



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

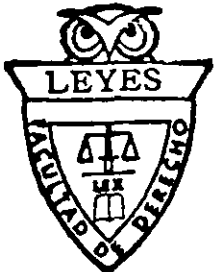
SEMINARIO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

T E S I S QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: NOHEMY CAMACHO CORREA

ASESOR: LIC. PEDRO ALFONSO REYES MIRELES.

296916





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AL LIC. JOSÉ RAMÓN VILLANUEVA
GUTIÉRREZ:

A MI GRAN MAESTRO Y AMIGO, POR
ENSEÑARME DÍA CON DÍA, EL AMOR A LA
CARRERA. POR DEDICARME SU TIEMPO,
PACIENCIA Y SU CARÍO.

A MI ASESOR LIC. PEDRO ALFONSO
REYES MIRELES.

POR SU APOYO INCONDICIONAL,
DESINTERESADO, Y POR AYUDARME A
LOGRAR MI MÁS GRANDE ANHELO. MIL
GRACIAS.

AL LIC. GUILLERMO HORI
ROBAINA.

POR MOTIVARME A CONCLUIR ESTE TRABAJO
DE INVESTIGACIÓN DE TESIS.

A LA U. N. A. M., EN ESPECIAL A
LA FACULTAD DE DERECHO.

POR HACERME EL HONOR DE PERTENECER A
LAS MISMAS, Y ENSEÑARME EN SUS AULAS EL
AMOR A LA CARRERA DE DERECHO.

INTRODUCCIÓN.

La presente tesis estudia el problema social y jurídico de **LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL**, en cuanto a su aplicación, alcance y las consecuencias sociales que ésta produce.

El capítulo primero habla de la creación y evolución histórica de la Ley del Seguro Social mencionándolos en orden de creación jurídica hablando en primer lugar de Alemania como el principal país regulador de la Seguridad Social, Inglaterra, Francia, España y México, refiriéndonos de éste último de los cambios sufridos por la actual ley reformada en 1995.

En el capítulo segundo se abordará el tema de las bases constitucionales de la ley del seguro social, señalando la diferencia que existe entre legalidad y legitimidad, la importancia del Consejo Técnico, su fundamento constitucional en Nuestra Carta Magna, y un estudio comparativo en las Leyes del Seguro Social de 1973 y los cambios de la reformada ley de 1995.

El capítulo tercero analiza al Instituto Mexicano del Seguro Social, como una Autoridad Fiscal, haciendo una reflexión de donde están encaminadas las aportaciones de los trabajadores, su base constitucional, y que papel desempeña el Instituto ante un conflicto que llega a los Juzgados Laborales.

Por último en el capítulo cuarto se estudia a fondo la Inconstitucionalidad de la Ley del Seguro Social, que se entiende por inconstitucionalidad, legitimación, de las nuevas reformas de la Seguridad Social en México van en contra de la legalidad en la propia Constitución. La situación jurídica en el nuevo sistema de pensiones su alcance y su falta de realidad en la actualidad del trabajador por la falta de mecanismos de ampliación y cobertura, el papel del patrón. El papel del Poder Judicial como un órgano encargado de resolver de la

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO	1
1.1 ALEMANIA	1
1.2 INGLATERRA	5
1.3 FRANCIA	9
1.4 ESPAÑA	15
1.5 MÉXICO	18
CAPITULO SEGUNDO	22
LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	22
2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	22
2.2 ANÁLISIS DE LA LEY DE 1973	37
2.3 CAMBIOS DE LA LEY ANTERIOR Y SU APLICACIÓN DE 1995.	42
CAPITULO TERCERO	45
EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL COMO AUTORIDAD	45
FISCAL.....	45
3.1 LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL IMSS.....	45
3.2 LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LAS APORTACIONES COMO UNA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	52
3.3 LOS JUZGADOS LABORALES COMO TRIBUNAL PARA LA SEGURIDAD SOCIAL.	68
CAPITULO CUARTO	79
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	79
4.1 LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	79
4.2 EL PODER JUDICIAL FEDERAL COMO ENCARGADO DE RESOLVER SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL. .	88
4.3 RECURSO DE INCONFORMIDAD	96
4.4 LA INEQUIDAD DEL SEGURO SOCIAL	104
CONCLUSIONES.	
BIBLIOGRAFÍA.	

inconstitucionalidad de una ley y en el caso que nos ocupa la Ley del Seguro Social. La eficacia del recurso de inconformidad, y como lo resuelve el órgano máximo del Instituto (Consejo Técnico), y por último la inequidad de la ley, señalando los alcances y beneficios de la Ley del Seguro Social.

CAPITULO PRIMERO

1.1 ALEMANIA

Hay que puntualizar que el desarrollo del Derecho de la Seguridad Social data del siglo pasado, sería temerario afirmar que las intenciones del Canciller Otto Von Bismarck eran detener el rápido crecimiento del Partido Socialista, cuando hace un siglo convenció al Reichstag de aprobar sus proyectos de leyes de seguridad social, lo que sí podemos afirmar es que Bismarck, jamás imaginó que cien años después de que él creara el Seguro Social esa institución se propagaría por todo el planeta.

La industrialización de los países de Europa se presenta en el siglo XIX al que un gran número de hombres, mujeres y hasta niños, trabajen bajo las más duras condiciones y de que vivieran y murieran en miserable situación, Se suscita lo que se dio en llamar "la Cuestión Social".

En noviembre de 1881, el emperador Guillermo I de Alemania lleva ante el Reichstag su célebre mensaje sobre los seguros sociales. Posteriormente el emperador aprueba las leyes de seguro de enfermedad, en junio de 1883, de seguro de accidentes de trabajo, en julio de 1884, y el seguro de invalidez y vejez, en junio de 1889.

Si bien es cierto que algunos autores al referirse a los antecedentes inmediatos al seguro social, los ubican en el Derecho Alemán, otros aseguran que fue en Francia, antes que en Alemania, donde existen algunos antecedentes, que no llegaron a plasmarse en un ordenamiento legal como el alemán; se puede considerar directamente vinculados con el régimen

del seguro social, tales como el "Reglamento de Colbert", del año 1663¹ donde se establecía un descuento obligatorio en las retribuciones de los tripulantes de los barcos de guerra, para atender los gastos de su hospitalización, acción semejante a la que se ejerció posteriormente en el cobro de las cuotas, al crearse el Seguro Social en el siglo XIX.

Hacia varios decenios que la clase obrera alemana solicitaba que el Seguro Social fuera único y que estuviera dirigido por los sindicatos. Con la fundación de éste seguro social único fueron eliminadas las compañías aseguradoras que lucraban con el negocio y, ahora, los obreros y empleados están en la posibilidad de determinar y controlar las actividades del seguro social a través de los representantes de sus sindicatos.²

En Alemania el Seguro Social de los obreros y empleados es obligatorio, sus objetivos son de preservar la salud y la capacidad del trabajo y proteger la maternidad. Es financiado con un sistema bipartito de cuotas que pagan los obreros y empleados, por una parte, y los patrones por la otra. Aunque hace poco hubo un aumento considerable en la cuantía de las prestaciones financieras, las cotizaciones que cubrieren los trabajadores no sufrieron ningún incremento y la cuota máxima es de solo el 10% del salario bruto mensual.

Todas las prestaciones materiales son gratuitas incluyen tratamiento médico, hospitalización, medicina, anteojos, partos, etc. En las empresas propiedad del pueblo, el trabajo se organiza de tal modo que cada uno de los trabajadores que esté interesado en el cumplimiento del plan, lo que reinicia el beneficio personal para todos.

¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (Tomo XIII), p.115.

² EMBAJADA DE LA REPUBLICA DEMOCRÁTICA ALEMANA. "El Seguro Social en manos de los Sindicatos", México 1968, p. 51.

A fines de mayo de 1976, se publicó una resolución que resumía las orientaciones básicas y los puntos clave de la política social para los años 1976 a 1980. Dicha resolución detallaba las medidas destinadas al futuro mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de los obreros y se refería a los siguientes puntos esenciales:

- Política salarial conforme al rendimiento.
- Mejoramiento considerable de las pensiones y de asistencia social financiera.
- Medidas para ayudar aún más a las madres trabajadoras.
- Reducción de la semana laboral y extensión de las vacaciones.

Hoy en día éste país dedica a las prestaciones sociales casi un tercio del Producto Interno Bruto, esto es, un porcentaje superior a otros países de similar desarrollo económico. La seguridad social es impagable, por un lado se encuentra el hecho básico de los cálculos del sistema de pensiones data de los tiempos en que los alemanes se morían después de poco tiempo de la jubilación, pero hoy día el contrato entre las generaciones amenaza ruina. En la actualidad por cada jubilado hay 2.85 asalariados que cotizan, en 30 años esa proporción será apenas de 1.4 de activos por cada rentista.

Cabe agregar la carga que existe a la unificación alemana, como consecuencia del desmoronamiento de la antigua República Democrática Alemana, puesto que Bonn ha asumido los costes de bancarrota del régimen del Éste, y esto supone una enorme carga para las cajas de seguridad social.

El 21 de junio de 1869 se expide la "Ley del Trabajo", que estipulaba la obligación de la sociedad y la del Estado de proteger a los asalariados, como parte integrante de los factores de la producción. Debemos aclarar que con anterioridad a esta ley, existían antecedentes sobre cierto tipo

de seguro social en Alemania, advirtiéndose que durante los años 1827 a 1859, se propició una marcada tendencia a construir cajas de socorros mutuos, destacándose entre ellas las de "Niedrbrom", "Munster" y "Petite Roselle", así como un fuerte movimiento mutualista, sobre la base de las cotizaciones obligatorias.

Así durante la segunda mitad del siglo pasado a consecuencia de la revolución Industrial y de las luchas obreras que empezaron a surgir en varios países europeos, se forjó un movimiento político social en Alemania que modificó la idea política del Estado y dio lugar a la creación del Seguro Social, cuya intención inicial fue la de compensar al trabajador y sus familiares con prestaciones en dinero y en especie cuando, por razones de enfermedad, accidentes de trabajo, invalidez, vejez o muerte, perdía transitoria o definitivamente su capacidad de trabajo.

Bismarck, cuya audiencia política quedó demostrada al lograr la unificación de Alemania bajo la hegemonía

Lo que es un hecho, es que el nacimiento de las primeras leyes sobre seguros sociales está ligado históricamente a los problemas planteados en la clase obrera del siglo XIX, situación que se aplica en las siguientes causas:

Primera.- Los trabajadores que obtenían su único ingreso de la venta de la fuerza del trabajo se encontraban en una posición especial de inseguridad, a partir del momento en que perdían su capacidad laborante, debido a enfermedades, vejez o cualquier otra causa fortuita que les impidiera trabajar.

Segunda.- La clase obrera del siglo XIX. Además de vivir miserablemente, no contaba con ninguna ley social que la protegiera, teniendo jornadas agobiadoras de trabajo, hasta de 15 horas o más, situación que influía en el aumento del número de accidentes de trabajo.

Tercera.- Como resultado de la formación de las sociedades industriales del siglo pasado, el aumento de la producción, el uso de las máquinas, el desempleo provocado por ellas, el ingreso de las mujeres y niños en labores industriales y el desarrollo del sistema capitalista, acentuaron la diferencia existente entre los patrones y la clase obrera, teniendo ésta una escasa protección social.

Carlos Marx dijo en una ocasión que llegará el día en que se podrá medir la riqueza de las naciones con base en el tiempo libre de su pueblo. En Alemania podemos hacer constar hoy que más de una tercera parte de los días del año son días libres para los trabajadores.

1.2 INGLATERRA

En noviembre de 1942, Sir William Beveridge presentó al gobierno del Reino Unido, a punto de finalizar la Segunda Guerra Mundial un famoso informe "Seguridad Social y Servicios Afines", se hacia necesario contemplar los problemas de la reconstrucción de la Gran Bretaña, siendo de los aspectos más importantes por atender el de la elaboración de un estudio sobre los sistemas de Seguros Sociales existentes en dicho país, mismo que fue analizado por los Departamentos Ministeriales interesados bajo la supervisión de una Comisión interministerial.³

³ GOÑI MORENO, José María. "Principios y Proyecciones de la Seguridad Social", Organó Bimestral del Consejo de Seguridad Social, Buenos Aires, Argentina 1963, p. 14.

Las ideas de Beveridge han influido decisivamente en la evolución de la Seguridad Social en el mundo. Sus principios de protección para todos representan una meta hacia la cual intenta avanzar los regímenes de todos los países hasta el punto de que hay quienes consideran que solo puede denominarse de Seguridad Social los sistemas que cubran a toda a la población.

Fue así como se constituyó la Comisión Interministerial de Seguros Sociales y Similares, cuya presidencia corresponde a Lord William Henry Beveridge, responsable del Informe de la Comisión, conocido como "Proyecto de Seguridad Social Obligatorio para la Gran Bretaña" el que se publicó el 20 de noviembre de 1942. Dicho proyecto, que también se conoce con el nombre de "Informe sobre el seguro Social y sus Servicios Conexos", era tan avanzado en sus planteamientos prácticos en beneficio de los trabajadores que éstos, después de cese de hostilidades, ejercieron una gran presión sobre las autoridades gubernamentales demandando la aplicación del mismo, habiendo sido presentado y aprobado por la Cámara de los Comunes en septiembre de 1944 y puesto en vigor a partir de año 1945.

Había que unificar a los diversos regímenes y elevar las prestaciones uniformes hasta el nivel de subsistencia: tales prestaciones debían continuar mientras persistiera el riesgo, ya fuese una enfermedad o el desempleo. Prácticamente toda la población estaría cubierta obligatoriamente por el sistema de protección social y se suprimiría el examen de recursos en el caso de todas las personas cubiertas por cotizaciones.

El Plan tuvo una gran influencia en el desarrollo de los sistemas de seguridad social de otros países, por eso es importante transcribir aquí su definición de seguridad social expresada en la Parte V del citado Plan que dice: *" El término de seguridad social se emplea en el sentido de asegurar un ingreso*

que sustituya a las retribuciones normales del trabajo, cuando éstas queden interrumpidas por paro, enfermedad accidente, que permita retirarse del trabajo al llegar a determinada edad, que supla la pérdida de recursos para vivir, motivada por el fallecimiento de la persona que trabajaba para proporcionarlos y que atienda a los gastos extraordinarios en las circunstancias extraordinarias, tales como boda, parto y defunción. ⁴

Es interesante hacer notar que existe un Segundo Informe del Plan, menos conocido que en el año de 1942, publicado en 1945, donde se define a la Seguridad Social como *" el conjunto de las medidas aportadas por el Estado para los conciudadanos, contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vive"*. El primero y más conocido de los Informes es el titulado *" Social Insurance and Allied Services"*, Londres 1942. Pero el segundo Informe fue el que sirvió de base a la gran reforma de seguridad social británica, ocurrida entre los años 1945 a 1948.

En este país se dedica el 27.3% del Producto Interno Bruto, en mantener al Estado de bienestar, en sus dos capítulos esenciales del gasto público: sanidad y seguridad social. El denominado *incombe support*, que cubre las necesidades básicas de aquellos ciudadanos que carecen de otros seguros, consume por sí solo el 32% del presupuesto británico, en la inteligencia que entre sanidad y seguridad social se gasta anualmente el 45% del Presupuesto del Estado. Todo ciudadano británico tiene derecho al final de su vida laboral a recibir una pensión al cumplir 65 años si es hombre o los 60 si es mujer.⁵

⁴ ALONSO OLEA, Manuel. "Instituciones de Seguridad Social", Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, México 1967, p. 13.

⁵ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. "Nuevo Derecho de la Seguridad Social", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1999, p. 94.

En especial, el Informe enfatiza que Todas las personas deben poder disponer de todos los servicios médicos, sean de tipo general o de especialidad, sea en el hospital o el domicilio. Asistencia preventiva y curativa completa, de toda clase y para todo ciudadano.

Frente al principio bismarckiano de prestaciones monetarias proporcionales a los salarios de cada cual, Beveridge preconiza cuantías mínimas fijas y uniformes, pensiones de monto básico uniforme para matrimonios y para personas solas, cualesquiera que hayan sido los ingresos anteriores. Estima que el Estado "debe dejar lugar y estímulo a la acción voluntaria de cada individuo para proveer más que ese mínimo, para sí mismo y para su familia". Se crean asignaciones familiares para toda persona con uno o más hijos.

El financiamiento debe basarse en aportes de los empleados, independientes, empleadores y el Estado. El Servicio Nacional de Salud creado en Gran Bretaña es financiado en su más grande proporción por el Estado.

En la actualidad una vez superado el año, el trabajador recibe una ayuda económica del fondo general conocido como *incommune support*, lo que representa una cantidad de casi 28 libras a la semana en el caso de los solteros y de casi 72 libras cuando el beneficiario está casado. Las ayudas a la familia se concretan incentivos económicos pagados en función del número de hijos: 10 libras semanales por el hijo mayor y 8 libras por cada uno de los restantes.

El principio de otorgar asistencia médica y cuidados de salud a todos se ha visto reiterado, 36 años después del Plan Beveridge, por la conocida Declaración Alma-Ata " Un nivel aceptable de salud para todos los pueblos del mundo en el año 2000". En cambio su idea de que las prestaciones monetarias debían ser de monto uniforme se ve modificada en el propio Reino

Unido donde las pensiones se integran con una cuantía básica igual para todos más otra parte proporcional a los salarios o ganancias de los independientes.

Los Trabajos de la Comisión Beveridge no tuvieron comienzos muy auspiciosos. Fue creada por el Gobierno británico para que "retocara" la protección social. Cuando se expidió su informe, el gobierno pensó seriamente en no publicarlo. Los autores del informe se pronunciaron a favor de un sistema de asignaciones familiares, de un servicio de salud gratuita y del pleno empleo, y estimaron además que todas las prestaciones del seguro social debían ser informes y un nivel correspondiente al mínimo vital, con el objeto de anular la pobreza. De hecho las recomendaciones del informe solo respondían en parte a las metas de Beveridge. Aunque éste documento fue recibido por los medios con grandes expresiones de entusiasmo, un principio el gobierno resolvió no comprometerse a la acción. Pero las presiones del parlamento forzaron al Primer Ministro Churchill a presentar un proyecto de legislación. Cuando el informe se convirtió finalmente en ley, las pensiones fueron aproximadamente tres veces inferiores a lo recomendado Beveridge.

Como resultado de esto, el sistema de asistencia social que él había previsto como última red de protección, cuyo papel debía ser muy pequeño, terminó cubriendo a 7 millones de personas. El informe ejerció importante influencia en otros países, por cuanto propuso para la seguridad social un programa mucho más ambicioso.

1.3 FRANCIA

La Organización de la Prevención en Francia, desde 1893, el Ministerio del Trabajo elaboró una reglamentación sobre la higiene y la seguridad de los talleres: el cuerpo de inspectores del trabajo. Creado en 1892, fue el encargado de controlar su aplicación. Con posterioridad, se han

extendido y diversificado las medidas legislativas, y reglamentarias. En 1945, se alcanzó una etapa importante, cuando la prevención de los accidentes fue integrada, así como su indemnización, en el ámbito de la seguridad social, asociado de ésta forma a empleadores y trabajadores en la acción llevada a cabo hasta entonces por Estado y algunos organismos privados.⁶

Al lado de una reglamentación por vía de autoridad, asistimos al desarrollo, en el seno de las empresas, de una acción mucho más flexible sobre los planos de la educación y de la información, haciendo uso de todos los medios modernos de persuasión. Ésta acción completa y amplía, si reemplazarla, la labor realizada por los organismos externos a la empresa, públicos o privados.

Acción preventiva en el Pleno Nacional.

El Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social elabora la mayoría de los textos legislativos y reglamentarios concernientes a la higiene y a la seguridad de los trabajadores. Define la política de prevención que orienta la acción de la Caja Nacional de Seguridad Social y de las Cajas Regionales en el ámbito que les está reservado por la ley de 30 de octubre de 1946 sobre la prevención y la indemnización de los accidentes de trabajo.

La Caja Nacional de Seguridad Social ejerce una acción de impulsión y de coordinación y administra el Fondo de Prevención de los Accidentes del Trabajo y de las enfermedades profesionales, formado por una deducción sobre las cotizaciones pagadas por los empleadores en concepto de indemnización de los accidentes del trabajo. Estos fondos le permiten:

⁶ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. "Nuevo Derecho de la Seguridad Social", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1999, p. 93.

- a) Crear o desarrollar instituciones o servicios de investigación, formación, información, etc.;
- b) Atribuir a las empresas anticipos con intereses reducidos para facilitarles la realización de las renovaciones en el campo de la seguridad;
- c) Rembolsar los gastos en prevención de las Cajas regionales de Seguridad Social. La Caja Nacional de Seguridad Social centraliza las estadísticas e informaciones que recibe de las Cajas Regionales y esta secundada por 16 Comités Técnicos Nacionales que efectúan estudios sobre los riesgos de cada profesión y examinan las medidas de prevención dictadas por la Caja Nacional.

El Instituto Nacional de Seguridad fue fundado en 1947, como una Asociación declarada sin fines lucrativos por la Federación Nacional de Organismos de Seguridad Social. El Consejo Nacional del Patronato Francés y las cuatro grandes Confederaciones de Asalariados y personal dirigente (Confederación General del Trabajo, Confederación General del Trabajo-Fuerza Obrera, Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos y Confederación General de Personal Dirigente) Además, las administraciones públicas más interesadas en los problemas de la prevención de los accidentes del trabajo están representadas en su Consejo de Administración. Su presupuesto se compone de las sumas de los fondos de prevención de accidentes del trabajo.

Sus actividades se desarrollan en tres sectores: en investigaciones y estudios en el plano técnico; enseñanza, formación, perfeccionamiento; información.

