



Análisis del derecho humano de la seguridad social desde el convenio bilateral vigente entre México y España

ANALYSIS OF THE HUMAN RIGHT OF SOCIAL SECURITY FROM BILATERAL AGREEMENT SIGNED BETWEEN MEXICO AND SPAIN

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora Investigadora a Tiempo Completo

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel II

Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)

gabymendizabal@yahoo.com.mx 0000-0003-3681-4025

Oscar Javier Apáez Pineda

Profesor Investigador a Tiempo Completo

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel C

Universidad La Salle (México)

oscar.apaez@lasalle.mx 0000-0003-2865-2740

Recibido: 28.05.2020. Aceptado: 11.06.2020

RESUMEN

El presente artículo analiza el Convenio de Seguridad Social celebrado entre México y el Reino de España de 1994 desde la perspectiva de la seguridad social como derecho humano. En ese sentido, se divide en 5 apartados: el primero precisa la manera en la cual se materializa la seguridad social como derecho humano en México; el segundo presenta un esbozo de la relación bilateral de México y España a través de sus convenios bilaterales; en el tercero y cuarto se analizan propiamente el convenio bilateral: los regímenes y tipos de relaciones laborales a las cuales les aplica lo pactado, así como las prestaciones y su materialización. Por último, el quinto apartado contribuye a la reflexión de la importancia de este convenio -como parte del Derecho Internacional de la Seguridad Social- para la justiciabilidad de la seguridad social como derecho humano.

ABSTRACT

The article analyzes the Social Security Agreement between Mexico and the Kingdom of Spain of 1994 from the perspective of social security as a human right. In this sense, it is divided into 5 sections: The first one specifies the way in which social security is materialized as a human right in Mexico; the second presents an outline of the bilateral relationship between Mexico and Spain through their bilateral agreements; In the third and fourth, the bilateral agreement is properly analyzed: the regimes and types of labor relations to which the agreement applies, as well as benefits and their materialization. Finally, the fifth section contributes to reflecting on the importance of this agreement -as part of International Social Security Law- for the justiciability of social security as a human right

PALABRAS CLAVE

Migración
Derecho Internacional de la Seguridad Social
Convenio bilateral de seguridad social entre México y España

KEYWORDS

Migration
International Social Security Law
Bilateral social security agreement between Mexico and Spain

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO
3. ANTECEDENTES Y CONVENIOS DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA
4. GENERALIDADES DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL FIRMADO EN 1994
 - 4.1. Sujetos y delimitación
 - 4.2. Beneficios y disposiciones generales aplicables
5. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONVENIO
 - 5.1. Pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia
 - 5.2. Pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
6. LA IMPORTANCIA DEL CONVENIO BILATERAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

De manera general, los convenios internacionales de seguridad social se celebran con la finalidad de proteger a los trabajadores migrantes formales que transitan entre los países que los celebran, otorgando prestaciones en especie y económicas, a través del aprovechamiento de la totalización de los periodos cotizados en ambos países.

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos es un instrumento internacional importante para los trabajadores de ambos países, y más relevante aún si se analiza desde la óptica de los derechos humanos y de la justiciabilidad de los mismos a través de la construcción del Derecho Internacional de la Seguridad Social.

Es decir, la seguridad social ha sido declarada por diversos instrumentos jurídicos internacionales como un derecho humano, por lo que entonces su reconocimiento no depende de fronteras, raza, nacionalidad o de satisfacer requisitos administrativos del derecho migratorio; sin embargo, el instrumento más eficaz para proteger y en específico otorgar prestaciones de seguridad social exigibles a los ciudadanos de un Estado en otro, son los convenios internacionales, que a su vez son parte fundamental del Derecho Internacional de la Seguridad Social.

De tal manera que, este artículo analiza la relación jurídica vigente entre dos países soberanos: México y España; a través del análisis del convenio de Seguridad Social celebrado entre México y el Reino de España de 1994 y su Convenio Complementario, de manera integral y en relación con el cambio de paradigma constitucional, para intentar responder las siguientes interrogantes: ¿Podemos considerar que el convenio se apeg a al Derecho Humano a la Seguridad Social? La hipótesis que se intenta comprobar es la necesidad modificar el convenio para poder otorgar seguridad social como un derecho humano.

