**

PO

N801.113 México. Suprema Corte de Justicia de la Nación

M494I Inconstitucionalidad de los requisitos diferenciados a la mujer y el varón para acceder al servicio de guarderías del IMSS / [la Investigación y redacción de esta obra estuvieron a cargo de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ; investigador José Manuel Lastra Lastra ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Supr-ema Corte de Justicia de la Nación : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

121 páginas ; 22 cm. -- (Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; 100)

ISBN 978-607-630-375-7

1. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Decisiones judiciales – Análisis 2. Instituto Mexicano del Seguro Social – Servicio de guarderías – Equidad de género 3. Normas constitucionales – Derecho a la igualdad – Instrumentos internacionales 4. Juicio de Amparo – Inconstitucionalidad – Igualdad ante la ley 5. Guarderías infantiles – Prestaciones sociales – Legislación 6. Derechos de los niños 7. Interés superior de la niñez 8. Derecho a la no discriminación I. Lastra Lastra, José Manuel, investigador II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis IV. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas V. título VI. serie LC KGF2047

Primera edición: mayo de 2018

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc

C.P. 06060, Ciudad de México, México.

D.R. © Universidad Nacional Autónoma de México

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, C.P. 04510, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México

*Printed in Mexico*

La investigación, la redacción, la edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**INCONSTITUCIONALIDAD  
DE LOS REQUISITOS DIFERENCIADOS  
A LA MUJER Y EL VARÓN PARA ACCEDER  
AL SERVICIO DE GUARDERÍAS DEL IMSS**

SERIE  
DECISIONES RELEVANTES  
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MÉXICO 2018

---

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministra Norma Lucía Piña Hernández  
*Presidenta*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Segunda Sala**

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza  
*Presidente*

Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Alberto Pérez Dayán

### **Comité Editorial**

Lic. María Bertha Fernández García de Acevedo  
*Secretaria General de la Presidencia*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo  
*Coordinadora de Compilación  
y Sistematización de Tesis*

Mtra. Martha Beatriz Pinedo Corrales  
*Titular del Centro de Documentación y Análisis,  
Archivos y Compilación de Leyes*

Lic. Carlos Avilés Allende  
*Director General de Comunicación y Vinculación Social*

Dr. Héctor Arturo Hermoso Larragoiti  
*Director General de Casos de la Cultura Jurídica*

---

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

Pedro Salazar Ugarte  
*Director*

Francisco Alberto Ibarra Palafox  
*Secretario Académico*

Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

José Manuel Lastra Lastra  
*Investigador*

## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>I. EL DERECHO DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE LOS MENORES .....</b>	<b>15</b>
1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE LA MUJER Y EL VARÓN Y SUS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL CUANDO SON PADRES .....	16
2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE LOS MENORES .....	20
a) Disposiciones constitucionales y convencionales ...	20
b) Legislación secundaria .....	29
i. Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres .....	30
ii. Ley Federal del Trabajo .....	31
iii. DECRETO por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil.....	32

3. FUENTES CONSULTADAS .....	42
<b>II. AMPARO EN REVISIÓN 59/2016 .....</b>	<b>47</b>
1. ANTECEDENTES .....	47
2. COMPETENCIA .....	48
3. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN .....	48
4. ESTUDIO DEL AGRAVIO.....	48
5. ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE SOBRESEIMIENTO INVOCADAS POR LAS AUTORIDADES RESPONSABLES .....	50
a) Previamente a la interposición del juicio de amparo indirecto, los quejosos debieron interponer medios de defensa ordinarios ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Artículo 61, fracción XX, de la Ley de Amparo .....	50
b) Falta de interés jurídico y legítimo de los quejosos para promover el juicio de amparo indirecto. Artículo 61, fracción XII, de la Ley de Amparo .....	50
6. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN.....	51
a) Violación del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres .....	51
b) Violación del derecho a la igualdad y no discriminación, así como del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.....	52
c) Violación al derecho de seguridad social.....	53
d) Violación de los derechos de la niñez y del interés superior del menor .....	54
7. ESTUDIO DE FONDO.....	54
a) Artículos impugnados.....	54
b) Análisis y estudio .....	57
c) Efectos.....	63
8. TESIS AISLADAS DERIVADAS DE LA RESOLUCIÓN DEL AMPARO EN REVISIÓN 59/2016 .....	63
<b>III. CONCLUSIONES .....</b>	<b>69</b>



---

<b>IV. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. AMPARO EN REVISIÓN 59/2016: SOBRE REQUISITOS DIFERENCIADOS PARA EL ACCESO AL SEGURO DE GUARDERÍAS DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL .....</b>	<b>73</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	73
2. EL SEGURO DE GUARDERÍA Y SU EVOLUCIÓN .....	75
3. IDEAS GENERALES SOBRE DISCRIMINACIÓN .....	83
4. IDEOLOGÍA DE GÉNERO .....	86
5. EQUIDAD Y FAMILIA .....	90
6. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	95
7. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PRESTACIONES PARA NECESIDAD IGUAL .....	99
8. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR ..	106
9. REFLEXIONES FINALES .....	108
10. FUENTES DE INFORMACIÓN .....	112

## PRESENTACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima instancia jurisdiccional y último intérprete de la Constitución de la República, ha desempeñado un papel de suma importancia, al resolver los asuntos sometidos a su consideración, con las consecuentes repercusiones jurídicas, sociales, económicas y políticas. Si bien, las resoluciones –en principio– sólo tienen efectos sobre las partes que intervienen en los asuntos de su conocimiento, trascienden en el interés de la sociedad por su relevancia jurídica y por los criterios que en ellas se sustentan.

Sin embargo, estas resoluciones no siempre son conocidas, ni sus criterios comprendidos. Esto se debe en parte al discurso altamente técnico en que las ejecutorias son formuladas y a que su difusión se realiza a través de obras sumamente especializadas. Por ello, este Alto Tribunal ha decidido que los criterios más relevantes sean difundidos a través de publicaciones redactadas de forma simple y llana.

Es así como se da continuidad a la serie *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, integrada por diversos folletos sobre temas varios, abordados en las ejecutorias pronunciadas por este Máximo Tribunal, de interés para el público en general.

En el marco del Convenio de Colaboración General que tiene celebrado la Suprema Corte con la Universidad Nacional Autónoma de México para la organización y desarrollo de actividades conjuntas de investigación, acciones científicas y culturales de interés para las partes y del Convenio Específico de Colaboración para el Intercambio de Publicaciones suscrito por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, este último participa en la elaboración de estos folletos con los comentarios de sus investigadores.

Con esta serie de publicaciones, se espera que el público no especializado conozca el trabajo de este Máximo Tribunal.

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*

## INTRODUCCIÓN

Históricamente ha existido un trato diferenciado entre el hombre y la mujer, a partir de una visión estereotipada por los supuestos roles que tienen que desempeñar uno u otro, como ocurre cuando se reduce a ella al papel del cuidado del hogar y de los hijos por razón de su género.

Sin embargo, y por fortuna, esta percepción ha tenido importantes cambios y se refleja en los propios principios fundamentales incorporados a nuestra Norma Suprema, la que establece en su artículo 4o. el derecho a la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley.

Además, desde la reforma a la Constitución Federal de 10 de junio de 2011, que reconoce tanto los derechos humanos ahí establecidos como los previstos en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano es Parte, la normativa convencional

viene a ampliar este manto protector en defensa de la igualdad de género, en donde comúnmente es la mujer quien se ha encontrado en una situación de desigualdad ante la ley.

No obstante, existen disposiciones que ubican al hombre en un ámbito de desventaja por tener esta calidad, como ocurre con los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 2o. y 3o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y la Regla 8.1.3. de la Norma que establece las previsiones para la operación del Servicio de Guardería del IMSS, que regulan el otorgamiento de dicha prestación tanto a la mujer como al varón, pero a éste sólo en determinadas circunstancias, como es que se encuentre en situación de viudez, divorciado o que por resolución judicial ejerza la custodia o la patria potestad de sus menores hijos.

Lo anterior motivó el que una pareja interpusiera juicio de amparo contra dichas disposiciones, por considerar que violaban sus derechos de igualdad ante la ley, de no discriminación, de seguridad social, así como los derechos de la niñez y el principio de interés superior del menor.

En virtud de que el Juez de Distrito decretó el sobreseimiento en el juicio de amparo solicitado, los padres del menor interpusieron recurso de revisión, el cual fue atraído por el Alto Tribunal resuelto por la Segunda Sala.

Por la importancia y trascendencia que tiene este asunto, dados los temas analizados y el sentido de la resolución, en este número de la serie *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* se presenta la síntesis del amparo en revisión

59/2016, en donde la Señora y los Señores Ministros vierten importantes criterios para determinar el trato igualitario que tienen que recibir tanto el hombre como la mujer, respecto a los servicios de guardería otorgados por la referida institución de seguridad social.

También se incorporan las tesis aisladas emanadas de la ejecutoria, así como un breve estudio introductorio sobre el derecho de los menores a ser cuidados por sus padres y la normativa constitucional, convencional y legal al respecto.

Por último, se agrega el valioso comentario que sobre este asunto realiza el doctor José Manuel Lastra Lastra, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en atención al Convenio Específico de Colaboración para el Intercambio de Publicaciones y Coedición de Obras celebrado entre dicho Instituto y el Alto Tribunal.

## I. EL DERECHO DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE LOS MENORES

En el amparo en revisión 59/2016,<sup>1</sup> la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó la inconstitucionalidad de diversos artículos,<sup>2</sup> entre ellos, los numerales 201 y 205 de la Ley del Seguro Social (LSS),<sup>3</sup> por otorgar un trato diferenciado a los padres que no se ubicaron en los supuestos previstos para que los hijos de las trabajadoras y los trabajadores asegurados por el Instituto Mexicano del Seguro Social tuvieran acceso al servicio de guardería.

En ese sentido, la Sala, al resolver dicho asunto, se pronunció sobre el alcance de los derechos de igualdad y no discriminación,

<sup>1</sup> Véase la versión pública del asunto en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=192864>.

<sup>2</sup> 2o. y 3o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social y el numeral 8.1.3. de la Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social.

<sup>3</sup> Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995.

de igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, de la niñez y al principio del interés superior del menor, así como a la seguridad social, establecidos en los artículos 1o., 4o. y 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Federal, respectivamente.

Ahora bien, dada la importancia de las consideraciones de la Sala en cada uno de los temas mencionados, los cuales serán abordados detalladamente en la síntesis de la ejecutoria y en el comentario que sobre ésta hace el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que forman parte de esta obra, se presenta un breve estudio sobre el derecho de protección y cuidado de los menores, en donde se resaltan algunos aspectos del derecho a la igualdad entre la mujer y el varón, así como de las prerrogativas que a la par poseen en materia de seguridad social, cuando han ejercido su derecho a tener hijos.

## **1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE LA MUJER Y EL VARÓN<sup>4</sup> Y SUS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL CUANDO SON PADRES<sup>5</sup>**

Históricamente, las diversas sociedades asignaron a la mujer, con motivo de su sexo, diferentes roles que solo ella debía desempeñar en diferentes ámbitos, como son los laborales, sociales y familiares, a partir de criterios dominados por los hombres, lo que derivó, entre otras cosas, en actos discriminatorios contra

<sup>4</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Impartición de justicia con perspectiva de género", serie *Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 2016, núm. 87, pp. 15-22.

<sup>5</sup> *Ibidem*.



ellas;<sup>6</sup> ante esto, y bajo una visión con perspectiva de género,<sup>7</sup> se originaron nuevas disposiciones, tanto nacionales como convencionales, a fin de propiciar la igualdad jurídica de las mujeres y los hombres y que ambos tuvieran los mismos derechos y obligaciones,<sup>8</sup> para lograr una auténtica equidad de género.

Como ejemplo de lo anterior, en el orden jurídico nacional se llevó a cabo la reforma al artículo 4o. constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974, que estableció el derecho fundamental de la igualdad de las mujeres y los hombres ante la ley, lo que motivó la adecuación en la legislación nacional, de las disposiciones que, de alguna manera, aún daban un trato diferenciado a la mujer.

Asimismo, el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma de 14 de agosto de 2001, prohíbe todo tipo de actos discriminatorios, entre otros motivos por razón de género, que impliquen<sup>9</sup> el que las personas

<sup>6</sup> Se considera que sólo será discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable; esto es, son diferencias arbitrarias que van en detrimento de los derechos humanos. Tesis 1a./J. 49/2016 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, el viernes 7 de octubre de 2016 a las 10:17 horas, y en su *Gaceta*, Décima Época, Libro 35, Tomo I, octubre de 2016, página 370; Registro digital: 2012715.

<sup>7</sup> De acuerdo con la fracción VI del artículo 5o. de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres se considera como tal la "metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género ...". Ley cuyos datos de publicación se verán más adelante.

<sup>8</sup> Un ejemplo de ello lo constituye lo previsto en el artículo 17, fracción VIII, de la mencionada Ley General para la Igualdad, en cuanto a que dispone que la Política Nacional en la materia debe establecer las acciones conducentes para materializar la igualdad, entre ellas, las "medidas que aseguren la corresponsabilidad en el trabajo, y la vida personal y familiar de las mujeres y hombres...".

<sup>9</sup> Los Poderes Públicos deben tener en cuenta que "los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor". Tesis P./J. 14/2010, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, febrero de 2010, página 2320; Registro digital: 165247.

reciban un trato desigual que sea contrario a su dignidad y con ello se menoscaben sus derechos o libertades.

A partir de lo anterior, la Primera Sala del Alto Tribunal ha señalado que la igualdad jurídica implica la obligación de los Jueces de impartir justicia, basados en una perspectiva de género, principalmente cuando las mujeres alegan la violación a su derecho a la igualdad por actos discriminatorios y en los asuntos donde existan relaciones asimétricas, prejuicios y estereotipos, con independencia del género de las personas involucradas; de manera que con ella eliminen las barreras u obstáculos que discriminen a las personas por formar parte del grupo de "mujeres u hombres".<sup>10</sup>

Por otra parte, en materia de seguridad social, el mismo texto constitucional, en su artículo 123, prevé una serie de mecanismos para que las mujeres y los hombres que son padres, puedan ejercer su derecho a laborar, en donde cuenten con diversas coberturas o prestaciones en beneficio de ellos y sus hijos, entre las que destacan las siguientes:

- Que las mujeres trabajadoras, durante el embarazo, no lleven a cabo labores que exijan esfuerzos o que pongan en peligro su salud (artículo 123, Apartado A, fracción V).
- Que, de forma previa al parto y posterior a éste, las mujeres gocen de un descanso, para lo cual recibirán

<sup>10</sup> Véase la tesis 1a./J. 22/2016 (10a.), publicada en el *Semanario... op. cit.*, el viernes 15 de abril de 2016 a las 10:30 horas, y en su *Gaceta*, Décimo Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, página 836; Registro digital: 2011430; y, *cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el Derecho a la Igualdad*, 2a. ed., México, SCJN, 2015, pp. 77-78.

su salario íntegro, conservando así su empleo y los derechos que al respecto hubieran ya adquirido (artículo 123, Apartado A, fracción V).<sup>11</sup>

- Las madres tendrán derecho a un descanso extraordinario por día para alimentar a sus hijos (artículo 123, Apartado A, fracción V).
- Que los jefes de familia reciban un salario suficiente para abastecer las necesidades familiares y para proveer la educación obligatoria de los hijos (artículo 123, Apartado A, fracción VI, párrafo segundo).
- Que el patrón adopte todas las medidas necesarias para proteger a las mujeres embarazadas y al producto de la concepción (artículo 123, Apartado A, fracción XV).
- Que para la colocación en un trabajo, sea tomado en cuenta, de forma preferente, el hombre o la mujer que

<sup>11</sup> La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, determinó que debido a la condición de vulnerabilidad que implica esta etapa para la mujer, se requiere "aplicar la herramienta de perspectiva de género, que implica reconocer la realidad socio-cultural en que se desenvuelve la mujer y eliminar las barreras y obstáculos que la colocan en una situación de desventaja en un momento en que, de manera particular, requiere gozar de la atención médica necesaria del periodo pre y postnatal y de las demás prestaciones de seguridad social que garanticen el bienestar del menor, lo que exige una mayor y particular protección del Estado, con el propósito de lograr una garantía real y efectiva de sus derechos. En este sentido, el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género, por lo que las mujeres trabajadoras deben ser protegidas de manera especial durante los periodos de embarazo y licencia postnatal, pues por ese solo hecho sufren discriminación laboral, lo cual incide en una violación sistemática a sus derechos humanos, al limitar su ejercicio en los relativos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a un proyecto de vida." Tesis 2a./J. 66/2017 (10a.), publicada en el *Semanario... op. cit.*, el viernes 16 de junio de 2017 a las 10:22 horas, y en su *Gaceta*, Décima Época, Libro 43, Tomo II, junio de 2017, página 1159; Registro digital: 2014508.

represente la única fuente de ingresos en su familia (artículo 123, Apartado A, fracción XXV, párrafo segundo).

- Que se protejan los bienes patrimonio de la familia, por ejemplo, del embargo (artículo 123, Apartado A, fracción XXVIII).
- Gozar de diversos seguros como invalidez, vejez, vida, enfermedades, y de los servicios de guardería<sup>12</sup> para el cuidado de los hijos de los trabajadores (artículo 123, Apartado A, fracción XXIX).
- Que los familiares de los trabajadores reciban asistencia médica y medicinas, conforme lo disponga la Ley (artículo 123, Apartado B, fracción XI, inciso d)).

## 2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE LOS MENORES

### a) *Disposiciones constitucionales y convencionales*<sup>13</sup>

El artículo 4o. constitucional prevé el principio de interés superior del menor, que deberá ser velado y cumplido por el Estado para garantizar de manera plena los derechos de la niñez, establecidos en sus párrafos noveno, décimo y décimo primero, en donde también determina que los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar y exigir el cumplimiento de esos derechos

<sup>12</sup> Los criterios emanados sobre este tema pueden consultarse en los siguientes apartados de esta obra.

<sup>13</sup> Normativa que puede consultarse en la Página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, opción "sistemas de consulta", visible en: <https://www.scjn.gob.mx/normativa-nacional-internacional>.

y principios, para lo cual, el Estado otorgará las facilidades a los particulares con el propósito de coadyuvar a tal fin.