El Instituto Nacional de Seguridad es el corresponsal para Francia, de él C.I.S. (Centro Internacional de Información sobre seguridad e Higiene del Trabajo) por otra parte, dicho Instituto debe proporcionar a las Cajas Regionales todas las informaciones, datos técnicos y material de educación indispensables para llevar a cabo su acción.

Acción preventiva en el plano regional.

En materia de higiene y de seguridad los inspectores del trabajo y funcionarios de control son los encargados de aplicar el Código de Trabajo y los reglamentos complementarios, los cuales tiene libre acceso en los establecimientos sometidos a las disposiciones del Código de Trabajo. Son objeto de expediente y de apremios dirigidos al empleador todas las infracciones que comprueben dichos funcionarios quienes, asimismo, efectúan encuestas y someten proposiciones sobre las mejoras a introducir en la seguridad del trabajo. Está prevista la colaboración entre los inspectores del trabajo y las Cajas Regionales.

La Inspección Médica del Trabajo, creada por decreto del 16 de enero de 1947, controla en funcionamiento de los servicios médicos en las empresas y vigila la aplicación de las leyes y reglamentos sobre la protección de la salud y de los trabajadores en relación con la Inspección del Trabajo y los Comités Técnicos y Regionales.

Las Cajas Regionales de Seguridad Social, cuyo número asciende a 16 para toda Francia, están encargadas de promover y coordinar la prevención en el ámbito de su circunscripción.

Los ingenieros-asesores y el personal de control de seguridad de los servicios de prevención efectúan visitas en las empresas y encuestas

después, de los accidentes graves, participan en las labores de los Comités de Higiene y de Seguridad, y ejercen, mediante sus consejos una acción de persuasión para incrementar la seguridad. Su conocimiento de los riesgos propios a cada empresa les permite prescribir toda medida susceptible de reducir el índice de frecuencia y de gravedad de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.

La Caja Regional dispone de medios de acción eficaces:

- Aumento de la tasa de las cotizaciones, en caso de que la empresa no adopte las medidas de seguridad aconsejadas y presente riesgos excesivos;
- Reintegro de parte de la cotización cuando es el empleador el que toma las medidas de prevención.
- Anticipos o subvenciones para facilitar las renovaciones necesarias destinadas a asegurar una mejor protección de los trabajadores.

Comités Técnicos Regionales, constituidos cerca de la Cajas Regionales, estudian los riesgos profesionales y la difusión de los métodos de prevención y se les consulta para elaboración de los reglamentos de seguridad relativos a conjunto de una profesión y para la concesión de recompensas a los trabajadores, a los cuadros dirigentes y jefes de empresa que han destacado particularmente por su actividad en materia de prevención.

Acción preventiva en el plano de la empresa.

Los Comités de Higiene y Seguridad reorganizados por decreto de 1º de agosto de 1947, son obligatorios en los establecimientos industriales que ocupan al menos cincuenta personas y en los establecimientos comerciales que emplean, por lo menos, quinientos asalariados. Por su composición dichos

Comités asocian al empleador, personal dirigente, contra maestres y trabajadores en la prevención de los accidentes del trabajo.

Sus actividades adoptan formas diversas:

A los servicios médicos de trabajo, obligatorios desde que se promulgó la ley del 11 de octubre de 1946, corresponde a evitar toda alteración de la salud de los trabajadores en función de su trabajo, especialmente evitando las condiciones de higiene de los talleres, los riesgos de contagio, la adaptación de los trabajadores al puesto de trabajo.

El sistema francés de seguridad social reembolsa solamente sobre 70% de los costos médicos en promedio. Esta es la razón por la cual la mayoría de la gente toma hacia fuera. El paciente paga generalmente los honorarios directamente al doctor, entonces se puede solicitar el reembolso por correo o personalmente, de la compañía de seguros, por otro lado en los estudiantes puede tomar de dos semanas a un mes. En los hospitales aplican un sistema directo del reembolso, que significa que el paciente tiene que pagar solamente la porción conocida como moderador de boleto, que no es cubierto por el seguro social del trabajador.

La seguridad social francesa protege a la totalidad de población del país, proporcionando servicios médicos, pensiones de jubilación, subsidios en caso de accidentes de trabajo por pensiones por invalidez o maternidad y ayudas a la familia. Para tener derecho a las pensiones de jubilación plenas hay que haber cotizado durante 40 años y la pensión establece teniendo en cuenta el sueldo de los 10 últimos años; esta formula es relativamente nueva, ya que los Gobiernos Socialistas habían fijado el tiempo de cotización en 37.5 años, en la que solo los funcionarios son los que tiene éste privilegio, en defensa del cual

organizaron las importantes huelgas que paralizaron Francia el invierno de 1995.

1.4 ESPAÑA

Para hablar del Derecho de la Seguridad Social debemos ubicar el Instituto Nacional de Previsión, siendo ésta una Institución Autónoma creada por el Estado para regir los servicios intervencionistas en materia de seguros sociales y difundir e inculcar la previsión

En la Actualidad la Seguridad Social Española acaba de cumplir cien años. A comienzos del año 2000 se cumplió un siglo desde que el 30 de enero de 1900, se promulga la Ley de Accidentes de Trabajo que supuso la implantación del primer seguro social en España. El sistema de Seguridad Social Español es el resultado de un sistema mixto o integrado que en lo sustancial de su campo de aplicación y de extensión de la acción protectora responde ampliamente a lo que ha venido en denominarse modelo europeo de Seguridad Social.

El Instituto Nacional de Seguridad Social, adscrito al Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales a través de la Secretaría del Estado de la Seguridad Social, es una entidad gestora, con personalidad jurídica propia que tiene en su encomienda la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social

Creado por Real Decreto- Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (BOE 18/11 – Corr. Err. 4/12), su actual estructura orgánica y funciones están reguladas en Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre en que se le atribuye competencia, entre otras, sobre las siguientes materias:

- El reconocimiento y control del derecho a prestaciones económicas por:
 - Jubilación e incapacidad permanente.
 - Incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad.
 - Prestaciones familiares, en sus dos niveles de protección, contributivo y no contributivo.

- El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad y accidente.
- La gestión y funcionamiento del Registro de Pensiones Sociales Públicas.
- La gestión de prestaciones económicas y sociales del síndrome tóxico.
- La gestión del Fondo Especial de Mutualidades de Funcionarios de seguridad Social.

No es competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social, la gestión de las prestaciones siguientes:

- Las prestaciones de jubilación e invalidez, en su nivel no contributivo, cuya gestión está encomendada a los servicios competentes de las Comunidades Autónomas a los que han sido transferidas las competencias del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales
- Las prestaciones de protección por desempleo, cuya competencia esta atribuida al Instituto Nacional de Empleo.

- Las prestaciones que afecten los beneficiarios incluidos en el campo de la aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar cuya gestión está atribuida al Instituto Social de la Marina.

El Instituto Nacional de Previsión se puede definir como una Institución Autónoma, creada por el Estado para regir todos los servicios intervencionistas en materia de seguros sociales y difundir la previsión popular. Su creación data de 1908.

Las disposiciones que forman la base legal del Instituto y que trazan su normas de vida, son, fundamentales, la ley constitutiva de 27 de febrero de 1908 y los estatutos aprobados por Reales decretos de 24 de diciembre de 1908 y 26 de enero de 1909, ampliados por real decreto de 4 de mayo de 1922 y revisados por decreto de 4 de diciembre de 1931⁷.

La base autónoma de Instituto hay que buscarla en el artículo 2º de la Ley constitutiva, que le reconoce la personalidad, administración y fondos propios, distintos de los del Estado. El Instituto tendrá la capacidad para adquirir, enajenar bienes, contratar préstamos y acudir a la vía judicial en representación de la mutualidad de sus asociados.

El instituto es autónomo, porque dentro de las normas generales de vida que le ha trazado el Estado, tiene la facultad para dictarse sus propios reglamentos; es autónomo, porque posee personalidad propia, cuyas condiciones de ingreso, sueldos, separación, retiro, etc.

La Autonomía que hoy disfruta el Instituto Nacional de Previsión no tiene el mismo alcance y sobre todo, el mismo espíritu, de cuando fue

⁷ EMBAJADA DE ESPAÑA. "El Seguro Social". México 1999, p. 29.

creado y hasta llegar a las reformas iniciadas en 1938. El Instituto como Organismo gestor de los seguros sociales, irigió su labor al crearse y durante los doce primeros años de actuación con los seguros de carácter voluntario, es decir, los seguros libres mejorados por el Estado.

1.5 MÉXICO

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

La Constitución de 5 de febrero de 1917, es la culminación de un drama histórico cuyos orígenes se remontan a la guerra de Independencia, teniendo como escenario la lucha de un pueblo por conquistar la libertad de sus hombres, por realizar un mínimo de justicia social en las relaciones humanas y por asegurar un régimen de derecho en la vida social. Los ideales pueden resumirse en pocas palabras: *devolver al nombre americano su dignidad y restituirle en el goce de esta tierra suya, hecha para la libertad y el trabajo.*

Los hombres que participaron en la revolución mexicana, demandaban justicia en el campo social en las relaciones de trabajo es por ello que la esencia de una Constitución es su *declaración de derechos*. La Seguridad Social en México, surge cuando los partidos políticos discutieron y publicaron sus programas de acción que al cabo de los años con la consolidación de ideas victoriosas, llegaron a estructurar el ideario de la revolución mexicana⁸.

⁸ ULLOA Berta, Historia de la Revolución Mexicana 1914-1917. México, el Colegio de México, 1988.

En nuestro país la primera referencia clara sobre seguridad social se encuentra en el Programa del Partido Liberal, publicado por el grupo de los hermanos Flores Magón, en el exilio en la ciudad de San Luis Missouri, Estados Unidos en 1906, que en su capítulo "capital y trabajo", proponía obligar a los patrones pagar indemnizaciones por accidentes laborales y otorgar pensión a los obreros que hubiesen agotado sus energías en el trabajo.

El 18 de diciembre Madero publica una ley que creó el Departamento de Trabajo dependiente de la Secretaría de Fomento, el cual inició sus actividades el 2 de enero de 1912. Su finalidad era regular las relaciones obrero patronales, de manera que el gobierno no sirviera de mediador.

En 1914, el 7 de octubre se instituyó la Ley del Trabajo de Manuel Aguirre Berlanga. En ella se planteó el concepto de trabajador; se planteó salario mínimo general de \$ 1.25, para los mineros 2 pesos, se prohibió el trabajo a los menores de nueve años y se formó la Junta de Conciliación y Arbitraje.

En el estado de Veracruz se expidió el 19 de octubre la ley de Cándido Aguilar, la cual incluyó la reglamentación de la jornada laboral, estableció el servicio médico obligatorio. El 6 de octubre, también en Veracruz se redactó la Ley Agustín Millán, la cual reconoció las asociaciones profesionales, les proporcionó personalidad jurídica y contribuyó a la proliferación de organizaciones gremiales.

Al triunfo de los constitucionalistas sobre los convencionalistas de Aguascalientes, se consideró necesario realizar algunas reformas a la Constitución de 1857, por lo que más tarde Carranza convocó a un Congreso

Constituyente, el cual realizó su primera sesión ordinaria el primero de diciembre de 1916.⁹

De todo esto surgió la necesidad de buscar de manera cuantitativa condiciones laborales existentes en la época, en el año de 1928 se constituyó al fin una Comisión encargada de preparar un capítulo *de los seguros sociales*, a formar parte de la proyectada Ley Federal del Trabajo que uniformara los criterios en todo el país en esta materia.

Ante la necesidad de reformar la Constitución, para alcanzar incumplidas metas, se convocó en el mes de julio de 1929 al Congreso de la Unión, a la celebración de un periodo extraordinario de sesiones donde se sometería a consideración la modificación de la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, teniendo como resultado el expedir una ley reglamentaria de dicho precepto constitucional. El Congreso de la Unión otorgó facultades extraordinarias al Ejecutivo Federal a efecto de que en un plazo que expiraría el 31 de agosto del mismo año, expidiera una *ley del seguro social obligatorio*.¹⁰

El artículo 123 vigente se compone de dos apartados: el apartado A, que reglamenta las relaciones laborales entre trabajadores en general y patrones, tales como la fijación de la jornada máxima de trabajo, tanto diurna como nocturna; descansos obligatorios, salarios mínimos etcétera. El apartado B, adicionado en 1960, que se refiere a esas mismas relaciones de la Unión o el gobierno del Distrito Federal y los servidores públicos, siendo éste apartado diferente al establecido para el trabajador en general, ya que solo rige para trabajadores al servicio del Estado, por ejemplo: fija los salarios y las prestaciones; determina las normas escalafonarias, y señala las autoridades competentes en caso de conflicto.

⁹ MADRID Hurtado, Miguel de la. *Estudios de Derecho Constitucional*, segunda edición ed., México, Porrúa, 1980

La Ley del Seguro Social original, fue reformada y adicionada en diversas ocasiones con la finalidad de adecuar sus dispositivos legales a la realidad nacional, así que mediante decreto expedido por el Congreso de la Unión el 1º de abril de 1973 entró en vigor la Ley del Seguro Social, promulgada por el presidente Luis Echeverría Álvarez misma que nos regiría hasta el 30 de junio de 1997.

El Dr. Mario de la Cueva afirmó:

“Los hombres que hicieron revolución demandaban un mínimo de justicia en la vida social y en las relaciones de trabajo; la esencia de la Constitución es su declaración de derechos: ella determina el grado de la dignidad humana.”¹¹

¹⁰ TRUEBA Urbina, Alberto. Derecho social Mexicano, México, Porrúa, 1978

¹¹ DE LA CUEVA. Mario. El Humanismo Jurídico de Mario de la Cueva. UNAM y Fondo de Cultura Económica, México 1994.

CAPITULO SEGUNDO

LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

2.1 LA LEGALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

Cabe precisar que para el efecto de la presente tesis el término "Inconstitucionalidad" e ilegalidad se manejarán como sinónimos, en virtud de que diversos tratadistas de seguridad social la han equiparado y utilizado indistintamente. Haciendo la aclaración que para la suscrita resulta ser una imprecisión, en razón de dogmática jurídica dicha equiparación vulneran de manera flagrante el espíritu del artículo 133 Constitucional. Sin embargo por metodología y para mayor entendimiento del presente trabajo se manejarán dichos términos como sinónimos.

Para hablar de legalidad debemos entenderla como sinónimo de legitimidad y constitucionalidad, que en el lenguaje común, significa "**conforme a las reglas**", lo establecido por la ley, "conforme a derecho", de esta forma tenemos que legitimidad, desde los tiempos clásicos significa: ***con arreglo a derecho, jurídicamente establecido.***¹²

Legitimidad como legalidad y constitucionalidad son predicados dados al poder, a la acción, a la política, pero en el lenguaje de los juristas estos términos en ocasiones, se usan como sinónimos en el sentido de la expresión, *conforme a derecho*, ex jure. Sin embargo, éstos términos son habitualmente usados para nombrar distintas condiciones de la conformidad de una acción o de un comportamiento.

¹² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pag.1941, Sexta Edición, Porrúa, México 1993.

Podemos decir, que para procurar la mínima y necesaria legitimidad al principio constitucional del Estado social, en las formulaciones normativas que en el mismo pueda traducirse, donde conviene fijar la atención, sino en el desarrollo que esas formulaciones adquieren en la práctica. Si el principio constitucional del Estado social se dirige ante todo, al legislador para que conforme a él ordene intereses sociales, será desde el ámbito de la sociedad, donde ese equilibrio de intereses entre en juego, donde el análisis de ésta manera partirá; solo de ésta forma se dan los derechos sociales, llamados de otra manera como derechos fundamentales del hombre.

La legalidad de una ley histórica y políticamente, deriva de la genuinidad del órgano que la crea, toda vez que el efecto participa de la naturaleza de la causa, por consiguiente para determinar si una ley es legítima, hay que establecer si también el autor lo fue, es decir, si la metodología que empleó es el idóneo para resolver los problemas de la materia, basándonos en un régimen jurídico-político. La legitimidad en un sentido amplio denota una cualidad contraria a lo falso o espurio, y aplicada a una ley, resulta que ésta es legítima cuando no proviene del usurpador del poder constituyente, fácilmente se advierte que la legitimidad de una ley y de su creador, dependen a su vez, de que éste sea reconocido por la conciencia colectiva, en este caso la de los trabajadores, en una forma eficaz y genuina.

El principio de legitimidad constitucional, cuya preconización obedece a imperativos fácticos insoslayables de la realidad política misma, ha sido sostenido entre otros autores, como Luis Recaséns Siches, para quién la legitimación *"surge de la circunstancia de que el orden constitucional implantado cuente con apoyo sociológico en la conciencia de los obligados a que se conformen con él, sin oponerse en un modo activo pues no todo aquello que cae bajo un concepto formal de lo jurídico es derecho vigente"*.

Una vez que tenemos claro este concepto, debemos ubicar y analizar la ley del seguro social, (constitucionalmente hablando); y observar si existe una verdadera aplicación de la misma, correspondió al General Álvaro Obregón, el indiscutido mérito el de haber promovido el primer proyecto de Ley del Seguro Social en donde ya se considera de utilidad pública la expedición de una Ley del Seguro Social, por ella se facultó exclusivamente al Congreso de la Unión a legislar en materia de trabajo.

La relación que existe entre la vida social y el derecho, lo cual exige que éste cuente con los cambios que operan en la realidad, como resultado de esto la Constitución, establece un mecanismo con el fin de armonizar, de manera continua, las formas políticas y jurídicas con las formas reales con la vida, como resultado de esto, el texto original de la Constitución de 1917 facultó a la legislatura de cada estado para expedir las leyes en materia de trabajo, en primer término, a la convicción de que facultar al Congreso de la Unión para legislar en toda la República en materia del trabajo contrariaba al sistema federal, y en segundo término, al convencimiento de que las necesidades de las entidades federativas eran diversas y requerían una reglamentación diferente.

Bajo este principio constitucional los poderes legislativos estatales expidieron en un lapso de 1917-1929, según estudios realizados por Felipe Remolina, aproximadamente 90 codificaciones en materia de trabajo, algunas reglamentaban los tribunales del trabajo, otras establecían los departamentos del Trabajo y Previsión Social, otras más codificaban las disposiciones sobre indemnizaciones por accidentes sufridos en el trabajo, etc.

Existen diversos antecedentes mexicanos en materia de seguridad social, por ejemplo las leyes de José Vicente Villada, del General Bernardo Reyes en la primera década del siglo veinte, así como las

legislaciones del periodo revolucionario de los estado de Jalisco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán. Pero Constitucionalmente hablando fue la fracción XXIX del artículo 123 lo cual reconoce la utilidad social de construir cajas de seguros populares para asumir las consecuencias de la invalidez, la cesación involuntaria en el trabajo y demás riesgos.¹³

Las creencias significativas que sufrían los trabajadores y los campesinos tras el suceso de la revolución Mexicana, impusieron como necesidad la existencia de una legislación que los protegiera.

Ante esta necesidad evidente de reformar la Constitución para alcanzar las incumplidas metas, se convocó en el mes de julio de 1929 al Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados la celebración de un periodo extraordinario de cesiones donde se sometería a deliberación de la más alta soberanía del país una iniciativa de reforma a la Constitución, que tras los debates respectivos culminaría finalmente con la culminación de la fracción XXIX del artículo 123 constitucional.

Reforma efectuada a la fracción XXIX, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de septiembre de 1929, se considera de utilidad pública la expedición de dicha Ley, quedando de la siguiente manera: *“Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá los seguros de invalidez, de vejez, de cesación involuntaria de trabajo, enfermedades y accidentes y otros fines análogos.”*¹⁴. Es entonces cuando se transforma un derecho del trabajador en posibilidad de proteger al ser humano.

¹³ TRUEBA Urbina, Alberto. Derecho Social Mexicano, México, Porrúa 1978.

¹⁴ Diario Oficial de la Federación de 6 de septiembre de 1929.

De aquí se desprende que como resultado de las decisiones políticas y jurídicas fundamentales adoptadas y positivizadas por el Congreso Constituyente de 1916-1917 y por el Poder Reformador Constitucional Revisor a través de diversos decretos y reformas, en el artículo 123 actual se sientan las bases sobre las que se debe regular las relaciones de trabajo que refieren las siguientes materias, derecho al trabajo, empleo, jornada máxima, salario mínimo, participación de utilidades, vivienda, capacitación y adiestramiento, seguridad e higiene, previsión y seguridad social, protección a la maternidad y a los menores, asociación profesional, contratación colectiva y huelga. Asimismo, en dicho artículo se precisan las autoridades del trabajo y las ramas industriales de jurisdicción federal, así como las bases que deben observar las relaciones entre los poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores.

De ese modo, el nacimiento e implantación del Seguro Social, con esta nueva ley proporciona a los trabajadores una mayor producción y estabilidad en el centro de trabajo.

En el Gobierno del presidente Cárdenas se discutió el problema del seguro social. El departamento de trabajo, el de salubridad, la Secretaría de Gobernación y la Comisión de Estudios de la Presidencia, elaboraron sus respectivos proyectos para establecer seguridad social. Durante el mandato de Ávila Camacho, el 2 de junio de 1941, el Ejecutivo Federal dictó un acuerdo mediante el cual se ordena a cinco Secretarías la elaboración de estudios encaminados a establecer el seguro social. Como resultado de esto en 1942 se envió al Congreso de la Unión el proyecto de ley, publicado en el Diario Oficial el 19 de enero de 1943, vigente, con múltiples reformas, hasta el primero de abril de 1943.¹⁵

¹⁵ MORENO Padilla, Javier. Seguridad Social. Análisis Tematizado, Editorial Themis, Primera Edición México 1996.

Dentro de los principios básicos que estableció esta ley encontramos que no se propuso como tema la satisfacción de las necesidades, sino la reparación de las consecuencias de riesgos concretos y predeterminados. Dentro de ese espíritu, el artículo segundo, en relación con los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, incluyó en el régimen de seguro, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las enfermedades no profesionales y la maternidad.