Para poder dar respuesta a estas interrogantes se parte del análisis conceptual de la seguridad social en México y su reconocimiento como derecho humano; posteriormente se presentan brevemente los antecedentes al convenio de seguridad

social entre México y España para estar en posibilidad de entrar al análisis del convenio firmado en 1994 y por último, se presenta la importancia de este instrumento jurídico internacional en la construcción del Derecho Internacional de la Seguridad Social vigente. Por supuesto, que se cierra con las respectivas conclusiones y fuentes de investigación.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO

El derecho humano de la seguridad social se encuentra en constante evolución, ya que su objetivo primordial: satisfacer las necesidades básicas y proteger de los riesgos sociales a toda la población permanece constante, pero las prestaciones que se otorgan para lograr ese objetivo se materializan en prestaciones para la atención a la salud (servicios médicos) y protección de los medios de subsistencia (pensiones, indemnizaciones, rentas, etc.) y estas, están en cambio permanente.

Es decir, las características de las contingencias son diversas y cambiantes, por lo que en cada sociedad es necesario que la seguridad social también se adapte a cada nueva circunstancia para poder otorgar las prestaciones encaminadas específicamente a dar atención a la salud y protección de los medios de subsistencia. De tal suerte que, si se presenta una pandemia, como la del Covid-19, la seguridad social tendrá que adaptarse para otorgar prestaciones que garanticen ese derecho humano, en este caso prestaciones médicas especializadas. Lo mismo se podría analizar con el ejemplo del uso de las tecnologías digitales propias de la 4ª revolución industrial en las fábricas, donde la necesidad es la protección por desempleo, etc.

En ese sentido, la Organización Internacional del Trabajo define a la seguridad social “como un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida en cada una de sus etapas”¹. Y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 contempla en su artículo 22 como derecho humano a la noción de seguridad social, de conformidad con Sanchez Castañeda: se puede inferir, que este artículo señala el derecho de toda persona a gozar de sus derechos económicos sociales y culturales, incluyendo el de la seguridad social².

Por su parte, en México, en el año 2011 la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos fue reformada para dar paso al inicio del garantismo constitucional de los derechos humanos. Lo anterior, derivado de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales de las personas (como el emblemático caso Rosendo Radilla Pacheco vs. El Estado Mexicano).

1. Organización Internacional del Trabajo: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, 2019, p. 1.
2. Sánchez Castañeda, A.: “La protección social en la teoría de los derechos humanos”, en Morales Ramírez, M. y Apáez Pineda, O. (coords.): *El impacto de la reforma en materia de Derechos Humanos en la Seguridad Social en México*, CNDH, México, 2018, p. 95.

Lo que evidenció que el Estado mexicano había celebrado tratados internacionales específicos en materia de derechos humanos³, sin actualizar debidamente el marco normativo interno en esta materia. Los principales cambios que se originaron con la reforma constitucional fueron:

- La incorporación de todos los derechos humanos de los tratados internacionales ratificados por México.
- La obligación de las autoridades de guiarse por el principio *pro persona* cuando apliquen normas de derechos humanos, lo que significa que deben preferir la norma o la interpretación más favorable a la persona.
- La obligación para todas las autoridades, sin distinción alguna, de cumplir con cuatro obligaciones específicas:
 - Promover.
 - Respetar.
 - Proteger.
 - Garantizar los derechos humanos⁴.

Esta reforma constitucional significó un avance, porque de un lado concretiza la protección de los derechos humanos de las personas y dentro de ellos el Derecho de la Seguridad Social, y de otro contribuye a la certidumbre en la ratificación de convenios internacionales y su aplicación nacional. En virtud de ello, la seguridad social sufrió un impacto que le cambió no solo su manera de conceptualizarse como derecho humano, sino sobre todo en la manera de materializar su protección.

Al respecto podemos mencionar interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la tesis XV.3o.9 A (10a.) cuyo rubro señala: "Pensión jubilatoria. La omisión recurrente de pagarla oportunamente viola los derechos humanos a la dignidad, al mínimo vital y a la seguridad social de los jubilados"⁵. En este criterio, la Corte reconoce el carácter de la seguridad social como derecho humano y su indisoluble nexo con la dignidad humana por lo que una violación en la materialización de una prestación o derecho derivado de la seguridad social entraña una vulneración de la dignidad humana y de se violan las obligaciones del estado de otorgar protección a los asegurados por algún instituto de seguridad social.

Por otra parte, la propia Corte ha establecido que la dignidad humana constituye la base de los derechos humanos⁶, y en una jurisprudencia ha precisado que no se

3. Convención Americana de Derechos Humanos (1981); Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (1981); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002).

4. Secretaría de Gobernación: *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, GOB, en <https://www.gob.mx/segob/articulos/por-que-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>, consultado el 20 de abril de 2020.

5. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 75, febrero de 2020, tomo III, p. 2361, Tesis Aislada (Constitucional, Administrativa).

6. Véase: Tesis: I.10o.A.1 CS (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 54, mayo

trata de un criterio moral, sino una norma jurídica que permea a todos los derechos humanos incluidos en la constitución y que merece más amplia protección jurídica⁷.

En ese sentido, es importante precisar que, aunque la seguridad social se trata de un derecho humano reconocido, merecedor de la más amplia protección y cuyo acceso debería ser en igualdad de condiciones para cualquier ser humano, la organización para su materialización conserva sus características históricas. En ese sentido, tenemos que para su materialización se cuentan con diversas herramientas: seguros sociales, asistencialismo social y la beneficencia pública.

De los mencionados, adquieren especial importancias los seguros sociales ya que estos van a otorgar la protección de la mayoría de los trabajadores del país y es precisamente la institución, a la que se refiere el convenio para materializar la protección que en él se pacta.

Así pues, tenemos que para los trabajadores de la iniciativa privada corresponde su aseguramiento en el Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante IMSS) y según el reporte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en el año 2020, cuenta con un promedio de 17 millones de trabajadores permanentemente asegurados⁸.

Para la materialización de la protección de la seguridad social, el IMSS cuenta con distintos regímenes de aseguramiento y distintas ramas o seguros que otorgan diversas prestaciones y que a continuación de manera general describiremos.

La Ley del Seguro Social establece en su artículo 6° que el IMSS cuenta con dos regímenes de aseguramiento, el régimen obligatorio y el régimen voluntario, el primero de los mencionados aplica para cualquier relación de trabajo y el segundo para personas que sin relación de trabajo deseen contratar ciertos seguros del Instituto.

En ese sentido, el artículo 12 de la LSS establece que los sujetos que deben asegurarse ante el régimen obligatorio son los siguientes:

1. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones.

de 2018, tomo III, p. 2548, Aislada (Constitucional) cuyo rubro dice: "Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente".

7. Véase: Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, tomo II, p. 633 Jurisprudencia (Constitucional) cuyo rubro dice: "Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética".

8. Secretaría del Trabajo y Previsión Social: *Puestos de Trabajo Registrados en el Instituto Mexicano del Seguro Social*, disponible en: http://siel.stps.gob.mx:303/ibmcognos/cgi-bin/cognos.cgi?b_action=cognosViewer&ui.action=run&ui.object=XSSSTART*2fcontent*2ffolder*5b*40name*3d*27Sitio*20STPS*27*5d*2ffolder*5b*40name*3d*271.*20Asegurados*20en*20el*20IMSS*27*5d*2freport*5b*40name*3d*27Total*20de*20Trabajadores*27*5dXSSSEND&ui.name=XSSSTARTTotal*20de*20TrabajadoresXSSSEND&run.outputFormat=&run.prompt=true, consultado el 20 de abril de 2020.

2. Los socios de sociedades cooperativas.
3. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes.
4. Las personas trabajadoras del hogar.

De las enumeradas, es conveniente precisar que los socios de las sociedades cooperativas son quienes con mayor dificultad les aplicaría un convenio internacional de protección de seguridad social, ya que por la naturaleza del trabajo que desempeñan y de la fuente de trabajo donde laboran cuentan con la característica de ser socios y trabajadores a la vez.

Por su parte, reviste especial importancia la protección para personas que por decreto el ejecutivo a señalado que deben ser asegurados por el IMSS como es el caso de los campesinos, pues aún continúan siendo costumbre que campesinos mexicanos emigren a distintos puntos del mundo para realizar trabajos agrícolas, la misma situación aplica para las personas trabajadoras del hogar.

En relación con la protección que el IMSS otorga a sus asegurados en el régimen obligatorio el artículo 11 de la LSS señala que comprende los seguros de:

1. Riesgos de trabajo.
2. Enfermedades y maternidad.
3. Invalidez y vida.
4. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.
5. Guarderías y prestaciones sociales.

Por lo que, como puede observarse la idea del Derecho de la Seguridad Social se materializa a través de la protección de la salud de las personas trabajadoras en su centro de labores (riesgos de trabajo), su salud fuera del centro de trabajo (enfermedades generales) la contingencia de la maternidad o paternidad, el riesgo de quedar inválido; el riesgo de morir; la contingencia de la vejez (retiro, cesantía y vejez); además de prestaciones que tienden a elevar la calidad de vida del trabajador y su familia (guarderías y prestaciones sociales).

