

Violación del derecho a la Seguridad Social en su vertiente de la “Protección a la familia”, artículo 130 de la Ley del Seguro Social

C.P., M.F. y P.C.CA. José Alfredo Aburto Gaitán
Integrante de la CROSS Nacional

DIRECTORIO

Dra. Laura Grajeda Trejo

PRESIDENTA

C.P., P.C.FI. y Lic. Héctor Amaya Estrella

VICEPRESIDENTE GENERAL

C.P.C. Mario Enrique Morales López

VICEPRESIDENTE DE RELACIONES Y DIFUSIÓN

C.P.C. Ramiro Ávalos Martínez

VICEPRESIDENTE FISCAL

C.P.C. José Manuel Etchegaray Morales

PRESIDENTE DE LA COMISIÓN REPRESENTATIVA DEL IMCP ANTE ORGANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL (CROSS)

L.C.P., LD. y M.S.S. Karla Arlaé Rojas Quezada

RESPONSABLE DE ESTE BOLETÍN



ES
MIEMBRO
DE



“LOS COMENTARIOS PROFESIONALES DE ESTE ARTÍCULO SON RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, SU INTERPRETACIÓN SOBRE LAS DISPOSICIONES CITADAS PUEDE DIFERIR DE LA EMITIDA POR LA AUTORIDAD”

**INTEGRANTES DE LA COMISIÓN REPRESENTATIVA
ANTE ORGANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL CON CARGOS**

C.P.C. y P.C.FI. Arturo Luna López	L.C.P. y MBA. Cristina Zoé Gómez Benavides
C.P. y P.C.F.I. Edgar Enríquez Álvarez	C.P. y P.C.FI. Fidel Serrano Rodulfo
C.P.C. Jaime Zaga Hadid	L.D. José Luis Sánchez García
C.P. y MAC. Juliana Rosalinda Guerra González	C.C. y P.C. FI. María Dolores Enríquez Medina
C.P.C. y M.I. Oscar de Jesús Castellanos Varela	L.C.P. Roberto Cristian Agúndez Acuña
L.C.P y PC.F.I. Rolando Silva Briseño	

REGIÓN ZONA CENTRO

C.P.C. Alan Yohan Nájera Olivares	C.P.C. y M.I. Carlos M de la Fuente A
L.C.P, M.I. y M.A. Eduardo López Lozano	C.P.C. y P.C.I. Javier Juárez Ocoténcatl
C.P.C. Mauricio Valadez Sánchez	C.P.C. Miguel Arnulfo Castellanos Cadena
C.P.C. Orlando Corona Lara	C.P.C. Rubén Darío Davalos Palomera
C.P.C. y Dra. Virginia Ríos Hernández	

REGIÓN ZONA CENTRO ISTMO PENINSULAR

C.P.C. y L.D. Francisco Teodoro Torres Juárez	C.P., L.D. y MI. Gisela Beirana Guevara
L.D. y L.C.P José Pablo Hidalgo García	C.P.C. Luis Roberto Montes García

REGIÓN ZONA CENTRO OCCIDENTE

C.P.C. Crispín García Viveros Dr. Juan Carlos De Obeso Orendain	Lic. Francisco Vázquez García
C.P., M.F. y P.C.CA. José Alfredo Aburto Gaitán	C.P.C. José Guadalupe González Murillo
C.P.C., L.D. y M.F. José Sergio Ledezma Martínez	C.P.C., L.D. y M.F. Luis Manuel Cano Melesio
C.P.C. Rigoberto Duarte Ochoa	

REGIÓN ZONA NOROESTE

C.P.C. Claudia Hernández Liñan	L.C.P. Didier García Maldonado
C.P.C. Patricia Solís Ramírez	

REGIÓN ZONA NORESTE

C.P.C. Damaris Villalobos Pérez

Violación del derecho a la Seguridad Social en su vertiente de la “Protección a la familia”, artículo 130 de la Ley del Seguro Social