Por lo cual podemos apreciar que la Constitución Federal Mexicana, es el fundamento jurídico primario del derecho de la seguridad social, en concreto el artículo 123, único del Título Sexto, del Trabajo y Previsión Social que consagra los derechos los derechos integrados que se convierte en el recipiente de los beneficios del seguro social.

La Ley del seguro Social, posee las características que debe reunir todo una ley: **obligatoriedad**, ya que sus presupuestos deben cumplirse, tanto en su aspecto fiscal como en el ámbito de prestaciones en dinero y en especie, tiene **efectos generales** en virtud de ser aplicable a todos los casos que reúnen las condiciones que ella misma prevé; se le considera **abstracta**, pues fija una situación jurídica para todos los casos que puedan presentarse, a petición de que se cumplan los requisitos determinados previamente por el legislador federal, es de observancia general en toda la República, habiendo sido expedida por el legislador federal, amén de que se trata de una Ley Orgánica, porque da vida a una institución cuya finalidad es la de organizar y administrar al seguro social; por último se considera coercible, en virtud de cuando se deja de cumplir sus presupuestos en la misma se tienen los medios por los cuales se puede hacer cumplir al gobernado.

No puede considerarse a la Ley del Seguro Social como una legislación de índole laboral propiamente dicha, aunque reglamente el apartado

"A" del artículo 123 constitucional; prueba de ello es que, entre los grupos sociales que pretende proteger, se incluye a personas no asalariadas, a patronos personas físicas y a otros grupos sociales que no laboran mediante la existencia de una relación de trabajo, y por otro lado dicha legislación extiende los beneficios de sus prestaciones, tanto a los familiares del trabajador como a grupos marginados que prácticamente no contribuyen al sostenimiento del sistema.

Pero para abocarnos al derecho social, desde un punto de vista normativo, hay que basarnos en septiembre de 1978 donde se presentó una iniciativa de reformas para precisar, en el preámbulo del Artículo 123 constitucional, el derecho de crear empleos y la organización social para el trabajo, hay que analizar en la iniciativa aprobada y publicada el 19 de diciembre de 1978. para resolver un derecho social equitativo:

- Se concibe al derecho social, como el medio mínimo indispensable para que el pacto social se conserve en pleno vigor.
- El derecho social tiene como característica el extenderse tanto a las necesidades de trabajador, es decir, en beneficio de todos aquellos que se han identificado socialmente por la carencia y la necesidad.
- La base de nuestra Constitución durmió en beneficio de los débiles, la pugna entre lo económico y lo social.
- El derecho del trabajo encuentra su base de sustentación en el reconocimiento de que uno de los propósitos del sistema normativo laboral radica en proteger y organizar cada vez más la actividad productiva del hombre que vive de su trabajo, con la

independencia del vínculo jurídico que subordine necesariamente a la figura de un patrón determinado, pues no puede desconocerse que en una sociedad de economía mixta, el hombre trabajo, en tanto cuanto solamente con su propia actividad como medio para subsistir, aunque no esté subordinado a un patrón, siempre lo estará al imperio de su economía.

- El derecho al trabajo no es una garantía sino un derecho social, con el correlativo deber que la sociedad reconoce como suyo. De aquí que en vez de incluirlo en el capítulo de la Constitución correspondiente a las garantías individuales, se haya adicionado al artículo 123 Constitucional un párrafo en el que precisa este derecho.
- El reconocimiento del derecho al trabajo parte de la consideración de que éste será algún día una realidad, solo si desde hoy se convierte en un deber constitucional.
- El derecho del trabajo es un derecho fundamental porque constituye la fuente de otros derechos laborales como es el caso al derecho al salario, al reparto de utilidades, a la vivienda, a las prestaciones de la seguridad social.
- El deber, o la obligación correlativa del derecho al trabajo corresponde a la sociedad en su conjunto. Es ella conforme a las leyes que para tal efecto se expidan.
- La responsabilidad del Estado, como sucede ante todo derecho social, consiste en proporcionar por medios legales, la

organización social para el trabajo y la creación de empleos socialmente útiles.

- El derecho del trabajo responde al imperativo inaplazable de justicia social de garantizarle a las clases populares que se encuentran desprotegidas, normas mínimas que permitan a sus miembros acceder al empleo, organizarse y desenvolverse, con eficacia, dentro del proceso de la producción nacional y al mismo tiempo y como consecuencia de ello, a acceder a mejores niveles de bienestar.
- Para ello se requiere promover la incorporación de la fuerza de trabajo de los desempleados y los subempleados a los programas de desarrollo, y que el Estado propicie el apoyo decidido de la sociedad en general.

Cabe mencionar que el reglamento es un medio necesario para la ejecución de leyes de seguridad social, siendo ésta una facultad exclusiva del Presidente de la República, al tenor del artículo 89 fracción I de la Constitución Política Mexicana, la de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia –,¹⁶ independientemente de la promulgación y de la ejecución de leyes expedidas por el Congreso de la Unión –, de tal suerte que a través de dichos reglamentos, se cumple con éste mandato constitucional expreso. Como resultado de esto y en la materia que nos ocupa, los diversos reglamentos de la Ley del Seguro Social, que expida el Ejecutivo refrendados por cierto en términos del artículo 92 de la Constitución Federal, por el secretario del Estado encargado de la cartera conforme a la naturaleza de los que reglamenta,

¹⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM "Constitución Política Mexicana", (Comentada) Porrúa, México 1997.

ejemplo de esto es del Trabajo y la Previsión Social, constituirán y completarán el llamado régimen legal en la operación cotidiana y la prestación del servicio de la seguridad social, ya que dichos reglamentos son, propiamente hablando, en ley en sentido de la materia, de observancia obligatoria estricta.

Es previsible que el enorme número de reglamentos que existen en las diversas áreas operativas del seguro social, sean modificados para adecuarlos a la nueva legislación del seguro social y del sistema de pensiones adoptado.

Por otro lado, los Acuerdos del Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, han sido de una trascendencia importante tratándose de tratados eminentemente administrativos, efectuados en la labor cotidiana por uno de los principales órganos superiores de dicha institución, siendo por disposición legal el Órgano de Gobierno, el Representante Legal y el Administrador del propio Instituto, quienes siempre han contado con facultades reglamentarias interna expresamente conferidas en el transcurso del tiempo por los artículos 117, fracción VI de la Ley del Seguro Social de 1943, artículo 253 fracción VI de la Ley de 1973, y numeral 264 fracción VII de la nueva ley que rige a partir del primero de julio de 1997. Todas ellas han facultado de manera expresa al Consejo Técnico para expedir reglamentos que fueran necesarios para la exacta observancia de la ley, en la inteligencia que la precitada facultad reglamentaria estrictamente interna se confirma también en el artículo duodécimo del reglamento de organización interna del Instituto Mexicano del Seguro Social, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1996, vigente al día siguiente de su publicación, expedido por el titular del Ejecutivo Federal.¹⁷

¹⁷ Nueva Ley del Seguro Social, Instituto Mexicano del Seguro Social. Primera Edición México 1998.

En forma sucinta, conforme al ámbito de aplicación de éstos acuerdos del Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, podíamos establecer ahora como sus principales características, como el que es obligatorio, dado que contiene obligaciones normativas de carácter general siendo también declarativos porque reconocen la existencia de actos o hechos jurídico fijando la conducta a observa en cada caso concreto; pueden ser de carácter interpretativo y constitutivo al crear reglas de procedimiento de índole interno y eventualmente externo, pudiendo además clasificase en razón de su contenido como permanentes o transitorios, dependiendo de que si continúan o no vigentes en el tiempo.

El contenido y objeto de éstos acuerdos nacen en razón de la actividad del Consejo técnico la justificación de su ejercicio como Órgano de Gobierno, administrador y representante legal de la institución debe no rebasar el marco jurídico de la ley del Seguro Social, debe tenerse cuidado de no invadir la esfera jurídica de los particulares con actos de afectación a sus intereses, pues de lo contrario resultarían ser inconstitucionales los acuerdos que por ejemplo determinen aprobar reglamentos internos como el relativo al servicio de guarderías, o como los acuerdo que pretendan interpretar los alcances de disposiciones legales como en el caso de la integración del salario base de cotización del seguro social. Así, por más que se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, dichos acuerdos devienen de ilegales cundo rebasan la operación interna y trascienden externamente afectado derechos de los sujetos obligados o derechohabientes, constituyendo un exceso en que por desgracia con cierta frecuencia se han incurrido en la práctica al pretender regular por parte del Consejo Técnico situaciones jurídicas que sobrepasan por mucho el marco de ley, pues debemos recordar que la facultad reglamentaria solo le esta constitucionalmente conferida al titular del Poder Ejecutivo Federal.

Es deseable que, al haberse respetado en la nueva ley la atribución del Consejo Técnico, reiterada por el Reglamento de Organización Interna del Instituto Mexicano de Seguro Social, ese órgano superior de gobierno haga ésta facultad en forma mesurada y solo en lo que atañe al ámbito estrictamente interno, como expresamente previene la norma legal establecida.

No sobra afirmar que, cuando el Consejo Técnico dicte un acuerdo que constituya una resolución administrativa favorable al particular por alguna razón especialísima, como por ejemplo al ampliar el término de conservación de derechos del asegurado y sus derechohabientes a prestaciones médicas, de las ocho semanas de la ley a seis meses como ocurrió en el sismo del 1985 y por la emergencia económica en el año 1995, en tal caso de conformidad con teoría del derecho administrativo tales disposiciones son absolutamente obligatorias para la institución y por ende el particular interesado en su aplicación podrá reclamar, en caso necesario ante la propia autoridad jurisdiccional, su incondicional observancia y cumplimiento por parte de dicho Instituto.

Las sentencias ejecutorias y resoluciones en procedimientos jurisdiccionales, también se convierten en una fuente importante del derecho de la seguridad social, ya que constituyen preceptos de naturaleza jurisdiccional en que se resuelvan las controversias que surjan de la práctica cotidiana, como resultado de los organismos de seguridad social. Desde luego tales asuntos no conforman tesis de jurisprudencia definida, pues en este evento deberá estarse a lo plasmado al comentar esta última.

Por la fuerza del presente de la sentencia o la resolución ejecutoria con efecto de cosa juzgada que el Instituto se ve obligado a acatar, seguramente es por lo que algunos tratadistas incluyen entre las fuentes formales a que estamos haciendo referencia, las resoluciones dictadas por los

tribunales integrantes del Poder Judicial Federal que van desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito, hasta los Juzgados de Distrito. Así como debe incluirse forzosamente en este rubro al Tribunal Fiscal de Federal, que conforme al Código Fiscal Federal también puede crear su propia jurisprudencia, así pese a una competencia poco ortodoxa para ventilar juicios en materia de Seguridad Social, al emitir sus fallos y hacer la verdad sabida y buena fe guarda por ser un tribunal de conciencia que enriquece la esencia de la seguridad social al aplicar la norma jurídica existente en esta materia desde la perspectiva de ésta materia.

También concluyen de alguna manera una fuente del derecho de la seguridad social las resoluciones administrativas dictadas por los Órganos Superiores de los institutos en comentario en cuanto tengan competencia legal para ello en el caso contrario del Seguro Social los consejos Consultivos Delegacionales, al ejercer sus facultades de ventilar y resolver en el ámbito de su circunscripción territorial el recurso administrativo de Inconformidad previsto en el artículo 294 y 295 la nueva ley, medio ordinario de la defensa de carácter obligatorio que deben agotar los patronos y derechohabientes en contra de los actos administrativos del Instituto que afecten sus intereses particulares, forman precedente que pueden convertirse en la retroalimentación necesaria para que el legislador reforme y modifique la ley o se adecuen los reglamentos respectivos.¹⁸ Lo anterior atendiendo al hecho de que, al asumir las funciones jurisdiccionales aplican las normas abstractas, genéricas, hipotéticas y obligatorias de la ley a un caso concreto, individualizado con ello la norma jurídica.

Los acuerdos internacionales realizados con arreglo a nuestra carta magna a través de un tratado o convenio de tal índole han contribuido

¹⁸ Nueva Ley del Seguro Social, Instituto Mexicano del Seguro Social. Primera Edición México 1998.

significativamente al enriquecimiento de la seguridad social ya que son producto de minuciosos estudios, a los sistemas adoptados por los organismos Internacionales, en la inteligencia de que algunos acuerdos adquieren el carácter de norma de observancia obligatoria en el país con arreglo a lo que al efecto disponen los artículos 89 fracción X y artículo 133 ambas de la Constitución Política Mexicana.

Sin embargo puede darse el caso de acuerdos internacionales que influyan en todos los países, con independencia de que si estos lo han o no suscrito, incidiendo en el derecho positivo de la seguridad social, razón por lo que es indispensable incluir este tipo de tratados, acuerdos o convenios como fuente de esta rama del derecho.

En los acuerdos del Presidente de la República 25 de marzo de 1960 en el Diario Oficial de la Federación el que por cierto no existe precedente de ser revocado o modificado, el Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, tiene la representación de México en las relaciones internacionales, las que se dan de manera continua y permanente en la práctica con independencia de que desempeño otros cargos respecto de organizaciones multinacionales de instituciones de seguridad social.

La grandeza de su objetivo, quienes tenemos el privilegio de conocer los derechos sociales, específicamente el derecho de la seguridad social quedamos arrobados frente el portento de esta materia que por sus propios méritos se ha desligado en unos cuanto años y para siempre de los laboral, pese que ambos tienen el mismo tronco común; Podría afirmarse que el derecho de la seguridad social es un híbrido de distintos derecho que influyen, pues el derecho administrativo le sirve de marco el derecho fiscal se ha convertido en su principal sustento, el derecho laboral a influido decisivamente en instituciones y figuras jurídicas y ahora a partir de la nueva ley de 1997 con

el nuevo sistema de pensiones el sistema financiero ha venido a engrosar el elenco.

La Constitucionalidad de la nueva ley esta en entredicho desde el momento en que la fracción XXIX del artículo 123, apartado A de la Constitución Federal, prevé a la Ley del Seguro Social como un ordenamiento de utilidad pública, es decir, la seguridad social es un servicio que debe ser proporcionado por el Estado.

En apoyo en lo anterior la propia ley establece:

Artículo 3. "La realización de seguridad social está a cargo de las entidades o dependencias públicas, federales o locales y de organismos descentralizados, conforme a lo dispuesto por esta ley y demás ordenamientos legales sobre la materia".

Artículo 4. "El seguro social es un instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público, de carácter nacional..."

Artículo 5. " La organización y la administración del Seguro Social están a cargo del Organismo Público descentralizado con personalidad y patrimonios propios, denominado Instituto Mexicano del Seguro Social."¹⁹

Podemos concluir que dentro de éstas disposiciones en donde su propósito es el señalar la privatización que existe dentro del Instituto, en la entrega de fondos de pensiones administradoras de fondo para el retiro, sociedades de fondo para el retiro, sociedades de inversión y aseguradoras; las que entregan a los particulares los servicios médicos, guarderías y

¹⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM "Constitución Política Mexicana", (Comentada) Porrúa, México 1997.

prestaciones sociales, podemos hablar de una inconstitucionalidad, pero esto lo señalare mas profundamente en el capitulo correspondiente.

2.2 ANÁLISIS DE LA LEY DE 1973

La ley del Seguro Social de 1973, emitida por decreto del Congreso de la Unión y publicada en el Diario oficial de Federación el doce de marzo de 1973, que entrara en vigor el 1º de abril del mismo año, aunque abrogó la ley original no nada más respetó los principio doctrinales que la sustentaban sino que los amplio significativamente. ante el reto asumido de extender la protección a otros grupos sociales distintos de los trabajadores, asiendo especial énfasis en lo que constituyó el eje rector de ésta ley: el concepto solidaridad.

Las garantías sociales consignadas en el texto constitucional, y en particular las disposiciones del artículo 123, están fundadas, en el principio de considerar al hombre como miembro de un grupo social y no como un sujeto abstracto de relaciones jurídicas. Conforme a esta concepción se estructuran en México: el derecho del trabajo, la seguridad social y en su sentido más amplio, todo nuestro sistema de bienestar colectivo.

En ésta ley se crearon las bases específicas que permitieron al país avanzar hacia la práctica de la seguridad social integral. Para elaborar esta ley se tomaron en cuenta las demandas presentadas por los trabajadores del campo y de la ciudad, así como las disparidades en cuanto a modos sociales, y los desasosiegos y desequilibrios de la sociedad.

El programa que a partir de 1989 se denomina IMSS-Solidaridad surgió en 1974 como consecuencia de las modificaciones introducidas en la

Ley del Seguro Social de 1973, con el fin de emplear los beneficios de la seguridad social, cuyos servicios se instituyeron con miras a brindar una protección mínima a los grupos rurales, debido a su poca capacidad contributiva, no están en posibilidad de incorporarse a los sistemas obligatorios del esquema tradicional de aseguramiento. Esta modalidad innovadora permitió que el seguro social se extendiera aceleradamente a la población marginada, como un medio de solidaridad social nacional. Es decir, permite que los servicios médicos puedan llegar a sectores de la económica y socialmente deprimidos del agro mexicano, lo cual hace que el Instituto Mexicano del Seguro Social, gradualmente con pasos firmes vaya cumpliendo las etapas y los programas de justicia social. Como ejemplo de esto en 1978 el instituto firma con el gobierno federal, por medio de la Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados (COPLAMAR), un convenio para atender la salud de 10 millones de mexicanos del medio rural marginado. El Instituto se comprometió a construir las unidades médicas y administrar el programa.²⁰

El gobierno federal aportaba los recursos financieros y COPLAMAR la promoción de desarrollo rural y la participación de la población, a modo de las jornadas como contraprestación por los beneficios recibidos. En 1983, por decreto presidencial desaparece la COPLAMAR y el Instituto asume la total responsabilidad operativa del programa. Dentro del mismo esquema de financiamiento, es decir, recursos federales específicos para éste programa, con base en el diagnóstico de salud de zonas marginadas rurales en México de 1981, se establecen en 1983 el Modelo de Atención Integral a la Salud, sustentando en la estrategia de atención primaria, con la plena participación comunitaria y la concertación intersectorial e interinstitucional como enfoque de acción.

²⁰ Jornadas Nacionales; Tiempo Semanario de la Vida y la Verdad. México 15 Septiembre 1975. Vol LXVII, Núm. 1741.

Entre 1985 y 1988, para cumplir con el decreto de centralización de los servicios de salud a la población abierta el Instituto entregó a catorce estados de la federación los servicios que operaba por encargo del gobierno federal. Como resultado de esto la ley propició la incorporación voluntaria de nuevos grupos de población de seguro obligatorio; amplió el campo de las prestaciones sociales; proyectó su acción con toda la colectividad en lo referente de medicina preventiva, y se obligó a prestar modos ya experimentados de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria por cooperación comunitaria a grandes grupos campesinos e indígenas y grupos marginados, dando lugar así a la realización de la solidaridad social como expresión concreta de la seguridad social integral.

El régimen instituido en la ley de 1973, establecido en la fracción XXIX del artículo 123 constitucional tiene por objeto primordial establecer la protección al trabajador, su meta es alcanzar a todos los sectores e individuos que componen nuestra sociedad, las sucesivas reformas que se han hecho a la Ley han tenido el propósito de avanzar hacia una seguridad social que sea integral, en su doble sentido de mejorar la protección al núcleo de trabajadores asegurados y de extenderla a grupos humanos no sujetos a relaciones de trabajo.

En México la ley del Seguro Social promulgada en abril de 1973, con sus reformas y adiciones de enero de 1975, establece las tesis jurídicas necesarias para lograr la incorporación paulatina de numerosos grupos de personas, aún no protegidas por esquemas de seguridad social.

Dentro de esas nuevas fórmulas, se encuentra la ampliación y protección a nuevos sectores de la población, habiéndose incorporado hasta el año de 1974 a los tabacaleros de Estado de Nayarit, a los henequeneros del estado de Yucatán, los ejidatarios del Plan Chontalpa y de la Comarca

Lagunera, a los tejedores de fibra de la región mixteca de los estado de Oaxaca, Puebla y Guerrero y 100.000 familias productoras de aguamiel de distintos estados de la República Mexicana, con un total de 600,000 personas, de las cuales casi 200,000, corresponden al estado de Hidalgo. Asimismo, durante el año de 1975, se había extendido el Seguro Social Obligatorio, a nuevos grupos, como lo son los productores de café, de los estados de Chiapas, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Tabasco y Veracruz, y a 146,000 derechohabientes de las regiones productores de cera de candelilla, en Coahuila, Tabasco y Veracruz, así como a los vendedores ambulantes de la Lotería Nacional para la Asistencia pública. La mayor parte de éstos últimos recibió los beneficios de la seguridad social y se trabaja aceleradamente en la extensión e incorporación de agricultores, cacaoteros, copreros, tabacaleros, trabajadores forestales, resineros y mineros de diversos estados del país.

Así pues, algunos de los aspectos que nos debemos abocar, en la ley del seguro social de 1973, se reconoce implícitamente la existencia del IMSS creado en su legislación original, permaneciendo desde luego como Organismos Públicos Descentralizados, ente paraestatal al que el artículo quinto le confiere de manera expresa nuevamente la organización y administración del Seguro Social. También esta la ley del seguro social de 1973 en vigor hasta el 30 de junio de 1997, sufría múltiples reformas al paso de los años para ir la adecuando a las necesidades del país.

De esta forma "Se fija como finalidades de seguridad social según el artículo 2º de la Ley, garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.²¹

²¹ Exposición de Motivos, Diario Oficial de la Federación del 2 de marzo de 1973.

Pero a pesar de éstos avances que durante treinta años se han conseguido en esta materia, cabe preguntarnos ¿qué tanto ha beneficiado a los trabajadores?, numerosos grupos que componen la sociedad mexicana no tiene la capacidad suficiente para aportar su contribución a los actuales sistemas

El fin de ésta ley se fundamenta en la extensión de seguridad social en el campo y que se incremente, en forma gradual, el número de campesinos que disfruten de ella, la iniciativa faculta al Ejecutivo Federal a fijar mediante decretos, las modalidades de aseguramiento que permitan una mejor distribución y un mejor aprovechamiento de los seguros.