De forma que estas ramas de aseguramiento materializan la protección de seguridad social y contribuyen a materializar el derecho humano a la seguridad social de las personas trabajadoras.

3. ANTECEDENTES Y CONVENIOS DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

Desde principios del siglo XIX la celebración de tratados, acuerdos y convenios entre México y España han sido constantes, siendo el Tratado de Paz y Amistad firmado el

28 de diciembre de 1836 el primero de ellos⁹. En la actualidad, se han firmado alrededor de 45 documentos que regulan diversas temáticas, tales como aduanales, comerciales, fiscales, educativos, culturales y por supuesto en materia de seguridad social¹⁰.

En México, la celebración de tratados internacionales de esta naturaleza tiene raíces en el hecho de haber firmado el Convenio Internacional del Trabajo No. 118 relativo a la igualdad de trato de Nacionales y Extranjeros en Materia de Seguridad social, mismo que entró en vigor el 6 de enero de 1979. A partir de la firma de ese convenio el Estado Mexicano celebró dos convenios con España: 1) Convenio Básico de Cooperación en materia de Seguridad Social entre México y España, firmado en la Ciudad de México el 7 de noviembre de 1979 y 2) Acuerdo sobre Transferencia de Pensiones, firmado en la Ciudad de México el 7 de noviembre de 1979; mismos que mantuvieron su vigencia hasta el año de 1994 cuando se celebró el Convenio de seguridad social celebrado entre México y el Reino de España de 1994 del 25 de Abril de 1994 y su Convenio Complementario del 8 de abril del 2003, que entró en vigor el 1 de abril de 2004, según se establece en su artículo 3.

Dentro de los documentos que se han firmado entre ambos Estados se encuentran nueve convenios vigentes¹¹:

1. Convenio de propiedad literaria, científica y artística (1924).
2. Convenio básico de cooperación científica y técnica (1977).
3. Convenio de cooperación cultural y educativa. (1977).
4. Convenio sobre transporte aéreo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España (2017).
5. Convenio zoo y fitosanitario para la importación-exportación entre ambos países de animales, productos de origen animal, vegetales y sus productos (1982).
6. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil (1989).
7. Convenio de seguridad social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en Madrid el 25 de abril de 1994, y Acuerdo administrativo para su aplicación, firmado en Madrid el 28 de noviembre de 1994.
8. Convenio complementario al Convenio de seguridad social de 25 de abril de 1994.
9. Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude y la evasión fiscal y su protocolo (2017).

Como se puede observar, de estos nueve convenios se desprenden dos documentos que regulan temas específicos de seguridad social. Cabe precisar que, la vigencia de estos dos convenios implica que sean norma de aplicación interna obligatoria, por

9. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación: *Guía de tratados bilaterales con Estados*, Gobierno de España, 2018, p. 223.

10. *Ibidem*. pp. 223-228.

11. *Idem*.

lo cual es de suma importancia conocer su alcance y contenido, pues al tratarse de un derecho humano de toda persona es conveniente desentrañar su contenido y alcance, así como los beneficios que otorgan.

4. GENERALIDADES DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL FIRMADO EN 1994

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos se firmó en Madrid el 25 de abril de 1994 y el Acuerdo administrativo para su aplicación, fue firmado en la misma ciudad el 28 de noviembre de 1994.

Este convenio fue aprobado por el Senado mexicano del 6 de julio de 1994¹², y entró en vigor el primero de enero de 1995¹³.

El principal objetivo de este convenio bilateral internacional es proteger tanto a los trabajadores mexicanos, como españoles que hayan laborado en el país extranjero respecto a la obtención de los beneficios de la seguridad social, garantizándoles una certeza jurídica, reglamentando claramente quién, dónde y cómo podrán acceder a los beneficios de este derecho humano, si se encuentran fuera de su país de origen. Que incluye la conservación de sus derechos adquiridos y el pago de pensiones en el extranjero si fuera el caso. El objeto del convenio se encuentra establecido en su artículo segundo.

Uno de los aspectos sobresalientes de este convenio es el siguiente considerando:

Considerando que actualmente es preferible una sobreprotección en materia de Seguridad Social que una deficiencia de la misma, tratando de potenciar e impulsar para ello el aseguramiento voluntario, con el objeto final de facilitar la circulación de los trabajadores de los diversos países;

Lo cual es notoriamente un gran avance en el reconocimiento de la seguridad social como derecho humano.

Posteriormente y debido a la necesidad de reforzar parte del convenio principal, se firmó un convenio complementario, cuyo principal contenido versa sobre el cálculo de cuantías realizadas en el periodo de seguro voluntario para la obtención de una pensión por motivo de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y supervivencia, el cual no se encontraba debidamente regulado en el convenio principal.