El principio de interés superior se incorporó en el Texto Constitucional, mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de octubre de 2011, motivada por la adhesión de México a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>14</sup> que lo contempla, bajo la perspectiva de garantizar a todos los habitantes la igualdad de derechos y la integración de los grupos, principalmente, los más vulnerables, entendidos como tales:

... aquellos que por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad, se encuentran en una situación de mayor indefensión para hacer frente a los problemas que plantea la vida y no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. La vulnerabilidad coloca a quien la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades

Atento a ello, el Poder Reformador de la Constitución consideró que al establecer dicho interés de las niñas y los niños, el

... marco jurídico constitucional coadyuvaría y obligaría a que los ordenamientos, y aún más las políticas públicas nacionales, reconozcan de manera integral y plena los derechos de las niñas y los niños del país. De esa forma, no sólo se garantiza la protección de un sector vulnerable de la sociedad mexicana

<sup>14</sup> Convención aprobada por la Cámara de Senadores, el 19 de junio de 1990, ratificada por el Poder Ejecutivo el 10 de agosto de 1990 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

sino que se contribuye al cumplimiento de las obligaciones contraídas por México a nivel internacional.<sup>15</sup>

Este principio en la Constitución busca, entre otras cosas, coadyuvar y obligar a respetar de manera plena los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, como es a recibir cuidados por parte de sus ascendientes, tutores o representantes legales, esto es, por los integrantes de su núcleo familiar, como lo establece la tesis 1a. CLXXXVI/2017<sup>16</sup> de la Primera Sala del Alto Tribunal, conforme a la cual

El principio del mantenimiento del menor en su familia biológica está contenido en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, y dispone que para su pleno desarrollo, el menor necesita del amor y comprensión de una familia, por lo que debe crecer bajo los cuidados y afecto de sus padres en un ambiente de seguridad moral y material. Así, el principio referido aloja una presunción importante en favor de que el mejor interés del menor se ubica en permanecer en su núcleo familiar. Lo anterior obedece a la necesidad de que el menor cuente con su familia como el ámbito natural en el que se desarrolla, y en donde se le proporciona la protección necesaria para su desarrollo integral. Por lo tanto, el Estado debe no sólo resguardar la estabilidad de los niños en su núcleo familiar, sino garantizar que aquéllos puedan gozar efectivamente de sus relaciones familiares. Con todo, hay que precisar que el derecho del menor a vivir con sus progenitores tiene relevancia en la medida en la que tal circunstancia sea la que mejor convenga a los intereses del niño...

<sup>15</sup> Véase la Exposición de motivos consultada el 22 de mayo de 2018, visible en: <http://bovmsnilap.scjn.pjf.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNQImNPZPsNLFqe0s7ley1Fqric+ezW83fkjajOnRMHwB2UOjqWh1X2e7MQOxjnyQ5jSQ==>.

<sup>16</sup> Tesis publicada en el *Semanario... op. cit.*, Décima Época, Libro 49, Tomo I, diciembre de 2017, página 436; Registro digital: 2015748.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al principio de interés superior del menor, ha emitido diversos criterios con el fin de guiar la labor de los órganos de impartición de justicia, en donde precisó su concepto, estableció su alcance, las implicaciones de dicho interés<sup>17</sup> y las medidas que los juzgadores y las autoridades deben tomar en consideración a partir de él, como ha señalado respecto de estas últimas en donde:

... las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas —en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, ... entre otras— deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños ...<sup>18</sup>

En consonancia con lo anterior, y relacionado con el cuidado y la atención a que tienen derecho los hijos de trabajadoras y trabajadores del sector privado, el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, declara de utilidad pública la Ley del Seguro Social que, entre otras disposiciones, contempla el otorgamiento de diversas prestaciones como es el servicio de guardería, ello como

<sup>17</sup> Véase la jurisprudencia P./J. 7/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, página 10; Registro digital: 2012592 y la tesis 1a. CLXIV/2016 (10a.), según la cual "el principio de interés superior del menor demanda que en toda situación donde éstos se vean involucrados, se traten de proteger y privilegiar sus derechos, aun cuando no formen parte de la litis o las partes no los hagan valer; o incluso, cuando el material probatorio sea insuficiente para esclarecer la verdad de los hechos...", publicada en la *Gaceta...* op. cit., Décima Época, Libro 31, Tomo I, junio de 2016, página 706; Registro digital: 2011836.

<sup>18</sup> Tesis 2a. CXLI/2016 (10a.) publicada en la *Gaceta...* op. cit., Décima Época, Libro 38, Tomo I, enero de 2017, página 792; Registro digital: 2013385.

una medida para proteger a la familia, dado que se procuran los derechos laborales de quienes tienen hijos y, por supuesto, de los menores a ser cuidados, debido a la necesidad que tienen los ascendientes de acudir a sus centros de trabajo y dejar a éstos al cuidado de un tercero.

Por otra parte, en el ámbito internacional, con fundamento en los artículos 1o. y 133 de la Norma Fundamental, la CDN<sup>19</sup> forma parte del orden jurídico mexicano y de lo que se ha denominado por el Alto Tribunal parámetro de control de regularidad constitucional,<sup>20</sup> cita en su preámbulo la Declaración de los Derechos del Niño,<sup>21</sup> donde se reconoce que los menores de edad, debido a su falta de madurez física y mental, requieren protección y cuidados especiales, antes y después de su nacimiento, motivo por el que los países firmantes convinieron adoptar diversas medidas para cumplir con ello.

Resulta importante mencionar que sobre la mencionada previsión de la CDN respecto a los "cuidados especiales" y la

<sup>19</sup> Convención cuyos datos de publicación se muestran en la nota 14, página 21.

<sup>20</sup> Véase la jurisprudencia P./J. 20/2014, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas, y en su *Gaceta*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 202; Registro digital: 2006224.

<sup>21</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, información consultada el 1 de abril de 2018, en: <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>. Declaración, de la que destacan, entre otros, el principio segundo que prevé el derecho de los menores a recibir una protección especial. Respecto de esta fuente de derecho internacional, así como de otros, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que: "el derecho internacional de los derechos humanos tiene como fuentes no sólo aquellas normas de carácter obligatorio, sino también instrumentos no vinculantes como las declaraciones, los reglas generales, los principios o las opiniones consultivas, que en tanto desarrollan el contenido y alcance de los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano también son un referente necesario." Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, 2a. ed., SCJN, México, 2014, p. 24. Información consultada el 15 de abril de 2018, en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo\\_infancia\\_2da\\_version.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf).



establecida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según la cual los menores deben recibir "medidas especiales de protección", la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que dichas disposiciones provienen "... de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia".<sup>22</sup>

En ese sentido, dicha Corte señala que la adopción de esas medidas corresponde a la familia y al Estado, poniendo como referencia el artículo 16 del Protocolo de San Salvador,<sup>23</sup> al señalar que "todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".<sup>24</sup>

En virtud de lo anterior, la misma Corte IDH enfatizó que para proteger de manera efectiva a las niñas y los niños, todas las decisiones, ya sean del Estado, la sociedad o sus familias, que impliquen alguna limitación "al ejercicio de cualquier derecho, deben tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia".<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Véase la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, p. 62, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada el 13 de abril de 2018, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serieo\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serieo_17_esp.pdf).

<sup>23</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" adoptado en la ciudad de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, aprobado el 12 de diciembre de 1985 por el Senado de la República y firmado el 17 de noviembre de 1988, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 1 de septiembre de 1998.

<sup>24</sup> Véase la Opinión Consultiva OC-17/2002 op. cit., nota 22, p. 63.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 63 y 64.

Así, retomando la CDN, en su artículo 3o. determina que en las medidas concernientes a los niños se atenderá a su interés superior,<sup>26</sup> el cual, en palabras de la Corte IDH, se considera como:

... principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>27</sup>

Esto es, el principio superior de la niñez conlleva que el desarrollo de los menores y el ejercicio pleno de sus derechos deben considerarse criterios que rijan la elaboración y aplicación de las normas en todos los órdenes relativos a su vida.

En ese sentido, el mismo numeral, textualmente, dispone:

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la

<sup>26</sup> Véase la jurisprudencia 1a./J 25/2012 (9a.), de título y subtítulo: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, Tomo 1, diciembre de 2012, página 334; Registro digital: 159897.

<sup>27</sup> Véase la Opinión Consultiva OC-17/2002 *op. cit.*, nota 22, p. 61.

protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Conforme a lo anterior, atento a los deberes de las personas que por ley son responsables de la protección y el cuidado de los menores, cuando sea a cargo de instituciones, servicios y establecimientos, los mismos deberán cumplir con las normas que expidan las autoridades competentes en las materias de seguridad, higiene, así como capacitación y número de su personal.

A su vez, en el documento relativo a los derechos de la infancia y adolescencia<sup>28</sup> se precisó que la CDN

... establece a la vez un marco vinculante para todos los países firmantes a fin de garantizar los derechos fundamentales para que toda niña, niño y adolescente reciba la protección y cuidados especiales necesarios para su desarrollo en un entorno de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Asimismo, se reconoció que, con independencia de varios factores inherentes al menor o a sus padres, aquéllos tienen derecho a

---

<sup>28</sup> UNICEF, *Pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México, 2008-2010*, México, UNICEF/CONEVAL, en: [https://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza\\_web\\_ene22\(3\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza_web_ene22(3).pdf). Información consultada el 11 de abril de 2018.

una infancia y adolescencia en la que puedan aprender, jugar, gozar de buena salud y desarrollarse "independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales."

En virtud de lo anterior, se determinó que corresponde al Estado salvaguardar el desarrollo integral y digno de los menores, con el fin de prepararlos para su vida adulta.

Esto implica la debida supervisión y que los países tomen en cuenta los derechos y deberes de los padres de los menores,<sup>29</sup> en su caso, de sus tutores o de las personas responsables de ellos ante la ley.

Sobre los deberes de cuidado que tienen los ascendientes respecto de sus hijos, en caso de que no se cumplan, podría autorizarse, en supuestos excepcionales y mediante determinación judicial, su separación conforme al artículo 9o. de la CDN,<sup>30</sup> respetando en todo momento el derecho que tienen los menores

---

<sup>29</sup> Respecto a la responsabilidad compartida de los padres, el legislador español ha instrumentado diversas medidas para conciliar la vida familiar y laboral, entre ellas las relativas a lograr una igualdad de oportunidades en el empleo y aquellas que tienen que ver con una distribución "más justa entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares y otras para compatibilizar el cuidado de la familia con el desarrollo profesional, laboral y personal." González González, María Dolores, "Medidas para apalar la falta de corresponsabilidad y conciliación de la vida personal, familiar y laboral", en *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 326.

<sup>30</sup> En el caso de España cuando los padres se encuentren separados y no logren ponerse de acuerdo respecto de quién ejercerá la custodia de los hijos, el Juez podrá determinar a quién le corresponde, con el fin de "equilibrar la responsabilidad parental tras la ruptura y fiscalizar las actitudes de entorpecimiento, obstrucción o falta de colaboración de los progenitores en el cuidado y asistencia a los hijos menores." González Moreno, Beatriz, "El principio de igualdad en el ámbito del derecho de familia: la custodia compartida", *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant, 2009, p. 377.

a mantener una relación con ambos padres, salvo que ello vaya en contra de su interés superior.

Ahora bien, el artículo 18 de la CDN dispone que los países miembros se empeñarán en garantizar el reconocimiento de las obligaciones comunes de las madres y los padres sobre la crianza y el desarrollo del niño, entendiendo a la voz crianza<sup>31</sup> como aquella que se refiere a alimentar al menor —tratándose de las madres que amamantan a sus hijos con la leche de sus pechos—, instruirlo, educarlo y dirigirlo.

Así, para garantizar y cumplir con ese derecho y con los mencionados en la Convención, los Estados proporcionarán a los responsables del cuidado del menor, la asistencia necesaria para que cumplan con ello; en ese sentido, velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios destinados a tal fin, como son las guarderías.

En consecuencia, en términos del artículo 19 de la CDN, los Estados también adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los menores de cualquier descuido por parte de quienes tengan a su cargo la responsabilidad de cuidarlos.

## b) *Legislación secundaria*

El derecho de las niñas y los niños a ser cuidados por sus ascendientes, tutores o por quienes los tengan bajo su responsabilidad,

<sup>31</sup> Véanse las voces "crianza" y "criar", en el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, consultado el 1 de abril de 2018, en: <http://dle.rae.es/?id=BFxV7jI>. También a la palabra 'crianza' se le relaciona con las palabras: 'lactancia' y 'cuidados del recién nacido'. Cfr. Foinholc, Beatriz, *Educación y género. Una perspectiva social, cultural y tecnológica*, Argentina, Lugar, 2011, p. 47.

y el derecho de los padres a contar con un lugar para el cuidado de sus hijos cuando se vean en la necesidad de salir a laborar, han sido incorporados en el orden jurídico nacional en distintos ordenamientos.

#### i. Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres

El 2 de agosto de 2006 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (LGIMH) que entre sus objetivos está el de garantizar oportunidades y un trato igual para ambos sexos,<sup>32</sup> de cuyas directrices se encuentra, en términos de su artículo 17, la que va encaminada a destacar que la política del país debe "establecer las acciones conducentes a lograr la igualdad sustantiva en el ámbito, económico, político, social y cultural".

A partir de esto, el Presidente de la República, como lo dispone el artículo 17, fracción VIII, de la LGIMH, al desarrollar la política nacional deberá considerar el establecimiento de medidas que aseguren la corresponsabilidad en el trabajo y la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres.

Por su parte, en términos del artículo 40, fracción XI, las autoridades correspondientes tendrán que contribuir a un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, para lo cual reconocerán, tanto a los padres biológicos como a los que adop-

---

<sup>32</sup> En palabras de Lucero Saldaña, la igualdad se busca como una superación a la desigualdad y no de la diferencia, en virtud de ello, plantea el derecho a la igualdad en la diferencia. Saldaña Pérez, Lucero, *Poder, Género y Derecho. Igualdad entre Mujeres y Hombres en México*, CNDH, México, 2008, p. 20.

ten, el derecho a gozar de un permiso y a una prestación por paternidad<sup>33</sup> conforme a la Ley Federal del Trabajo (LFT).

## ii. Ley Federal del Trabajo

Todo lo anterior motivó e implicó la adecuación de otras disposiciones encaminadas a cumplir con esos lineamientos, por ejemplo la mencionada LFT<sup>34</sup> en su numeral 132, fracción XXVII Bis, obligó a los patrones a otorgar a los hombres trabajadores un permiso para ausentarse de su centro laboral

... de cinco días laborables con goce de sueldo [...] por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante [...]

También, conforme a lo previsto en la fracción XV del artículo 133, se prohibió a los patrones despedir a una mujer trabajadora o, en su caso, coaccionarla para renunciar, cuando tuviera a su cargo el cuidado de sus hijos menores de edad.

Finalmente, en su artículo 283, fracción XIII, se incorporaron deberes especiales para los patrones, en específico, a brindar los servicios de guardería a los hijos de los trabajadores.

<sup>33</sup> En el derecho italiano, aun cuando el área de trabajo de cuidado y de responsabilidad de custodia de los hijos constituye un ámbito, mayormente, femenino, en caso de que la madre no pueda desempeñar dicha labor se ha establecido en la legislación el permiso de paternidad, para los padres trabajadores, ya sean biológicos, adoptivos o preadoptivos, que puede disfrutarse de manera simultánea con la licencia por maternidad. También se ha incorporado el permiso horario, que consiste en dividir el trabajo en horas, para las madres o padres trabajadores, ello con el fin de que puedan cuidar a sus hijos y continuar con su vida laboral. *Cfr.* Bozzao, Paola, "La armonización de las responsabilidades personales y profesionales en el ordenamiento jurídico-laboral italiano. Reflexiones a la luz de la normativa europea", en Moya Amador, Rosa (dir.), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Pomplona, Aranzadi, 2016, pp. 242-244.

<sup>34</sup> La reforma a la LFT se llevó a cabo mediante decreto publicado el 30 de noviembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*.

iii. DECRETO<sup>35</sup> por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil (LGPSACDIF)<sup>36</sup>

La LGDNNA tiene como propósito proteger, respetar, promover y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los menores de edad; para ello, en relación con el derecho de éstos a ser cuidados por sus padres, tutores, responsables legales o, en su caso, por las instituciones que se creen para tal efecto cuando aquéllos se vean imposibilitados para hacerlo, dentro de sus previsiones, dispone las siguientes:

- *En caso de que los padres o la familia no puedan encargarse del cuidado de las niñas, niños o adolescentes*

El artículo 4o., fracción II, considera el "acogimiento residencial", una opción para que los menores gocen de su derecho a ser cuidados y que se ofrece por los centros de asistencia social, como una medida de protección de carácter especial y subsidiario, utilizada siempre a manera de un recurso final, ya que siempre se busca dar prioridad a que los menores sean cuidados en un entorno familiar.

- *En caso de que el menor carezca de una familia de origen que le brinde cuidados*

La fracción XII del artículo 4o. prevé la posibilidad de tener una "familia de acogida", la cual deberá contar con la certificación

<sup>35</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014.

<sup>36</sup> Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de octubre de 2011, reformada por última ocasión el 26 de enero de 2018.



de la autoridad competente y tendrá a su cargo el cuidado, la protección, crianza y promoción del bienestar social de los menores, por un lapso limitado, en el cual se les asegure una opción permanente con una familia de origen, ya sea extensa o adoptiva.

- *En caso de que el menor se encuentre en la etapa previa a ser adoptado*

El artículo 4o., fracción XIII, prevé la posibilidad de que una familia distinta a la de origen y a la extensa<sup>37</sup> reciba de manera provisional a los menores con un fin de adopción, para lo cual asume el deber de cuidado y protección conforme al principio de interés superior.

- *En caso de que a los menores se les prive del cuidado de su familia*

Al respecto, el artículo 24 confiere el deber a las autoridades, en sus distintos ámbitos, de emitir las normas y los mecanismos para facilitar la unificación de la familia, siempre que no se vaya en contra del interés superior del menor, para lo cual, los menores tendrán el derecho a acceder a los cuidados alternativos temporales, en tanto se localice a la familia y los incorporen a ella.

<sup>37</sup> En términos de la propia Ley, pueden considerarse como tales:

" Artículo 4...

...

X. Familia de Origen: Aquella compuesta por titulares de la patria potestad, tutela, guarda o custodia, respecto de quienes niñas, niños y adolescentes tienen parentesco ascendente hasta segundo grado;

XI. Familia Extensa o Ampliada: Aquella compuesta por los ascendientes de niños, niñas y adolescentes en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado;

..."

En ese supuesto, los diferentes sistemas de desarrollo integral para las familias tendrán que acoger y cuidar a los menores conforme a la normativa correspondiente; por ejemplo, en términos del artículo 26 de la LGDNNA,<sup>38</sup> las autoridades garantizarán que los niños reciban los cuidados necesarios, procurando siempre su interés superior.