*C.P., M.F. y P.C.CA. José Alfredo Aburto Gaitán
Integrante de la CROSS Nacional*

Introducción

En el sistema jurídico mexicano, la Constitución es la máxima norma jurídica. Esta afirmación implica asumir que es vinculante por sí misma y que las normas inferiores que no respeten su contenido son inválidas. En este sentido, los derechos fundamentales han dejado de ser principios programáticos que únicamente podían hacerse efectivos cuando el legislador los materializaba en normas jurídicas para convertirse en normas con eficacia directa. Sin embargo, algunas normas que contienen derechos fundamentales están redactadas de manera abstracta e indeterminada.

Las familias monoparentales y familias modernas o como se conocen al día de hoy reconstituidas, hogares extendidos y hogares unipersonales, parejas sin hijos y parejas no casadas: el reconocimiento de la diversidad de la familia amerita la revisión crítica del modelo familiar rígido que encontramos en el derecho mexicano. En las últimas décadas, en el derecho que afectan las relaciones familiares se han registrado cambios importantes que reflejan transformaciones sociales y jurídicas más amplias. La creciente influencia del derecho de los derechos humanos ha sido un factor clave para dejar atrás normas que protegen **un único modelo de familia**, que niegan autonomía a algunos de sus integrantes y distribuyen de manera desigual las cargas y los beneficios de la vida en común.

Ya sea a partir de la incorporación de tratados internacionales, la expedición de leyes generales para la protección de grupos en situaciones de vulnerabilidad o de la novedosa actividad judicial en la materia, el derecho de familia muestra una nueva cara. Los cambios en esta área del derecho hablan de una nueva relación entre el derecho constitucional y el derecho de familia y parten de dos ejes fundamentales: el

reconocimiento de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, y el desarrollo del derecho a la igualdad.

El derecho de la seguridad social es la categoría jurídica que abarca un conjunto de prestaciones que buscan proteger a los individuos y sus familias de algunas de las contingencias más costosas para éstos en términos de bienestar psicológico y económico.

Los estados y las comunidades generan sistemas de seguros que se activan ante la actualización de riesgos o situaciones específicas tales como la enfermedad, la vejez, la maternidad y **la muerte**, entre otras. Estos esquemas de aseguramiento se financian con los aportes de diversos actores y sus fuentes, entre ellos los impuestos, varían según los sujetos asegurados y son instrumentados de acuerdo con **el principio de solidaridad**, esto es, con la subvención de quienes más pueden aportar al cubrimiento de los riesgos de quienes pueden hacerlo en menor medida.

Este derecho social es fundamental, debido a su impacto sobre la igualdad y el bienestar de diversas capas de la población, la fundamentalidad de esas prestaciones para el bienestar de las personas está reconocida como **un derecho humano en diversos instrumentos internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, precisamente, el artículo 123 de la Carta Magna reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a la afiliación a un sistema de aseguramiento social de contingencias y de prestaciones del bienestar. En esta categoría de asegurados, aquellos que lo están por cuenta del trabajo que realizan o realizaron, frente a la eventualidad de **su muerte**, generando con ello apreciaciones jurídicas diferentes por los impartidores de justicia, derivado de los diferentes puntos de vistas de los juzgadores la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha intervenido realizando análisis exhaustivos sobre las decisiones de los litigios de derechos fundamentales consistentes **al derecho a la pensión de un asegurado**, mismo que es reclamado por su pareja permanente, denominada en el argot jurídico mexicano como **"concubina" o "concubinario"**

En este tipo de pensiones que solicitan las **"concubinas o concubinarios"** existen un derecho fundamental: **el de la seguridad social**, aunque el aseguramiento social se deriva exclusivamente de las relaciones laborales, buena parte de las instituciones involucradas en la presunta vulneración de ese derecho humano están destinadas a los trabajadores, que, además, tienen ciertos vínculos laborales específicos. No obstante, el acceso a la seguridad social en muchos casos únicamente depende de cierto estatus familiar y no de la trayectoria laboral del beneficiario e incluso ciertos beneficios resultan incompatibles.