12. Diario Oficial de la Federación: *Decreto por el que se aprueba el Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España*, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4719619&fecha=25/07/1994, consultado el 12 de mayo de 2020.

13. Diario Oficial de la Federación: *Decreto de promulgación del Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España*, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4870906&fecha=16/03/1995, consultado el 12 de mayo de 2020.

4.1. Sujetos y delimitación

Cabe precisar que el propio convenio hace una delimitación respecto de quiénes son los sujetos que se pueden beneficiar de este convenio. Al establecer en su artículo tercero que:

El presente Convenio se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes que acrediten estar o haber estado inscritos en el sistema de seguridad social correspondiente, así como a los miembros de sus familias reconocidos como beneficiarios por la legislación aplicable, en las mismas condiciones que sus propios nacionales.

Luego entonces conforme a la LSS¹⁴, también son sujetos de este convenio, la cónyuge, a falta de este la concubina (o), los descendientes o ascendientes del trabajador, así como sus hijos menores de edad.

Respecto de esta limitación de sujetos consideramos que al igual que con la organización de la materialización de la seguridad social en México no se contempla el acceso a la seguridad a población no asegurada por lo que no se podría hablar de un respeto de la Seguridad Social como Derecho Humano.

Por su parte, el artículo segundo del convenio establece el ámbito de aplicación objetivo, donde refiere que para efectos de los Estados Unidos Mexicanos se aplicará a los regímenes obligatorio y voluntario que se plasman en la Ley del Seguro Social, así como sus reglamentos que versan sobre los siguientes temas:

- a) pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo, y
- b) pensiones derivadas de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte.

Dicho lo anterior, por lo que respecta a México, el convenio solo es aplicable a los trabajadores de la iniciativa privada y trabajadores independientes afiliados voluntariamente al seguro social, donde el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS) es la institución encargada de proteger a este sector de la población. Descartado de entrada, a todos los servidores públicos o miembros de las fuerzas armadas mexicanas, que se rigen por una ley distinta, como lo hemos precisado en el apartado anterior, esta situación hace aún más restrictiva la protección que se otorga en el convenio, reafirmando que la forma de delimitar el alcance de protección de la seguridad social no es como derecho humano¹⁵.

14. Artículo 5A. Fracción XII.

15. En México, todos los trabajadores burócratas federales y aquellos que señala la Constitución Política Mexicana en su artículo 123 apartado B, se registrarán por la Ley del Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado, donde existe un instituto (ISSSTE) encargado de gestionar el seguro social que presta los beneficios de la seguridad social a este sector de la sociedad, por su parte el propio artículo 123 en su fracción XIII establece que los militares y marinos se registrarán por sus propias leyes de seguridad social dando origen a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas (ISSFAM) marco normativo que rige a este sector de la población.

Para el caso de España, se delimita al régimen general y a los regímenes especiales del sistema de la seguridad social que versan sobre las prestaciones de carácter contributivo, referentes a:

- a) pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,
- b) pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia¹⁶.

Aquí se puede mencionar que el régimen general es similar al supuesto mexicano, ya que son considerados sujetos de aplicación de este convenio los trabajadores por cuenta ajena, así como aquellos considerados como asalariados. Sin embargo, se observa una diferencia en el régimen especial, ya que conforme a la Ley General de la Seguridad Social Española se consideran dentro del régimen especial los siguientes sectores de la población:¹⁷

Artículo 10. Regímenes especiales

[...]

2. Se consideran regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- b) Trabajadores del mar.
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes.

[...]

g) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.

Estos trabajadores especiales, en específico los funcionarios públicos y militares, para el caso mexicano, no son sujetos de los beneficios que puedan desprenderse de este convenio, pues como se desarrolló brevemente en párrafos anteriores, la seguridad social de los funcionarios públicos mexicanos tiene un tratamiento especial. Las mismas reglas aplican para el personal militar mexicano. De esta primera diferencia encontramos que desde el ámbito subjetivo la tutela del convenio es mayor para los españoles, que para los mexicanos. Y se observa que para España la protección es de mayor amplitud.

Se debe mencionar que el convenio analizado solo aborda los casos en que se otorgarán pensiones a trabajadores que han cotizado en ambos sistemas de seguridad social de los países involucrados. En ese sentido, el convenio funge como un instrumento de coordinación entre las instituciones competentes de ambos países, para efectos del cálculo y cómputo de periodos de cotización de los trabajadores para el otorgamiento de una de las pensiones estipuladas en el acuerdo.