En lo que respecta a las bases de cotización y de las cuotas, ésta iniciativa determina que tanto el pago de las cuotas, como para el reconocimiento de derechos y el otorgamiento de prestaciones, es decir, se precisan los criterios para determinar el grupo a los que pertenece el asegurado y la forma en que deben cubrirse las cuotas atendiendo a los días de salario percibido, a la naturaleza fija o variable de éste y algunas otras características del trabajo o de la retribución. Se obliga a los patrones a cotizar separadamente por sus trabajadores cuando éstos presten sus servicios a varias empresas, el recibir mayor número de prestaciones económicas a través de las modificaciones bianuales al salario mínimo, entrando en vigor a partir del primer bimestre del año respectivo y precisa mejor la obligación patronal de pagar la cuota obrera tratándose de salarios mínimos.

Podemos apreciar en la inconstitucionalidad de las prestaciones en dinero durante la maternidad en materia de seguridad social observando desde un punto de vista de dos contingencias diferentes y por lo tanto deberían haberse tratado por separado, las prestaciones que se otorga a la madre trabajadora, es necesario plantear igualdades y desigualdades de la mujer con

respecto del hombre de manera general, para posteriormente plantear la igualdad jurídica entre éstos, consagrada en nuestra Constitución Política.

2.3 CAMBIOS DE LA LEY ANTERIOR Y SU APLICACIÓN DE 1995.

En el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995 se publicó un decreto relativo a la Nueva Ley del Seguro Social. La aplicación de éste ordenamiento fue precedida de un proceso de desinformación comandado por el gobierno, que aunado a la marginación del pueblo trabajador y el sector empresarial, que no pueden ser sustituidos por culpas nos lleva a una ley antipopular y antinacional.

La privatización de la administración de fondos de pensiones, de la prestación de servicios médicos, de las guarderías y las demás prestaciones sociales, así como la afectación de múltiples derechos de los asegurados y beneficiarios, es la tónica dominante en ésta nueva ley, que al hacerlo rompe con el carácter de público de la seguridad social en México y con los principios de integridad, solidaridad y subsidiariedad a tenía la anterior Ley del Seguro Social.

No hay que dejar de tomar en cuenta que el desmantelamiento de la seguridad social, y el jugoso negocio para la banca, burguesía burocrática y cúpulas obreras y empresariales, que se ven premiados con las Afores, (Administradoras de Fondo para el Retiro); siendo su propósito el de ser intermediadores financieros, existiendo privados, públicos o sociales, encargados de recibir cuotas del seguro de retiro, cesantía, vejez, administrar las cuentas individuales pertenecientes a cada trabajador e invertir sus fondos por conducto de las sociedades de inversión especializadas operadas por ellas,

a cambio de la comisión que fije la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.

No obstante recibir beneficios, reducción de cuotas, subsidio estatal, también las empresas se ven afectadas por la nueva ley: ya que las sociedades cooperativas ven aumentada su carga tributaria al salir del régimen de contribución bipartita el pago de cuotas de los trabajadores de jornada y semana reducidas misma que deberá efectuarse sobre un salario mínimo general respectivo contrariamente a lo señalado, las pequeñas empresas venían aumentar sus cuotas en los ramos de riesgos de trabajo y enfermedades y maternidad, en especial el terrorismo fiscal aparece de cuerpo entero al tipificarse como delito lo que anterior ley conceptuaba como simples faltas administrativas a los que a su vez perjudicará básicamente a los pequeños negocios. Esto se da por la crisis de alcanzar un modelo económico, que efecto a los países latinoamericanos durante los años ochenta, generó primero políticas de ajuste y estabilización y luego una reestructuración profunda en las economías, las sociedades y el Estado.

Las políticas de ajuste y de estabilización supusieron recortes en el gasto estatal y rescisión económica y ambos fenómenos afectaron el gasto social en general y a la seguridad social en particular. Salarios reales a la baja, crecimiento del desempleo y altas tasas inflacionarias, alteraron a la seguridad social que sustentaba sobre las cuotas. Otro factor que no podemos dejar de tomar en cuenta es la necesidad de pagar la deuda externa, el ajuste fiscal y los menores ingresos del Estado por la rescisión llevaron a un incumplimiento de éste con sus obligaciones, entre ellas con la seguridad social.

Dentro de las disposiciones generales y el régimen obligatorio, es el Estado quién garantiza dicha pensión, el artículo 2º de la Ley del Seguro Social, se adiciona con la finalidad de la seguridad social, el otorgar una

pensión a los asegurados, previo cumplimiento de los requisitos legales. Esto quiere decir, que si un asegurado cumple con los requisitos legales tendrá derecho, a recibir dicha pensión. ¿Por qué motivo entonces se señala que el Estado garantizará tal pensión?

Durante la década de los ochenta y principios de los noventa el tema de la privatizaciones de las empresas públicas fue uno de los más recurrentes y agudos en los medios académicos y políticos. El surgimiento y el posterior desarrollo de sistemas de pensiones en América Latina, fueron consecuencia de una incorporación de contingentes de trabajadores industriales de servicios y de empleados públicos en los sectores modernos o "formales" dentro de la industrialización por sustitución de importaciones. Así el modelo bismarquiano asumido era coherente con la dinámica de extensión del capitalismo industrial.

CAPITULO TERCERO

EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL COMO AUTORIDAD FISCAL.

3.1 LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL IMSS.

La Constitución Política, en su artículo 123, menciona entre las aspiraciones y derechos de los Mexicanos, que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, pero en su contenido la fracción XXIX del mismo artículo 123 Constitucional, considera de utilidad pública de Ley del Seguro Social, lo anteriormente dicho simplifica el interés y derecho del Estado para proteger a uno o varios grupos sociales, es jurídicamente inobjetable.

La actividad administrativa que desarrolla el Estado para hacer efectivos vía ejecución forzosa los créditos fiscales a su favor, se ha conocido en México tradicionalmente como Facultad Económico-Coactiva, conocido en el ámbito fiscal como Procedimiento de Ejecución, ésta en su momento fue considerada como Anticonstitucional por supuesta violación a los Artículos 14, 16, 17 y 22 de la Constitución.

Las diversas ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia se encargaron de dilucidar cualquier indicio de Inconstitucionalidad del Procedimiento Administrativo de Ejecución, sobresaliendo el análisis efectuado por Don Ignacio L. Vallarta, quién sostuvo la legalidad del procedimiento en base en los siguientes argumentos: Si un impuesto se tuviera que cobrar a través de los Tribunales, sería preciso pretender que éstos, puedan administrar, justamente y cuidar de que los servicios públicos se presten en forma que ordenen las leyes.²²

²² JIMÉNEZ, González, Antonio Lecciones de Derecho Tributario. ECASA, México 1996. pag.12.

Como resultado, la Ley del Seguro Social, a través de su Institución contará con los recursos financieros representados por cuotas obrero patronales y por las que el mismo Estado aporta para los fines que establece la citada ley. Como resultado de esto podemos contemplar los pasos que jurídicamente caracterizan la existencia de las cuotas obrero patronales, que por decisión gubernamental, es de apoyar la salud, la vida y la dignidad del trabajador que como componente de la sociedad precisa de una protección que aún atendiendo lo integral, identifica a este grupo hasta nuestros días como uno de los económicamente débiles.

La Ley del Seguro Social establece: *Artículo 1º La presente ley es de observancia general en toda la República, en la forma y términos que la misma establece, sus disposiciones son de orden público y de interés social;* cabe apuntar que la Ley del Seguro Social es de orden público y de interés social, con lo que su cumplimiento no queda al arbitrio de la persona, sino que ésta se encuentra constreñida a cumplir lo ordenado por la norma por el hecho de ubicarse inclusive a los núcleos marginados, sumamente urgidos de protección frente a los riesgos vitales.

El Seguro Social, comprende el régimen obligatorio y el régimen voluntario, (Artículo 6º) Moreno Padilla, refiriéndose a la exposición de motivos de la ley de 1943, nos señala que "el servicio debe ser con carácter de obligatorio, para garantizar la estabilidad y permanencia del sistema. Lo anterior significa que todas aquellas personas que tengan trabajadores a su cargo, deben afiliarlos, so pena de sufrir sanciones legales, pero su fin primordial es abarcar la mayor parte de la población".²³

²³ MORENO Padilla, Javier. Seguridad Social, Análisis Tematizado, Editorial Themis, primera edición, México 1996. p.58

El régimen obligatorio comprende, los seguros de riesgo de trabajo enfermedades y maternidad, invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte y guarderías.

El régimen obligatorio debemos entenderlo *"como el sistema que se establece en la Ley del Seguro Social, a efecto de que los sujetos de aseguramiento del mismo, gocen de las prestaciones que comprenden los seguros que mencione con anterioridad"*. La Ley del Seguro Social, impone a los patrones la obligación de cubrir íntegramente las cuotas correspondientes al seguro de riesgos de trabajo. Esta responsabilidad es absolutamente obligatoria a los patrones, obedece al deber que les impone la fracción XIV del artículo 123 Constitucional y les corresponde pago íntegro de las cuotas. por riesgos de trabajo en virtud de la revelación que de su obligación establece el Artículo 60 de la Ley del Seguro Social.

Al cambiar el carácter de administrativo a las liquidaciones en que constan las cuotas obrero patronales no pagadas espontáneamente, por el fiscal y otorgarse al Instituto Mexicano del Seguro Social el carácter de Organismo Fiscal, se abrió una mejor posibilidad de financiamiento.

El modelo de Código Tributario, señala que el tributo son las prestaciones en dinero, que el Estado, en el ejercicio de su poder, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.

El principio de derecho moderno. es que todo tributo debe consistir en el pago de moneda corriente debe efectuar el particular, el caso que nos ocupa es indiscutible que las cuotas obrero patronales se cubren en dinero y nunca en especie: así el Instituto Mexicano del Seguro Social, puede determinar créditos y fijarlos en cantidad líquida.

De carácter obligatorio, el objeto del Estado, de proporcionar el mínimo de seguridad social, en principio a los trabajadores, pero que ha de extenderse a toda la población, y el que se le de cumplimiento en beneficio a la colectividad no puede quedar sujeta a la voluntad de los particulares, de ahí el carácter de orden público y obligatorio del pago de cuotas a cargo de los sujetos mencionados por la ley, que tiene su base en la Constitución Política. en la Ley Federal del Trabajo y la propia del Seguro Social.

El carácter obligatorio surge de la necesidad de dotar al Estado Mexicano, de los medios suficientes para que satisfaga las necesidades públicas sociales a su cargo. La Constitución Política, en su artículo 31 fracción IV, señala la obligación de los mexicanos de contribuir a los gastos públicos de la Federación, debemos entender por gasto público aquella erogación que realiza el Estado para satisfacer las funciones y servicios públicos.

El Artículo 123 de nuestra Carta Magna, contiene los principios de seguridad social y declara de utilidad pública la Ley del Seguro Social. En este orden de ideas, el Estado debe velar por el cumplimiento de esos principios constitucionales y obviamente en el desempeño de su función, efectuar erogaciones que sin discusión están destinadas a satisfacer al gasto público de una necesidad colectiva, como es la seguridad social.

De ahí la importancia del régimen de Seguro Social y el establecimiento del pago de cuotas obrero patronales que constituyen los recursos económicos que el Estado se allega para cumplir sus funciones. Hay que tomar en cuenta que el papel del Estado, ya que actúa de manera impositiva como autoridad revestida de un poder soberano y coactivo que ejerce sobre una comunidad social que tiene intereses y necesidades comunes y asume la obligación de extenderlas.

El Estado actúa unilateralmente sobre bases de estricto derecho, ésta es la observancia del principio de legalidad, y ejerce su facultad impositiva que emana de la soberanía del poder público

Al hacer referencia al artículo 31 y 123 de nuestra Carta Magna, así como la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, en estas leyes ordinarias y la constitucional, descansa la facultad impositiva del Estado que solo tiene limitación, de que todo tributo debe fijarse por Ley, y las cuotas obrero patronales se encuentran determinadas por un ordenamiento emanado por el Poder Legislativo.²⁴ Como se ve, las cuotas obrero patronales reúnen los caracteres del tributo aún cuando muchos autores se niegan a aceptarlo quizá porque estas aportaciones se han creado sus propias figuras jurídicas, que en apariencia tienden a deformar conceptos tradicionales del derecho.

Debemos tomar en cuenta que el Instituto Mexicano del Seguro Social, es también una persona moral oficial que interviene cotidianamente en actos jurídicos contractuales de naturaleza privada, amén de ser patrón de sus empleados.

La primera Ley del Seguro Social, no contenía en su articulado disposición alguna que lo considerara como un Organismo Fiscal Autónomo, pues dicha legislación establecía que los títulos donde constaran las obligaciones de los pagos a su favor tendrán el carácter de ejecutivos, es decir el Legislador da una connotación de *ejecutividad*, como créditos a favor del propio Instituto, con el fin de hacer más expedito el procedimiento en su exigibilidad y lograr que no sufriera quebrantos económicos por demoras de los sujetos obligados, ya que esta inconveniencia daba como resultado que el

²⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (Comentada)1998.

Instituto tuviera que ocurrir ante los Tribunales Federales del fuero común, trayendo como consecuencia una inestabilidad financiera.

Vista la problemática señalada, por el decreto del Diario Oficial de la Federación del 24 de noviembre de 1944, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que fueron conferidas por el Congreso de la Unión reformó el artículo 135 de la Ley del Seguro Social, para conferirle la calidad fiscal las aportaciones y darle al Instituto Mexicano del Seguro Social, el carácter de Organismo Fiscal Autónomo, confiriéndole desde entonces facultades expresas para: determinar los créditos a su favor y precisar las bases para su liquidación, fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos, dándole plena competencia tributaria.

Como resultado de lo anterior el Instituto Mexicano del Seguro Social actúa:

1. Por un lado como un Organismo Público Descentralizado, es decir, que le corresponde de proporcionarlo el Estado a los trabajadores.
2. Tiene el carácter de Organismo Fiscal Autónomo, con una serie de atribuciones fiscalizadoras que van desde la supervisión del cumplimiento de obligaciones en materia de seguridad social, hasta el acto del procedimiento económico-coactivo del cobro.

El Instituto, como Organismo Fiscal Autónomo, en el artículo 5º le da el carácter de organismo descentralizado, ya que tiene su propia autonomía, es decir, al quitarle al Instituto muchas de sus funciones de seguridad social, se le ampliará su carácter de fiscalizador y cobrador, además de que le permitirá ejercer mayor presión en el cobro de las cuotas obrero-patronales para su reequilibrio financiero.

Esto significa que tal adición sea novedosa, la Corte hace años concluyó que el instituto tenía tal carácter, la vigente Ley del Seguro Social en su artículo 268 así lo precisa, entonces podemos apreciar, ¿cual es la razón de ésta cambio?, en elevar lo esencial, en lo que antes era un accesorio, y al paso el Instituto se convierta en una caja cobradora, que subsista a través de los honorarios que le entreguen las empresas privadas que negocien con la seguridad social y la necesidad del pueblo trabajador.

Hoy en día sabemos que los patrones pueden interponer el amparo contra el Instituto en cuanto a los actos que realice en su carácter de Organismo Fiscal Autónomo, es decir, el Instituto Mexicano del Seguro Social actúa como Autoridad al determinar las cuotas obrero patronales y demás créditos, fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos.

Los cobros efectuados por el Instituto Mexicano del Seguro Social, con carácter fiscal en términos de lo establecido en el artículo 267 de la Ley del Seguro Social, son exigibles mediante la vía económica coactiva y sin acudir a los tribunales, en términos del artículo 14 constitucional, pero el fundamento sí debe apegarse a lo dispuesto en el artículo 31 de la Norma Fundamental, el cual establece que son obligaciones de los mexicanos: IV. Contribuir para los gastos públicos así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Aunado a lo anterior, es inconcuso que dichos cobros deben satisfacer los principios de equidad y proporción mencionados, pues de lo contrario, resultarían inconstitucionales ya que cuando se hace la interpretación de un precepto legal, su contenido no puede estar en desacuerdo con la

Constitución Federal; por tanto, una obligación fiscal inequitativa sería contraria a la Constitución.²⁵

Ahora bien, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 19, fracción I, de la Ley del Seguro Social y 5o. de su reglamento, el patrón está obligado a dar aviso de inscripción de un trabajador, dentro de los primeros cinco días siguientes al en que empieza a prestar sus servicios el último y consecuentemente, las primas del seguro quedan cubiertas; sin embargo, el artículo 84 de la Ley en cita, prevé que si el aviso de mérito es posterior al surgimiento de un accidente de trabajo, nada libera al patrón de la obligación de pagar los capitales constitutivos, aun cuando ese aviso se efectúe dentro de los cinco días de referencia

Conforme a la redacción de éste del precepto, el Instituto no otorga protección del seguro dentro de esos primeros cinco días, aunque el aviso sea oportuno y ello evidencia lo inequitativo de la disposición y por ende, su inconstitucionalidad al producirse un enriquecimiento ilegítimo, pues es inicuo imponer una carga de esa naturaleza pese al cumplimiento patronal exigido en la ley y la desproporcionalidad de facultar al Instituto a cobrar las cuotas sin otorgar el servicio correspondiente.

3.2 LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LAS APORTACIONES COMO UNA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

El artículo 3º del Código Fiscal de la Federación señala: " *Son derechos las contraprestaciones establecidas por el Poder Público, conforme a la Ley el pago de un servicio*". Esto es, la Ley de Ingresos de la Federación venía incluyendo el concepto de cuotas obrero patronales dentro del rubro de los derechos. El pago de las cuotas obrero patronales, constituye la

²⁵ Nueva Ley del Seguro Social. Instituto Mexicano del Seguro Social, México 1998.

contraprestación que se otorga por la prestación de un servicio, esto es, el pago que se efectúa a favor del Seguro Social, para que éste preste el servicio y otorgue las prestaciones que establece en su propia Ley, y se encuentra establecidos por el poder público conforme el ordenamiento legal.

Podemos decir, que una **contribución especial** es la prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de actividades especiales del Estado.²⁶

Esta característica esencial de las contribuciones especiales no se da en las cuotas obrero patronales, en las que el pago que efectúan los sujetos obedece a las siguientes razones: **En el caso de los trabajadores**, el hecho de gozar de la salud y recibir los servicios de seguridad social, no implica un beneficio que se otorgue, sino un derecho que tienen y que se encuentra reconocida en la Constitución. **En el caso de los patrones**, al cubrir las cuotas obrero patronales, tampoco están recibiendo un beneficio, únicamente están cumpliendo con la obligación que tanto la Constitución, como la Ley Federal del Trabajo y la del Seguro Social les impone.

Por otro lado es menester reiterar que la doctrina del derecho tributario y concretamente el Código Fiscal de la Federación, clasifica nada más cuatro especies de contribuciones 1) impuestos, 2) aportaciones de seguridad social. 3) contribuciones de mejoras y 4) derechos, sin olvidar los aprovechamientos, como los productos y los accesorios de los créditos fiscales, cada una de estas especies de contribución, tiene características propias que le distinguen del resto, generalmente de elementos cualitativos que aluden al campo de aplicación de tributo y que engloban el objeto, la materia imponible o hecho generador, y al sujeto pasivo obligado a tributar, a la vez que

²⁶ RUIZ Moreno, Ángel, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Editorial Porrúa, México 1999.

atienden cuantitativos tales como la base gravable o imponible y la tarifa impositiva.

Las contribuciones especiales, si bien en su esencia son de naturaleza tributaria no se identifican íntegramente con los impuestos propiamente dichos. Señala Giuliani Fonrouge que los últimos tiempos se han desarrollado numerosas contribuciones, con fines económicos y sociales, concordantes en las nuevas funciones asumidas por el Estado, que suelen agruparse con la denominación genérica de parafiscalidad. Se trata de tributos establecidos a favor de entes públicos, estatales y no estatales, con fines sociales, o de regulación y fomento económico.

Estas contribuciones parafiscales, se agrupan en un sin número de contribuciones de heterogéneo contenido. *revisan la naturaleza tributaria*, pues los aportes, cuotas, contribuciones etc, las establece el Estado en ejercicio de su poder de imperio. las aplica coactivamente a quienes se hallen en las situaciones descritas por la ley respectiva. y son destinadas a financiar determinados objetivos estatales. Entonces debemos entender que el término parafiscal, trata de identificar una actividad financiera parecida a la del Estado, estamos frente una actividad que no es el Estado, pero tampoco es privada ya que cumple con fines generales, previstos frecuentemente en las Constituciones y esta organizada libre y unilateralmente por el Estado.

En síntesis, esta teoría tiene su origen en la creación por parte del Estado de diversos organismos de descentralización funcional, es decir, aquellos que el propio Estado constituye como organismos autónomos para la realización de un fin determinado que le corresponde, "descentralización, es reiterar los poderes de la autoridad central para transferirlos a autoridad de competencia menos general: sea de competencia territorial menos amplia, sea de competencia especializada por su objeto.

Con todo esto se puede decir; que las aportaciones de seguridad social, podríamos ubicarlas para el estudio y análisis desde la perspectiva del derecho como una contribución especial, o cuando menos, parafiscal, no siendo por tanto ni un impuesto, ni tampoco un derecho fiscal, al no participar específicamente de su naturaleza ni de las características propias y connaturales de estas diversas especies de contribuciones. Ahora bien, cuando los recursos de los organismos para estatales se componen de una imposición del Estado, a cargo de los particulares con características del tributo, a estos se les ha denominado contribuciones parafiscales, en virtud de reunir características de un crédito fiscal, pero destinado a formar parte del patrimonio de un organismo descentralizado.