Cuando se trata, de juicios donde se tutelan los derechos fundamentales de las concubinas y concubenarios a recibir una **pensión por viudez** se violan por parte de las autoridades de seguridad social el derecho a la seguridad social en su vertiente de **la protección a la familia**.

DESARROLLO DEL TEMA

Ahora bien, realizaremos el análisis de la violación de los derechos humanos de los asegurados al solicitar una pensión por viudez ya que la Ley del Seguro Social (LSS) establece lo siguiente:

***Artículo 130.-** Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o **con la que hubiera tenido hijos**, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.*

La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.

Este artículo ha ocasionado una serie de litigios que han llegado hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación donde se han detectado los siguientes problemas

- Desigualdad de requisitos para acceder a la pensión por viudez entre concubinas y entre éstas y cónyuges.
- Derecho a la pensión por viudez entre concubenarios del mismo sexo y por razón de género.
- Incompatibilidad entre salario y pensión por viudez.

El artículo 130 de la LSS, ha generado una serie de casos de violaciones a los derechos humanos donde el gobernado ha tenido que hacer valer sus derechos en materia de seguridad social a través de los medios jurisdiccionales.

Derivado de la ilegalidad del mencionado artículo en las siguientes líneas analizaremos algunos casos de violaciones a los derechos humanos en su vertiente del derecho a la seguridad social respecto a la **protección de la familia**.

1.- Concubinario que tuvieron hijos cuando alguno de ellos tenía matrimonio vigente con otra persona, SCJN, segunda sala, contradicción de tesis 251/2010, 10 de noviembre de 2010. (SCJN, 2021)

Una señora solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) el pago de pensión por viudez derivada de la muerte de su concubinario y padre de su hija, con el que convivió por diez años. La solicitud fue negada por el IMSS porque, a su juicio, la solicitante no cumplió con lo establecido en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social (LSS), ya que el asegurado estuvo casado con otra mujer y se **divorció de ella hasta un año antes de morir**. Es decir, la solicitante y el asegurado sólo fueron concubinos durante el año posterior al divorcio del asegurado y anterior a su muerte.

La SCJN, determinó que la concubina tenía derecho a la pensión por viudez, en virtud de haber tenido una hija en común con el asegurado, sin importar que la niña no hubiese nacido dentro del concubinato o únicamente que el asegurado hubiera estado soltero durante el último año de su vida, era suficiente para acreditar el concubinato.

En el segundo caso, una concubina solicitó al IMSS el pago de la pensión por viudez derivada de la muerte de su concubinario, con el cual tuvo un hijo. El IMSS negó el otorgamiento de la pensión por viudez bajo el argumento de que el asegurado no estuvo libre de matrimonio durante toda la convivencia con la solicitante.

La Suprema Corte tomó el siguiente criterio donde menciona que debe reconocerse el derecho fundamental a la seguridad social, en su modalidad de pensión por viudez, a la concubina que tuvo hijos en común con el asegurado sin importar que estos hayan nacido cuando alguno de sus padres estaba casado con una tercera persona.

Lo único que debe verificarse, **además de la existencia de hijos comunes**, es que los concubinos fueran solteros al momento de fallecimiento del asegurado.

Una mujer puede tener derecho a una pensión por viudez como concubina del trabajador fallecido, si está en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que hubiere vivido con el finado como si fuese su marido durante los cinco años que precedieron a su muerte; o,
- b) Que hubiese tenido hijos de aquél, siempre y cuando ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

La segunda hipótesis no exige para su actualización la convivencia marital durante cinco años previos al deceso del trabajador asegurado o pensionado, sino que

puede ser durante cualquier tiempo, ya que los requisitos exigidos en este supuesto son, únicamente, que hubiesen procreado hijos de esa unión, sin que sea necesario que hubieran nacido durante el concubinato, pues gramaticalmente la expresión **'con la que hubiera tenido hijos', es categórica al establecer que basta que la concubina haya procreado hijos con el asegurado.**"

No es necesario cumplir los cinco años de convivencia "cuando la pareja tuvo hijos, pues con ello se **protege a la familia**, siendo esta protección uno de los principales propósitos de la seguridad social, por disposición expresa de la fracción XXIX, del Apartado A, del artículo 123 de la Constitución, ya que la Ley del Seguro Social comprenderá, entre otros, un seguro de vida y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores y sus familiares.