16. *Idem*.

17. Ley General de la Seguridad Social Española. Artículo 10.

Por ende, las prestaciones en especie como la atención de la salud, no se encuentran reguladas en este convenio, sino por el contrario, cada legislación de los países partes regularán las prestaciones en especie que deriven del otorgamiento de cada una de las pensiones conforme al marco normativo correspondiente.

4.2. Beneficios y disposiciones generales aplicables

La parte fundamental de este convenio bilateral gira en torno a la certeza jurídica de los sujetos que les es aplicable el instrumento. Pues dentro de él se estipula bajo qué ley de seguridad social se registrarán los trabajadores que laboren en un país u otro, es decir, si se someterá a las leyes mexicanas o en su defecto a la española, dependiendo del supuesto en que se encuentre el trabajador conforme a las hipótesis planteadas en el artículo sexto del convenio.

A través de este instrumento se pretende garantizar el derecho a la seguridad social del trabajador dando certidumbre respecto al sistema de seguridad social en el cual se encuentra afiliado, con la intención de poder exigir las prestaciones que emanen de este derecho humano. A su vez se logra materializar el derecho a la no doble cotización en los sistemas de seguridad social de los países involucrados.

Otro punto central del instrumento es la regulación de las pensiones de los trabajadores que sucesiva o alternativamente se hayan sometido a la legislación de uno u otro país. Para ello, el convenio hace la división en dos capítulos para el tratamiento de diferentes tipos de pensiones.

Por lo que respecta al primero versa sobre pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia. En tanto el segundo, se enfoca a las pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A continuación, se analizan:

253

5. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONVENIO

5.1. Pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia

En este rubro se establecen dos supuestos, en los cuales los trabajadores deberán encontrarse para poder ser acreedor de una pensión de este tipo y beneficiarse de este convenio.

El primer supuesto establece que, si se cumplen con los requisitos establecidos en la legislación de uno o ambos países para adquirir el derecho a la pensión, la institución conocedora aplicará la legislación nacional correspondiente, tomando en cuenta solo los periodos de cotización que se llevaron a cabo bajo esa legislación.

El segundo supuesto prevé que, si no se cumplen con los requisitos plasmados en la legislación de uno u otro país para ser acreedor a la pensión, las instituciones conocedoras totalizarán los periodos de cotización aportados en las instituciones correspondientes tanto de España, como de México.

Una vez totalizados los periodos de cotización y si con ello se da cumplimiento a los requisitos para tener derecho a la pensión, para efectos del cálculo de la suma de ésta, se deberán aplicar las siguientes reglas:

Ambas partes por separado determinarán la cuantía de la pensión a la que el trabajador tiene derecho, como si los periodos de cotización que fueran totalizados hubieran sido cumplidos bajo su legislación¹⁸.

El importe de la pensión que le corresponda pagar a cada una de las partes se calculará sobre la pensión teórica conforme a lo estipulado en su legislación.

De la totalización de los periodos de cotización solamente se tomarán en cuenta los periodos requeridos para alcanzar el derecho a la pensión conforme a la legislación de la institución concedora¹⁹.

En este apartado cabe abordar la parte fundamental del Convenio Complementario firmado en el año 2003²⁰, ya que el contenido del mismo versa sobre la cuantía aportada a través del seguro voluntario, pues en el convenio principal se establece que para efectos de la totalización de periodos para la obtención de una pensión, si hubiese coincidencia entre periodos cotizados a través del seguro obligatorio con cotizaciones provenientes del seguro voluntario, solamente se deberán computar aquellos que derivan del seguro obligatorio²¹, perdiendo los periodos cotizados aportadas por el trabajador en el régimen voluntario.

Dicho lo anterior, el Convenio Complementario subsana esta violación al derecho del trabajador, pues en su artículo segundo (y el más importante) refiere que para efectos del cálculo de los periodos de cotización para la obtención de la pensión teórica contemplada en el artículo 7 (supuestos anteriormente analizados) del convenio principal, se deberá aumentar la cantidad que corresponda a los periodos aportados en el seguro voluntario que no hayan sido computados a razón de lo estipulado en el artículo 17, apartado 1 del convenio principal. Por lo que el Convenio Complementario brinda protección mayor a los trabajadores que aportaron por sí mismos al régimen voluntario de la institución correspondiente, es decir a los españoles, porque la legislación mexicana no contempla periodos aportados voluntarios, sino solamente aportaciones voluntarias, que no adicionan periodos.