Prueba irrefutable de que las cuotas de seguridad social, con antelación tienen el carácter de derechos fiscales, lo constituye el hecho de que el propio legislador federal, a fin de evitar confusiones, determinará dejar intocado el texto del segundo párrafo de la fracción IV, del artículo 2º del precitado Código Fiscal de la Federación. Por otra parte, y acorde a nuestra legislación, los organismos descentralizados están considerados como parte de la administración pública, en términos de artículo 1º y 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, con ello queda sin efecto el argumento de que las cuotas están destinadas a satisfacer el presupuesto de un organismo diverso del Estado, puesto que el Instituto Mexicano del Seguro Social, sin perder su autonomía como organismo descentralizado es parte integrante de la administración pública y en consecuencia actúa en cuanto al Estado y como un ente distinto a él.

Debe quedar claro la enorme diferencia que guarda la contribución fiscal para el sostenimiento de la institución, como lo son las cuotas obrero patronales, conjuntamente con la cuota social o contribución estatal, y el acto jurídico definitivo que el Instituto realiza en la resolución para la determinación y

cobro de un capital constitutivo, emitido por delegados estatales y regionales del Instituto Mexicano del Seguro Social. No fue hasta las reformas al Código Fiscal de la Federación que entraron en vigor el primero de enero de 1983, cuando se consideró legalmente como contribuciones a las cuotas obrero patronales y sus consecuencias legales, aportaciones de seguridad social, es por ello que se consideran de índole fiscal.

Por otro lado el Instituto Mexicano del Seguro Social se considera de acreditada solvencia y no estará obligado a constituir depósitos o fianzas legales, ni aún tratándose del juicio de amparo

En la nueva legislación que entró en vigor en 1997, se separan las prestaciones en dinero de las prestaciones de especie, se mantiene la estructura tripartita, lo que se modifica es la composición de las cuotas relativas a las prestaciones en especie en la búsqueda de lograr autosuficiencia.

Quedando de la siguiente manera: Por cada asegurado el patrón pagará mensualmente una cuota diaria fija equivalente al 13.9% de un salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el gobierno federal cubrirá una cuota diaria por asegurado el equivalente al 13.9% de un salario mínimo general vigente; el trabajador con salario base de cotización superior a tres salarios mínimos contribuirá con una cuota que equivale al 2% de lo que gane por encima de los tres salarios mínimos y el patrón aportará el 6% adicional sobre esa misma cantidad.

Lo anterior presenta efectos diferenciados por tamaño de empresa y nivel salarial que reflejan las cargas fiscales preocupantes por su inequitativa distribución, sobre todo porque recaen entre quienes tienen los ingresos más bajos, así como para las pequeñas empresas quienes juntos forman un importante sector.

Con el nuevo sistema el Instituto Mexicano del Seguro Social, conservar los seguros que cubren maternidad, guarderías y accidentes de trabajo o enfermedades no profesionales que impidan al trabajador continuar desempeñando su labor y la protección de sus beneficiarios en caso de fallecimiento o de ser pensionado por invalidez. En cuanto al Seguro de Retiro, Cesantía en edad avanzada y vejez, será manejado por instituciones privadas. Se espera que este sistema garantizará al trabajador, que cumpla con los requisitos que marca la legislación, una pensión al momento de su retiro a través de un fondo que se integrará en una cuenta individual, con aportaciones del propio trabajador, su patrón y el gobierno.

El fondo puede acumular el trabajador a lo largo de su vida activa como cotizante del Instituto mismo que recibirá al momento de retirarse, el cual estará condicionado primero aunque cumpla el número de semanas de cotización, (1,250 semanas mínimo), tener 60 años por cesantía o 65 por vejez.

De esta forma podemos apreciar que los seguros sufren un cambio cualitativo ya que pasan de ser **una responsabilidad social a una responsabilidad individual**, donde cada persona será responsable de la suficiencia de su propio retiro, rompiéndose con ello el concepto solidario de la seguridad social. Hay que agregar que, el concepto llamado ahorro vital presupone que cada individuo tiene clara conciencia de la necesidad de garantizarse una vejez digna, lo cual implica que debe estar al tanto de los cambios del contexto socioeconómico, como son comportamiento de mercado, tasas de interés y la inflación, además, éste esquema omite algunos aspectos fundamentales como lo son los ciclos económicos y la forma en que éstos pueden afectar al trabajador ya que presuponen, en forma implícita que todos tendremos empleo y que éste será cuasi-vitalicio para poder recibir pensión. Lo anterior en un marco de desempleo creciente y fluctuaciones de ingreso, vuelve por lo menos incierto el monto de pensión a recibir.

En este nuevo esquema el Estado si bien por una parte se compromete a otorgar una pequeña aportación adicional para fortalecer la cuenta de cada uno de los trabajadores, especialmente a los de menores ingresos; como una forma de garantizar una pensión mínima como política tendiente a atenuar en cierta medida la crisis en materia de seguridad social, por otra parte este esquema se presenta como uno de los principales ejes de la formación el ahorro interno ya que garantiza al sector privado el manejo de un monto considerable de recursos. Con ello concreta una estrategia que se espera conduzca a la formación de capital, sujeto desde luego, a las leyes del mercado.

Cada trabajador contará con una cuenta individual que podrá abrir en la Afore de su elección; en ella se depositaran las cuentas obrero-patronal-estatal por concepto de seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como los rendimientos que genere. Cada Afore operará en una sociedad de inversión especializada en fondos para el retiro (SIEFORES) que será responsable de la inversión de recursos de las cuentas individuales. La comisión nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), ésta será la responsable de la regulación de un nuevo mercado, la cual está integrada en forma tripartita: gobierno, sector patronal y obrero.²⁷

²⁷ RUIZ Moreno, Ángel, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Editorial Porrúa, México 1999

INSTITUCIONES EN PROCESO DE SELECCIÓN PARA CONSTITUIR AFORES.

Nombre Socios.

1. Afore Banamex S.A. de C.V. Banamex Actival-Aegon
2. Afore Bitai-Bital-Afp Cuprum de Chile
3. Afore Capitaliza S.A. de C.V. General Electric Capital Assurance
4. Afore Génesis de C.V. Seguros Génesis
5. Afore Inbursa de CV Banco Inbursa
6. Afore Previnter S.A. de C.V.
7. Afore Tepeyac S.A. de C.V. Seguros Tepeyac S.A.
8. Afore XXI S.A. de CV. IMSS Aseguradora Hidalgo.
9. BanCreceer, Dresdner S.A. de C.V.
10. Bilbao Vizcaya – Bancomer.
11. Santander Mexicano S.A de C.V.

La captación y el control de los recursos de ahorro forzosos de los trabajadores representa, una aguda competencia entre bancos y aseguradoras nacionales y extranjeras vía alianzas estratégicas, capta el mayor número de afiliados y capital.²⁸

El cambio consiste en que los planes de pensiones relativos deben cubrirlos requisitos que fije ya no la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sino la Comisión Nacional de Sistema de Ahorro para el Retiro, como

²⁸ La CONSAR debido a los acuerdos existentes en el Banco de México, para estimular el ahorro interno, envía personal extranjero, otorgando un crédito de 4 millones para supervisar las AFORES.

ya en la práctica venía sucediendo con base en la Ley para la Coordinación de los sistemas de Ahorro para el Retiro y las reglas generales sobre Sistema de Ahorro para el Retiro. Veamos los requisitos fijados a la fecha por la Comisión Nacional del SAR; los cuales son: a) cumplir con los requisitos de deducibilidad ISR; b) que la pensión mensual de los planes sumada a la que corresponde por virtud de la Ley del Seguro Social equivalga por lo menos un salario mínimo general, c) que para que el disfrute de pensión los trabajadores deban cubrir cuando menos 30 años de servicio o 60 de edad.

Señalando lo anterior podemos precisar:

Aumento Progresivo Artículo vigésimo quinto transitorio. De 10 a 15 SMG del D.F., a partir del 1º de enero de 1997. Con posterioridad aumentará un SMG del D.F. por cada año subsecuente hasta llegar a 25 SMG del D.F., en el año 2007, es decir, comenzando de 1998 con 16 SMG del D.F. Se ha dicho que mientras los patrones son beneficiados con el aumento progresivo, los asegurados de golpe, ven incrementando el número de cotizaciones necesarias para acceder a las pensiones, lo que considero inequitativo.

Jornada y semana reducidas (artículo 29, fracción III con relación al sexto transitorio), en estos casos, los cinco ramos del seguro se cotizarán mínimamente sobre el salario mínimo general del área geográfica respectiva; sin embargo por los trabajadores que ya este laborando antes del 1º de enero de 1997, podrá seguirse cotizando sobre un salario menor al mínimo o mientras dure esa relación o contrato de trabajo, salvo en el ramos de enfermedad y de maternidad que es obligatorio cotizar sobre un mínimo desde el 29 de noviembre de 1994 por virtud del nuevo Reglamento de pago de Cuotas.

Se puede apreciar la ilegalidad que existe en la pretensión de exigir el pago de cuotas sobre un salario que no percibe el trabajador y

contradictoriamente con el propio artículo 27 de la nueva ley que claramente conceptúa el salario base de cotización como "aquel que se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria. Esta nueva disposición además desalienta el empleo, pues en el marco de la crisis, si una empresa, normalmente pequeña, emplea solo en sus jornadas o semanas reducidas para equilibrar sus finanzas se verá obligada a cotizar sobre un salario mayor.

Podemos decir, que sobre un salario se pagarán, cuotas de riesgos, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro cesantía y vejez, guarderías y prestaciones sociales, todo por un salario.

En la actualidad:

Si un trabajador sufre un riesgo de trabajo extendiéndole el IMSS incapacidades por 180 días; posteriormente sufre una enfermedad general que lo incapacita por 104 semanas. Para la ley anterior, el trabajador tendría 284 días cotizados computables para el otorgamiento de cualquier prestación. Para la nueva ley, 180 días de incapacidad por riesgo de trabajo, solo se computará para pensiones de seguro los de invalidez y vida.

También es el caso en los riesgos de trabajo, en donde la nueva ley desaparece las clases y grados de riesgos, por lo que cada empresa cotizará según su siniestralidad, incluidas las primas de riesgos, factor de prima y revisión de factor prima. *Lo cual se puede decir que estamos ante un ejemplo de inconstitucionalidad, pues resulta que en lugar de que el patrón cubra al Instituto Mexicano del Seguro Social, la prima suficiente para que llegando el caso, el Instituto responda y supla al patrón de sus responsabilidades por el riesgo de trabajo acaecido, " será el propio trabajador con su dinero, que ha juntado para su protección en caso de retiro, cesantía y vejez, quién se auto*

pague, respondiendo por un riesgo que es responsabilidad del patrón y el Instituto.

Los riesgos de trabajo son exclusivamente responsabilidad legal del patrón de acuerdo con la Constitución Federal, La Ley Federal del Trabajo e inclusive por la nueva Ley del Seguro Social en su artículo 70 que ha la letra dice: "Las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo... serán cubiertas íntegramente por las cuotas que para este efecto aporten los patrones y demás sujetos obligados". Por lo que resulta que no pueden hacer efectivas las pensiones, que son prestaciones, sobre fondos propiedad del trabajador. El asegurado a quién se le pretenda expropiar su patrimonio no solo podría fincar responsabilidades laborales sino penales. Lo justo es que el patrón cubra una prima suficiente, que por tanto el Instituto Mexicano del Seguro Social, como ahora sea responsable de cubrir las pensiones y el trabajador pueda aparte retirar los fondos íntegros del seguro de retiro, cesantía y vejez o acceder una pensión también en este ramo en caso de reunir los requisitos relativos.

La monstruosidad legal y social que pretende la nueva ley no termina por el hecho de que el IMSS, en caso de que el trabajador no tenga fondos suficientes para adquirir los seguros de su pensión y de sobrevivencia, aporte la diferencia llamándolo la ley actual como "suma asegurada", es contrario a la razón legal en materia de seguro social que un trabajador deba de reparar las consecuencias en riesgos de trabajo.

La modificación de las cuotas de enfermedades y maternidad favorece a los trabajadores de mayores ingresos y a las grandes empresas y viceversa. Por otra parte los ingresos del IMSS por este concepto apenas aumentarán, lo que sumando a la reversión de cuotas que podría equivaler hasta 45% del total de cuotas obrero-patronales, nos presenta un negro panorama para éste seguro que se traducirá no solo en un empeoramiento de

los servicios y una sobrecarga de trabajo a los empleados del IMSS, sino en el cierre de clínicas y hospitales, o de plano su venta a la iniciativa privada.

Esto prueba que son contrarias a un beneficio de sistemas de pensiones, pues pese a los rimbombantes seguros que se comprarán en las aseguradoras, los pensionados de mayores o menores ingresos deberán acogerse a los servicios médicos del IMSS, el artículo 25 de la Ley del Seguro Social establece la cuota obrero-patronal para tal reserva, contra toda lógica jurídica, de manera de que se habla de los contratos colectivos y las prestaciones de seguridad social y de pronto habla de las cuotas. Esta ley debió colocar en el régimen financiero de enfermedades y maternidad o en lo relativo a retiro, cesantía y vejez por lo menos en un artículo independiente

La captación y control de los recursos que el ahorro forzoso de los trabajadores representa, ha generado una aguda competencia entre bancos y aseguradoras nacionales y extranjeras vía alianzas estratégicas. Las afores serán agentes financieros por acciones y su capital social 51% podrá ser adquirido por personas físicas y morales mexicanas en tanto que el 49% será de libre subscripción incluyendo extranjeros. Ninguna persona moral o física podrá tener el control demás del 10%. Lo anterior ha convertido así el sistema de pensiones en un sub-sistema financiero supuestamente orientado a la inversión para la creación de empleo, su rentabilidad es incierta por estar sujeta al mercado.

Este proceso significará para el Instituto, una disminución muy importante de sus recursos antes integrados y que fueron base para su expansión. Con la segregación de los fondos de cesantía y vejez se reduce el peso del costo de las pensiones y de su administración aún cuando ello puede implicar la disminución de sus ingresos por éstos conceptos, el riesgo que se presenta consiste en la posibilidad de que se vea limitada su expansión y la

calidad de la medicina social, además de que puede presentarse la tendencia a su sustitución por la medicina privada mediante seguros médicos.

Si bien las estimaciones sobre el monto de recursos que captaran las Afores van de 24,000 millones de pesos, en el primer año hasta representar el 60% del PIB en 35 años, presenta teóricamente la posibilidad de diversificar y aumentar fuentes de ahorro e inversión, maximizar las pensiones individuales y permitir la intervención del trabajador en el manejo de su fondo, los riesgos que ello implica son también importantes ante la imprecisión en su regulación y la posible ineptitud y corrupción en su manejo así como la competencia oligopólica que podrá concentrar el control de los recursos en unas cuentas Afores.²⁹

La modernización del Instituto Mexicano del Seguro Social, no puede ser vista en la actualidad al margen de un contexto social del país y por lo mismo, debe tomar en cuenta las condiciones de los actores sociales que forman su base de sustentación como son empresarios y trabajadores asegurados, derechohabientes y sus propios trabajadores, a partir de que su estructura, organización de trabajo y otorgamiento de sus servicios que sustenta el desarrollo del país. Es necesario tomar conciencia que el Instituto Mexicano del Seguro Social, es el resultado de una conquista específica que como resultado da un cuerpo de demanda social que se puede perder si se le continúa viendo como un organismo independiente de la dinámica social por lo que, de no actuar para exigir la permanencia de ésta conquista social lo cual puede repercutir en los más diversos planos de la atención médica pensiones y jubilaciones.

²⁹ MORALES Portas, Arturo: Estructura Administrativa de la Seguridad Social, en La Seguridad Social y el Estado Moderno 1992 p. 503

Respecto a las Afores y Sifores se requerirá de una vigilancia real por parte de los organismos sociales de los trabajadores, sobre su comportamiento que evite, en lo posible, fenómenos de corrupción y de especulación en el manejo del ahorro social forzoso.

En el plano de los usuarios del sistema del IMSS tanto patrones, asegurados y derechohabientes, para exigir una mejor atención del servicio y éste continúe siendo un ingreso social no monetario, será indispensable el pago oportuno y real de las cuotas lo mismo de utilizar los servicios de la institución en una forma más racional.

Los trabajadores del IMSS deben de estar conscientes del profundo significado que tiene la aplicación de la racionalidad con que debe de operar la institución para elevar su productividad, ser más eficiente, abatir costos y la cultura del trabajo con que éstos se lleva a cabo. El que ahora se vaya a trasladar lo que antes era una responsabilidad institucional en su funcionamiento, ahora se traslada en parte como una responsabilidad individual de los trabajadores lo cual plantea una contradicción entre éstos y la institución al establecerse nuevas formas de relación y de trabajo.

El gobierno asume explícitamente la idea que el nivel de ahorro determina mecánicamente el nivel de inversión, sin embargo en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, nuestro país, se ha contado con esa masa previa de ahorro, pero ésta no se ha traducido en los dos últimos sexenios en la recuperación del crecimiento de la inversión y del nivel de la actividad económica.

Con todo esto, después de una rescisión tan profunda en la caída de ingresos reales de la mayoría de los mexicanos, incluyendo los trabajadores asalariados objeto de la reforma de pensiones, y de una creciente

concentración en la distribución del ingreso nacional, porque lo demás tampoco ha desatado una mayor dinámica de inversión productiva, la tendencia ha sido mas bien de una caída del ahorro personal voluntario y es que el aumento progresivo del ahorro no puede provenir de un ingreso decreciente.

Lo cierto es que la reestructuración de las pensiones evidencia el fracaso de la política económica "neoliberal", con su cauda de desempleo y bajos salarios, el manejo corrupto e irresponsable que hicieron los funcionarios del Instituto al grado de haberse extinguido los fondos relativos; pero sobre todo, evidencia que el compromiso del actual gobierno es con los dueños del capital financiero y usuario a quienes pretende ayudar a salir de la crisis general que padecen a costa del futuro de las pensiones.

Las reformas a la seguridad social y los sistemas de pensiones en particular son parte del proceso de reestructuración neoliberal que está ocurriendo en América Latina y en el resto del planeta. En ese proceso se han conjuntado dos necesidades, de un lado, la situación financiera crítica de los sistemas de seguridad social que ha madurado en los distintos países y se enfrentan a situaciones tales como el cambio en la pirámide demográfica, que implica alargamiento de la vida y más jubilados, pero en un número relativamente menor de trabajadores activos. Los sistemas también han sido golpeados en los ochenta y los noventa por las caídas de los salarios reales, más desempleo y subempleo y creciente informalidad; esto último ha dado como resultado más bajas cotizaciones.

La segunda necesidad se vincula a la acumulación de capital, aquí tres elementos deben ser tomados en cuenta: el capital, el cual requiere de una disminución de los costos laborales, por la caída del salario real, y por la disminución del salario social. Un segundo elemento es la recomposición de la tasa de ganancia vía la tercera revolución tecnológica y la flexibilización de las

relaciones laborales y finalmente, el tercero sería el uso de las cuotas y pensiones como una masa de ahorro forzoso y en crecimiento, con estabilidad de largo plazo, que vendría a fortalecer el alicaído ahorro interno, cuya disminución parecería ser un fenómeno global.

Las reformas de los sistemas de pensiones van en la dirección en que la seguridad social generarán más bienestar social, es un asunto que todavía está por probarse y esto es especialmente cierto para la reforma de las pensiones, pues su resultado real se verá en decenas de años.

Un tema que he venido analizando es el de la privatización del Seguro Social, ya que sus costos han venido creciendo hasta llegar el momento en que no sea financiable; la reforma al sistema de salud es parcial en el caso de México y éste permanece en lo esencial como un servicio público para los que pertenecen al Instituto Mexicano del Seguro Social. En su aspecto financiero la reforma representaría una baja de las cotizaciones para patrones y trabajadores y una alza a las contribuciones estatales. La realidad para las pequeñas y medianas empresas podría significar un incremento de costos, dado a que los salarios se sitúan entre 1 y 2 salarios mínimos. Por otra parte no queda claro como la reforma garantiza un incremento de los ingresos del sistema, pues al disminuir la cotización el incremento solo podría ocurrir por un alza de los salarios reales, el cual está fuera de control del IMSS o por un mejoramiento de la recaudación en tiempo y montos. Es previsible que a mediano plazo el sistema pueda enfrentarse a serios problemas financieros.

El seguro de salud para familias de cotización voluntaria, aunque es barato en términos absolutos, es caro en relación con los ingresos de la mayoría de la población descubierta. Es altamente cuestionable que el estado destine importantes recursos a favorecer a la población ya cubierta, aunque su propósito sea el de beneficiar a los usuarios de menos recursos.

Finalmente no se puede dejar de tomar en cuenta que los riesgos que implica el introducir la lógica del mercado y la ganancia en un espacio de servicios públicos destinado a generar montos en de desigualdad. Es evidente que la seguridad social debe de permanecer en la esfera de lo público y como una cuestión de interés general. Los criterios de eficacia no pueden quedar vinculados a la rentabilidad de empresas privadas, por el contrario, aquí la calidad y la oportunidad del servicio, así como el mayor nivel de cobertura posible son decisivos a la hora de evaluar. Es evidente que la privatización implica riesgos propios del mercado que no es transparente y donde la premura no permite, en muchos casos, hacer opciones racionales y donde la política de abaratar costos además de no conducir necesariamente a la eficiencia puede ser hasta peligrosa.

3.3 LOS JUZGADOS LABORALES COMO TRIBUNAL PARA LA SEGURIDAD SOCIAL.

La seguridad social y el derecho del trabajo, disciplinas dinámicas que se incrustaron en esa nueva vertiente del orden jurídico que dan como resultado el derecho social, parten de la consideración del hombre como integrante de un núcleo social, bien diferenciado.