Resulta importante mencionar que, como textualmente lo refiere la LGDNNA, en su numeral 13, al señalar los derechos de las niñas, niños y adolescentes no considera el relativo a ser cuidados por sus padres, pero ello no implica que no sea así, ya que se encuentra inmerso en el derecho a vivir en familia, pues como la propia Ley menciona, la lista es enunciativa, mas no limitativa.

Ahora bien, el derecho de los niños a ser cuidados se ubica dentro del derecho a la familia, ya que generalmente el hablar de cuidados, en palabras de Ana Rodríguez, implica referirse

<sup>38</sup> Entre las medidas que tomarán se encuentran las siguientes:

I. Sean ubicados con su familia extensa o ampliada para su cuidado, siempre que ello sea posible y no sea contrario a su interés superior;

II. Sean recibidos por una familia de acogida como medida de protección, de carácter temporal, en los casos en los cuales ni los progenitores, ni la familia extensa de niñas, niños y adolescentes pudieran hacerse cargo;

III. Sean sujetos del acogimiento pre-adoptivo como una fase dentro del procedimiento de adopción, que supone la vinculación de niñas, niños y adolescentes, respecto del cual ya se ha declarado la condición de adoptabilidad, con su nuevo entorno y determinar la idoneidad de la familia para convertirse en familia adoptiva;

IV. En el Sistema Nacional DIF, así como los Sistemas de las Entidades y Sistemas Municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán registrar, capacitar, evaluar y certificar a las familias que resulten idóneas, considerando los requisitos señalados para el acogimiento pre-adoptivo, o

V. Sean colocados, dadas las características específicas de cada caso, en acogimiento residencial brindado por centros de asistencia social el menor tiempo posible.

Esta medida especial de protección tendrá carácter subsidiario, priorizando las opciones de cuidado en un entorno familiar.

La autoridad competente deberá tener en consideración el interés superior de la niñez para determinar la opción que sea más adecuada y, de ser el caso, restituirle su derecho a vivir en familia.

El Sistema Nacional DIF y los Sistemas de las Entidades en todo momento serán responsables del seguimiento de la situación en la que se encuentren niñas, niños y adolescentes una vez que haya concluido el acogimiento."

al hogar, cuyos miembros comparten y ponen en común diversos tipos de recursos; de igual manera que representan actividades básicas —lo que se ha denominado trabajo doméstico—, dentro del funcionamiento de los grupos sociales, las cuales se dirigen a mantener el bienestar de las personas consideradas socialmente como las más débiles, por diversos motivos, como la edad y el estado de salud. En ese sentido, dentro de dichas personas se localiza a las niñas y los niños, quienes son, además de otras, las principales beneficiarias del cuidado, al requerir una atención individualizada y constante para lograr niveles mínimos de bienestar.<sup>39</sup>

A partir de lo anterior, se tiene que el artículo 22 de la LGDNNA prohíbe separar a los menores "de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia";<sup>40</sup> así, por la palabra custodia debemos entender "guarda o cuidado de una cosa ajena... Vigilancia ejercida sobre persona privada de la libertad por autoridad competente".<sup>41</sup>

De manera que el derecho a ser cuidado queda previsto en el numeral 22, el cual, para preservarlo, dispone que el menor

<sup>39</sup> Rodríguez Ruano, Ana, "Cuidados, dependencias y relaciones de género: Algunas nuevas interrogantes", en Gregorio Gil, Carmen y Castañeda Salgado, Martha Patricia (coords.), *Mujeres y Hombres en el Mundo Globalizado. Antropología Feminista en América Latina y España, México, UNAM/Siglo XXI, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades*, 2012, pp. 310-317.

<sup>40</sup> En el caso español, en aras de procurar el cuidado de los menores tras el divorcio de sus padres se previó la "custodia compartida", aunque Beatriz González refiere que un sector doctrinal no está conforme con dicho término, pues estima que los progenitores no guardan ni custodian a sus hijos, sino que los cuidan y los tienen en su compañía. González Moreno, Beatriz, *op. cit.*, nota 29, página 28, pp. 392 y 393.

<sup>41</sup> De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 37a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 207.

sólo podrá ser separado de quienes lo cuidan cuando exista una orden de autoridad competente que determine la procedencia de la separación, protegiendo el interés superior del menor, de acuerdo con lo señalado en la ley, mediante el debido proceso donde se garantice el derecho de audiencia de los involucrados y se tengan en cuenta diversas características del menor.

Asimismo, refiere que cuando quienes ejercen la patria potestad del menor, generalmente sus padres, se encuentran en los supuestos de: a) extrema pobreza, b) que requieran ganarse el sustento para mantenerlos en un lugar lejos de donde residen, o, c) tengan problemas para proporcionarles atención, de forma permanente; estas hipótesis no se considerarán como abandono del menor, pero para ello las niñas o los niños deben estar al cuidado de otras personas, quienes tendrán que proveerlos de lo necesario para su subsistencia, sin que exista violencia de algún tipo.

Ahora bien, respecto al cuidado que deben otorgar los padres trabajadores a sus hijos, resulta importante señalar que países como España, dentro de su legislación, ha dispuesto medidas para garantizar ese derecho, ello como lo refiere Mercedes López Balaguer, quien al citar el artículo 46.3 ET precisa que, conforme a éste, los trabajadores tienen una excedencia especial, la cual puede disfrutarse de forma fraccionada, con el propósito de cuidar a los hijos menores de tres años e incluso de los familiares —que cumplan con determinados requisitos—, siempre que por razón de edad, de enfermedad o de haber sufrido algún accidente no puedan valerse por sí mismos y no realicen alguna actividad por la cual se les retribuya económicamente. Ello, con el fin de atender a la infancia, a la familia y "fomentar una armonización

de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres.<sup>142</sup>

Finalmente, resulta importante mencionar que los responsables del cuidado de las niñas, los niños y adolescentes, además de encargarse de su custodia, tendrán muchas otras obligaciones, entre ellas, la prevista en el numeral 44 de la LGDNNA según la cual a ellos les corresponde proporcionarles, en la medida de sus posibilidades, las condiciones de vida suficientes para su sano desarrollo.

En ese sentido, los encargados del cuidado de los menores están obligados a cumplir con sus deberes, en forma respetuosa y coordinada, con independencia de que habiten en lugares distintos, como lo establece el artículo 104 de la LGDNNA; de manera que la legislación, según lo dispuesto en la fracción I del artículo 105 del mismo ordenamiento, proveerá lo necesario, a fin de que se cumpla con diversas obligaciones, entre ellas:

I. Que quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes, los cuiden y atiendan; protejan contra toda forma de abuso; los traten con respeto a su dignidad y orienten, a fin de que conozcan sus derechos, aprendan a defenderlos y a respetar los de otras personas;

En virtud de lo anterior, conforme al artículo 47 de la LGDNNA, las autoridades correspondientes, según su competencia, deberán tomar las medidas necesarias para "prevenir, atender y

<sup>42</sup> López Balaguer, Mercedes, "La excedencia voluntaria por cuidado de los hijos y familiares y su compatibilidad con el trabajo", en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 315.

sancionar los casos en que niñas, niños o adolescentes se vean afectados" por, entre otras, una situación de descuido, negligencia o abandono.

Además de ello, cuando la familia o los parientes del menor no puedan brindarle el cuidado que requiere, atento al artículo 107 de la LGDNNA, las autoridades correspondientes dispondrán las medidas necesarias para crear los centros de asistencia social para garantizar el cumplimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes, entre ellos su integridad física y psicológica.

Lo anterior conlleva, si es el caso, solicitar la colaboración de otras instituciones, organizaciones o dependencias a fin de que los apoyen en las áreas de:

- Psicología.
- Trabajo social.
- Derecho.
- Pedagogía.
- Otros para el cuidado integral de las niñas, los niños y adolescentes.

En otro orden, en relación con la LGPSACDIF, si bien se modificó a través del decreto de 2014, su origen es desde el 2011, por lo que conviene detallar su contenido sobre el tema.

El objeto de esta Ley, conforme a su artículo 1o., consiste en establecer la concurrencia entre los distintos ámbitos de gobierno, así como la participación de los distintos sectores, privado y social, en la

prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, garantizando el acceso de niñas y niños a dichos servicios en condiciones de igualdad, calidad, calidez, seguridad y protección adecuadas, que promuevan el ejercicio pleno de sus derechos.

En ese orden, determina que los encargados de prestar los servicios para el cuidado de los niños tienen que observar y respetar, además de la Ley, los derechos laborales colectivos e individuales previstos en el artículo 123 de la Constitución para "las hijas e hijos de trabajadores y trabajadoras en materia de guarderías y prestaciones sociales..."

En virtud de lo anterior, la LGPSACDIF refiere quiénes tienen derecho a recibir los servicios, las condiciones en que deben prestarse y las prerrogativas a las cuales se orientará la prestación de éstos; al respecto, los numerales 9o. a 11 disponen:

- **Sujetos con derecho a recibir los servicios para la atención, el cuidado y desarrollo integral infantil.** Se trata de las niñas o los niños, en razón de ello puede considerarse como tales a los menores de 18 años de edad.<sup>43</sup>
- **Condiciones en las que se prestan los servicios.** Deben ser de calidad, calidez, seguridad, protección y respeto a sus derechos, de identidad e individualidad para garantizar el interés superior de la niñez, ello sin

<sup>43</sup> Véase el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

discriminación de ningún tipo según el artículo 1o. constitucional.

- **La prestación de los servicios se orienta a cumplir el pleno goce de diversas prerrogativas.** Dentro de los derechos de los niños que pretenden garantizarse, además de otros, se ubican el tener un entorno seguro, afectivo y libre de violencia; que se les cuide y proteja de cualquier acto u omisión que los pudiera afectar; y a recibir una educación apropiada para la edad de los menores.

De igual manera, con el fin de cumplir con los servicios, la Ley prevé diversas disposiciones para que los centros de atención<sup>44</sup> lleven a cabo actividades en las cuales: 1) se informe y apoye a los responsables del cuidado o crianza, en aras de fortalecer la comprensión de sus funciones en la educación de los menores; y 2) se implementen mecanismos para la participación de los padres de familia o de quienes ejercen su tutela, respecto de su educación y atención.

Asimismo, la Ley señala en su artículo 13 que para que las niñas y los niños ingresen a los servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, tendrán que cumplir con los requisitos que determinen las normas, por lo que, cuando la prestación de los servicios de cuidado corresponda a una dependencia de gobierno en cualquiera de sus ámbitos, de acuerdo con el numeral 15 del mismo ordenamiento, podrá otorgarla por sí misma

---

<sup>44</sup> El artículo 8o., fracción I, de la LGPSACDIF, concibe los centros de atención como los "espacios, cualquiera que sea su denominación de modalidad pública, privada o mixta, donde se prestan servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil en un marco de ejercicio pleno de los derechos de niñas y niños desde los cuarenta y tres días de nacido".



o mediante la participación del sector privado, siempre que cumplan con la autorización y los requisitos correspondientes.

En ese caso, conforme a los artículos 15 y 16 de la LGPSACDIF, tendrá que garantizarse el cumplimiento, de manera efectiva de los derechos laborales y de las prestaciones de seguridad social que emanan de ellos en el tema de la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, para lo cual, también deberán acatar lo que dispongan los diversos ordenamientos jurídicos sobre temas como, servicios educativos, descanso, juego, esparcimiento, entre otros.

Ahora bien, la política nacional sobre el tema busca atender diversos objetivos, según los artículos 19 y 20, entre ellos la creación de las condiciones necesarias para respetar, proteger y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los menores; a que se contribuya al mejoramiento progresivo y al fortalecimiento de los servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil; a que se fomente la equidad de género; se garanticen, en el tema de los servicios, criterios cuantitativos y cualitativos; así como la implementación de mecanismos, a fin de que los padres de familia o los tutores de los menores participen en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de los servicios que se proporcionen; materias todas éstas en las que se considerarán, entre otros, los siguientes principios:

- No discriminación e igualdad de derechos.
- Interés superior de la niñez.
- Equidad de género.

De este modo, dentro de los requisitos que se exigen para los prestadores de los servicios, se ubica en el artículo 50 de la

Ley, el contar con un manual "para las madres, padres o quienes tengan la tutela, custodia o la responsabilidad de crianza y cuidado de la niña o niño"; de donde se observa que considera a ambos ascendientes, en el diseño de dicho manual.

Esto, a su vez, se ve reflejado en el programa de trabajo del centro de atención, el cual contendrá, según el artículo 52, fracción V, la forma y las actividades en las que se apoyará a los encargados del cuidado de los menores, para fortalecer la comprensión en sus funciones para la atención, cuidado y desarrollo integral de la niña o el niño.

La ley establece sanciones por incumplir con la normativa aplicable, como es la multa prevista en el artículo 70 de la LGPSACDIF, la cual se aplica al personal de los centros de atención cuando lleven a cabo algún acto de discriminación contra cualquiera de sus integrantes o, en su caso, la suspensión temporal del establecimiento cuando por el descuido de su personal se ponga en peligro la salud e integridad física o psicológica de los menores, conforme al artículo 71, fracción V, del mismo ordenamiento.

### 3. FUENTES CONSULTADAS

#### *Doctrina*

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 37a. ed., México, Porrúa, 2008.

*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, consultado en: <http://dle.rae.es/?id=BFxV7jI>.

Bozzao, Paola, "La armonización de las responsabilidades personales y profesionales en el ordenamiento jurídico-laboral italiano. Reflexiones a la luz de la normativa europea", en Moya Amador, Rosa (dir.), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Pamplona, Aranzadi, 2016.

Fainholc, Beatriz, *Educación y género. Una perspectiva social, cultural y tecnológica*, Argentina, Lugar, 2011.

González González, María Dolores, "Medidas para paliar la falta de corresponsabilidad y conciliación de la vida personal, familiar y laboral", en *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Barcelona, Atelier, 2009.

González Moreno, Beatriz, "El principio de igualdad en el ámbito del derecho de familia: la custodia compartida", *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

López Balaguer, Mercedes, "La excedencia voluntaria por cuidado de los hijos y familiares y su compatibilidad con el trabajo", en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Rodríguez Ruano, Ana, "Cuidados, dependencias y relaciones de género: Algunos nuevos interrogantes", en Gregorio Gil, Carmen y Castañeda Salgado, Martha Patricia (coords.), *Mujeres y Hombres en el Mundo Globalizado. Antropología Feminista en América Latina y España*, México, UNAM/Siglo XXI, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2012.

Saldaña Pérez, Lucero, *Poder, Género y Derecho. Igualdad entre Mujeres y Hombres en México*, CNDH, México, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Impartición de justicia con perspectiva de género", serie *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 2016, núm. 87.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el Derecho a la Igualdad*, 2a. ed., México, SCJN, 2015.

### **Normativa**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración de los Derechos del Niño.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

## Otras

Amparo en revisión 59/2016, visible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=192864>.

DECRETO por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil.

Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Información consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, 2a. ed., SCJN, México, 2014, p. 24. Información consultada en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo\\_infancia\\_2da\\_version.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf).

*Semanario Judicial de la Federación.*

UNICEF, *Pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México, 2008-2010*, México, UNICEF/CONEVAL, visible en: [https://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza\\_web\\_ene22\(3\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza_web_ene22(3).pdf).

## II. AMPARO EN REVISIÓN 59/2016

### 1. ANTECEDENTES

El 4 de febrero de 2015, un padre de familia, como derechohabiente, presentó una solicitud para la prestación del servicio de guardería para su menor hijo ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), la cual le fue negada por oficio del 16 de los mismos mes y año, fundamentando esta decisión en lo dispuesto en los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social.

Ante tal respuesta, los padres, por su propio derecho y a nombre del menor, promovieron juicio de amparo indirecto por el que impugnaron tanto las leyes como el oficio de negativa del servicio de guardería; sin embargo, dicho asunto fue sobreseído con fecha 21 de septiembre de 2015. Contra esta resolución, los quejosos presentaron el recurso de revisión, del que trata la presente síntesis.

## 2. COMPETENCIA

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se declaró competente para conocer y resolver el asunto,<sup>1</sup> por tratarse de un recurso de revisión interpuesto en contra de la resolución dictada en un juicio de amparo indirecto, en el que se reclamó la constitucionalidad de los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 171 de la Ley Federal del Trabajo; 2o., 3o., 9o. y 16 del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social; y la regla 8.1.3. de la Norma que Establece las Disposiciones para la Operación del Servicio de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social.

## 3. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN

La Sala estimó que el recurso de revisión se interpuso oportunamente y por la persona legitimada para ello, dentro del término de 10 días hábiles a que se refiere el artículo 86 de la Ley de Amparo.

## 4. ESTUDIO DEL AGRAVIO

La parte quejosa argumentó que el Juez de Distrito no consideró que se trataba de un amparo contra leyes, al reclamarse como actos diversas normas jurídicas y que el Instituto es autoridad demandada por la aplicación de una de ellas, de la que se alega su inconstitucionalidad; por lo que de ser declarada así, su acto de ejecución también lo sería. De manera que se estimó que los

---

<sup>1</sup> Con fundamento en los artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución Federal; 81, fracción I, inciso e); 21, fracción II, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y, Puntos Segundo, fracción III, y Tercero del Acuerdo General Plenario 5/2013, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de mayo de 2013.

conceptos de violación debieron estudiarse por la naturaleza del acto que se le reclama al IMSS y su relación con dicha norma, en la cual dicho instituto se sustentó para negar la prestación de un servicio de seguridad social.

También precisó que debió tomarse en cuenta que en la demanda de amparo no se hicieron reclamos de legalidad por la solicitud para la prestación de un servicio, ya que si así hubiere sido, tendría que resolverse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, sino que lo que se reclamó fue un acto por aplicar la norma impugnada, el cual puede considerarse de autoridad para efectos del juicio de amparo.

Conforme a lo anterior, la Sala consideró que los inconformes tenían la razón de que es indebido el sobreseimiento decretado, ya que lo que se impugnó fue la constitucionalidad de diversas normas jurídicas como actos reclamados, al margen de que el acto de aplicación provino de un ente asegurador y, por tanto, pueda cuestionarse que sea autoridad para efectos del juicio de amparo, pues en los juicios de amparo contra leyes, la aplicación puede emanar no sólo de autoridades, sino también de un particular.

Que con el oficio emitido por el IMSS (mediante el cual se le informó al quejoso que, con fundamento en los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social, no era posible prestarle el servicio de guardería), quedó demostrado que se aplicaron en su perjuicio disposiciones de la Ley del Seguro Social.