Continuando con las pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y supervivencia, se establecen las bases reguladoras que servirán para fijar el cálculo de este tipo de pensiones, estipulando dos vertientes, primera, al establecer que cada país aplicará su propia legislación de la materia para tales efectos y; segundo, cuando todo o parte del periodo de cotización que se considerará para realizar el cálculo de la base de la pensión por parte de la institución concedora, se cuenten con periodos de cotización realizados al sistema de seguridad social del otro país, en

18. Este tipo de supuesto el convenio lo ha denominado pensión teórica.

19. Cfr. Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, artículo 7.

20. Diario Oficial de la Federación: *Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España del 25 de abril de 1994*, SEGOB, 2004, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=674376&fecha=18/03/2004, consultado el 20 de noviembre de 2018.

21. Cfr. ob. cit., artículo 17, apartado 1.

este supuesto la institución deberá tomar en cuenta los siguientes criterios para determinar dicha base:

1. Por la parte mexicana:
 - a) el cálculo se realizará con base en los periodos reales de cotización que el asegurado haya cubierto durante los años que preceden inmediatamente al pago de la última aportación al Instituto Mexicano del Seguro Social.
 - b) la cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza.
2. Por la parte española:
 - a) el cálculo se realizará en función de las cotizaciones reales del asegurado durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española.
 - b) la cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza²².

Para efecto de determinar el grado de incapacidad, dentro del convenio se pacta que las instituciones competentes encargadas de cada uno de los países deberán tomar en cuenta los informes médicos y la información proporcionada por la institución del otro país para tal hecho. Sin perjuicio a ello, cada una de las instituciones tendrá la facultad para poder designar a un médico para la elaboración del dictamen correspondiente²³.

255

5.2. Pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El convenio en materia de pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no es muy explícito.

Se rescata de esta parte del convenio que el derecho a la pensión derivado de un riesgo de trabajo será determinado conforme a la legislación del país donde el trabajador se hallase sujeto al producirse el accidente o se haya generado la enfermedad.

Además, el artículo 15 del convenio establece que las enfermedades profesionales deberán seguir las siguientes reglas:

1. En el supuesto de que el trabajador haya realizado la actividad que le provocó la enfermedad profesional de manera sucesiva y alternativa estando sujeto a la legislación de una y otra Parte Contratante, sus derechos se determinarán de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante a la que el trabajador hubiera estado sujeto en último lugar por razón de dicha actividad [...].

22. Artículo 10.

23. Artículo 12.

2. Si después de haber sido reconocida una pensión de invalidez por enfermedad profesional por la Institución competente de una Parte Contratante, el interesado ejerciere una actividad susceptible de agravar la enfermedad profesional que padece estando sujeto a la legislación de la otra Parte Contratante, la Institución competente de la primera continuará abonando la pensión que tenía reconocida sin tener en cuenta la agravación con arreglo a lo dispuesto por su legislación.

En la parte final de este apartado se plasma que, si existiere una incapacidad derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional para efectos de la valoración de la incapacidad, se deberán tomar en cuenta las secuelas de anteriores accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, aun cuando estas se hayan producido estando asegurado por la legislación del otro país.

Cabe señalar que, en el convenio se desarrollan las modalidades de pago que las instituciones podrán utilizar para efectos de cumplir con las transferencias económicas de los trabajadores pensionados que se benefician de este convenio, resaltando la colaboración administrativa de las instituciones encargadas para poder hacer efectivo este compromiso internacional.

Por último, dentro del convenio bilateral en su artículo 24 se plasman las atribuciones con las que contarán las autoridades competentes involucradas en este compromiso internacional, y lo referente a la solución de controversias, donde se pacta que “las autoridades competentes de cada una de las Partes Contratantes resolverán, de común acuerdo, las diferencias que en la interpretación y en aplicación del presente Convenio y de los Acuerdos Administrativos que al respecto se celebren, pudieran suscitarse”.

Desde la óptica jurídica, es de suma importancia la firma de convenios bilaterales como el analizado; sin embargo, no se encuentran cifras oficiales por parte del Instituto Mexicano de Seguro Social o en su defecto por la Secretaría de Relaciones Exteriores de cuántos connacionales se han beneficiado del convenio celebrado por los dos Estados, que nos permitan conocer la magnitud del alcance de este tipo de compromisos internacionales.

A pesar de ello, este acuerdo internacional da pauta para que tanto las instituciones de seguridad social de ambas naciones, así como los trabajadores, gocen de una protección limitada y cierta certeza jurídica respecto de sus contribuciones y derechos que deviene de la seguridad social y por supuesto, exista una coordinación institucional entre los organismos competentes garantizando ciertas prestaciones como las analizadas en este título.