El hecho de haber procreado hijos deja sin efectos la exigencia de una convivencia mínima de cinco años entre los concubinos, pues de otra manera, no tendría razón de ser el primer supuesto del transcrito precepto, ya que éste únicamente señala como requisito para que la concubina tenga derecho a la pensión por viudez, la existencia de ese concubinato durante ese tiempo mínimo, sin exigir la procreación de hijos.

2.- Régimen pensional discriminatorio por razón de género. SCJN, Segunda sala, amparo directo en revisión 881/2007, 4 de julio de 2007. (SCJN, 2021)

Un hombre que fue concubinario de una asegurada al fallecimiento de ésta solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) el reconocimiento del derecho fundamental a **la pensión por viudez**. El IMSS respondió que el asegurado aceptó someterse a la LSS de 1973 abrogada, por lo que correspondió aplicar lo establecido en el artículo 152 de dicha ley, el cual establece que **sólo la esposa**, esposo o la **concubina** de la persona asegurada, pero **no el concubino**, tienen derecho a la pensión por viudez. Con base en esa consideración normativa, el IMSS negó el reconocimiento del beneficio económico.

El demandante presentó demanda de amparo directo ante un tribunal laboral. Alegó que, **dado que el artículo 152 de la LSS de 1973 niega el pago de pensión por viudez a los concubinos hombres, el precepto legal viola sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la seguridad social**, previstos en los artículos 1o. y 123 apartado A, fracción XXIX, de la Constitución. El tribunal negó el amparo sin analizar los preceptos constitucionales de fondo. El juzgador argumentó que la ley no tenía validez por ser una norma abrogada y que lo que reclamó el demandante es inoperante en tanto éste se sometió a una ley que ya no es aplicable. El demandante interpuso recurso de revisión contra la sentencia. Alegó que el tribunal laboral no analizó la constitucionalidad del artículo 152 de la LSS de 1973. El juez de

conocimiento remitió el expediente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que analizara la constitucionalidad del precepto reclamado. La Suprema Corte realizó el estudio de la constitucionalidad del artículo y determinó que el precepto legal **es inconstitucional**, en tanto viola los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y **seguridad social**. En consecuencia, resolvió amparar al demandante.

Excluir a los concubinos, por el hecho de ser hombres, del derecho a la **pensión por viudez** en la modalidad de concubinato viola el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, El haber consentido a someterse a un régimen pensional abrogado y en parte inconstitucional, inhabilita al concubino para reclamar la violación de sus derechos fundamentales por parte de ese régimen, en especial el derecho a **la pensión por viudez como concubinario**.

Si el trabajador y sus beneficiarios se encuentran inscritos ante el IMSS con anterioridad a la reforma de la ley de 1997 o decidieron someterse a lo establecido a la ley de 1973, tienen derecho a que se cumpla lo establecido en esta última. Aunque la LSS de 1973 se encuentre derogada, surte efectos para quienes hayan cotizado bajo sus parámetros.

Establecer que, únicamente, corresponde el derecho a la seguridad social en su modalidad de **pensión por viudez a la viuda**, el viudo y la concubina, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación de los concubinarios e implica con ello **la violación del derecho humano a la seguridad social**. No existe justificación jurídica para que la norma legal niegue el derecho a la pensión por viudez al concubinario. Éste no debe ser tratado de manera diferente frente a la esposa, concubina o viudo, porque todos están ubicados en el mismo contexto social y jurídico de la familia.