En consecuencia, la Sala revocó la decisión de la primera instancia, analizó las causas de sobreseimiento mencionadas por las autoridades responsables y estudió los conceptos de violación.



## 5. ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE SOBRESIMIENTO INVOCADAS POR LAS AUTORIDADES RESPONSABLES

*a) Previamente a la interposición del juicio de amparo indirecto, los quejosos debieron interponer medios de defensa ordinarios ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Artículo 61, fracción XX, de la Ley de Amparo*

La Sala declaró improcedente esta causal, pues determinó que de conformidad con el artículo 61, fracción XIV de la Ley de Amparo, cuando en contra del primer acto de aplicación de la ley proceda algún recurso o medio de defensa legal por el cual pueda modificarse, revocarse o nulificarse, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar la norma general en el juicio de amparo;<sup>2</sup> por tanto, no existe impedimento legal para que los quejosos estén en posibilidad de promover el juicio de amparo indirecto.

*b) Falta de interés jurídico y legítimo de los quejosos para promover el juicio de amparo indirecto. Artículo 61, fracción XII, de la Ley de Amparo*

Para la Sala, esta causal también resultó infundada, toda vez que consideró que el derecho subjetivo lesionado de los quejosos,

<sup>2</sup> Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

...  
Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la norma general en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la norma general si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir del día siguiente de aquél al en que surta sus efectos la notificación de la resolución recaída al recurso o medio de defensa, si no existieran medios de defensa ordinarios en contra de dicha resolución, o de la última resolución recaída al medio de defensa ordinario previsto en ley contra la resolución del recurso, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.

por la aplicación de las leyes que se impugnaron, quedó acreditado con la existencia del oficio mediante el cual se negó el acceso a la guardería al menor.<sup>3</sup> Por tanto, sí se acreditó el interés jurídico de los quejosos.<sup>4</sup>

Así, la Segunda Sala después de estudiar las causales de improcedencia que el Juez de Distrito no revisó, con fundamento en el artículo 93, fracción V, de la Ley de Amparo, analizó los conceptos de violación.

## 6. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

Los quejosos hicieron valer, en síntesis, los siguientes conceptos de violación:

### a) *Violación del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres*

Las normas impugnadas violentan el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, al dar sólo a éstas la responsabilidad del cuidado de los hijos, sin que los hombres puedan ser copartícipes,

<sup>3</sup> En términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 5o. de la Ley de Amparo, que dispone: "Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

..."  
<sup>4</sup> La Sala se apoyó en las tesis aisladas de rubro: "INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO.", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 64, Primera Parte, página 68; y "AMPARO CONTRA LEYES. LA APLICACIÓN A LA PARTE QUEJOSA DE DETERMINADOS PRECEPTOS DEMUESTRA SU INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR LOS QUE LE HAN SIDO APLICADOS, ASÍ COMO AQUÉLLOS QUE REGULAN EL SISTEMA ESPECÍFICO DENTRO DEL QUE SE UBICA.", publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, número 67, julio de 1993, página 23; Registros digitales: 233107 y 205558, respectivamente.

lo que genera una desigualdad e implica una doble afectación; por un lado, la asignación de roles de género conlleva en sí misma una violación de derechos humanos, en términos de igualdad en general, pero en relación con la igualdad entre hombres y mujeres se deja a estas últimas el cuidado de los menores.

**b) Violación del derecho a la igualdad y no discriminación, así como del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres**

El padre quejoso argumentó la violación de su derecho a la igualdad y no discriminación al darle un trato diferenciado, de forma injustificada, en relación con las mujeres trabajadoras, a quienes las normas impugnadas sí les reconocen el derecho de solicitar para sus hijos el acceso a estancias infantiles (guarderías) y, en su caso, esto no ocurre, lo que también viola los derechos de su menor hijo.

Precisó que conforme a las disposiciones impugnadas, el derecho referido sólo lo tienen:

- La mujer trabajadora.
- El trabajador viudo.
- El trabajador divorciado.
- El trabajador al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos.
- Los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El padre del menor manifestó que conforme a lo anterior, era evidente que sólo los hombres trabajadores que cumplan ciertas características pueden inscribir a sus hijos en una estancia infantil (guardería) derivado de los servicios de seguridad social, en este caso del IMSS, lo que consideró discriminatorio, al no adecuarse a los fundamentos y contenidos de protección, respeto, promoción y garantía de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, como es la protección a la familia, entre otros.

### **c) Violación al derecho de seguridad social**

Los quejosos consideraron que este derecho establecido en el artículo 123 constitucional, se viola en su perjuicio por restringirles a los hombres trabajadores el acceso a ciertos beneficios que buscan elevar su calidad de trabajador y la de su familia y que en el caso del menor se resiente más, porque se le impide acceder a su derecho a la seguridad social en relación con el proyecto de vida familiar de que forma parte, como sujeto también de los derechos que le reconocen la Constitución Federal y los tratados internacionales.

Que en el caso de la madre, se afecta el proyecto de vida familiar, por impedirle la corresponsabilidad efectiva en el cuidado de los hijos, ya que si bien las normas reglamentan el derecho de quienes están inscritos a un servicio de seguridad social, ello no implica que la concesión o negación de éste afecte solamente al derechohabiente, sino que las consecuencias repercuten en general en el círculo familiar.

De este modo, resaltaron que este derecho se sustenta en la obligación del Estado de establecer un sistema íntegro que otorgue tranquilidad y bienestar personal a los trabajadores y a su familia

ante los riesgos a que están expuestos, orientados a procurar el mejoramiento del nivel de vida.

#### ***d) Violación de los derechos de la niñez y del interés superior del menor***

Los quejosos señalaron que el marco constitucional e internacional de derechos humanos establecen obligaciones específicas del Estado para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las niñas y las adolescentes; de igual manera que el artículo 4o. de la Constitución Federal, en sus párrafos octavo, noveno y décimo prevé la satisfacción de sus derechos a la alimentación, salud, educación y desarrollo integral, en cumplimiento del principio de interés superior de la infancia, el cual según la jurisprudencia del Alto Tribunal ha orientado la labor judicial en los casos concretos donde se pueda afectar el interés de los menores.

Por tanto, tomando en cuenta la normativa constitucional e internacional de derechos humanos que busca proteger los derechos de las niñas y actuar conforme al principio de interés superior de la infancia, en este caso, se considera que este principio se violentó, al privar del servicio de estancias infantiles (guarderías) a su hijo como parte del derecho a la seguridad social.

### **7. ESTUDIO DE FONDO**

#### ***a) Artículos impugnados***

#### **Ley del Seguro Social**

Artículo 201. 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.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

Artículo 205. Las madres aseguradas, los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de guardería, durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

El servicio de guarderías se proporcionará en el turno matutino y vespertino, pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

## Ley Federal del Trabajo

Artículo 171. Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

## Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería

Artículo 2. Para la aplicación de este Reglamento se entenderá por:

...

IV. Trabajador. Se entenderá por el o los trabajadores, a la mujer trabajadora, al trabajador viudo o divorciado, a quien judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, así como a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre que estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

Artículo 3. Quedarán protegidos por el ramo de guarderías las trabajadoras aseguradas del régimen obligatorio, así como aquellos trabajadores asegurados viudos o divorciados a quienes judicialmente se les hubiera confiado la guarda y custodia de sus hijos, mientras no contraigan matrimonio o entren en concubinato.

Los asegurados que causen baja en el régimen obligatorio conservarán el derecho a las prestaciones que otorga el ramo de guarderías, durante las cuatro semanas posteriores a la presentación del aviso correspondiente.

Artículo 9. Los servicios de guardería se prestarán durante la jornada de trabajo del asegurado y siempre dentro de los días y horas que administrativamente tenga señalados la guardería para la prestación del servicio.

En casos excepcionales y previa comprobación por parte del trabajador al personal autorizado de la guardería, se con-

cederá un tiempo extraordinario que en ningún caso excederá de noventa minutos, para efecto de que el trabajador pueda recoger al menor.

Artículo 16. El trabajador deberá informar a la guardería los cambios en sus días de descanso, vacaciones, número telefónico, domicilio, ubicación de su centro de trabajo, horario de labores o cualquier otro dato relacionado con las personas autorizadas para recoger al menor. ...

## **Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería**

8.1.3. El servicio de guardería se proporcionará a los hijos de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos y se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto.

### **b) Análisis y estudio**

La Sala, a partir de la anterior normativa, estableció que el servicio de guardería que presta el IMSS es exclusivo para las mujeres trabajadoras aseguradas y, de forma extraordinaria, para los hombres, quienes deben acreditar que se encuentran en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Ser viudo.
- b) Estar divorciado.
- c) Que por resolución judicial ejerza la custodia de sus hijos; siempre y cuando, no contraiga nuevamente matrimonio o se una en concubinato.



- d) Que por resolución judicial ejerza la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes sus derechos ante el Instituto y no pueda proporcionarle atención y cuidados.

Conforme a lo anterior, la Sala identificó que la ley hace una distinción del beneficio del servicio de las guarderías, al otorgarlo en forma exclusiva a las mujeres aseguradas; en cambio, para los hombres asegurados establece los requisitos señalados, lo que consideró injustificado y discriminatorio, pues en términos del artículo 4o. de la Constitución Federal, el hombre y la mujer son iguales ante la ley.<sup>5</sup>

Señaló que este derecho constitucional busca que la mujer y el hombre sean tratados equitativamente frente a la ley, lo cual, necesariamente implica que ambos gocen, en el caso concreto, en su calidad de trabajadores asegurados, de los mismos beneficios que brinda la seguridad social, como es el servicio de guardería, de conformidad con el artículo 123, Apartado A, fracción XXIX, constitucional, y al no existir una justificación objetiva para un trato diferenciado, las normas cuestionadas son discriminatorias por restringir a determinados supuestos el derecho del trabajador a gozar del servicio, lo que contraviene lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1o. de la Constitución Federal.<sup>6</sup>

<sup>5</sup>Art. 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

...

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.<sup>6</sup>

<sup>6</sup>Art. 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

Asimismo, manifestó que esta diferencia atenta contra la igualdad de derechos que debe regir para toda persona independientemente de su sexo, y que obstaculiza a los padres trabajadores a gozar del servicio solicitado en igualdad de derechos que la mujer trabajadora, colocándolos en una situación de desventaja; lo que se acentúa al ver que el trato diferenciado deriva de la asignación a la mujer de un rol de cuidado de los hijos, por el solo hecho de serlo, lo que implica un estereotipo de género que consiste en considerar que a ella le corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los hijos sin considerar que ésta es una responsabilidad compartida de los padres, quienes deben participar en igual medida.

Además, refirió que dicho trato diferenciado ni siquiera atiende al papel de madre de la mujer, pues los supuestos en los que se concede al trabajador el beneficio de recibir el servicio de guardería (artículo 205 de la LSS), se condiciona a los viudos, divorciados o a los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, a que no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato; esto es, que mientras no tengan una mujer para que se haga cargo de los hijos del trabajador, podrán contar

---

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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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."

con el servicio; lo anterior conlleva una diferenciación estructural donde se asigna y reduce a la mujer al papel del cuidado del hogar y los hijos en razón, exclusivamente, del género, lo que para la Sala reafirma la visión estereotipada y situación de desventaja en la norma.

Así, la Sala, estudiando las normas con perspectiva de género, determinó que éstas otorgan un trato diferenciado que resulta discriminatorio por razón de género, sin importar que, en este caso, se prive de un derecho al padre trabajador, pues el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, no sólo debe apreciarse desde la perspectiva de la mujer, ya que aunque por tradición, fundamentalmente por patrones culturales, es ella quien puede ser afectada en sus derechos, también el hombre puede serlo por esta misma visión de género, como ocurre con las normas impugnadas.

La Sala resaltó que juzgar con perspectiva de género es un método para detectar y eliminar todas las barreras y los obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, juzgar considerando las situaciones de desventaja que por estas cuestiones discriminan e impiden la igualdad; esto es, tener en cuenta los factores de desigualdad de quienes enfrentan un proceso judicial, para adoptar medidas de compensación a fin de reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses,<sup>7</sup> en donde deben cuestionar los estereotipos preconcebidos en las

<sup>7</sup> Esta obligación de juzgar con perspectiva de género, deriva tanto de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); como de la Recomendación General 33 de su Comité "Sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia".

leyes sobre las funciones de cada género y actuar con neutralidad, para impartir justicia de forma efectiva e igualitaria.

Precisó que el Estado, mediante la ley, está obligado a garantizar igualdad de condiciones a fin de que ambos padres (corresponsabilidad) contribuyan en el pleno desarrollo de la familia, velando siempre por el interés superior del menor para la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, por lo que el hombre y la mujer tienen derecho a acceder al servicio de guardería, pues no existe justificación legal alguna constitucional ni convencional que los prive de obtenerlo, porque son iguales ante la ley, aunque la exposición de motivos de la LSS originalmente haya establecido esta prestación sólo para la mujer, ya que actualmente los roles de cuidado de los hijos es de ambos padres.

La Sala, retomando el derecho a la seguridad social establecido en el artículo 123, fracción XXIX, constitucional determinó que éste es violado por los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 2o. y 3o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social y la regla 8.1.3. de la Norma que Establece las Disposiciones para la Operación del Servicio de Guardería del IMSS; de la misma forma que vulnera los derechos del niño e interés superior de éste contenidos en el artículo 4o. constitucional.

Lo anterior es así, ya que como la misma Segunda Sala lo ha sostenido, el apartado B), fracción XI, inciso a) del artículo 123 de la Norma Fundamental<sup>8</sup> no sólo contiene las bases

<sup>8</sup> Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

mínimas de seguridad social para los trabajadores al servicio del Estado, sino que también de él deriva el principio constitucional de previsión social, que busca un sistema íntegro que otorgue tranquilidad y bienestar personal a los trabajadores y a su familia ante los riesgos a que están expuestos, el que también corresponde a los trabajadores del apartado A) del referido numeral 123, cuya fracción XXIX establece que el servicio de guardería está encaminado a la protección y el bienestar de los trabajadores y sus familiares, sin que exista restricción constitucional en relación con el sexo de éstos, por lo que no se justifica que el Seguro Social limite dicho servicio a los hombres.

Así, determinó que con dicha restricción se violan los derechos de la niñez y el interés superior del menor, al privarlos del acceso al servicio de guardería que otorga el IMSS a través de su padre, ya que en términos del artículo 4o. de la Constitución Federal tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Por todo lo anterior, la Sala concedió el amparo y protección de la justicia federal,<sup>9</sup> al determinar que las normas impugnadas violan los derechos humanos de no discriminación, de igualdad,

---

El Congreso de la Unión, sin contravenir a los bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: ...

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

<sup>9</sup> Por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos y el señor Ministro Presidente Alberto Pérez Dayón. El señor Ministro José Fernando Franco González Salas emitió su voto en contra; por su parte, el señor Ministro Eduardo Medina Mora I., emitió su voto con reservas.

de seguridad social y el principio de interés superior del menor contenidos en los artículos 1o., 4o. y 123, apartado A, de la Constitución Federal, respectivamente.

### c) Efectos

En virtud de lo anterior, los efectos de la concesión del amparo fueron para que el Departamento de Guarderías de la Jefatura de Servicios de Prestaciones Económicas y Sociales del Estado de México prescindiera de la distinción a que se refieren los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 2 y 3 del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS y la regla 8.1.3. de la Norma que Establece las Disposiciones para la Operación del Servicio de Guardería del IMSS, y a su vez emitiera una nueva resolución en la que se otorgue el servicio de guardería a los quejosos bajo los mismos términos y condiciones que a las madres aseguradas en el ramo de guarderías del propio Instituto.

Sin embargo, la Sala precisó que al ser un hecho notorio que la demanda de esta prestación ordinariamente rebasa la capacidad de atención directa de dicho Instituto, éste deberá tramitar su petición conforme al grado de preferencia que tengan los quejosos frente a otros solicitantes anteriores a ellos, fundando y motivando el tiempo de espera que pueda demorar el ingreso del menor por encontrarse cubierto el cupo de la guardería que le corresponda.

## **8. TESIS AISLADAS DERIVADAS DE LA RESOLUCIÓN DEL AMPARO EN REVISIÓN 59/2016**

**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.**—Conforme a 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 citado, emitida el 22 de octubre de 2012, el IMSS presta el servicio de guardería tanto a la mujer como al varón asegurados cuyos derechos se encuentren vigentes en esa institución, pero a este último sólo se le otorga dicha prestación en determinados casos, ya que para obtenerla debe acreditar que es viudo, divorciado o que por resolución judicial ejerce la custodia o la patria potestad de sus menores hijos. Ahora bien, de una interpretación sistemática de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el derecho de igualdad entre el varón y la mujer busca que ambos sean tratados equitativamente frente a la ley, lo cual implica que los trabajadores asegurados (padre y madre) gocen de los mismos derechos que les brinda la seguridad social, entre otros, el servicio de guardería. De ahí que analizado el caso con perspectiva de género se advierte que no existe justificación objetiva para un trato diferenciado entre ambos sexos, pues si el varón laboralmente activo sólo obtiene el servicio de una guardería para sus menores hijos en casos excepcionales, eso significa que la ley cuestionada presupone que en el hogar del trabajador asegurado exclusivamente la madre de sus hijos tiene el deber de dedicarse de tiempo completo a su cuidado, práctica que no favorece la corresponsabilidad de los padres en la atención a sus descendientes, ni fomenta la posibilidad de que la mujer comparta su tiempo con otras actividades productivas.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Tesis 2a. CXXXIII/2016 (10a.), publicada en la Gaceta... op. cit., Décima Época, Libro 37, Tomo I, diciembre de 2016, página 909; Registro digital: 2013233.

Amparo en revisión 59/2016. 29 de junio de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; Eduardo Medina Mora I. reservó criterio en relación con el efecto del amparo y Javier Laynez Potisek manifestó que haría voto concurrente. Disidente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco.