6. LA IMPORTANCIA DEL CONVENIO BILATERAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La internacionalización de la seguridad social es el proceso a través del cual la protección otorgada mediante prestaciones, concedidas a ciudadanos por el derecho interno de cada país, extiende su ámbito de competencia para establecer dos fenómenos paralelos:

- a) Las normas de seguridad social de un país protegen a sus ciudadanos más allá de sus propias fronteras, por ejemplo: a través de la firma de tratados bilaterales de seguridad social, como el que se analiza actualmente.
- b) Se establecen normas de aplicación internacional que involucran a sujetos de derecho internacional (Estados soberanos y organismos internacionales) en su cumplimiento, con el objetivo de aumentar la cobertura vertical y horizontal de los ciudadanos dentro de sus propios territorios y con ello poder hablar de una estandarización o armonización de prestaciones a nivel mundial²⁴.

En ese sentido, el Derecho Internacional de la Seguridad Social se conforma de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre diversos sujetos de Derecho Internacional, con la finalidad de estandarizar y armonizar la protección de seguridad social que brindan los Estados Soberanos tanto a sus ciudadanos, como a sus inmigrantes, para con ello apoyar a la política de desarrollo internacional socialmente justo.

De manera que, los instrumentos internacionales, como los tratados internacionales y los convenios, tienen gran importancia, por ser parte de las fuentes formales del Derecho Internacional de la Seguridad Social.

Ahora bien, si los sujetos, el objeto, y las prestaciones a otorgar por este instrumento jurídico internacional en materia de seguridad social, de carácter binacional, son tan restringidos, se trata de una visión reduccionista de la seguridad social y no de la concreción del derecho humano de la seguridad social.

7. CONCLUSIONES

1. En la actualidad fenómenos como la globalización, los desastres naturales, el cambio climático, la inseguridad pública, etc. han fomentado la movilidad de las personas traspasando las fronteras geográficas y políticas y una de las posibilidades para materializar la protección que requieren y con ello materializar el derecho humano la seguridad social son los instrumentos internacionales.
2. Independientemente de la causa que origine que se presente una contingencia o genere una necesidad en los trabajadores migrantes, el mecanismo para poder otorgarle prestaciones que le permitan acceder a la atención a la salud y garantizar su subsistencia es la seguridad social.
3. El convenio bilateral de seguridad social entre México y España es parte del marco jurídico del Derecho Internacional de la Seguridad Social y también el vehículo idóneo para materializar el derecho humano de la seguridad social para los trabajadores españoles y mexicanos y fuera de su país, a los que les es aplicable dicho convenio.

24. Mendizábal Bermúdez, G. y Kurczyn Villalobos, P.: "Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017, pp. 37-70.

4. El convenio bilateral de seguridad social entre México y España es un instrumento internacional, que si bien contribuye al desarrollo del Derecho Internacional de Seguridad Social, incluye una visión reduccionista de la seguridad social y requiere de su ampliación para proteger a todos los trabajadores migrantes y garantizarles el derecho humano a la seguridad social, independientemente de la naturaleza jurídica de su relación laboral y de aseguramiento social.

Bibliografía

- Mendizábal Bermúdez, G. y Kurczyn Villalobos, P.: "Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017.
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación: *Guía de tratados bilaterales con Estados*, Gobierno de España, 2018.
- Organización Internacional del Trabajo: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, 2019.
- Sánchez Castañeda, A.: "La protección social en la teoría de los derechos humanos", en Morales Ramírez, M. y Apáez Pineda, O. (coords.): *El impacto de la reforma en materia de Derechos Humanos en la Seguridad Social en México*, CNDH, México, 2018.
- Secretaría de Gobernación: *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, GOB, <https://www.gob.mx/segob/articulos/porque-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social: *Puestos de Trabajo Registrados en el Instituto Mexicano del Seguro Social*, http://siel.stps.gob.mx:303/ibmcognos/cgi-bin/cognos.cgi?b_action=cognosViewer&ui.action=run&ui.object=XSSSTART*2fcontent*2ffolder*5b*40name*3d*27Sitio*20STPS*27*5d*2ffolder*5b*40name*3d*271.*20Asegurados*20en*20el*20IMSS*27*5d*2freport*5b*40name*3d*27Total*20de*20Trabajadores*27*5dXSSSEND&ui.name=XSSSTARTTotal*20de*20TrabajadoresXSSSEND&run.outputFormat=&run.prompt=true.