

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

Dr. José Manuel Lastra Lastra\*

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

## 1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. EL SEGURO DE GUARDERÍA Y SU EVOLUCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>21</sup> Artículo 164 de la LFT.

<sup>22</sup> Artículo 165 de la LFT.

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

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

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

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

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

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

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

No poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

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

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

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

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

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

#### Artículo 7o.

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

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

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

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

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

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

### 3. IDEAS GENERALES SOBRE DISCRIMINACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>31</sup> Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. IDEOLOGÍA DE GÉNERO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>44</sup> "Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. EQUIDAD Y FAMILIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## 6. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>66</sup> <sup>67</sup>Artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

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

a) El derecho de un Estado Parte; o  
b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.<sup>69</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\*1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

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

---

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 130, de la LIMSS: La pensión de viudez sólo puede ser cobrada por un viudo o concubinario, si dependía económicamente de la asegurada. En esta disposición la LIMSS restringe a matrimonios igualitarios conformados por varones. La tesis 2a. VI/2009 señaló que el artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar su otorgamiento [de la pensión por viudez] a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola las garantías de igualdad y de no discriminación. Tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, febrero de 2009, página 470; Registro digital: 167886.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 8. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 9. REFLEXIONES FINALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 10. FUENTES DE INFORMACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ley Federal del Trabajo.

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

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Ley del Seguro Social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería.

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

[https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/  
leyes/1917.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/leyes/1917.pdf).

[http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-  
support/world-conferences-on-women](http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women).