Esta tesis se publicó el viernes 2 de diciembre de 2016 a las 10:14 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

**GUARDERÍAS DEL IMSS. AL PREVERSE REQUISITOS DIFERENCIADOS A LA MUJER Y VARÓN ASEGURADOS PARA ACCEDER A ESTE SERVICIO, SE TRANSGREDE EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.**—Conforme a los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social, 2 y 3 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 citado, emitida el 22 de octubre de 2012, el IMSS presta el servicio de guardería tanto a la mujer como al varón asegurados cuyos derechos se encuentren vigentes en esa institución, pero a este último sólo se le otorga dicha prestación en determinados casos, ya que para obtenerla debe acreditar que es viudo, divorciado o que por resolución judicial ejerce la custodia o la patria potestad de sus menores hijos. Esta diferencia de trato transgrede el derecho a la seguridad social, pues por un lado, la fracción XXIX del Apartado A del artículo 123 constitucional establece que el servicio de guardería previsto en la Ley del Seguro Social está encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores y sus familiares sin hacer diferencia alguna por razón de sexo; y por otro lado, la ley cuestionada presupone que en el hogar del trabajador asegurado exclusivamente la madre de sus hijos tiene el deber



de dedicarse de tiempo completo a su cuidado, práctica que no favorece la corresponsabilidad de los padres en la atención a sus descendientes, ni fomenta la posibilidad de que la mujer comparta su tiempo con otras actividades productivas.<sup>11</sup>

Amparo en revisión 59/2016. 29 de junio de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; Eduardo Medina Mora I. reservó criterio en relación con el efecto del amparo y Javier Laynez Potisek manifestó que haría voto concurrente. Disidente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco.

Esta tesis se publicó el viernes 2 de diciembre de 2016 a las 10:14 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

**GUARDERÍAS DEL IMSS. AL PREVERSE REQUISITOS DIFERENCIADOS A LA MUJER Y VARÓN ASEGURADOS PARA ACCEDER A ESTE SERVICIO, SE TRANSGREDEN LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**—Conforme al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la niñez tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, cuya protección corresponde a ambos padres por igual, es decir, en un ámbito de corresponsabilidad equitativa, lo cual conlleva la necesidad de que el varón pueda ver satisfecho su interés de cuidado y desarrollo del menor a través del beneficio de una guardería. No obstante lo anterior, conforme a los artículos

<sup>11</sup> Tesis 2a. CXXXIV/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta... op. cit.*; Registro digital: 2013234.

201 y 205 de la Ley del Seguro Social, 2 y 3 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 citado, emitida el 22 de octubre de 2012, el IMSS presta el servicio de guardería tanto a la mujer y como al varón asegurados cuyos derechos se encuentren vigentes en esa institución, pero a este último sólo se le otorga esa prestación en determinados casos, ya que para obtenerla debe acreditar que es viudo, divorciado o que por resolución judicial ejerce la custodia o la patria potestad de sus menores hijos. Esta diferencia de trato transgrede los derechos de la niñez y el interés superior del menor reconocidos en el precepto constitucional referido, en la medida que establecen requisitos distintos para las mujeres y hombres que les permitan obtener por igual el servicio de las guarderías para la atención y el cuidado de sus hijos, privando con ello a su vez al menor de la posibilidad de acceder a esta prestación a través de su padre asegurado por el Instituto, porque la ley cuestionada presupone que en el hogar del trabajador asegurado exclusivamente la madre de sus hijos tiene el deber de dedicarse de tiempo completo a su cuidado, práctica que no favorece la corresponsabilidad de los padres en la atención a sus descendientes, ni fomenta la posibilidad de que la mujer comparta su tiempo con otras actividades productivas.<sup>12</sup>

Amparo en revisión 59/2016. 29 de junio de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; Eduardo Medina Mora I. reservó criterio en relación con el efecto del amparo y Javier Laynez Potisek manifestó que haría voto concurrente. Disidente: José Fernando Franco

<sup>12</sup> Tesis 2a. CXXXV/2016 (10a.), publicada en la Gaceta... op. cit., página 910; Registro digital: 2013235.

González Salas. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.  
Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco.

Esta tesis se publicó el viernes 2 de diciembre de 2016 a las  
10:14 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

### III. CONCLUSIONES

1. Los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 2o. y 3o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS y la regla 8.1.3. de la Norma que Establece las Disposiciones para la Operación del Servicio de Guardería del IMSS, prevén que tienen derecho a dicho servicio tanto la mujer como el varón asegurados cuyos derechos se encuentren vigentes en esa institución, pero a este último sólo se le otorga dicha prestación en determinados casos, ya que para obtenerla debe acreditar que es viudo, divorciado o que por resolución judicial ejerce la custodia o la patria potestad de sus menores hijos.
- Las anteriores disposiciones son inconstitucionales por violar los siguientes derechos fundamentales:

- a) Igualdad. Al existir un trato diferenciado entre ambos sexos sin justificación objetiva, ya que el varón sólo puede tener acceso a dicha prestación en casos excepcionales y la mujer no, cuando lo correcto es que ambos sean tratados equitativamente frente a la ley, pues de lo contrario se contravienen los artículos 4o. y 123, Apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Federal.
  - b) Seguridad social. Conforme a la fracción XXIX del Apartado A del artículo 123 constitucional, el servicio de guardería previsto en la Ley del Seguro Social está encaminado a la protección y el bienestar de los trabajadores y sus familiares sin hacer diferencia alguna por razón de sexo, y al condicionarse la prestación de este servicio al hombre, se transgrede este derecho.
  - c) Derechos de la niñez y el principio de interés superior del menor. Ya que éste tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, a cargo de ambos padres por igual, conforme al artículo 4o. de la Norma Fundamental y con las disposiciones referidas se priva al menor de la posibilidad de acceder al servicio de guardería a través de su padre asegurado por el Instituto, con lo que se violan este derecho y el mencionado principio constitucional.
2. Indebidamente la ley presupone que en el hogar del trabajador asegurado, exclusivamente la madre de sus

hijos tiene el deber de dedicarse de tiempo completo a su cuidado, lo cual no favorece la corresponsabilidad de los padres en la atención a sus descendientes, ni fomenta que la mujer haga compatible su tiempo con otras actividades productivas.

3. Por tanto, el Instituto Mexicano del Seguro Social debe otorgar los servicios de guardería a los hombres asegurados, en los mismos términos que a las mujeres.

# **IV. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. AMPARO EN REVISIÓN 59/2016: SOBRE REQUISITOS DIFERENCIADOS PARA EL ACCESO AL SEGURO DE GUARDERÍAS DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**

Dr. José Manuel Lastra Lastra\*

"Es una de las debilidades de los grandes hombres  
creer que la defensa de lo justo  
surge espontánea de la bondad de los hechos".\*\*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La sentencia que recayó al amparo en revisión 59/2016 es objeto de análisis en el texto que usted, amable lector, tiene en sus manos; en dicha sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación protegió diversos derechos que, se pensaría, son tan claros y, por tanto, de *ejecución automática*,<sup>1</sup> que —en un mundo ideal— su defensa sería innecesaria, puesto que los

\* Investigador Titular Nivel "C", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Investigador Nacional por el CONACYT, Profesor de los Facultades de Contaduría y Administración y Derecho, Premio Universidad Nacional Autónoma de México en Docencia 2002.

\*\* FERRARA, Orestes, "El Papa Borgia", Madrid, España, colección *La nave*, 1943, p. 36.

<sup>1</sup> Las negritas y/o cursivas son del autor.

derechos de igualdad, seguridad social e interés superior del menor debieran entenderse como fundamentales para la construcción de un concepto mejorado acerca de la institución que forma base de cualquier sociedad: la familia.

Se trata de la impugnación de los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social<sup>2</sup> y sus normas reglamentarias que establecen que el servicio de *guardería* se proporcionará a "los hijos de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos". Los quejosos cuestionaban su validez constitucional, por "negar la prestación del servicio a los padres varones cuando éstos no se encuentran dentro de una de las características especiales que ordena la propia LIMSS".<sup>3</sup>

Detectar y eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas, a partir de una perspectiva de género implica, en ocasiones, asignar un tratamiento igual y, en otras tantas, uno desigual; Aristóteles lo señala desde su *Ética Nicomaquea*, cuando afirma: "la justicia nos parece, a menudo, la mejor de las virtudes; y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos".<sup>4</sup> Aristóteles también hizo referencia de la justicia plasmada en los textos legales: "el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y lo desigual".<sup>5</sup>

<sup>2</sup> En adelante LIMSS, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 21 de diciembre de 1995.

<sup>3</sup> Voto concurrente que formula el Ministro Javier Laynez Potisek, en el amparo en revisión 59/2016.

<sup>4</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea, Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 2a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 59.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 58.



Estamos conscientes que el derecho no ha nacido para cambiar al mundo, pero sí para hacerlo más aceptable, al garantizar niveles de vida que se aproximen a la dignidad que exige la condición humana.

## 2. EL SEGURO DE GUARDERÍA Y SU EVOLUCIÓN

La *guardería* se encuentra definida como un servicio especial que comprende la guarda, custodia, aseo, alimentación, cuidado de la salud, educación y recreación de los hijos de los asegurados,<sup>6</sup> esto es, la "instalación de carácter educativo-asistencial donde se proporciona el servicio y se favorece el desarrollo integral y armónico de la niña y el niño."<sup>7</sup>

La primera LIMSS fue contemplada en nuestra Constitución, en su primer decreto<sup>8</sup> reformativo al artículo 123, que indicaba, en la fracción XXIX, su expedición como de utilidad pública y contenía los seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de enfermedades y accidentes y otras con fines análogos.

El IMSS inicia el servicio de *guarderías* con un modelo denominado *madres-IMSS* en 1946, como una prestación contractual [únicamente] para los hijos de las trabajadoras del

<sup>6</sup> Artículo 6o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 30 de junio de 1997.

<sup>7</sup> Definición 6.19 de la Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería del IMSS, consultada el 31 de marzo de 2018, en: [http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/manualesynormas/3000-001-018\\_1.pdf](http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/manualesynormas/3000-001-018_1.pdf).

La definición 6.20 incluye el concepto "guardería integradora", descrita como: "instalación de carácter educativo-asistencial donde se proporciona el servicio y se favorece el desarrollo integral y armónico de la niña o el niño, cuenta con dos áreas de atención, donde se brinda el servicio a niñas y niños con y sin discapacidad, de 43 días de nacidos hasta que cumplan 4 años de edad. En ella se promueve el desarrollo integral en un ambiente de equidad y respeto a las diferencias."

<sup>8</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 6 de septiembre de 1929, pp. 1-2.

instituto. Éstas dependían de la estructura orgánica de los servicios de prestaciones sociales.<sup>9</sup>

Según apunta Mario de la Cueva, la dificultad de obligar a las empresas en cuyo personal existan solamente dos o tres madres trabajadoras, a que establecieran una *guardería*, fue el motivo para que en el artículo 110-C de la abrogada Ley Federal del Trabajo,<sup>10</sup> adicionado el 31 de diciembre de 1962, se expresara que los servicios de *guardería* infantil serían prestados por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).<sup>11</sup> No obstante, fue necesaria una espera de 45 años<sup>12</sup> para que el seguro de *guardería* se incluyera en el régimen obligatorio y enunciara en la fracción XXIX del Apartado A del artículo 123 constitucional, el texto que conserva hasta la actualidad:

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.

Esta importante reforma fue de la mano de la primera modificación al artículo 4o. constitucional<sup>13</sup> que, en su versión original, contenía los lineamientos generales de la libertad de trabajo<sup>14</sup>

<sup>9</sup> POMAR FERNÁNDEZ, Silvia, "La guardería subrogada: una estrategia de cambio en la forma de organización", en *Iztapalapa. Revista de ciencias sociales y humanidades*, año 25, núm. 56, México, UAM, enero-junio de 2004, p. 207.

<sup>10</sup> Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 28 de agosto de 1931, en adelante (LFT).

<sup>11</sup> CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. 1., 6a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 440.

<sup>12</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1974, pp. 2-3.

<sup>13</sup> Hasta febrero de 2018, el artículo 4o. constitucional ha sido reformado en 14 ocasiones.

<sup>14</sup> Art. 4o.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por deter-

y fue modificado para que, desde el 31 diciembre de 1974 y hasta el día de hoy, contenga el importante derecho fundamental de *igualdad entre sexos* y la garantía para que toda persona decida de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos.

La afortunada reforma de ambos numerales a nuestra Carta Magna contiene, acertadamente, dos derechos complementarios; por una parte, la posibilidad de que sean los individuos los que decidan (libre, responsable e informadamente) el número de hijos que tendrán y, por tanto, la forma de organización familiar que más les convenga y; por otro, protege a la mujer "del riesgo que corre al no poder darle a sus hijos que se encuentran en la primera infancia, los cuidados maternos durante su jornada de trabajo".<sup>15</sup>

Con posterioridad, el año 1975 fue declarado por Naciones Unidas como *El año internacional de la mujer*;<sup>16</sup> la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer instó a convocar la primera *Conferencia Mundial* en la Ciudad de México, con una ocupación de 133 representantes de los gobiernos, más aproximadamente 6,000 representantes de ONG's asistentes a un

---

minación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo, y las autoridades que han de expedirlo. Cfr. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/leyes/1917.pdf>, consultado el 8 de enero de 2018.

<sup>15</sup> POMAR FERNÁNDEZ, Silvia, *op. cit.*, nota 9, p. 195, en concordancia con el artículo 201 de la LIMSS.

<sup>16</sup> Según datos de ONUMUJERES, se han efectuado cuatro conferencias: México en 1975, Copenhague en 1980, Nairobi en 1985 y Beijing en 1995. Cfr. <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>, consultada el 19 de enero de 2018.

foro paralelo,<sup>17</sup> para exaltar 30 principios conducentes a lograr el progreso económico y social de las mujeres.<sup>18</sup>

Durante la sesión inaugural de la Conferencia Mundial, el entonces Presidente Luis Echeverría Álvarez, destacó que:

las mujeres de todo el planeta, pese a las diferencias que entre ellas existen, tienen en común la dolorosa experiencia de recibir, o haber recibido, un trato desigual. A medida que cobren conciencia de este fenómeno, estarán llamadas a convertirse en aliadas naturales de las luchas contra cualquier otra forma de opresión. Por esto, la mujer constituye una gran reserva revolucionaria en el mundo de nuestros días.<sup>19</sup>

Para ese entonces era evidente que en México había aumentado la participación laboral femenina; no obstante, el trabajo de las mujeres se desarrollaba en actividades agrícolas o talleres familiares; pero, al transformarse la estructura ocupacional y aumentar la actividad industrial, así como la de servicios, fue necesario regular la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. La reforma constitucional de 1974, además de declarar igualdad entre los sexos y ofrecer el servicio de *guardería* para que las madres trabajadoras pudieran proporcionar cuidados primarios a sus niños, también reguló la protección a la mater-

<sup>17</sup> ONU, *Report of the world conference of the international women's year*, NY, USA, ONU, 1976, pp. 4-7.

<sup>18</sup> Para la Declaración y Plataforma de acción en Beijing en 1995, el objetivo es lograr la igualdad de género en 12 esferos. Estos documentos fueron revisados durante el año 2013 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que solicitó a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, analizar y evaluar la aplicación práctica de la plataforma, en la sesión conocida como Beijing+20.

<sup>19</sup> ECHEVERRÍA ÁLVAREZ, Luis, "No hay labores propias de la mujer ni del hombre, sino del género humano", en *Testimonios de Política Social, Separata de reseña laboral*, vol. 3, núm. 1, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1975, p. 3. (Palabras pronunciadas por el Presidente de la República, licenciado Luis Echeverría Álvarez, durante la sesión inaugural de la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada el 19 de junio de 1975).

nidad, los periodos de descanso previos y posteriores al parto y los permisos para alimentar a sus hijos.

En el mismo *Diario Oficial de la Federación*, esto es, el 31 de diciembre de 1974, fue también reformada la actual LFT que, para ese momento tenía cuatro años de existencia, que estableció de forma específica en el Título Quinto,<sup>20</sup> al *Trabajo de las mujeres*; en donde además de señalar que las mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones que los hombres,<sup>21</sup> apunta que el propósito fundamental del título es la protección de la maternidad.<sup>22</sup>

Asimismo, en el artículo 171 establece que "los servicios de *guardería* infantil se prestarán por el IMSS, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias". Aun cuando la LFT no dispone expresamente que el servicio de *guarderías* beneficia únicamente a los hijos de las trabajadoras, al encontrarse contenido en el título sobre trabajo de mujeres, tácitamente excluye a los hijos de trabajadores como derechohabientes, por lo menos para dicho servicio, y aunque el artículo 164 prescriba la igualdad entre sexos, ello sólo se orienta en una dirección, la de tratar de igualar a la mujer a la par del hombre, por tanto, no es una disposición con perspectiva de género.

Las *guarderías* —entre otras instituciones— son un fiel reflejo de factores históricos, económicos, culturales y políticos, que "encarnan y, a la vez, engendran diferentes actitudes en cuanto a determinar en qué medida el lugar de la madre está en el

<sup>20</sup> La reforma suprimió en el Título Quinto los capítulos I y II, sobre trabajo de mujeres y de menores, respectivamente, dejando sólo las disposiciones respecto aquéllas.

<sup>21</sup> Artículo 164 de la LFT.

<sup>22</sup> Artículo 165 de la LFT.

hogar junto a sus hijos pequeños".<sup>23</sup> Para 1983, la disminución del producto nacional, la inflación del 100% y la suspensión de pagos, más los altos costos de los seguros incluidos en el régimen obligatorio, llevaron al IMSS a una crisis financiera que impedía sostener el modelo tradicional de *guarderías* y fue necesario encontrar una solución que disminuyera el impacto presupuestal; así nació la posibilidad de otorgar el servicio de forma *subrogada*. El Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988 lo previó como "la estrategia para enfrentar el periodo más severo de la crisis, manteniendo la unidad e identidad nacionales [e] iniciar los cambios profundos que demanda la sociedad."<sup>24</sup>

La denominada nueva Ley del Seguro Social, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de diciembre de 1995; contempla en la fracción V del artículo 11,<sup>25</sup> que las *guarderías*, así como otras prestaciones sociales, forman parte del denominado *régimen obligatorio del seguro social*.

Más adelante, en el Capítulo VII, la LIMSS se ocupa del seguro de *guarderías* y de las prestaciones sociales, dividida en dos secciones; la primera, a lo largo de siete artículos se enfoca exclusivamente en las *guarderías*, tema central del presente escrito; y la segunda apunta, en cuatro artículos, a las prestaciones sociales institucionales y de seguridad social. De la lectura profunda del Capítulo es posible inferir que el derecho al servicio

<sup>23</sup> JOSHI, Heather y DAVIES, Hugh, "Los servicios de guardería en Europa y el lucro cesante de las madres", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 3, Ginebra, Suiza, OIT, 1993, pp. 444-445.

<sup>24</sup> Véase la Exposición del Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, en el *Diario Oficial de la Federación*, 31 de mayo de 1983.