Es un problema en la actualidad, el evitar la interferencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y la del Tribunal Fiscal, con el fin de que los conflictos entre los trabajadores y beneficiarios con el Instituto Mexicano del Seguro Social y de éste con los patrones, se estudien y diriman en un Tribunal Especial de Seguridad Social, como en la actualidad en otros países europeos existen, tal es el caso de Alemania.

Dentro de las autoridades de trabajo enunciadas por la Ley Federal del Trabajo, las juntas de conciliación y arbitraje ocupan un lugar de especial importancia, debido a que son órganos competentes para llevar a

cabo las funciones conciliatoria y jurisdiccional en los casos que se susciten controversias con motivo de la aplicación de las disposiciones de trabajo.³⁰

A través de estos actos, el Instituto puede asumir el carácter de parte activa o pasiva de una relación jurídica, la celebración de dichos actos debe ajustarse a la legislación específica que regula el contenido del acto que se celebra, así como otras disposiciones legales que lleguen a normar el objeto o prestaciones derivadas al acto a celebrar.

El apartado "A" del artículo 123, deja fuera de duda la discusión sobre el fundamento jurídico de esos Tribunales, pero no así el de su naturaleza jurídica. Problema que en sí mismo tiene especial importancia por los efectos de carácter práctico que produce.

El Constituyente mexicano de 1913-1917 estableció juntas de conciliación y arbitraje para el conocimiento de los conflictos laborales, es decir, se excluyó esta clase de conflictos del poder judicial ordinario, creándose órganos de jurisdicción especializada.

Dentro de la teoría laboral y por ende en materia de seguridad social, las autoridades de trabajo, a través de sus juntas de conciliación, se les a otorgado la competencia de conocer las controversias obrero-patronales. La competencia que tienen éstos órganos para conocer de los conflictos en materia de seguridad social, son atribuciones propias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La competencia se ha definido como "... la capacidad del Órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional, o en otros términos, la facultad

³⁰ DÁVALOS Morales, José, Derecho del Trabajo I, México, Porrúa, 1985, p. 19.

que tiene un juez para conocer de ciertos negocios, ya por la naturaleza misma de las cosas, o bien por razón de las personas”.

También se ha entendido como la capacidad de un tribunal o un juez para conocer de la controversia legal y decidir válidamente sobre el fondo de la misma. La competencia fija los límites dentro de los cuales el órgano jurisdiccional puede ejercer su función de declarar el derecho. No podemos confundir la competencia con la legitimidad, como ya la he explicado con anterioridad. La suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de entender a la legitimidad como una reunión de requisitos necesarios para el desempeño de un cargo, mientras que la competencia no es más que la suma de facultades que la ley da a una autoridad para ejercer ciertas atribuciones.

Como es posible que siendo la seguridad social una materia autónoma a la del derecho laboral, ésta última conoce sobre las controversias de seguridad social, un ejemplo de ello son los Consejos Consultivos Delegacionales, que adoptan la característica de tribunales administrativos con plena jurisdicción para conocer y resolver, el recurso administrativo de inconformidad, que en la propia ley del trabajo regulado en su artículo

Las reformas a la seguridad social en América Latina y México es un tema de esfuerzo colectivo, son parte de un conjunto de modificaciones que apuntan a una transformación social y que modifica el desarrollo y bienestar de la sociedad que forman un sector laboral. Por lo general cuando se hablan de las reformas se tiende a mostrarlas como algo distinto y positivo propio del neoliberalismo, lo que no del todo es verdadero, ya que puede ser insuficiente. La resolución de la crisis que asola al capitalismo desde fines de los años sesentas, y esto ameritaba introducir cambios significativos en esta materia.

El financiamiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, se realiza mediante la contribución del empleado, del empleador y con aportaciones del Estado. Los ramos de aseguramiento desde su creación hasta antes de la reforma aprobada 1995 eran de la siguiente manera: la cesantía por edad avanzada se otorga al cumplir sesenta años y al haber trabajado un mínimo de diez años, en 1995 solo el 1.68% de los pensionados reciben un salario mínimo, el grueso de entre el 1 y 2%.

En relación con su carácter universal, su cobertura ha sido limitada, ya que las instituciones de seguridad social solo cubren al 59.1% de la población total. Las que brindan principalmente servicios de salud a la población abierta, es decir la que no tiene seguridad social y recibe servicios por parte de la Secretaría de Salubridad y Asistencia y el Gobierno del Distrito Federal solo cubren el 35% de la población y el 13% no recibe ninguna atención. Por lo tanto, la preocupación que la reforma de diciembre de 1995 manifiesta en cuanto alcanzar la universalidad; pero en la realidad el marco jurídico establecido no actúa de manera eficaz, dejando a este sector de la población desprotegida por no tener una correcta difusión de sus derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social por lo que podemos decir, que aún teniendo un marco jurídico que establezca y pretenda un equilibrio entre el patrón, Estado y trabajador pero que carece del sentido de la realidad económica que día a día se transforma, no podemos hablar de una universalidad.

El maestro Serra Rojas nos dice claramente lo siguiente, el constituyente de 1917 previó como dichas dependencias como órganos políticos administrativos al decir: " para el desempeño de las labores de Ejecutivo necesita éste de diversos órganos, que se entiendan cada uno de los diversos ramos de la administración".³¹ Éstos órganos del poder Ejecutivo son

³¹ SERRA ROJAS Andrés. "Derecho Administrativo" (Tomo I), Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México 1992. p. 512.

de dos clases, según la doble función de dicho poder, el cual ejerce funciones meramente políticas como cuando convoca al Congreso a cesiones, promulga una ley, etc.; meramente administrativas, referentes a un servicio público que nada tiene que ver con la política, tales como los ramos de correos, telégrafos etc, al grupo de órganos políticas o políticos-administrativos pertenecen a las secretarías de Estado o a las instituciones que conservan los lineamientos que el Estado le concede.

Con lo anterior se puede decir que el Instituto Mexicano del Seguro Social, solo es un órgano auxiliar; que si bien es cierto que tiene jurisdicción que le otorgan sus propias leyes, también es cierto que carece de una jurisdicción judicial, esto quiere decir, que para ser privado de las prerrogativas que otorga el propio Instituto a través de sus ordenamientos, ser requiere que en la misma Constitución se encuentre previsto tal presupuesto por el cual el Consejo Técnico está por encima de en ejercicio de su función de las autoridades que la misma Carta Magna ha creado, en este caso de los Tribunales Fiscal, Laborales etc.

Así pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido que al ser nuestro sistema constitucional flexible, permite que las otras funciones del Estado, siempre y cuando constituya una necesidad o se encuentre previsto en la Constitución. Sirve de apoyo a lo expuesto el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE. *La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder. Así, el artículo 109*

constitucional otorga el ejercicio de facultades jurisdiccionales, que son propias del Poder Judicial, a las Cámaras que integran el Congreso de la Unión, en los casos de delitos oficiales cometidos por altos funcionarios de la Federación, y los artículos 29 y 131 de la propia Constitución consagran la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas en los casos y bajo las condiciones previstas en dichos numerales. Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, motu proprio, arrogarse facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita el ejercicio del Supremo Poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los Poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario, en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas, y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de aplicación estricta.

Amparo en revisión 2606/81. Sucesión de Carlos Manuel Huarte Osorio y otro. 22 de octubre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Iñárritu. Volúmenes 115-120, página 65. Amparo en revisión 4277/77. Héctor Mestre Martínez y coagraviados (acumulados). 30 de noviembre de 1978. Cinco votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Séptima Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: 151-156 Tercera Parte Página: 117

Del criterio anterior podemos decir: que al no encontrarse previsto órgano alguno para la aplicación del Reglamento del la Ley del Seguro Social, el legislador al estudiar el proyecto de dicha ley, debió de ajustarla al marco constitucional tomando en consideración únicamente a las autoridades que

tiene origen de la misma para desempeñar a la función jurisdiccional en el sentido estricto de la palabra, es decir, debió encomendar esa tarea a los Tribunales establecidos, en virtud de que el Instituto solo es un organismo descentralizado.

En efecto, el Instituto es un órgano auxiliar del Ejecutivo Federal, pero queda impedido para impartir justicia, salvo en los casos que la misma Ley lo permita. En este orden de ideas, el órgano encargado y previsto por la misma Constitución debiera ser el Tribunal Fiscal de la Federación en virtud, de que estamos hablando de asuntos que implican a la administración y al encontrar su fundamento en el artículo 73 fracción XXIX-H, de nuestra Carta Magna, la cual faculta al Congreso para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, estableciendo sus normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones; razón por la cual queda plenamente legitimada la facultad de éste órgano para conocer los procedimientos internos del Instituto.

Este tipo de garantías, es de gran relevancia en el sistema jurídico mexicano, en virtud de que son los medios por los cuales se les garantiza al gobernado la legalidad de los actos de autoridades judiciales, administrativas y legislativas del Estado Mexicano. Dentro de dichas garantías se encuentran las consagradas en los artículos 14 y 17 Constitucional, las cuales son de gran trascendencia para el presente estudio.

Artículo 14 Constitucional. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de el libertado de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales

previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibida imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho.

En respuesta a lo anterior, podemos decir, que el titular de ésta garantía es por mismo mandato constitucional todo individuo que se encuentre en territorio nacional, aunque por razones de la presente tesis, debemos considerar como titular de la garantía de la audiencia en el caso del derechohabiente del Instituto, al ciudadano mexicano que se encuentre en pleno ejercicio de sus capacidades.

Por otro lado, debemos entender que se ha considerado como un derecho "Todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la del derecho positivo y derecho natural". Ahora bien, nosotros podemos considerar que el derecho no solo comprende el conjunto de normas, sino debe comprender a las instituciones que dimanen de las mismas; así mismo ha quedado precisada por el maestro Burgoa, que los derechos subjetivos considerados en ésta garantía, se han definido como facultades concedidas a las personas por orden jurídico.

Por último, podemos considerar que la palabra derecho impresa por el Constituyente de 1917 en el artículo 14 Constitucional en el capítulo dogmático de nuestra Carta Magna, no lleva la connotación de conjunto de normas jurídicas encargadas de regular la conducta de los individuos, sino que

lleva la idea de respeto para los derechos fundamentales de los ciudadanos y como facultades para el gobernados. es decir, la protección de los principios mínimos a los que todo individuo tiene derecho a disfrutar como lo son la libertad, posesión, vida, propiedad y derechos mínimos del ciudadano.

Para hablar de los Tribunales Previamente Establecidos, el maestro Eduardo Pallares, nos dice que por Tribunal se debe entender: " a) Lugar donde se administra justicia; b) La institución pública integrada por los jueces, magistrados, funcionarios auxiliares y empleados, que como integrantes de un órgano del Estado, tienen la función de administrar justicia.

Aunado a lo anterior, el maestro Juventino V. Castro señala que los tribunales que pueden privar de los derechos: "previamente establecidos no es más que una ratificación de lo dispuesto por el artículo 13 constitucional en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales en este caso el Consejo Técnico, del Instituto Mexicano del Seguro Social. Por lo tanto es una referencia a los tribunales creados no para juzgar un caso o casos concretos, y que desaparecen al llenar las funciones específicas tenidas en cuenta al establecerse, o sea los tribunales judiciales en general o que reciban su competencia de un texto expreso en la Constitución.

Ahora bien podemos concluir que por tribunal debemos entender como el órgano encargado de impartir justicia o los órganos que tengan facultad expresa por la Constitución para impartir justicia, teniendo como característica primordial el ser un órgano imparcial. en donde se presente la controversia, se ofrezcan pruebas y se resuelva con plena jurisdicción en el estricto sentido de la palabra.

Artículo 17 Constitucional Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por sus deudas de carácter puramente civil.

Con lo anterior se puede confirmar, si una persona suscita una controversia ante una autoridad que no tiene el carácter de judiciales, éstas no están capacitadas para resolver una controversia de intereses particulares y prohibir actividades que se dicen son violatorias de derechos de un tercero, pues éste debe ocurrir ante los tribunales judiciales competentes, para hacer valer, aquellos derechos, comprobándolos en los términos y en la forma que determinen las leyes, si no estaríamos en lo contrario a lo que habla la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: " Las autoridades administrativas carecen de facultades para privar de sus posesiones y derechos a los particulares, lo que no puede hacerse sino por la autoridad judicial y en los términos que la Constitución previene" y que " la misma autoridades carecen de facultades para decidir asuntos contenciosos que son de la competencia exclusiva de las autoridades judiciales.

Por ende podemos decir que el Instituto Mexicano del Seguro Social a través del Consejo Técnico viola lo establecido por lo anterior en las garantías que le concede al trabajador inscrito en el Instituto, por lo que en la realidad un reglamento esta por arriba de nuestra Carta Magna, por lo que respecta a éste precepto de nuestra Lex Legum, resulta de vital importancia dentro del estudio del presente tema, en virtud de que el mismo contempla la

Supremacía de la Constitución, por sobre toda norma jurídica establecida dentro y fuera del país acto por el cual las leyes y tratados internacionales deberán ajustarse al texto constitucional y al espíritu del constituyente.

Lo anterior es así, ya que al hablar de una ley Suprema toda norma de conducta debe ajustarse a la misma y no rebasar los principios de la misma, lo cual nos sirve para averiguar si una ley se encuentra dentro del presupuesto constitucional o si ésta pretende rebasar los lineamientos de la Constitución.

CAPITULO CUARTO

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

4.1 LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

La reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, iniciada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, tuvo como es sabido, un marcado y confesado carácter "judicial". Tal reforma constituyó una de las grandes "promesas electorales" del candidato del Partido Revolucionario Institucional a la Presidencia de la República.

Para hablar de la inconstitucionalidad, se puede definir como "una acción o un recurso, la problemática estriba sustancialmente en que, frente a la terminología de "**recurso de inconstitucionalidad**", cabe señalar que no se trata en sentido procesal estricto de un recurso, sino de una acción, por cuanto que dicho instrumento procesal tiene por objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción y no la impugnación de una resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado".³¹ Desde esta perspectiva sería más correcta la terminología mexicana, que en general se habla de una acción de inconstitucionalidad.

En este sentido se reconoce que si el recurso es "aquel mecanismo técnico-jurídico " que sirve para impugnar una resolución judicial, estando legitimados para ello solo aquellos que sean parte de un proceso inicial, es claro que el llamado recurso de inconstitucionalidad no es tal recurso.

³¹ ARTEAGA Nava, Elisur, La Controversia Constitucional, cit., p. 59

Por lo tanto, el instrumento procesal que se comenta es una acción, que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La acción de inconstitucionalidad tiene como característica común en los ordenamientos jurídicos austriaco, italiano, alemán y español por citar solo algunos de los ejemplos más significativos, una legitimidad restringida, porque corresponde no a individuos particulares que actúen en defensa de sus propios intereses, personales y concretos, sino a órganos del Estado en sentido amplio que actúan con carácter de objetivo en defensa de la Constitución.

El legislador mexicano de reforma constitucional no ha seguido exactamente los modelos de legitimación, aunque si ha establecido una legitimación claramente restringida. Como resultado de esto el artículo 105 constitucional limita la legitimación a los efectos de la interposición de la acción de la inconstitucionalidad como lo son las Fracciones de los órganos legislativos, procurador general de la república y los partidos políticos. El único de los legitimados que puede interponer la acción contra toda clase de leyes o tratados internacionales es el Procurador General de la República siendo éste indelegable. Tanto las minorías parlamentarias como, en mayor medida aún, los partidos políticos ven restringido el círculo de normas impugnables.

Artículo 102 constitucional "... El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de ésta Constitución..."³²

La legitimación que se le concede al Procurador General de la República es la más amplia de las contempladas en el artículo 105 por razón

³² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM "Constitución Política Mexicana", (Comentada) Porrúa, México 1997.

del objeto, y por ello que se reconoce para impugnar tanto a las leyes federales como también las estatales y las del Distrito Federal, así como incluso los tratados internacionales.

La legitimación se regula de una forma claramente restrictiva, lo cual resulta, en principio característico, y no sin ciertas excepciones; cualquiera que sea el cuadro de legitimados, la finalidad de éstos solo puede ser la protección de la Constitución y de su vigencia efectiva, pero aparte de su finalidad genérica y última de protección de supremacía constitucional, los principales modelos de legitimación que el derecho comparado nos ofrece son: la protección del reparto constitucional de competencias o del propio ámbito competencial; la protección de las minorías políticas y la protección de los derechos fundamentales.

El 8 de diciembre de 1995 fue aprobada por la cámara de diputados, la reforma a la Ley del Seguro social, entrando en vigor en el año de 1997, y el 19 de abril de 1996 el Senado de la República, la Ley para la constitución de las Administradoras de Fondos de Retiro (AFORES) y las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (SIFORES).

Cabe señalar que dentro de los 53 años de trayectoria del Instituto Mexicano del Seguro Social, por los 10 millones 892 mil cotizantes, por la cobertura que ofrece a 34 millones 427 mil mexicano, por su infraestructura de 1700 unidades médicas y por los dos millones 167 mil pensionados, la reforma que ha aprobado estará delimitado las orientaciones que en corto plazo tomará la seguridad social en México.³³

³³ Dato proporcionado por la Conferencia Interamericana del Seguridad Social, México, enero del 2001.

Uno de los aspectos fundamentales de la reforma es que delimita una distinta articulación entre el mercado y el Estado en el ámbito de la seguridad social. El principal riesgo de la reforma es el poder mantener los principios que dieron origen a la seguridad social, en su connotación de la política social solidaria que persigue la universalidad, equidad, la redistribución y su validez de derecho social.

Esta reforma está expresando no solo problemas de financiamiento y de funcionamiento propio, expresa también las demandas y requerimientos del actual patrón, la necesidad de reorientar los gastos los gastos estatales, de beneficiar e impulsar condiciones encaminadas a incrementar el ahorro interno.

Así como muchas de las medidas de política económica que se han instrumentado tienen el sello del llamado "consenso Washington", así mismo las reformas a la seguridad social se generalizan una vez que los organismos internacionales como el Banco Mundial, dieron a conocer su informe con relación a *Invertir en Salud*, en 1993, *Envejecimiento sin Crisis* en 1994 y *el FMI* los respectivos al ahorro mundial en 1995. Por este énfasis, una de las características y objetivos de las políticas de ajuste y estabilización ha sido el alcanzar y mantener el equilibrio macroeconómico. En la realidad de la crisis económica de México que se presenta desde agosto de 1982 y durante todo el periodo de estancamiento productivo que el país ha afrontado, la disminución del gasto público, de sus gastos corrientes y del gasto social ha sido una constante. En 1997 se tenía un nivel de gasto similar al de 1978 y aunque nuevamente ha crecido desde 1990, en 1994 era equivalente al del año de 1984.

Dicho lo anterior se puede decir que si las cotizaciones de los trabajadores y las cuotas patronales y del Estado forman parte de los ingresos

de la seguridad social, estos se han visto mermados por la caída del salario real y por el desvío de recursos que el Estado ha tenido que realizar para enfrentar sus compromisos externos. Por el lado de los costos de la seguridad social, el comportamiento de la inflación y las devaluaciones han incidido directamente en el incremento de los precios de los insumos y de los servicios que los seguros sociales ofrecen, por encima de la inflación promedio y por su contenido importado.

De esta manera se puede considerar que la debilidad financiera de los seguros sociales tiene una relación directa con lo que está sucediendo en el empleo y por los impactos macroeconómicos derivado de las crisis políticas para superarla; razones suficientes desde la perspectiva del capital para declarar inviable a los sistemas de reparto y orientarse por la individualización de los fondos de los pensionados, encaminados a fortalecer el sistema financiero mediante el ahorro **forzoso** de los trabajadores.

La reformas de la Seguridad Social, se inscriben en el contexto de lo que ha sido en el ámbito mundial, la crítica al Estado benefactor y la adscripción a una política económica orientada a restablecer los equilibrios macroeconómicos principalmente para superar la crisis fiscal. En el texto de la recién aprobada reforma del IMSS, se hace explícito una de las orientaciones básicas de la actual política económica, que es la de articular la política social con la fiscal financiera.

El aspecto nodal que justifica a la reforma es la insuficiencia financiera. Al tenerse una relación de 1 a 10 cotizantes y pensionados se calculó que para el año de 2001 los egresos del seguro de invalidez, vida, cesantía y muerte serían superiores a los ingresos, ante ello se podría recurrir a una reserva que solo alcanzaría para dos años más.

La situación se manifiesta mas grave ya que el rubro de enfermedades y maternidad se ha financiado con recursos provenientes de las pensiones y desde 1973 con los que provienen del pago para guarderías. Ante esta debilidad financiera e inviabilidad a futuro, la reforma del IMSS se orienta por:

Mantener el carácter tripartito de las aportaciones para el seguro:

- De enfermedades y maternidad;
- De invalidez y vida,
- De retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Se mantiene la cuota patronal en la aportación para guardería y aportaciones sociales, así como para los riesgos de trabajo, aunque ésta asume en realidad un carácter bipartito, ya que el otorgamiento de los beneficios de éste seguro serán dados por la Institución Privada que contrate el trabajador, posición que considero un acto de inconstitucionalidad.

Se divide el seguro en invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, en seguro de invalidez y vida y en seguro de retiro cesantía en edad avanzada y vejez. Estos seguros son los que darán contenido al nuevo sistema de pensiones privado, de capitalización individual y de aportes definidos. La capitalización individual ya se estaba introduciendo con las reformas de 1992, que crean el Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR). Con la reforma que se inició en 1997, todas las formas posibles de fondo de pensión de los inscritos en el IMSS adoptan ésta figura.

Como resultado de la reforma de ésta nueva ley, los aportes que se dan para los seguros, representan una prima del 26.5% del salario base de cotización, esta prima en la ley que rige a partir de 1997, será aproximadamente de 29.5%. La prima para el seguro de enfermedades y maternidad que representaba el 12.5% del salario, sube 13.9%. De esto llama la atención un incremento de las aportaciones del gobierno y desgravaciones para empleadores y trabajadores.

La contribución bruta al seguro de salud en el que participa el patrón con el 70% de la prima, el trabajador con el 25% y el Estado con el 5% se modificará, al patrón le corresponderá el 50% de la aportación, al trabajador el 17% y al Estado el 33%, pero en la realidad esta cifras que son parte de un Informe de Gobierno, son nada mas eso cifras en la cual la realidad de una economía tan variada y poco fructífera nos proporciona una seguridad social plena en el desarrollo de una sociedad que pretende ser desarrollada.

Por otro lado también se establece que tanto la pensión como las prestaciones médicas serán otorgadas al haber cumplido 65 años de edad o en caso de cesantía a los 60 años si se ha cotizado en 1250 semanas. En la ley anterior vigente se tenía derecho a la pensión de vejez o cesantía si se había cotizado por 500 semanas o 9.6 años, en la actual se requiere haber cotizado por 24 años. El aporte es tripartito el Estado participa con una cuota social, la prima representa el 8.5% de un salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Con las reformas la posibilidad de un retiro anticipado, solo será posible si antes de los 60 o 65 años, el trabajador tiene en su cuenta individual fondos superiores al 30% de su pensión garantizada, ésta será la que el Estado otorgará a aquellos trabajadores que no alcanzaron una renta

vitalicia y el seguro de sobrevivencia para sus necesidades y que represente un salario mínimo actualizado por el Índice de Precios al consumidor.

Si el trabajador no cotizó durante 1250 semanas pero si acumuló 750 semanas, podrá retirar los fondos acumulados en su cuenta individual (CIR) en una solo exhibición o seguir cotizando hasta cubrir las 1250 y tendrá derecho a las prestaciones médicas y pensión garantizada. Si ha cotizado menos de 750 semanas, retirara su saldo en una solo exhibición no teniendo derecho a las prestaciones médicas.

La prima del seguro de invalidez y vida seguirán representando el 2.5% del salario base de cotización. Tendrá una gestación pública y privada ya que la gestión de la posible pensión será la administradora de fondos con la que se haya contratado.

También aumentarán las semanas de cotización para tener derecho a este seguro. Si la invalidez es completa el trabajador tendrá que haber cotizado durante 250 semanas. Si la invalidez es del 75% se deberá haber completado 150 semanas de cotización. En la ley anterior se necesitaban como mínimo para ambas posibilidades, cotizar durante 150 semanas.

La ley aprobada presenta dos características que puestas en la práctica pudieran ser contradictorias:

Una es de mantener el compromiso de garantizar protección a los trabajadores y procurar bienestar y de alguna forma los representa la disminución de las primeras que los trabajadores aportan para el seguro de enfermedad y maternidad, aunque una de las tendencias previsible que se manifiestan es la carga fiscal que representará un modelo de seguridad

social a otro y los compromisos que puedan representar para el Estado. Sostener dichos beneficios pero frente a este hecho tenemos la aceptación de la participación privada en la administración de las pensiones, lo que introduce los ahorros de los trabajadores a la incertidumbre, el riesgo y la rentabilidad del mercado, los resultados dependerán del nivel de ingresos individual y por lo tanto los esfuerzos y capacidades de cada individuo en un periodo de vida productiva mayor al practicado desde las primeras reglamentaciones de seguridad social y un horizonte que a corto plazo no parece modificar la precariedad laboral.

Es necesario destacar que las reformas no contienen mecanismos reales y a veces tampoco formales, de ampliación a su cobertura. Si todo va bien solucionarán el problema de los trabajadores formales que cada vez son menos. La ruptura de los mecanismos de solidaridad generacional e integracional, inhiben la ampliación por este mecanismo, que ha sido utilizado en el pasado de México. La posibilidad de la ampliación quedaría sujeta al financiamiento estatal o a la cotización voluntaria de los trabajadores por cuenta propia, pero éste mecanismo está dirigido en la práctica a un grupo de habitantes y trabajadores que por regla general son parte de la población pobre y por lo tanto, difícilmente pagará cotizaciones de manera regular y por el tiempo necesario

La constitucionalidad de la ley del Seguro Social se encuentra en un entredicho ya que desde el momento en que la fracción XXIX del artículo 123 apartado "A" de nuestra Carta Magna, prevé a la Ley del Seguro Social como ordenamiento de utilidad pública, es decir, la seguridad social es un servicio público que debe ser proporcionado por el Estado.

4.2 EL PODER JUDICIAL FEDERAL COMO ENCARGADO DE RESOLVER SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

Como es sabido, el control de la Constitucionalidad puede adoptar hoy una multiplicidad de formas, por una parte, en algunos sistemas de control concentrado de la constitucionalidad se han insertado elementos de algún modo difusos, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, introducida en los ordenamientos alemán, belga y español, y que supone que el juez o tribunal que ha de aplicar al caso de que esté conociendo una ley que estime inconstitucional, ha de suspender el procedimiento y remitir la cuestión al Tribunal Constitucional, para que sea éste el que se pronuncie, con carácter vinculante, sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada.

En otros sistemas con un control concentrado de constitucionalidad se admite una legitimación popular, al margen de todo interés concreto, para impugnar directamente ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una determinada ley. En algunas ocasiones y es el caso de Colombia o México, el control abstracto de un órgano supremo (Corte de Constitucionalidad Colombiana o Suprema Corte de Justicia Mexicana) se combina con la facultad del juez desaplicar directamente en el caso concreto una ley que estime inconstitucional. Son los llamados sistemas mixtos de control de la constitucionalidad.³⁴

Un importante elemento de convergencia es también la eficacia general que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos en los sistemas de control difuso de la constitucionalidad en virtud del principio *stare decisis*, que rige en los países de tradición anglosajona y que lleva, no al simple efecto de desaplicación de la ley en el caso concreto pero con posibilidad de aplicación de otros casos sino a lo que conduce es a que la ley,

³⁴ Ibidem p.79

aunque permanezca todavía. En otros países con control difuso – concretamente en los de tradición de derecho romano- esa unificación de ha logrado por medio de otros correctivos mas o menos parecidos (la obligatoriedad del precedente con respecto al amparo en México; o el recurso extraordinario de inconstitucionalidad en Argentina y Brasil, por ejemplo.

El artículo 105 fracción II de la Constitución Política de Los Estado Unidos Mexicanos, atribuye tras la reforma de 1994, al más alto órgano constitucional de la nación la competencia para conocer de cualquier posible contradicción entre una norma de carácter general y la propia constitución, estableciéndose originariamente una única excepción: en materia electoral, si bien en una nueva y reciente reforma constitucional de 22 de agosto de 1996, después de una amplia y fundada polémica en que llego a intervenir la Suprema Corte en una actuación acaso poco afortunada, ha eliminado tal excepción y ha regulado de manera frontal la posibilidad de impugnar las leyes o disposiciones generales de naturaleza electoral.

Es el conocimiento de *la acción de inconstitucionalidad una competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues si no* |2o dice así el artículo 105 constitucional, *si que lo proclama de manera expresa el artículo 104 constitucional, cuando, al determinar las competencias de los tribunales de la Federación; establece entre ellas en su fracción IV, “ las acciones a que se refiere el artículo 105”, que no son otras que las acciones de inconstitucionalidad y que serán de conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” (artículo 103 fracción IV constitucional) bien es cierto que sólo “ en los términos que señale la ley reglamentaria” (artículo 105 constitucional), previsión ésta última que, en todo caso, y como resulta obvio, no puede ser interpretada ni mucho menos como una remisión en blanco al legislador. Esta atribución del conocimiento de la acción de la inconstitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en exclusiva*

no significa que se atribuya a un único tribunal el denominado, por la doctrina germana. "monopolio de rechazo" que corresponde en un control normativo abstracto. de tal modo que la Suprema Corte, y solo ella pueda declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Lejos de ello, todos los jueces y tribunales de la Federación (civiles, penales, contenciosos-administrativos y laborales), y la propia Suprema Corte entre ellos, siguen siendo competentes, no para declarar la inconstitucionalidad, pero si para inaplicarles al caso concreto, cuando estimen que son inconstitucionales.

Como ya señalé, por medio de las controversias constitucionales puede plantarse ante la Suprema Corte la constitucionalidad de las normas generales y obtenerse una declaración general de inconstitucionalidad de las mismas, lo que también plantea un problema de articulación de esta vía con la acción de inconstitucionalidad, a fin de evitar sentencias contradictorias.

En otro orden de ideas, puede decirse que la controversia constitucional exige para que pueda ser planteada respecto de normas generales, la existencia de un conflicto jurídico, concreto y real, entre órganos constitucionales o niveles de gobierno, a diferencia con lo que ocurre con las acciones de inconstitucionalidad. El plazo, sin embargo para plantear la inconstitucionalidad de las normas generales por medio de la controversia no coincide con el que rige para las acciones de inconstitucionalidad ya que es un plazo de treinta días a contar bien desde la publicación de la norma y en esto coincide con el que rige para las acciones de inconstitucionalidad, bien desde que se haya producido el primer acto de aplicación de la norma.

Así mismo, en las controversias constitucionales, cuando se haya impugnado la constitucionalidad de las leyes federales por un Estado, no se exige para declara su inconstitucionalidad una mayoría reforzada en el seno de

la Suprema Corte, sino basta con la mayoría simple, lo que contrasta fuertemente con la exigencia de una mayoría de ocho votos que se exige, todos los casos, en los procesos iniciados por la acción de inconstitucionalidad, así como también en las propias controversias constitucionales cuando las normas impugnadas no sean de carácter federal.

La introducción de la reforma constitucional de 1994 de una nueva vía de control de constitucionalidad que consiste en el control abstracto de que conoce directamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que se caracteriza por la eficacia general de las declaraciones de inconstitucionalidad a que eventualmente puede dar lugar, plantea un problema de coordinación con la vía tradicional hasta ahora de control de constitucionalidad en México, que la reforma mantiene y que consiste en un control incidental por vía de amparo a cargo de cualquier juez o tribunal federal, sistema éste último que se caracteriza además, conforme a la aludida "fórmula Otero", por la eficacia limitada a las partes que intervienen en el litigio de que en cada caso se trate.

Esta articulación entre estos dos sistemas, tan diversos en su estructura, de control de la constitucionalidad ha tratado de lograrse por una parte, por medio de una doble competencia que permite a la Suprema Corte pronunciarse respecto a los amparos contra leyes por la vía de recurso, con lo cual se evitan incongruencias entre la jurisprudencia que pueda sentarse por la vía de acción de la inconstitucionalidad y la establecida por la vía de amparo; y, por otra parte, esa coordinación se logra sobre todo por medio de la suspensión de los juicios de amparo contra leyes que versen sobre las mismas normas que una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolverse.

Por un lado se prevé un recurso de revisión contra las sentencias pronunciadas en audiencia constitucional por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito cuando subsista en el recurso el problema de

constitucionalidad de normas generales, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado una ley federal, local o del Distrito Federal, o un tratado internacional, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 10 fracción II LOPJF.

En el recurso de revisión (apelación en realidad) contra las sentencias que, en amparo directo, se pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, o del Distrito Federal o de un tratado internacional, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos la materia del recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

Dentro de las facultades de la Suprema Corte de Justicia de La Nación, a solicitud de alguno de sus integrantes, para acordar, mediante acuerdos generales, el emplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella y que tengan por objeto la impugnación de la constitucionalidad de las mismas normas que las que son objeto de una acción de inconstitucionalidad ya planteada ante la Suprema Corte de Justicia. La suspensión se producirá hasta que se resuelva la acción de inconstitucionalidad, estableciéndose adicionalmente y de manera expresa que no correrá el plazo de caducidad previsto en la propia ley de amparo. Se trata de éste modo, de salvar la congruencia de las decisiones de la Corte, dándose prioridad lógicamente a la sentencia a pronunciar en la acción de inconstitucionalidad, siendo después resueltos los amparos planteados contra las mismas normas y ello, naturalmente en el mismo sentido en que se hizo en el proceso de control normativo iniciado por la acción de inconstitucionalidad.

Como lo comenta Fix- Fierro, *“La reforma de 1994 no está completa si no se modifica bien a fondo el instrumento más tradicional de*

*defensa de la constitucionalidad, que es el amparo. En particular, por diversas razones entre ellas la más importante de la igualdad, es necesario que en el amparo contra leyes exista la posibilidad de la declaración general de inconstitucionalidad, reclamada por la doctrina desde hace tiempo...".*³⁶

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL ESTAR FACULTADA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN V, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIÓNES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA DECLARAR LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES O ACTOS COMBATIDOS, TAMBIÉN PUEDE DECLARAR SU INAPLICABILIDAD TEMPORAL. En virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad, está facultada para declarar la validez o invalidez de las normas o actos impugnados y, en su caso, para decretar la absolución o condena respectivas, por mayoría de razón, cuando el caso así lo amerite, debe considerarse que también tiene facultades para declarar la inaplicabilidad para un determinado proceso electoral, de las disposiciones impugnadas que se consideren contrarias a la Constitución Federal, en el supuesto de que haya resultado fundada la acción de inconstitucionalidad intentada en contra del decreto que reforma diversas disposiciones de alguna ley electoral dada su extemporaneidad. Ahora bien, en atención al espíritu del artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal que exige la oportunidad de la reforma en materia electoral, para que previamente y durante el proceso electoral respectivo no se presenten reformas fundamentales, es de concluirse que el motivo de inconstitucionalidad sólo se actualiza para efectos del proceso electoral inmediato, por lo que, en tales condiciones, no existe impedimento, por razón de temporalidad, para que dichas reformas puedan aplicarse o cobren vigencia para ulteriores procesos electorales; entonces, al tratarse de un vicio que no destruye la ley reformada materia de impugnación en la presente vía

³⁶ FIX Fierro, Héctor, Derecho Constitucional, México Porrúa, 1998.

constitucional, únicamente procede declarar su inaplicabilidad para el siguiente proceso electoral.

Acción de inconstitucionalidad 9/99 y su acumulada 10/99. Partido Revolucionario Institucional y la minoría de Diputados de la Sexagésima Octava Legislatura Constitucional del Congreso del Estado de Nuevo León. 7 de octubre de 1999. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, José Vicente Aguinaco Alemán y Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretarios: Osmar Armando Cruz Quiroz y Pedro Alberto Nava Malagón. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI. Abril de 2000 Tesis: P./J. 41/2000, Página: 546. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de marzo en curso, aprobó, con el número 41/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintisiete de marzo de dos mil.

La especialización progresiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en cuestiones de relevancia constitucional parece llegar en su punto culminante con la reforma constitucional de diciembre de 1994 (completada a su vez en la reforma de agosto de 1996, que atribuye a dicho tribunal de competencia prototípicas de tribunal constitucional: la acción de la inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reúne casi todos los elementos positivos distintos de un tribunal constitucional, y particularmente tiene todas las competencias más características y atribuciones lo que lo hacer estudiar la legalidad; pero olvidando la trascendencia política especial que pueda justificar su conocimiento un órgano de la constitucionalidad de la norma.

De lo anterior se deduce, que se puede reconocer que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los últimos años se halla más cerca de ser un tribunal constitucional, es decir, es más un órgano jurisdiccional de la constitucionalidad que un tribunal de naturaleza casional. Por ello, es

perfectamente posible que llegue a desarrollar una función análoga a la de un tribunal constitucional, aún sin serlo en sentido estricto.

La naturaleza de la acción de la inconstitucionalidad instaurada por la reforma constitucional de 1994, es la de acción y no la de un recurso, esto es, dicha acción en la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de la constitucionalidad de las leyes *en abstracto, es decir que se aboca al conocimiento de la constitucionalidad en el vacío, esto es, un conocimiento desligado de la realidad y de todo caso en concreto.*

Esto da como resultado un contraste con el modo en que cualquier juez o tribunal federal mexicano conoce de la constitucionalidad de las leyes, que es un conocimiento íntimamente ligado y condicionado, por la dialéctica del caso concreto y particular que desde luego se limitarán los efectos de cualquier eventual resolución, mientras que en el caso de la acción de inconstitucionalidad, los efectos son generales y afectan por ello, a la validez de la misma ley sujeta a examen y en principio a cada uno de los casos particulares a los que esa ley pudiera eventualmente aplicarse.

Si en la actualidad el tribunal supiera cumplir su misión dignamente sin excederse, ni quedarse tampoco corto en el ejercicio de sus atribuciones de control de la constitucionalidad de las leyes, habrá de tocarle sin duda el de desempeñar la constitucionalidad de las leyes, pero con una idea de integración, especialmente mediante la protección de las minorías y la resolución de conflictos de las instituciones que de una u otra forman parte de una sociedad que en su mayoría es parte de un pluralismo político.

Esta facultad de la Corte al asentamiento y consolidación de la democracia de un país, por medio de la salvaguarda de la supremacía constitucional y la aceptación, aunque sea "obligada", por las partes políticas y

procesalmente contendientes de la resolución de la Suprema Corte, algo más que teoría es una realidad en el derecho mexicano.

4.3 RECURSO DE INCONFORMIDAD

En todo estado de derecho las autoridades deben ajustar sus actos a las disposiciones legales que lo rigen. En el orden administrativo es bien sabido que las autoridades únicamente pueden hacer lo que la ley les permite. En realidad las autoridades administrativas, algunas veces por error o por deficiencia emiten actos que lesionan los derechos del individuo, o no son acordes con los intereses de los gobernados; surge entonces la necesidad de la existencia de medios correctores de estos actos de autoridad, bien sea por la propia autoridad que dictó el acto o por una autoridad superior a ella. En el primer caso se habla de un autocontrol o auto tutela de la administración pública, en el segundo de un control por las autoridades diversas.

En los dos casos anteriores está presente la idea de un medio rector de los actos de autoridad, el cual se conoce con el nombre de recurso, así podría decirse que el recurso administrativo es un medio legal de que dispone el particular afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo, para obtener de la autoridad una revisión del propio acto a fin de que sea revocado, anulado, modificado o confirmado, en su caso, en los términos legales correspondientes.

Desde la primera ley de 1943, se estableció el recurso de inconformidad como medio de control de la legalidad de los actos del Instituto. Conforme a lo anterior con fecha 30 de junio de 1997, el Ejecutivo Federal emitió el Reglamento del Recurso de Inconformidad, en éste se define el ámbito de competencia, los requisitos que debe reunir el escrito correspondiente, los documentos que deberá de llevar y los tiempos de interposición y la forma de

notificación; además regula la forma de interposición del recurso de revocación, la suspensión del procedimiento administrativo, de ejecución y la forma en que serán cubiertas las suplencias de los órganos encargados de la tramitación de éste recurso.

El recurso de inconformidad reformado el 28 de noviembre del año 2000, responde a los imperativos señalados y así en el artículo 294 de la Ley del Seguro Social, se establece un recurso para los patrones, los asegurados o sus beneficiarios consideren que algún acto definitivo del Instituto afecte sus intereses jurídicos, acudiendo a la inconformidad ante el H. Consejo Técnico del propio Instituto, en los términos reglamentarios correspondientes.

El recurso de Inconformidad señalado en el artículo 294 de la Ley del Seguro Social, se tramitará conforme a las disposiciones del reglamento y a falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal del Trabajo; el Código Federal de Procedimientos Civiles o el derecho común, siempre que las disposiciones de dichos ordenamientos no contravengan la Ley del Seguro Social vigente.

En la Ley del Seguro Social en vigor se establece el recurso de inconformidad en su artículo 294 en los siguientes términos:

Artículo 294 Ley del Seguro Social *“Cuando los patrones y demás sujetos obligados, así como los asegurados o sus beneficiarios consideren impugnabile algún acto definitivo del Instituto, acudirán en inconformidad, en forma y términos que establezca el reglamento, ante los consejos consultivos delegacionales, los que resolverán lo procedente.*

Las resoluciones, acuerdos o liquidaciones del Instituto que no hubiesen sido impugnados en forma y términos que señale el reglamento correspondiente, se entenderán consentidos."

Puede afirmarse que actualmente el recurso de inconformidad es un medio legal que disponen los patronos y demás sujetos obligados, los asegurados y sus beneficiarios para impugnar actos definitivos del Instituto que afectan sus intereses jurídicos.

Como presupuestos del recurso de inconformidad se considera que en un principio como requisito previo, es necesaria la existencia de un acto del Instituto, tomado en el mismo sentido amplio; que el propio acto lesione los derechos de los particulares patronos y demás sujetos obligados, asegurados y beneficiarios o bien que nea acorde con sus intereses y que el citado acto tenga carácter de definitivo, esto es que de oficio no sea ya revisable por alguna autoridad del Instituto, para que en su caso pueda ser modificado.

El recurso de inconformidad deberá presentarse ante al H. Consejo Técnico del Instituto por disponerlo así el artículo de la Ley del Seguro Social en vigor. La presentación podrá hacerse directamente o por conducto de las agencias de correos. El plazo para la interposición del recurso es de quince días hábiles contados a partir del siguiente día que se hubiese notificado la determinación impugnada.

Artículo 295 Ley del Seguro Social. ***Las controversias entre asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que esta Ley otorga, podrán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, debiéndose agotar previamente el recurso de inconformidad.***

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje será la autoridad competente para conocer los conflictos entre el Instituto y los asegurados, ya que al analizar la Ley Federal del Trabajo no se asigna una competencia similar, por la que ésta es la única fuente legal que otorga dicha competencia desde la Ley de 1943, a este órgano jurisdiccional. El recurso de inconformidad puede resolverse bajo la estimación por lo menos del cincuenta por ciento de una manera administrativa, es decir, sin la necesidad de recurrir a la autoridad laboral.

El Poder Judicial de la Federación que ha conocido de ésta controversia se ha pronunciado en dos sentidos:

"El Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito estableció que era obligatorio agotar el recurso de inconformidad conforme a lo dispuesto en el artículo en comento, antes de ocurrir ante la Junta de Conciliación y Arbitraje a dirimir controversias relacionadas con aspectos de seguridad social. El Noveno Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo consideró que ninguna disposición legal como la comentada, autoriza a las Juntas de Conciliación y Arbitraje a calificar la procedencia de una acción al desechar o admitir la demanda laboral, lo que significa la Junta debe admitir la demanda contra una resolución que niegue, otorgue o modifique una prestación de seguridad social, sin que previamente se agote el recurso de inconformidad.