<sup>25</sup> Artículo 11. El régimen obligatorio comprende los seguros de: I. Riesgos de trabajo; II. Enfermedades y maternidad; III. Invalidez y vejez; IV. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y V. *Guarderías* y prestaciones sociales.

de *guarderías* es una prestación que cubre la eventualidad de un riesgo de trabajo, como lo señala el artículo 201 de la propia LIMSS, que es el 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.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de *guardería* se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

En los artículos 202, 203 y 204 de la LIMSS se analizan los objetivos, prestaciones y ubicación en que debe brindarse el servicio de *guarderías*; los artículos 206 y 207 apuntan el periodo de la infancia en que los hijos de trabajadores pueden estar inscritos en una *guardería* operada por el Seguro Social y cubre la eventualidad de perder el empleo del progenitor; puntos que serán analizados en el apartado relativo al *interés superior del menor*; y, el artículo 205 de la LIMSS ordena que:

Las madres aseguradas, los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no

contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de *guardería*, durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

El servicio de *guarderías* se proporcionará en el turno matutino y vespertino, pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

Para profundizar sobre la forma en que el IMSS debe prestar los servicios de *guardería* para los trabajadores, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, con fecha 30 de junio de 1997, el *Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería*, el cual consta de cuatro capítulos que contienen 36 artículos y, para efectos de su cumplimiento, en la fracción IV del artículo 2o. define como *trabajador*, por supuesto, a la madre trabajadora y, de forma excluyente al

viudo o divorciado, a quien judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, así como a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre que estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor;

Es posible encontrar esta medida discriminatoria en contra de los trabajadores (varones) en otros numerales del mismo ordenamiento.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Por ejemplo, las fracciones II y IV del artículo 7o., que señalan como requisito ser viudo o divorciado como premisa jurídica para acceder al servicio.



Por último, el servicio de *guardería* está regulado también por la Norma que Establece las Disposiciones para la Operación del Servicio de Guardería del IMSS.<sup>27</sup>

### 3. IDEAS GENERALES SOBRE DISCRIMINACIÓN

Para la comprensión de la figura, se explicarán tres conceptos: el literal, correspondiente al diccionario, el sociológico y el jurídico.

- *Literalmente*, la *discriminación* significa: la acción o efecto de discriminar. Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera.<sup>28</sup>
- *Sociológicamente* implica desfavorecer a una persona o grupo sobre bases irrelevantes para el asunto en cuestión, de tal manera que se manifiesta irrazonablemente una desvalorización de tipo personal.<sup>29</sup> De esta forma

se trata de conductas que perjudican a otra persona, las cuales están inspiradas, no en el juicio que tal persona merezca como individuo, sino en el hecho de que pertenece a una determinada categoría social, por la que se siente una antipatía o menosprecio (o deber de subordinación) que cubre a todos los individuos comprendidos

<sup>27</sup> Visible en: [http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/manualesynormas/3000-001-018\\_1.pdf](http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/manualesynormas/3000-001-018_1.pdf).

<sup>28</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 833.

<sup>29</sup> BARRÉRE UNZUETA, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, p. 22.

dentro de esa categoría, independientemente de cuales sean las características peculiares de cada uno.<sup>30</sup>

- *Jurídicamente*, el término puede adquirir desde nuestra perspectiva, un doble significado, esto es, uno en sentido amplio y otro estricto: el primero es aquel en el que discriminación implica la violación al principio de igualdad genéricamente hablando y que está consignado en nuestra Constitución;<sup>31</sup> el segundo es el que la explica, como la violación al mismo principio, pero cuando se utiliza alguna de las categorías de diferenciación prohibidas concretamente, como son el sexo, la edad, la raza, la condición social, etcétera, condiciones que se encuentran plasmadas en los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos.

<sup>30</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de sociología*, México, Porrúa, 1970, p. 341.

<sup>31</sup> Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. "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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos en el extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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."

Esta disposición reproduce el artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

La *discriminación* en ocasiones es evidente y en otras no lo es, debido a la forma en que ésta se ejercita, ya que puede involucrar la realización de actos de distinción, exclusión o preferencia.

Por *distinción* entendemos el hecho de establecer, en igualdad de condiciones, mejores oportunidades para un individuo o grupo que para otros en el mismo contexto, respecto del ejercicio, goce o reconocimiento de sus derechos. Esta *distinción* se hace con respecto al objeto de la discriminación y no del sujeto.

En el amparo en revisión 59/2016, consistió en el otorgamiento del *derecho de seguridad social*, en su modalidad de *guardería*, sólo a las madres trabajadoras.

Con respecto a la *exclusión* entendemos las conductas que involucren la negación del ejercicio, goce o reconocimiento de un derecho respecto de una persona o grupo. En este caso, la negativa por parte del organismo de seguridad social, para extender el beneficio de *guarderías* al padre del menor, con lo que dicho acto de autoridad vulneró su derecho a la *igualdad*.

Las *preferencias* pueden explicarse como aquellas conductas que consisten en un beneficio en la selección de determinadas personas por sus características, en perjuicio de otro grupo respecto al ejercicio, goce o reconocimiento de sus derechos. Esto es, los actos de discriminación se ejecutan con respecto del sujeto y del objeto; lo que en el amparo en revisión 59/2016 residió en la vulneración al *interés superior del menor*, al privar al niño<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Para facilitar la lectura, en el presente texto se utilizará el término *niño*, para hacer referencia a niñas y niños, sin que ello signifique discriminación en razón de género.

de su derecho al *desarrollo integral* por la única circunstancia de acceder a la prestación a través de su padre asegurado.

La escala aristotélica de la *justicia distributiva* es la *igualdad*, la cual prohíbe la existencia de ventajas especiales. Cicerón, en su *Tratado de las leyes*, menciona que en las *Doce Tablas* se suprimen los privilegios, "no quisieron que se hiciesen leyes para los particulares".<sup>33</sup> *Privilegia ne inroganto*.<sup>34</sup> Por ello, el filósofo argumentaría: "Si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales".<sup>35</sup> Y añade: "de aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales reciben cosas desiguales o los desiguales, cosas iguales".<sup>36</sup> Esto, por lo demás, es manifiesto, de acuerdo con el principio que ordena: "lo justo en las *distribuciones* debe ser conforme a cierto mérito".<sup>37</sup> El mérito es —para *Aristóteles*—, la pauta en que debe basarse la instancia encargada de "distribuir lo repartible entre los miembros de la comunidad".<sup>38</sup> En tal sentido —para *Helmut Coing*—, los principios de la *justicia distributiva*, podrían llamarse también de "la *justicia social*, teniendo en cuenta la orientación de la comunidad".<sup>39</sup>

#### 4. IDEOLOGÍA DE GÉNERO

*Simone de Beauvoir* propone en *El segundo sexo*,<sup>40</sup> que la palabra *género* debiera referirse a las construcciones sociales y culturales

<sup>33</sup> Marco Tulio Cicerón, *Tratado de las leyes*, México, Porrúa, 1973, p. 149.

<sup>34</sup> COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, traducción castellana de Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ediciones Ariel, 1961, p. 198.

<sup>35</sup> *Aristóteles*, op. cit., nota 4, p. 61.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Doctrina Aristotélica de la Justicia*, México, UNAM, 1973, p. 85.

<sup>39</sup> COING, Helmut, op. cit., nota 34, p. 198.

<sup>40</sup> Cfr. BEAUVOIR, Simone De, *El segundo sexo*, t. I, traducción de Pablo Palant, Buenos Aires, Siglo XX, 1962.

tradicionalmente asignadas a la feminidad y a la masculinidad y no al estatus biológico de ser mujer u hombre. Se espera de la mujer que: tenga una vaga profesión, pretenda cultivarse, hacer deportes, vestirse bien, mantener impecable su departamento, educar perfectamente a sus hijos, llevar una vida mundana, en una palabra: éxito en todos los planos, sin un verdadero interés por nada;<sup>41</sup> no obstante, la filósofa francesa no estaba especialmente interesada en aumentar lo que ella denominaba "política del feminismo", sobre la cual —a su criterio—, "se había hecho correr mucha tinta";<sup>42</sup> su defensa de la mujer se orientaba en términos de *humanismo*.

Aún en la actualidad, alejados por una distancia de casi 70 años de la publicación de *El segundo sexo*, los roles de género no son asignados por la naturaleza biológica femenina o masculina sino por pautas, modos y perspectivas culturales y sociales, lo que no debe sorprendernos, dado que ocurre desde la prehistoria, cuando la tierra pertenecía a todo el clan y, por tanto, los trabajos productivos eran realizados igualmente por varones y mujeres, pero con el surgimiento de la agricultura, el paso al sedentarismo y el inicio de la propiedad privada, el varón redujo a los demás a la esclavitud y se convirtió en el amo de su mujer.<sup>43</sup>

Afortunadamente ya existe una diferenciación entre los conceptos de sexo y género, no obstante, se continúe con la imposición de *roles de conducta*. El sexo está determinado por la naturaleza biológica, y el género por la construcción social que

<sup>41</sup> BEAUVOIR, Simone De, *La mujer rota*, 2a. ed., México, De bolsillo, 2011, p. 20.

<sup>42</sup> BEAUVOIR, Simone De, *El segundo...*, *op. cit.*, nota 40, p. 9.

<sup>43</sup> Cfr. ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Fundamentos, 1981, pp. 33-41.

se edifica en torno a la circunstancia fortuita de haber nacido mujer u hombre. La *discriminación por género* es una elaboración social basada en una falsa interpretación de la biología, que asigna un rol determinado e intransferible al sexo contrario.

Es necesaria la creación de un *modelo de corresponsabilidad* cimentado en roles intercambiables, esto es, a la vez que se reclame más la presencia de la mujer en la vida pública, se requiera la presencia del hombre en asuntos domésticos, pero principalmente en el cuidado y educación de los hijos, no como imposición, sino como la reivindicación del derecho de acompañar a su progenie.

La redacción de la LIMSS, en sus artículos 201<sup>44</sup> y 205,<sup>45</sup> no comprende lo que denominaríamos "funciones intercambiables en un modelo de corresponsabilidad", el cuidado familiar no tiene sexo, sino que es un valor de la naturaleza humana. Es vanguardista cuando beneficia a la mujer con el servicio de *guardería* para apoyar su inclusión al mercado de trabajo y, por tanto, su emancipación social, pero al mismo tiempo la discrimina al encasillarla como única depositaria de la obligación de proporcionar cuidados primarios a sus hijos.

<sup>44</sup> Artículo 201. 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.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna."

<sup>45</sup> Artículo 205. Las madres aseguradas, los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de guardería, durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

El servicio de guarderías se proporcionará en el turno matutino y vespertino, pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna."

Debe considerarse que el cuidado de los hijos es una *función intercambiable*, porque depende exclusivamente del aprendizaje; no se trata, como en el caso de la lactancia, de una diferenciación biológica intransferible al otro sexo;<sup>46</sup> con esto no se indica que el papel de *padre* o *madre* es sustituible, sino más bien de comprender la complementariedad de ambos:<sup>47</sup>

Las diferencias existentes entre los hombres y las mujeres son de carácter biológico y de carácter social. El sexo es una palabra que hace referencia a las características biológicas que distinguen al macho de la hembra, que son universales. Género es un concepto que hace referencia a las diferencias sociales entre mujeres y hombres que han sido aprendidas, cambian con el tiempo y presentan grandes variaciones tanto entre diversas culturas como dentro de una misma cultura. Como ejemplo se afirma que mientras sólo las mujeres pueden dar a luz (diferencia determinada biológicamente), la biología no determina quien cuidará a los niños (comportamiento sociológicamente determinado).<sup>48</sup>

La LIMSS considera que la única función del trabajador (varón) es la de sustentar económicamente a su familia e impide que cumpla su papel irremplazable como educador y guía: "frente

<sup>46</sup>La ciencia demuestra sobradamente cómo para realizar unas mismas tareas mujeres y hombres activan distintas partes de su cerebro, en definitiva razonan de un modo distinto incluso cuando llegan a las mismas conclusiones". Cfr. ELÓSEGUI ITXASO, María, "Tres diversos modelos filosóficos sobre la relación entre sexo y género", en *Persona y género*, Navarra, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 61.

<sup>47</sup> En familias homoparentales no necesariamente existe una asignación de roles de género y ello no es óbice para un adecuado cuidado de los hijos, si se sigue el modelo de corresponsabilidad.

<sup>48</sup> Comisión Europea, *Guía para la evaluación del impacto en función del género*, Bruselas, 1997. Comisión Europea, *100 palabras para la igualdad. Glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres*, Bruselas, 1998. Comisión de las Comunidades Europeas, "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres. 2006- 2010*" (COM (2006) 92 final), Bruselas, 2006, BOE 246 de 14 de octubre de 2003, Sección 1, pp. 36770-36771.

a los derechos de los adultos, cada hijo tiene derecho a su padre;<sup>49</sup> la conciliación entre la vida laboral y familiar no atañe sólo a las mujeres.

## 5. EQUIDAD Y FAMILIA

"Al despuntar el siglo, el derecho de familia era una supervivencia del derecho romano y del canónico, de donde resultaba un régimen patriarcal y la consiguiente subordinación de la mujer";<sup>50</sup> existieron intentos de regular las relaciones familiares, como la Ley promulgada el 7 de abril de 1917, que declaraba que:

marido y mujer tendrán plena capacidad, siendo mayores de edad, para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que al efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización o licencia de aquél.<sup>51</sup>

Sin embargo, se limitaba su papel como trabajadoras a efecto de conservar su potencialidad como madres y algunas disposiciones protectoras estaban orientadas a conservar la "moralidad de la familia" y no tanto a protegerlas jurídicamente de la explotación en el empleo. El actual Código Civil Federal de 1928, originalmente contenía en los artículos 168 a 170 que la dirección y cuidados de los trabajos del hogar estarían a cargo de la mujer y no podía prestar un trabajo si ello perjudicaba su misión, por tanto, el marido tenía la facultad de oponerse al trabajo de "su mujer"; por un lado, la Constitución protegía

<sup>49</sup> ELÓSEGUI ITXASO, María, *op. cit.*, nota 46; nota al pie de página número 12 sobre los escritos de Sullerot.

<sup>50</sup> CUEVA, Mario de la, *El nuevo... t. I.*, *op. cit.*, nota 11, p. 434.

<sup>51</sup> *Ibidem*.



parcialmente la participación de la mujer en actividades económicas y ello era ratificado por la Ley de Relaciones Familiares y, por otro, en el área del derecho civil seguía bajo la *manus* de su esposo. Estas disposiciones cambiaron hasta el 31 de diciembre de 1974.

Actualmente, además del artículo 1o. de nuestra Ley Fundamental, que garantiza los derechos de las personas contra cualquier acto de discriminación que atente contra la *dignidad humana*, existe también la concepción de trato igualitario en el artículo 4o. constitucional, que claramente expresa que "el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

La familia es una necesidad natural ineludible, como lo señalan Marcel Planiol y Georges Ripert:

el estado de debilidad y de desnudez con que nace el ser humano; el número y la duración de los cuidados que exige, imponen a sus padres deberes que no se llenan en un día y que forman el sólido fundamento de todas las relaciones familiares.<sup>52</sup>

Como concepto universal, agrupa a personas emparentadas por matrimonio, consanguinidad o filiación y afinidad. La familia es el origen de la organización social, el núcleo en el que las personas aprenden, desde pequeñas, los valores y pautas que servirán como base para sus relaciones con otros sujetos en su entorno; a través de la familia es que son cubiertas necesidades

<sup>52</sup> PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, *Derecho Civil*, traducción de Leonel Pérez-Nieto Castro, México, Harla, 1997, p. 103 (Biblioteca clásicos del derecho, T. 8).

afectivas, culturales y materiales del individuo hasta que es capaz de satisfacerlas por sí mismo; la función social de la familia es "proveer a sus miembros de lo indispensable para un desarrollo humano pleno e integral."<sup>53</sup>

El derecho de familia ha logrado una mejor protección a la mujer y los hijos, pero la constante evolución de las personas que conforman el núcleo familiar, ha conseguido que se reconozca que el hombre "de resultar más idóneo que la mujer para el cuidado de los hijos, [pueda] aspirar [al cuidado primario de sus descendientes;]"<sup>54</sup> atrás quedaron los tiempos en que se creía que "sobre las rodillas de la madre, se forma lo que hay de más grande y de más útil en el mundo: un hombre honrado."<sup>55</sup> Actualmente, el concepto de familia se encuentra en franca transformación, el aumento del nivel educativo de las mujeres y su inclusión al mercado de trabajo ha logrado, aunque no en óptima medida, la comprensión en el hombre de no permanecer solamente como espectador, sino como el idóneo acompañante en el camino de los hijos a la par o en sustitución de la mujer.

El entorno laboral flexible que impera en la actualidad propicia la existencia de mayor inestabilidad en el empleo. Las familias deben estar informadas y organizadas para educar y acompañar a sus hijos, por tanto, su implicación es más importante y compleja que en el pasado.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derechos de los padres y de los hijos*, México, IJ-UNAM/Cámara de Diputados LVII Legislatura, 2000, p. 4 (Col. Nuestros Derechos, coordinada por Marcia Muñoz de Alba Medrano).

<sup>54</sup> KUDISH CASTELLÓ, Ana María, "La equidad en el derecho de familia", en *Retos y perspectivas del derecho mexicano en el siglo XXI ¿Cómo debe evolucionar?*, México, Barra Mexicana de Abogados/Themis, 2012, p. 1398.

<sup>55</sup> PLANIOL, Marcel, *op. cit.*, nota 52, p. 103.

<sup>56</sup> Cfr. CARNOY, Martín, *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza, 2001, p. 138.

El Estado —a través de la política social—, no sólo debe cubrir los riesgos tradicionales (como el caso de desempleo, enfermedad e incapacidad o vejez); también debe responder a las nuevas necesidades sociales, como conciliar el trabajo, la vida familiar y la educación, además de la necesidad de negociar cambios en el entorno familiar y laboral a lo largo de la vida.<sup>57</sup>

La transición demográfica a nivel mundial ha dejado obsoleta la organización tradicional de la familia, el hombre como sustento económico y la mujer en su papel de ama de casa. Lograr la igualdad, de hecho, requiere desarrollar un modelo de corresponsabilidad entre hombres y mujeres, un "reparto equilibrado entre los cónyuges",<sup>58</sup> que el varón comprenda su intervención en el cuidado de los niños<sup>59</sup> más allá de un "apoyo", y participe con el entusiasmo de dejar una huella imborrable en la generación que le sucederá y, por su parte, la mujer tenga la oportunidad de destacar individualmente y beneficie al hogar, siendo partícipe de las cargas económicas que implica la formación de una familia; lamentablemente, "al margen de los debates sobre los modelos de relación entre sexo y género"<sup>60</sup> la madre es el agente principal en tareas como cuidado de los hijos, también en los casos en que ambos cónyuges trabajan el mismo tiempo fuera de casa.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Cfr. ESPING-ANDERSEN, Gosta, *et. al.*, ¿Por qué necesitamos un nuevo Estado benefactor?, México, McGraw-Hill, 2007, p. X. citado por CARBONELL, José, "La revolución en marcha. La transición demográfica y el surgimiento de nuevas formas de convivencia familiar", en *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, México, IJ-UNAM, 2012, p. 5 (Estudios Jurídicos, núm. 205).

<sup>58</sup> ELÓSEGUI ITXASO, María, *op. cit.*, nota 46, p. 72.

<sup>59</sup> Se usa el término niños, como denominación indistinta que incluye a niñas y niños, sin inferir con ello ningún tipo de discriminación lingüística.

<sup>60</sup> CARRASCO, C., "La economía feminista: una apuesta por otra economía", en *Estudios sobre género y economía*, Madrid, (s.e.), 2006, p. 48.

<sup>61</sup> Cfr. "Encuesta del empleo del tiempo INE", *Boletín informático del Instituto Nacional de Estadística*, 4/2007, 2007, pp. 1-8.

Es imprescindible sustituir la imagen estereotipada del padre ausente, pero proveedor; delegante para con su pareja de virtudes como la tolerancia, la paciencia, la generosidad y el denominado "instinto maternal", siendo poseedor únicamente de valentía, independencia de criterio y firmeza. Esta moral ambigua es incompatible con la *igualdad esencial* de todos los seres humanos.

Cuando la LIMSS sostiene que sólo las madres tienen derecho al servicio de *guardería* o los hombres que "a falta de mujer", por ser divorciados, viudos o conservar para sí, la custodia de los hijos; discrimina a través de una escala invertida de valores, ya que la mujer:

ha trabajado a la par del hombre desde los tiempos más remotos, pero es a partir del surgimiento del maquinismo que su actividad se convierte en competencia; así, la mujer abandona el taller doméstico para incorporarse a la dinámica de la industrialización.<sup>62</sup>

Y es juzgada, no por sus actos, sino por sus abstenciones, al permanecer sometida al papel de madre, y reduce al hombre a fungir únicamente como "apoyo" a las tareas de la mujer, mientras que su valor debe ser intrínseco y no reflejo.

Estimamos pertinente que, en los casos de nacimientos de hijos de trabajadoras, la ley laboral debía otorgarle también al padre trabajador, cuando su mujer da a luz, unos días de

---

Aunque los datos pertenecen a España, puede observarse la tendencia generalizada de que las tareas domésticas y el cuidado de niños sean destinados eminentemente a las mujeres. Lo realizan de acuerdo a dicha estadística, el 93% de las mujeres en comparación al 70% de los varones.

<sup>62</sup> CHARIS GÓMEZ, Roberto, "Los derechos de la mujer en el trabajo", en *Revista Laboral. La práctica jurídico-administrativa*, año IV, núm. 47, México, SICCO, 1996, p. 11.

descanso, con pago íntegro de salario, o por lo menos con medio salario, para que pueda, durante esos primeros días después del nacimiento del hijo, estar al lado de él y de su mujer (sic).<sup>63</sup>

El desarrollo de la sociedad actual ha acrecentado el abanico de posibilidades para la organización de la familia; porque la flexibilización del mercado de trabajo ha generado más *empleo precario*; es necesario conciliar la vida familiar con la laboral y reivindicar para los miembros de la familia, sean hombres o mujeres, una mayor igualdad de oportunidades.

## 6. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Es un hecho que la madre es la mentora de su hijo, sin importar la clase social, el país o la especial culturalidad que atañe al menor. La voz de la madre es la que el niño escucha mientras se gesta y salvo por el médico o partera que atienda a la mujer, el primer rostro que observa después de su alumbramiento. De la madre reciben los niños las directrices elementales de la vida social y se convierte, con el paso del tiempo, en el ejemplo de éxito que los varones buscan al elegir una pareja o el paradigma a emular, como si de un homenaje se tratara, en el caso de las niñas.

La *causa femenina*, a menudo, tiene "mayor resistencia en algunas mujeres que encuentran en la marginación un cómodo refugio; que fincan su seguridad y el respeto a su persona en la

<sup>63</sup> BORELL NAVARRO, Miguel, "La igualdad en el trabajo del hombre y la mujer (La jurisprudencia y la ley)", en *Revista Laboral. La práctica jurídico-administrativa*, año IV, núm. 48, México, SICCO, 1996, p. 27.

adopción de los papeles tradicionalmente atribuidos a su sexo",<sup>64</sup> pero la mujer debe adoptar un rol activo en su entorno cercano y a la vez, ser partícipe de las transformaciones colectivas. De la misma forma, un niño no necesita a un padre ausente y ajeno a lo que ocurre dentro del hogar, sino encontrar en sus padres, armonía y comprensión.

El sometimiento, aunque sea voluntario, será siempre sometimiento. Y los prejuicios, aunque pretendan encubrirse racionalmente, serán siempre prejuicios. La verdadera misión de la mujer, como la del varón, consiste en luchar juntos contra toda forma de prejuicio y de sometimiento.<sup>65</sup>

Las instituciones de apoyo social no reposan en la obligación individual del empresario, ni en el derecho individual del trabajador, sino en la solidaridad de la nación para con sus habitantes; cuando estas instituciones exigen que sean sólo las mujeres quienes se encarguen del cuidado de los niños, las discriminan y las obligan, en el caso de aquéllas sin acceso a servicios sociales, a poner en la balanza, por una parte, su deseo de tener hijos y, en otra, su oportunidad de desarrollarse profesionalmente y trabajar, cuando bien existe la posibilidad de que sea el padre quien se encargue de proveer esos cuidados y si son trabajadores cotizantes al Seguro Social, mediante el aseguramiento de los hijos, tengan acceso al seguro de *guarderías* contemplado en la fracción V del artículo 11 de la LIMSS. Pero también, en el caso del principio *interés superior del menor* y basado en que los *derechos del niño derivan de su condición de persona*, los mecanismos que lo protegen deben ser complementarios y nunca

<sup>64</sup> ECHEVERRÍA ÁLVAREZ, Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 5.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 4.

sustitutivos de los que disfruta la colectividad.<sup>66</sup> Los *derechos del niño* emanan de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, fue firmada *ad referendum*, por el plenipotenciario mexicano el 10 de agosto de 1990 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* bajo el sello del Escudo Nacional, estandarte de nuestra soberanía, el 25 de enero de 1991. En ella, se obliga a los Estados Partes a tomar las medidas apropiadas para que el niño "se vea protegido contra toda forma de discriminación [...] por causa de la condición de sus padres"<sup>67</sup> y, por ende, todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas de bienestar social deben atender al *interés superior del menor*,<sup>68</sup> concepto mencionado ocho veces en la Convención, por ser de vital trascendencia para la comprensión del derecho a la *dignidad humana* del niño, como principio rector en la construcción de una sociedad más igualitaria para las personas.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un amplio catálogo de *derechos de la infancia* por lo que, a efectos del mismo ordenamiento, es posible sostener que el concepto *interés superior del menor* significa la satisfacción de cada una de las disposiciones del Tratado en beneficio del niño, sin exclusiones de ninguna naturaleza para elevar su *dignidad humana*.

<sup>66</sup> Artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado."

<sup>67</sup> Artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>68</sup> Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estamos acostumbrados a revisar los *asuntos de la infancia* de manera *paternalista*; desde épocas del Estado benefactor, los niños son sujetos de protección del derecho en razón de su edad porque en sus hombros llevan el futuro nacional, porque la más noble de las tareas de cualquier sociedad es el cuidado de las generaciones venideras. Como se ha expresado con anterioridad, la defensa de la mujer trabajadora, no nació gracias al reconocimiento de su *dignidad humana*, sino de su condición de madre, portadora de la siguiente ola de mano de obra para la fábrica y el taller. Su trabajo estaba —antes y ahora—, supeditado a no arriesgar al producto de la gestación y el propio artículo 165 de la LFT consigna que la regulación del trabajo de las mujeres tiene como objetivo la protección de la maternidad, esto es, la mujer como portadora del nonato que al nacer, será resguardado. En ninguno de los dos casos, ni tratándose de la madre o de su hijo, la ley los observa como titulares de *derechos humanos*, sino como sujetos de protección, como bien señala el inolvidable Maestro Néstor de Buen Lozano, éste es un tema apasionante "tratado a veces más en función de sentimientos y emociones que con estricto apego a criterios objetivos de valuación, el problema de la igualdad jurídica del hombre y la mujer sigue siendo actual".<sup>69</sup>

Conforme al artículo 4o. de la Constitución, la niñez tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, cuya protección corresponde a ambos padres por igual, en un ámbito de *corresponsabilidad equitativa*<sup>70</sup> y se atribuye al

<sup>69</sup> BUEN LOZANO, Néstor de., *Derecho del Trabajo*, Tomo Segundo, 10a. ed. actualizada, México, Porrúa, 1994, p. 393.

<sup>70</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 37, Tomo I, viernes 2 de diciembre de 2016. Amparo en revisión 59/2016 resuelto el 29 de junio de 2016, p. 910.



Estado, la responsabilidad de coadyuvar a través de facilidades para cumplir con los derechos de la niñez, tal y como señalan los párrafos noveno a décimo primero del artículo 4o. constitucional:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del *interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Respetar y defender el *interés superior del menor*, incluido como derecho fundamental en la Carta Magna y en razón de la *convencionalidad* de los derechos humanos contenidos en ella, permite resolver conflictos de derechos al ponderarlos, si bien, por una parte, en beneficio del niño para proteger su infancia, pero por otra, y al igual con sus padres, en razón de ser humano.

## **7. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PRESTACIONES PARA NECESIDAD IGUAL**

Sin duda alguna, en la época actual, el solo mencionar que un hombre es discriminado en razón de su sexo, abre la posibilidad

de acaloradas discusiones sobre un tema que no es posible dejar de lado: el escarpado camino para un reconocimiento pleno de los derechos de las mujeres.

No se abordarán en el presente estudio, circunstancias como la violencia contra las mujeres en México y otros lugares del mundo; tampoco fenómenos como la falta de oportunidades, educativas, económicas y sociales a las que el sector femenino de la población mundial se enfrenta diariamente, o la lucha constante de las mujeres por ganar cada vez mayores espacios gracias a su potencial; se trata pues, de un texto desde la perspectiva del derecho del trabajo, en específico, de la seguridad social para las trabajadoras y trabajadores, en el que la justicia, defendida oportunamente por la Suprema Corte en el amparo 59/2016, traicionaría los ideales del derecho del trabajo "si no consignara en forma clara y sin ninguna ambigüedad y, si en cambio, con lealtad, los derechos plenos de las mujeres, idénticos a los de los hombres";<sup>71</sup> el derecho del trabajo no puede ser un estatuto creador de privilegios, porque cada uno de los sexos debe tener las puertas abiertas para buscar "su puesto en la vida social, a fin de mostrar, la medida en que puede servir a la sociedad y a la humanidad."<sup>72</sup>

La dificultad de  *juzgar con perspectiva de género*  va de la mano de la  *diferenciación sexual*  y la distribución equitativa de las garantías; cuando la LIMSS y los ordenamientos que de ella derivan, proscriben derechos procedentes de las relaciones familiares como la "pensión derivada de la muerte"<sup>73</sup> para el viudo;

<sup>71</sup> CUEVA, Mario de la, *El nuevo... T. I., op. cit.*, nota 11, p. 437.

<sup>72</sup> *Ibidem.*

<sup>73</sup> Se trata de la pensión derivada de la muerte, prevista en el artículo 501 de la LFT.

o el servicio de *guardería* para los hijos de los trabajadores, hace de la seguridad social, por lo menos en lo que a este punto se refiere, un derecho "prevalentemente femenino".<sup>74</sup>

El concepto de masculinidad como *sujeto hegemónico*,<sup>75</sup> posibilita reconstruir al género femenino como *sujeto autónomo*, la mujer como *el otro* de la relación, de acuerdo al pensamiento de *Beauvoir*;<sup>76</sup> la sociedad exige una diferenciación en tanto a los roles que cada uno de ellos cumple al interior de la pareja y como jefes de familia sin tomar en consideración elementos como el origen étnico, la condición socioeconómica o la preferencia sexual; piezas imprescindibles para comprender la organización familiar. Los estudios de género poseen un enfoque inclinado hacia las mujeres; el tema de la masculinidad es poco abordado y cuenta con supuestos teóricos comunes. La división *sexual* del trabajo ha moldeado históricamente, las labores *propias para mujeres y hombres*, lo que se asume con naturalidad, conforme pasa el tiempo; lo mismo ocurre con los derechos laborales que son asignados a cada uno de los sexos; es habitual considerar el periodo de descanso para las madres, antes y después del parto, por un lado, para proteger su salud y la del nonato y posteriormente recién nacido y, por otro, para que disfrute de 45 días de convivencia con el niño; lo mismo ocurre, por ejemplo, en el artículo 170, fracción II Bis, de la LFT, que otorga seis semanas de descanso con goce de sueldo a las trabajadoras que adopten a un infante, sin beneficiar al padre

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Igualdad y diferencia*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, p. 23 (Col. Miradas 2).

<sup>75</sup> PINHEIRO KOURY, Mauro Guilherme, "Volverse hombre. Ambigüedad y ambivalencia en la construcción del género masculino", en *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, vol. XXVIII, núm. 82, México, enero-abril de 2010, p. 139.

<sup>76</sup> Cfr. BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, op. cit., nota 40.

en ninguno de los casos, de un lapso parecido para conectarse afectivamente con su hijo.

La idea de la predominancia masculina se inserta en el discurso político y en otras esferas en las que nos desarrollamos; no es tarea del derecho del trabajo encontrar fórmulas nuevas para problemas antiguos, aun cuando, es indudable que nuestro país ha sido punta de lanza en lo que a reconocimiento de derechos laborales se refiere desde la inclusión del artículo 123 en nuestra Constitución de 1917. Lo que queda claro es que el derecho del trabajo "no puede ser un instrumento para crear diferencias entre los seres humanos"<sup>77</sup> y una forma de desmantelar las prácticas excluyentes, como las instauradas por la propia LFT y la LIMSS con sus reglamentos y normas de funcionamiento; es revisar las sentencias "desde un enfoque de igualdad y no discriminación fundado en el respeto irrestricto a los derechos humanos";<sup>78</sup> por ello, es importante destacar la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 59/2016, al mantener una "visión de ampliación y resguardo de los derechos humanos".<sup>79</sup>

El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>80</sup> y nuestra Constitución prohíben la *discriminación*,

<sup>77</sup> CUEVA, Mario de la, *El nuevo...*, t. 1, op. cit., nota 11, p. 438.

<sup>78</sup> LAGUNA MAQUEDA, Oscar Emilio, "Cuando la justicia tiene mirada de varón", en *Miradas multidisciplinarias en torno a la masculinidad: Desafíos para la impartición de justicia*, coordinado por Melissa Fernández Chagoya, México, SCJN/Fontamara, 2016, p. 19.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Considerado como uno de los convenios fundamentales de la OIT, el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo, adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo No. 42, de 25 de junio de 1958 y ratificado por México el 11 de septiembre de 1961, señalo en su artículo 1:

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;

pero no las *distinciones*; las encontramos de todo tipo y son válidas siempre que cumplan con tres criterios, en donde al respecto, se utilizará como ejemplo el beneficio del servicio de *guardería para las trabajadoras*: 1) Si persigue un fin constitucionalmente imperativo, esto es, cumplir con las garantías previstas en los artículos 4o. (igualdad jurídica entre la mujer y el hombre, organización de la familia e *interés superior del menor*) y 123, fracción XXIX (derecho a la seguridad social, en específico al ramo de *guardería*); 2) La *distinción* para ser válida debe proteger un bien jurídicamente tutelado a través de una garantía: la posibilidad de la mujer de trabajar y desarrollarse profesional y económicamente con los mismos beneficios que un hombre; la libre organización familiar que decida una pareja; el derecho del niño, de acuerdo a la propia Constitución y a la Convención, a la satisfacción de necesidades para su desarrollo integral y la seguridad social para la trabajadora y su descendencia; 3) La *distinción* es válida siempre que no sea *restrictiva* y es, en este punto, donde la LFT, la LIMSS, su Reglamento y su Norma atentan contra los derechos de un trabajador si no cumple con los *restrictivos presupuestos de ley* que la misma impone, a saber: ser viudo, divorciado o conservar para sí la custodia de sus hijos; esto es, no contar con una mujer que cumpla con los cuidados infantiles de su progenie e, incluso, de encontrarse sujeto a la tipología legal, perder el derecho traslativo a sus hijos para estar inscritos en alguna *guardería* del IMSS, en caso de contraer

---

(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 ocupación 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.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos **empleo** y **ocupación** incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo."

matrimonio o unirse en concubinato y conseguirse para sí a una mujer que los cuide.<sup>81</sup>

Si una mujer u hombre adoptan como *progenitor soltero*, no parece existir alguna *restricción legal* para la inscripción del menor al Seguro Social; la mujer obtendría el *derecho a guardería* por ser trabajadora, y el padre por conservar la custodia del niño.

En el supuesto de las *adopciones homoparentales*, la inscripción al Seguro Social en el caso de las madres ocurriría en razón de ser trabajadoras; para los padres, por tener la patria potestad y custodia del menor.

El derecho del trabajo depende, en gran medida, de las nuevas formas de organización del empleo, de las variantes económicas, políticas y sociales, es "un estatuto dinámico en una transformación inacabable",<sup>82</sup> la seguridad social va de la mano de estas mutaciones; los derechos humanos concebidos a la ordenanza del artículo 1o. de nuestra Ley Fundamental deben

<sup>81</sup> Otras *distinciones restrictivas* se encuentran en los siguientes supuestos:

Art. 501, fracción I, de la LFT: la indemnización en caso de muerte de la trabajadora, sólo podrá ser cobrada por el viudo o concubinario, si dependía económicamente de su pareja y se encuentra incapacitado al 50% o más.

Si quien muere es el trabajador; su viuda o concubina, cobra la pensión sin restricciones.

Art. 64, fracción II, de la LIMSS: En caso de la muerte del asegurado (en este caso la trabajadora o incluso un varón en un matrimonio igualitario), por riesgo de trabajo; su viudo o concubinario, sólo puede cobrar la pensión, si dependía económicamente del asegurado fallecido.