Con lo anterior se puede observar una contradicción de tesis ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; que a la fecha no a sido resuelta, por lo que también se observa que ésta discusión de constitucionalidad de la necesaria interposición del recurso de inconformidad antes de recurrir ante la autoridad laboral perjudica al asegurado o sus beneficiarios, puesto que retarda el reconocimientos de sus derechos y así pierden el derecho que les proporciona la Ley Federal del Trabajo.

El recurso de inconformidad a que se refiere la Ley del Seguro Social, participa de todos los atributos de los recursos administrativos, de esto se puede afirmar que en el caso del que se trate de un procedimiento, de naturaleza diversa a lo que en México se conoce como un juicio, pues no existen partes en el procedimiento ni litigio a resolver, ya que se trata solamente que una autoridad superior del Instituto, diferente del organismo que emitió la resolución o emitió el acto.

Los actos que puedan ser objeto de impugnación y que señala el precepto analizado son las resoluciones, acuerdos o liquidaciones del Instituto ya sea de naturaleza fiscal o de seguridad social. El precepto en comento dispone que el recurso de inconformidad deberá presentarse ante los Consejos Consultivos Delegacionales.

Se le considera recurso administrativo la denominación que la ley da a los procedimientos de impugnación de los actos administrativos, que en éste caso son los emitidos por el Instituto, a fin de que los administrados defiendan sus derechos o intereses jurídicos ante la administración generadora de los actos impugnados; siempre deben estar previstos por la ley, no pueden en consecuencia tener ese carácter las secuelas o prácticas de instancias que se presenten y tramiten ante las autoridades administrativas si aquella no las autoriza como medios de impugnación.

Los actos recurribles son los definitivos consistente en resoluciones y liquidaciones que emitan las autoridades institucionales. Las facultades del secretario del Consejo Consultivo Delegacional, son las de admitir el recurso, suspender el recurso administrativo de ejecución, certificar constancias y autorizar las notificaciones correspondientes.

El Secretario General del Instituto, en los asuntos que deberá conocer el Consejo Técnico, gozará de las mismas facultades que en materia de tramitación del recurso tiene conferidas al secretario del consejo.

El plazo para la interposición del recurso es de quince días contados a partir de la fecha en que surta efecto la notificación de la resolución recurrida.

Artículo 6 del reglamento. **El recurso de inconformidad se interpondrá dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación del acto definitivo que se impugne.**

Uno de los problemas más intrincados que le toca resolver a la teoría del derecho administrativo, es el relativo de la justicia administrativa. En éste como en otros tantos casos, la realidad y las necesidades prácticas van creando determinadas instituciones, viniendo "a posteriori", su justificación teórica. De cualquier manera que sea, la presencia dentro del poder administrativo de los tribunales independientes que tienen por objeto la materia administrativa, no puede menos que interpretarse, "como un voto de confianza a la justicia y de desconfianza a la administración"; la nota característica de la justicia administrativa es la fiscalización de los actos administrativos; se trata de que la administración recibe sentada lo que antes realizó de pié, ha todo esto nos podemos preguntar si justicia administrativa es justicia o es administración o es una mezcal de ambas; en realidad y desde el punto de vista material. la justicia administrativa es una rama de la justicia que tiene por objeto actos de la administración. La justicia administrativa es tan justicia como puede hacerlo la penal o la civil tratándose solo de diferentes ramas que provienen del mismo tronco.

Por otro lado podemos decir que como lo afirma el maestro Margáin Manautou; "todo acto de molestia de autoridad administrativa debe encontrar respaldo en la Constitución y le hallará si el ordenamiento secundario en que se apoya no contrarie a su vez a ella"³⁷

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Debe asentarse que la autoridad administrativa carece de facultades constitucionales para privar de sus posesiones o derechos a los particulares, lo que no puede hacerse sino por la autoridad judicial, como se sostiene en la tesis de jurisprudencia número 27, visible en la página 46, tercera parte, de la compilación de 1965, y es suficiente el anterior criterio, para que sin entrar en mayores consideraciones, se estimen violatorios de los artículos 14 y 16 constitucionales, los actos que se reclamaron, en mérito de lo cual procede revocar el fallo recurrido y conceder al quejoso el amparo solicitado.

Séptima Época Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: 1 Sexta Parte página: 27 TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo en revisión 8/68. Principal administrativo. David Garibay. 24 de enero de 1969. Tres votos. Ponente: Ángel Suárez Torres.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Carecen de facultades para privar de sus posesiones o derechos, a los particulares, lo que no puede hacerse sino por la autoridad judicial y en los términos que la Constitución previene.

Amparo administrativo en revisión. Landino Crispiniano. 6 de junio de 1919. Unanimidad de once votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: IV Página: 1119 Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: IV Página: 1119

³⁷ MARGAIN Manautou, Emilio, Introducción al Estudio al Derecho Administrativo Mexicano, Segunda Edición, Porrúa, México, 1997, p. 286.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Carecen de facultades para privar de sus posesiones o derechos a un particular, lo que sólo puede hacerse por los tribunales previamente establecidos, mediante el juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes aplicables al caso; pero nunca por virtud de un simple acuerdo administrativo.

Amparo administrativo en revisión. Ortiz Rubio Pascual. 22 de septiembre de 1921. Unanimidad de ocho votos. Los Ministros Ignacio Noris, Agustín Urdapilleta y Enrique Moreno, no intervinieron en este negocio, por las razones que se expresan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: IV Página: 1119

De lo anterior se deduce que se vulneró el espíritu del Constituyente, la haberse dado facultades al Instituto Mexicano del Seguro Social, para que imparta justicia; saliendo así de la idea que ésta solo es un órgano auxiliar del ejecutivo, y que éste ha violado la esfera del Poder Judicial esto por no haber sido señalado como caso de excepción dentro del mismo marco constitucional. Así pues el artículo 113 constitucional que ya ha sido analizado, no contempla la autoridad para la aplicación de la Ley de Inconformidad, acto por lo cual el legislador debió hacerse ceñido al texto constitucional al decretar dicha ley y otorgarle dicha facultad al Tribunal Fiscal o en su caso a la Junta de Conciliación y Arbitraje previsto por la misma Carta Magna y no como lo hizo de manera arbitraria al facultar al Instituto Mexicano del Seguro Social, para la impartición de justicia, careciendo el Consejo Consultivo Delegacional del jurisdicción judicial.

4.4 LA INEQUIDAD DEL SEGURO SOCIAL.

Aunque mucho se ha polemizado acerca de que si la equidad es un término jurídico o económico, lo cierto es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha hecho eco de decir que "... la equidad exige que se respete el principio de igualdad, determinando que es norma de equidad; los que se encuentran obligados a determinada situación, y los que se hallen dentro de lo establecido por la ley.

Definiendo la equidad, en relación con las necesidades como la capacidad para compartir los beneficios y las responsabilidades de una sociedad de manera proporcional a las necesidades y las capacidades de la población, dando igual a los que tienen las mismas capacidades y necesidades.

Entre las características más significativas del Seguro social destaca el que a través de su actuación el de procurar una reducción de las desigualdades mediante una redistribución de ingreso nacional de unos sectores socioeconómicos a otros. El análisis de operaciones del IMSS permite apreciar que éste promueva una redistribución que opera en las siguientes modalidades: de los patrones y el sector público hacia los trabajadores; de los trabajadores de mayores ingresos hacia de los menores ingresos; de la generación presente para con las futuras y para con las que ya han cumplido con la sociedad entregando su capacidad creadora, y de la población trabajadora para con los grupos marginados.

Por lo que hace a la primera modalidad, cabe señalar que en un país como el nuestro, en el que existe una amplia gama de variación de distribución del ingreso, reviste una importancia señalada en el que a través del régimen tripartito de financiamiento del seguro social, se efectúe una

redistribución de los patrones y del sector público hacia las clases trabajadoras aseguradas.

En segundo término los trabajadores con mayores ingresos cotizan en mayor proporción que los de menores percepciones. Esta clase de modificaciones a la estructura de distribución se efectúa mediante el sistema de contribuciones al régimen de seguridad social, en proporción al grupo de salario. Como resultado de los anterior, las categorías de menores ingresos obtienen servicios cuyos costos son mayores que el monto de su propia contribución. Por ello se ha dicho que en Seguro Social cada quién aporta según sus posibilidades y cada quién recibe según sus necesidades.

Con el propósito de extender los servicios de seguridad social a mayor número de mexicanos, ampliar su órbita protectora a nuevas circunscripciones territoriales, cubrir un mayor número de contingencias y mejorar la cobertura de las ya existentes, la nueva Ley del Seguro Social, busca sentar las bases para que el IMSS supere la delicada situación financiera que afronta. En la exposición de motivos se señala respecto de la invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte enfrenta serios problemas de desfinanciamiento. Debido a que la trayectoria institucional de cinco décadas se han efectuado transferencias de recursos entre los distintos ramos de aseguramiento, muy especialmente de los ramos de invalidez y vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, el cual ha operado prácticamente desde su inicio con un déficit financiero.

Se precisa que además de la preocupante situación financiera del ramo, el actual sistema de pensiones presenta elementos de inequidad. Así como nos encontramos en la peor de las circunstancias: un sistema inviable financieramente que no ha otorgado pensiones dignas y que por sí mismo es

incapaz de garantizar las prestaciones que por Ley tiene derecho los pensionados y cotizantes actuales.

Asimismo se destaca que la inflación ha repercutido negativamente en el monto de las pensiones, ya que éstas se calculan con base en el promedio de los salarios nominales de los últimos cinco años. Aunque un trabajador haya mantenido el mismo nivel de salario real en este periodo laboral, obviamente, su salario nominal de cinco años antes será mucho menor que el último que percibió, por lo que el salario promedio para estimar la pensión es menor del que realmente percibía en dichos años. Como resultado, en 1995 noventa por ciento de los pensionados recibían la cuantía mínima, por lo que éste sistema no ha retribuido equitativamente a los trabajadores.

También se afirma que en el ramo de los trabajadores que en el ramo de enfermedades y maternidad, en Instituto a enfrentado crónicamente una insuficiencia financiera desde su creación, en 1993 ya que a partir de entonteces su cuota fue calculada solo para dar protección al trabajador aunque una decisión favorable para la seguridad social, desde un principio se protegió a los familiares directos creándose un desfinanciamiento, lo cual ha sido cubierto por los remantes de ICBM, y de guarderías.

En la exposición de motivos señala que otro piso de inequidad en el ramo de enfermedades y maternidad son los esquemas modificados de aseguramiento que han permitido el incorporamiento tales de trabajadores estacionales del campo; miembros de sociedades locales de crédito ejidal; productores de caña y de azúcar y sus trabajadores; henequeneros del estado de Yucatán, tabacaleros, algodoneros de la Comarca Lagunera; cafeticultores; billeteros de la lotería; candelilleros etc.

No obstante por su condición irregular ninguno de ellos cuenta con bases de financiamiento que los haga autofinanciales. También se señala que ha iniciado en éste espacio la disminución proporcional de las enfermedades infecciosas, en tanto las enfermedades crónicas degenerativas, características de las sociedades más avanzadas, aumentan. Esta situación trae como consecuencia el brindar servicios y garantizar los recursos financieros y materiales para ser frente a las necesidades cambiantes de la atención médica.

En relación con esta materia en la exposición de motivos señala que se debe tener presente que las contribuciones y la cobertura de la seguridad social están directamente vinculadas a la situación de empleo y salarios. Cuando disminuye el empleo formal se reduce la cobertura y bajan los ingresos del Instituto, la recaudación al estar ligada a los salarios y no al costo de los servicios depende de la evolución de éstos por lo que en épocas en que los salarios no crecen en términos reales los ingresos institucionales disminuyen y en esos tiempos de adversidad cuando la demanda de servicios aumenta. Es por ello que se puede decir que a través de la nueva ley del Seguro Social, no encuentra las bases en que el IMSS se supere esta delicada situación que en cuenta y brinde protección, elevar la calidad de sus servicios, ampliar su cobertura y mejorar las condiciones en que se otorgan las prestaciones.

Como he argumentado el propósito del gobierno para reformar el sistema de pensiones se refiere a la necesidad de aumentar el ahorro interno para depender menos del ahorro externo y sostener un crecimiento económico aparentemente sano. Este argumento sin embargo, no ha sido el más importante que han esgrimido los organismos internacionales o los países que han ensayado una reforma similar. En efecto tanto el Banco Mundial como el gobierno de Chile por ejemplo, fundaron éstas reformas sobre las bases de una

razón distinta: la inviabilidad financiera de los sistemas de pensiones basados en un esquema de reparto dada debilidad económica de los Estados y el cambio progresivo de la pirámide de edades. Es decir, la reforma apunta hacia cambios de mediano y sobretodo de largo plazo.

Las razones del gobierno mexicano son confusas en primer lugar porque se ha hablado muy poco del tema principal: la seguridad social y las pensiones futuras de los trabajadores mexicanos. Argumentar, que en el corto plazo la economía mexicana encontrará gracias a esta reforma una salida a sus problemas o que los trabajadores conocerán de inmediato sus beneficios, no tiene ningún asidero en la realidad ni tampoco en la experiencia de otros países o en la teoría del Banco Mundial. El sistema de pensiones en el mejor de los casos, tendrá éxito solo si cambiaran previamente las condiciones y políticas económicas.

Para mejorar lo anterior se necesita una dinámica de crecimiento y una mejor distribución del ingresos podría elevar las tasas de ahorro interno. Al mismo tiempo, un crecimiento sostenido del producto, el empleo y los salarios serían el mejor soporte para estimular ese crecimiento del ahorro y entonces si, para que éste financie la inversión productiva de los trabajadores activos. El tratar de cambiar el esquema es equivocar el camino y poner en riesgo la viabilidad del nuevo sistema. Así por ejemplo, si continúa el deterioro económico y la inestabilidad financiera, habrá un alto riesgo para inversión del ahorro forzoso de los trabajadores manejado ahora por las afores y siefore.

Peor aún, este sistema se convertiría en un factor adicional de inestabilidad, pues si éstos intermediarios no pueden garantizar éstos rendimientos para el pago de las pensiones, se fomentaría la especulación las inversiones riesgosas y en última instancia aumentaría el sacrificio fiscal del Estado, el cual tendría que garantizar la pensión mínima establecida por la ley.

CONCLUSIONES

Como resultado de éste trabajo de investigación se da a conocer la inconstitucionalidad de la Ley del Seguro Social, por lo que se puede llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Se puede apreciar que la legalidad dentro de la Ley del Seguro Social, se regula en forma restrictiva, lo cual como resultado de su estudio, se llega a la conclusión que es un principio característico de la totalidad de la ley, ya que cualquiera que sea el cuadro de legitimados que ésta protege, no se puede dejar de tomar en cuenta la protección que otorga la Constitución como Ley Fundamental y su vigencia efectiva.

SEGUNDA. Dentro del cambio que se puede apreciar de la ley del Seguridad Social de 1973 a la reforma de 1995, no contienen mecanismos reales y a veces tampoco formales, de aplicación de la cobertura. Si todo va bien “resolverán” el problema de los trabajadores formales, que en esta actualidad son menos.

TERCERA. La posibilidad de ampliación para que más trabajadores obtengan Seguro Social queda sujeta al financiamiento estatal, (pensiones asistenciales) o a la cotización voluntaria por los trabajadores por cuenta propia; pero en la práctica esta reforma va dirigido a un grupo de habitantes y trabajadores que por regla general son parte de la población más pobre de nuestro país y por lo tanto difícilmente pagarán cotizaciones de manera regular y un tiempo necesario.

CUARTA. En la actual ley, se puede apreciar que no existen, programas que den una eficaz cobertura, a un corto o largo plazo, ni garantía que mejoren las pensiones. La mejoría requiere de componentes para poder

ocurrir; crecimiento rápido y sostenido de la economía que eleve los salarios reales y que el trabajador cotice regularmente y por mas de 35 años.

QUINTA. Cabe señalar que las pensiones al trabajador y beneficiarios por virtud de un riesgo de trabajo no las pagará el IMSS, sino un empresa aseguradora con cargo a los fondos que tenga el trabajador en su cuenta individual de retiro, cesantía y vejez. El trabajador comprará de la empresa aseguradora un seguro para su pensión y uno de sobrevivencia para el pago de sus beneficiarios, por lo que llevo a la conclusión que es inconstitucional por ir en contra de la legalidad, pues resulta que en lugar de que el patrón cubra al IMSS la prima suficiente para que llegado el caso el Instituto responda y supla al patrón de sus responsabilidades por el riesgo de trabajo acaecido, será el propio trabajador con su dinero que ha juntado para su protección en caso de retiro, cesantía y vejez quién se "auto pague", respondiendo de un riesgo que es responsabilidad del patrón y del IMSS, violando lo establecido por el artículo 70 de la nueva Ley del Seguro Social.

SEXTA. En la actualidad, el evitar la interferencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y la del Tribunal Fiscal, con el fin de que los conflictos entre los trabajadores y beneficiarios con el Instituto Mexicano del Seguro Social y de éste con los patrones, se estudien y diriman en un Tribunal Especial de Seguridad Social ya que el Instituto Mexicano del Seguro Social, solo es un órgano auxiliar; que si bien es cierto que tiene jurisdicción que le otorgan sus propias leyes, también es cierto que carece de una jurisdicción judicial, esto quiere decir, que para ser privado de las prerrogativas que otorga el propio Instituto a través de sus ordenamientos, se requiere que en la misma Constitución se encuentre previsto tal presupuesto por el cual el Consejo Técnico está por encima del ejercicio de su función de las autoridades que la misma Carta Magna ha creado, en este caso de los Tribunales Fiscal, Laborales etc.

SÉPTIMA. El objeto de la acción de inconstitucionalidad está íntimamente ligado a la legitimación, pues sólo uno de los órganos legitimados el Procurador General, puede impugnar leyes tanto de la Federación como la de los estados, la naturaleza jurídica del Instituto Mexicano del Seguro Social, no se le pueden atribuir facultades de impartición de justicia, en virtud de que se vulneraría el espíritu constitucional ya que para esa función se consideraron órganos especializados para impartir y administrar justicia.

OCTAVA. Las aportaciones del Gobierno que tengan un sólido respaldo con ingresos tributarios estables y permanentes, esto se daría con una base tributaria eficaz y veraz, para que el Instituto tenga una estabilidad económica, para que la Seguridad Social en nuestro país tenga el futuro asegurado.

NOVENA. No se puede hablar de una legalidad, cuando una ley va en contra de lo establecido por la Constitución, y ésta deja en un estado de indefensión a los trabajadores que entran en éste marco jurídico del IMSS, ya que podemos decir que a veces en el procedimiento y aplicación; el propio reglamento está por encima de la Ley del Seguro Social, y éste por encima de la Carta Magna.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE CANO Gustavo, Los Seguros Sociales, Ediciones Botas, México 1944.
- BORRELL NAVARRO, Miguel. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Sista México 1994.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa México 1991.
- CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge, "Derecho Constitucional" Introducción al Derecho Mexicano, México UNAM 1981. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.
- CARPIZO, Jorge. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1985.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, "Derecho de la Seguridad Social " Introducción al Derecho Mexicano, México UNAM 1981.
- DE BUEN LOZANO, Héctor, La Reforma del Proceso Laboral, Editorial Porrúa México 1983.
- DE BUEN LOZANO, Héctor, Seguridad Social, Editorial Porrúa México 1995.
- DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa, México 1986
- DE PINA VARA, Rafael, Derecho Mercantil Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa México 1986.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa. México 1993.
- FIX- ZAMUDIO, Héctor, Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México 1993
- GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho Financiero Mexicano, Editorial Porrúa
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Antonio, Lecciones de Derecho Tributario, Ediciones Contables y administrativas México 1996.
- MORENO PADILLA, Javier, Seguridad Social, Análisis Tematizado, Editorial Themis Primera Edición 1996.

NARRO ROBLES, José, La Seguridad Social Mexicana en los Albores del Siglo XXI, Fondo de Cultura Económica México 1993.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa México 1963.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio, Curso del Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos Madrid 1970.

RAMÍREZ FONSECA, Francisco, Ley del Seguro Social Comentada, Editorial Pac México 1990.

RAMOS Álvarez, Oscar Gabriel, Trabajo y Seguridad Social, Editorial Trillas. México 1991.

RODRÍGUEZ TOVAR, José de Jesús, Derecho Mexicano de la Seguridad Social, Escuela Libre de Derecho, México 1989.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Editorial Porrúa, México 1999.

SÁNCHEZ LEÓN, Gregorio, Derecho Mexicano de la Seguridad Social, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1987

TRUEBA URBINA, Alberto, Nuevo Derecho del Trabajo, México Porrúa 1980 5ª edición.

LEYES, REGLAMENTOS Y PUBLICACIONES OFICIALES.

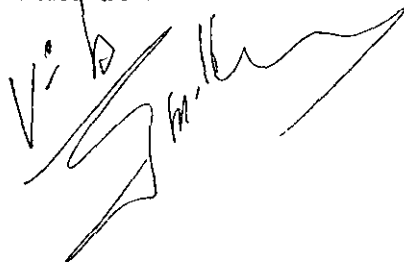
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 114ª edición, Editorial Porrúa 1995.

Ley Federal del Trabajo, Editorial ISEF, México, 3ª edición México 2000.

Ley del Seguro Social, Editorial ISEF, México, 3ª edición México 2000.

Ley del Seguro Social de 1997, Conteniendo la Iniciativa Presidencial de la nueva Ley). Publicada y editada por el IMSS. México 1996.

Jurisprudencia.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'V. B. S. M.', written over a horizontal line.