Art. 130, de la LIMSS: La pensión de viudez sólo puede ser cobrada por un viudo o concubinario, si dependía económicamente de la asegurada. En esta disposición la LIMSS restringe a matrimonios igualitarios conformados por varones. La tesis 2a. VI/2009 señaló que el artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar su otorgamiento [de la pensión por viudez] 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. Tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, febrero de 2009, página 470; Registro digital: 167886.

<sup>82</sup> CUEVA, Mario de la, *El nuevo...*, t. I, op. cit., nota 11, p. 438.

buscar la mejora progresiva. Las "nuevas estructuras familiares",<sup>83</sup> demandan una relación jurídica adecuada ante los cambios.

El Estado tiene el deber constitucional de coadyuvar con las familias para proteger los derechos de los menores; y la Suprema Corte ha defendido adecuadamente que la tan anhelada *igualdad jurídica entre los sexos*, las responsabilidades familiares, los derechos del trabajo y los de la niñez, "corren en vías paralelas y se entrecruzan para configurar un todo"<sup>84</sup> aunque los ordenamientos que regulan la esfera laboral no lo asuman.<sup>85</sup>

La Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres<sup>86</sup> dispone de medidas de política nacional, a fin de lograr la *igualdad* en la vida económica, social y civil, y la eliminación de estereotipos en *función del sexo*, como los que presuponen que la mujer debe permanecer en casa al cuidado del hogar o los que indican que el hombre no debe inmiscuirse demasiado en la vida doméstica, a menos que *no tenga opción* por ser viudo, divorciado o conservar la custodia de sus hijos.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>87</sup> señala en su artículo 6o., fracción IX, que un *principio rector*

<sup>83</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística", en *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, México, IJ, 2012, p. 111.

<sup>84</sup> NAZAREZ JERÓNIMO, Dolores de los Ángeles, "Principios de igualdad de género y no discriminación en el ámbito laboral", en *Retos y perspectivas del derecho mexicano en el siglo XXI ¿cómo debe evolucionar?*, México, Themis/Barra Mexicana de Abogadas, 2012, p. 1436 (Colección Foro de la Barra Mexicana).

<sup>85</sup> Cabe mencionar que la Norma que establece los disposiciones para la prestación del Servicio de Guarderío, al incluir la solicitud de inscripción, indica en el mismo las restricciones para acceder al servicio a trabajadores que no encuadren en el supuesto legal; adicionalmente en la hoja 2 del formato, requiere indicar el parentesco y sólo existen 4 posibilidades: madre, padre viudo, padre divorciado y padre con custodia.

<sup>86</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006.

<sup>87</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014.

para proteger a la infancia es la *corresponsabilidad* de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades.

La idea de la seguridad social parte de la afirmación de que:

ahí donde se presente la misma necesidad, cualquiera sea la causa que la origine, deben otorgarse las mismas prestaciones para cubrirla, o con mayor brevedad: identidad de prestaciones, en efectivo y en especie, para necesidades iguales.<sup>88</sup>

## 8. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

El cambio de la dinámica familiar en el mundo del trabajo remunerado ha obligado a que sean ambos padres quienes contribuyan al gasto familiar, pero también existe la necesidad de encontrar una *igualdad* de desarrollo, con mujeres que realizan actividades remuneradas y hombres partícipes del cuidado de los hijos y las tareas del hogar en un *modelo de corresponsabilidad*.

El Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares,<sup>89</sup> que hasta la fecha<sup>90</sup> no ha sido ratificado por México, dispone que entre los objetivos de las políticas nacionales se considera el permitir que las personas con *responsabilidades familiares*, cuando desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de *discriminación* y, en la medida de lo posible, sin con-

<sup>88</sup> CUEVA, Mario de la, *El nuevo...*, op. cit., nota 11, p. 47.

<sup>89</sup> Adoptado en la 67ª. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 23 de junio de 1981, visible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C156](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156).

<sup>90</sup> 20 de febrero de 2018.



flicto entre sus *responsabilidades familiares y profesionales*. Además, con el fin de crear *igualdad efectiva* de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras, se adopten medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para permitir a los trabajadores con *responsabilidades familiares*, el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo, así como tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y seguridad social. Asimismo, considera el establecimiento de medidas diversas para que los trabajadores con *responsabilidades familiares* puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo o reintegrarse a ella tras una ausencia debida a éstas, ya que la *responsabilidad familiar* no debe ser causa para poner fin a su relación de trabajo.

En España, la Ley 39/1999 para la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>91</sup> consiste fundamentalmente en la procuración de una efectiva equidad en la distribución de las *responsabilidades familiares y laborales* como "elemento imprescindible —pero no único— para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres".<sup>92</sup>

En México, durante 2008, se llevaron a cabo mesas de trabajo en el Congreso de la Unión, para lograr adecuar un marco legal relativo a la conciliación de la vida laboral y familiar, dirigido por la Comisión de Equidad de Género. Posteriormente, a cargo de la diputada Bertha Yolanda Rodríguez Ramírez, fue presentado un proyecto de Ley General para la Promoción de la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.

<sup>91</sup> Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* BOE, núm. 266, del 6 de noviembre de 1999, pp. 38934-38942.

<sup>92</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", en *El derecho a la no discriminación*, coordinado por Carlos de la Torre Martínez, México, CDHDF/CONAPRED/UNAM, 2006, p. 307.

El 9 de abril de 2009, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la Norma Mexicana para coadyuvar al cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, sobre los *requisitos para la certificación de las prácticas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres*, que en su apartado sobre *conciliación entre vida familiar y laboral* dispone que las organizaciones públicas y privadas sujetas a la certificación deben contar con esquemas y políticas flexibles de armado de los horarios, *tanto para mujeres como para hombres*, que permita al personal de ambos sexos decidir por cumplir con las horas de trabajo legales semanales en el menor número de días; adelantar o atrasar las horas de entrada y de salida; combinar las jornadas y horas de trabajo en la organización y en el hogar; contemplar esquemas para otorgar horas-permiso para atender deberes de maternidad o paternidad; mecanismos especiales de atención para las trabajadoras y los trabajadores que deban proveer cuidados familiares a adultos mayores o enfermos; y la *facilitación de servicios de guardería para descendientes, tanto de trabajadoras como de trabajadores, sin afectar el salario ni las prestaciones*.

Contempla el otorgamiento de bonos para apoyar eventos familiares como matrimonio, nacimiento o adopción de hijos, tanto para la madre como para el padre; becas para los hijos y una licencia de paternidad que incluya estrategias de difusión y promoción de la *participación masculina en el cuidado y educación de los hijos*.

## 9. REFLEXIONES FINALES

Los quejosos, con fecha 6 de marzo de 2015, atinadamente presentaron su demanda de amparo al observar afectados sus derechos humanos a la *no discriminación, a la igualdad entre*

*hombre y mujer, a la seguridad social y al interés superior del menor*, debido a los actos de autoridad ejecutados por el IMSS que, con fundamento en los artículos 201 y 205 de su Ley, así como el 171 de la LFT, negaron el acceso de su hijo a las *guarderías* infantiles operadas por dicho Instituto, al ser solicitado por el padre asegurado, en lugar de la madre trabajadora. Se dictó el sobreseimiento del caso debido a que el acto de aplicación provenía de un particular que actúa en auxilio de una autoridad o por mandato de Ley, es decir, una *guardería subrogada* en el primer caso o el propio Instituto, en el segundo.

Con posterioridad, solicitaron el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito y la reasunción de competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con fecha 13 de octubre de 2015; el caso fue admitido en el turno de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos el 25 de enero de 2016 (suponiendo que el niño tuviere 45 días de nacido al momento de solicitar su inscripción, en el momento de radicación del caso, es decir, el 29 de marzo de 2016, habría cumplido un año de edad). Se aclaró que el sobreseimiento fue dictado incorrectamente, ya que aunque el Instituto no tiene el carácter de autoridad para efectos del juicio constitucional, los conceptos de violación versaban sobre normas inconstitucionales.

El acto de autoridad del IMSS perjudicaba a la quejosa (madre), en razón de violar su *derecho a la igualdad* al asignar un *rol de género* (el cuidado de los menores), y al quejoso (padre), por brindar injustificadamente un trato diferenciado en relación con las trabajadoras, a quienes las normas impugnadas les reconocen el derecho de solicitar para sus hijos, el acceso a *guarderías*. En ambos casos, su *derecho a la seguridad social*, que elevaría la calidad del trabajador y su familia al afectar su

proyecto de vida, basado en la *corresponsabilidad* con respecto a la atención de sus hijos. Por último, aunque no menos importante, el *interés superior del menor*, ya que la negativa del Instituto a inscribir a su hijo, evitaba la satisfacción de su derecho a la alimentación, salud, educación y desarrollo integral.

Resultado del análisis de las normas y su constitucionalidad, derivaron tres importantes tesis en la sesión de 29 de junio de 2016:<sup>93</sup>

- 1) *Al preverse requisitos diferenciados a la mujer y varón asegurados para acceder al servicio de guarderías, se transgrede el derecho a la igualdad.*<sup>94</sup> El derecho a la igualdad entre el varón y la mujer busca que ambos sean tratados equitativamente frente a la ley, lo cual implica que los trabajadores asegurados (padre y madre) gocen de los mismos derechos que les brinda la seguridad social.
- 2) *Al preverse requisitos diferenciados a la mujer y varón asegurados para acceder al servicio de guarderías, se transgrede el derecho a la seguridad social.*<sup>95</sup> El servicio de guardería está encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores y sus familiares, sin hacer diferencia alguna por razón de sexo.
- 3) *Al preverse requisitos diferenciados a la mujer y varón asegurados para acceder al servicio de guardería, se*

<sup>93</sup> Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* el viernes 2 de diciembre de 2016.

<sup>94</sup> Tesis 2a. CXXXIII/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 37, Tomo I, diciembre de 2016, página 909; Registro digital: 2013233.

<sup>95</sup> Tesis 2a. CXXXIV/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta... op. cit.*; Registro digital: 2013234.

*transgreden los derechos de la niñez y el interés superior del menor.*<sup>96</sup> Esta diferencia de trato transgrede los derechos de la niñez y el *interés superior del menor*, reconocidos en el precepto constitucional en la medida que establece requisitos distintos para las mujeres y hombres que les permitan obtener por igual el servicio de las *guarderías* para la atención y el cuidado de sus hijos, privando con ello a su vez al menor de la posibilidad de acceder a esta prestación a través de su padre asegurado por el Instituto.

Analizado el caso con perspectiva de género, se advierte que no existe justificación objetiva para un trato diferenciado entre ambos sexos, pues si el varón laboralmente activo sólo obtiene el servicio de una *guardería* para sus menores hijos en casos excepcionales, eso significa que la ley cuestionada presupone que en el hogar del trabajador asegurado, exclusivamente la madre de sus hijos tiene el deber de dedicarse de tiempo completo a su cuidado, práctica que no favorece la *corresponsabilidad* de los padres en la atención a sus descendientes, ni fomenta la posibilidad de que la mujer comparta su tiempo con otras actividades productivas.

Finalmente, me parece elocuente recordar un antiguo pasaje que registra en su historia el derecho romano; dos mujeres: una, esclava griega, y la otra, *ama romana*; la mujer griega interpela a su dueña ¡qué injusticia para mí! provenir de la culta Grecia estar versada en filosofía, ciencias y artes y soy tu esclava. La mujer romana, con serenidad contestó: nosotros los romanos, hombres

<sup>96</sup> Tesis 2a. CXXXV/2016 (10 a.), publicada en la *Gaceta... op. cit.*, página 910; Registro digital: 2013235.

y mujeres, cuidamos, protegemos y educamos muy bien a nuestros hijos, por eso, conquistamos el mundo...

## 10. FUENTES DE INFORMACIÓN

Aristóteles, *Ética Nicomaquea, Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 2a. ed., México, Porrúa, 1969.

BARRÉRE UNZUETA, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho anti-discriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.

BEAUVOIR, Simone De, *El segundo sexo*, t. I, traducción de Pablo Palant, Buenos Aires, Siglo XX.

\_\_\_\_\_, *La mujer rota*, 2a. ed., México, De bolsillo, 2011.

BORELL NAVARRO, Miguel, "La igualdad en el trabajo del hombre y la mujer (La jurisprudencia y la ley)", en *Revista Laboral. La práctica jurídico-administrativa*, año IV, núm. 48, México, SICCO, 1996.

*Boletín Oficial del Estado BOE*, núm. 266, del 6 de noviembre de 1999, pp. 38934-38942.

BUEN LOZANO, Néstor de., *Derecho del Trabajo*, Tomo Segundo, 10a. ed. actualizada, México, Porrúa, 1994.

CARBONELL, José, "La revolución en marcha. La transición demográfica y el surgimiento de nuevas formas de convivencia familiar", en *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el*

derecho, México, UNAM-IIIJ, 2012, p. 5 (Estudios Jurídicos, núm. 205).

CARNOY, Martín, *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza, 2001.

CARRASCO, C., "La economía feminista: una apuesta por otra economía", en *Estudios sobre género y economía*, Madrid, (s.e.), 2006.

COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, traducción castellana de Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ediciones Ariel, 1961.

Comisión Europea, *Guía para la evaluación del impacto en función del género*, Bruselas, 1997. Comisión Europea, *100 palabras para la igualdad. Glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres*, Bruselas, 1998. Comisión de las Comunidades Europeas, "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres. 2006-2010*" (COM (2006) 92 final), Bruselas, 2006, BOE 246 de 14 de octubre de 2003, Sección 1.

CHARIS GÓMEZ, Roberto, "Los derechos de la mujer en el trabajo", en *Revista Laboral. La práctica jurídico-administrativa*, año IV, núm. 47, México, SICCO, 1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convenio 111 de la OIT, referido a la discriminación en el empleo y la ocupación.

Convenio 156 de la OIT, referido a los trabajadores con responsabilidades familiares.

CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I., 6a. ed., México, Porrúa, 1980.

\_\_\_\_\_, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. II., México, Porrúa, 1979.

*Diario Oficial de la Federación* de 6 de septiembre de 1929.

\_\_\_\_\_, de 31 de diciembre de 1974.

\_\_\_\_\_, de 31 de mayo de 1983.

\_\_\_\_\_, de 2 de agosto de 2006.

\_\_\_\_\_, de 4 de diciembre de 2014.

ECHEVERRÍA ÁLVAREZ, Luis, "No hay labores propias de la mujer ni del hombre, sino del género humano", en *Testimonios de Política Social, Separata de reseña laboral*, vol. 3, núm. 1, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1975, p. 3. (Palabras pronunciadas por el Presidente de la República, licenciado Luis Echeverría Álvarez, durante la sesión inaugural de la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada el 19 de junio de 1975).



ELÓSEGUI ITXASO, María, "Tres diversos modelos filosóficos sobre la relación entre sexo y género", en *Persona y género*, Navarra, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

Encuesta del empleo del tiempo INE, *Boletín informático del Instituto Nacional de Estadística*, 4/2007, 2007.

ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Fundamentos, 1981.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, *et. al.*, ¿Por qué necesitamos un nuevo Estado benefactor?, México, McGraw-Hill, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Igualdad y diferencia*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005 (Col. Miradas 2).

FERRARA, Orestes, "El Papa Borgia", Madrid, España, colección *La nave*, 1943.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Doctrina Aristotélica de la Justicia*, México, UNAM, 1973.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", en *El derecho a la no discriminación*, coordinado por Carlos de la Torre Martínez, México, CDHDF/CONAPRED/UNAM, 2006.

\_\_\_\_\_, "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística", en *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, México, IJ, 2012.

JOSHI, Heather y DAVIES, Hugh, "Los servicios de guardería en Europa y el lucro cesante de las madres", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 3, Ginebra, Suiza, OIT, 1993.

KUDISH CASTELLÓ, Ana María, "La equidad en el derecho de familia", en *Retos y perspectivas del derecho mexicano en el siglo XXI ¿Cómo debe evolucionar?*, México, Barra Mexicana de Abogados/Themis, 2012.

LAGUNA MAQUEDA, Oscar Emilio, "Cuando la justicia tiene mirada de varón", en *Miradas multidisciplinares en torno a la masculinidad: Desafíos para la impartición de justicia*, coordinado por Melissa Fernández Chagoya, México, SCJN/Fontamara, 2016.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Ley del Seguro Social.

Marco Tulio Cicerón, *Tratado de las leyes*, México, Porrúa, 1973.

NAZAREZ JERÓNIMO, Dolores de los Ángeles, "Principios de igualdad de género y no discriminación en el ámbito laboral", en *Retos y perspectivas del derecho mexicano en el siglo XXI ¿cómo debe evolucionar?*, México, Themis/Barra Mexicana de Abogados, 2012, (Colección Foro de la Barra Mexicana).

Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería del IMSS.

Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2008 que establece los requisitos para la certificación de las prácticas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres.

ONU, *Report of the world conference of the international women's year*, NY, USA, ONU, 1976.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derechos de los padres y de los hijos*, México, IJJ/UNAM/Cámara de Diputados LVII Legislatura, 2000. (Col. Nuestros Derechos, coordinada por Marcia Muñoz de Alba Medrano).

PINHEIRO KOURY, Mauro Guilherme, "Volverse hombre. Ambigüedad y ambivalencia en la construcción del género masculino", en *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, vol. XXVIII, núm. 82, México, enero-abril de 2010.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, *Derecho Civil*, traducción de Leonel Pérez-Nieto Castro, México, Harla, 1997 (Biblioteca clásicos del derecho, t. 8).

POMAR FERNÁNDEZ, Silvia, "La guardería subrogada: una estrategia de cambio en la forma de organización", en *Iztapalapa. Revista de ciencias sociales y humanidades*, año 25, núm. 56, México, UAM, enero-junio de 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de sociología*, México, Porrúa, 1970.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería.

*Semanario Judicial de la Federación*, Libro 37, T. I, viernes 2 de diciembre de 2016. Amparo en revisión 59/2016 de 29 de junio de 2016.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/leyes/1917.pdf>.

<http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>.

---

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en junio de 2018 en los talleres de Guimark Total Quality, S.A. de C.V., calle Carolina núm. 98 int. 101, Colonia Ciudad de los Deportes, Delegación Benito Juárez, C.P. 03710, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Futura Lt Bt y Futura Md Bt en 7, 10, 11 y 13 puntos. La edición consta de 4,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 g.



**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



11003446



ISBN 978-607-630-375-7

9 786076 303757