"Los asegurados inscritos en el Instituto Mexicano del Seguro Social, con anterioridad al primero de julio de mil novecientos noventa y siete, fecha en la cual entró en vigor la nueva Ley del Seguro Social, así como sus beneficiarios al momento de cumplirse en términos de la Ley derogada los supuestos legales para el disfrute de cualquiera de las pensiones previstas en la misma, podrán acogerse al beneficio de esa ley derogada, lo cual significa que para ellos cobra vigencia la misma y, por ende, su carácter de obligatoriedad. Además cabe advertir que en el artículo 152 preinserto se concede, entre otros, a la esposa del asegurado o del pensionado **la pensión por viudez**, la cual se hace extensiva al viudo que estuviere totalmente incapacitado y que hubiese dependido económicamente de la trabajadora asegurada; luego, es obvio que de la disposición del precepto en comento deriva una obligación de actuar en determinado sentido a cargo del Instituto citado, consistente en otorgar **la pensión por**

viudez a quien hubiere dependido del asegurado o pensionado, siempre y cuando cumplan los requisitos de legales correspondientes".

"La familia es el resultado fundado en la pareja; integrada por padres e hijos, la cual es tutelada con el régimen completo de seguridad y justicia social, a través del cual se protege a los trabajadores y trabajadoras así como a sus familiares; por ello se hacen los beneficios extensivos a sus esposas, esposos, concubina y concubinario entendidos estos como los integrantes de la familia, razón por la cual **el concubinario** también deben disfrutar de los derechos y beneficios derivados del numeral 152 citado".

"El artículo 152 impugnado es violatorio de las garantías de igualdad jurídica y no discriminación precitados, porque el derecho a **la pensión por viudez** sólo se otorga a la esposa del asegurado o del pensionado, a la concubina que cumpla con los requisitos señalados en el propio precepto y al viudo que se ubique en el supuesto previsto en el mismo; luego, es obvio que **al concubinario** se le excluye de los sujetos beneficiados con sus disposiciones, esto es, lo priva del derecho a obtener **la pensión por viudez**, no obstante de que está colocado en igualdad de circunstancias que la viuda, el viudo o la concubina, pues al igual que todos ellos el concubinario forma una pareja y, por ende, **una familia** ya sea con la asegurada o pensionada, la cual está protegida por el régimen de seguridad social establecido en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, razón por la cual se considera que el concubinario en debido respeto a las garantías de mérito no puede ser tratado de manera diferente frente a la esposa, concubina o viudo, porque todos están ubicados en la misma situación jurídica."

"Si una trabajadora desempeña el mismo trabajo que un trabajador y cotiza de igual forma para tener acceso a los servicios de salud otorgados por el Instituto Mexicano del Seguro Social, tiene derecho a que **sus familiares**, entre ellos, su **concubinario**, disfruten de los servicios asistenciales otorgados por dicho Instituto, de igual forma que los tiene un trabajador, porque sólo así se cumple con la garantía social contenida en la fracción XXIX invocada y se respetan las garantías de igualdad y no discriminación invocadas con anterioridad, pues no debe soslayarse que el trabajador y la trabajadora se ubican en una misma situación de igualdad y por ello deben recibir el mismo trato ante la ley, razón por la cual todos los beneficiarios de ambos deben disfrutar de las prerrogativas derivadas de ser asegurados del Instituto citado."

CONCLUSIONES

El derecho a la **pensión por viudez es un derecho fundamental de la seguridad social**, donde se tutela el derecho de **la protección de la familia**, en su mayoría este derecho lo ejercen por lo general, mujeres, que son concubinas de hombres cuyo derecho a la seguridad social se deriva de una relación laboral.

Una de la característica que tiene la Ley del Seguro Social es la discordancia legislativa en materia de familia y de seguridad social, y respecto de los derechos de concubinos concurrentes y cónyuges, hombres y mujeres, afecta el derecho a la pensión por viudez de muchas de las personas que ejercen el derecho a la seguridad social.

La LSS tiene varias fallas legislativas en lo concerniente a los requisitos para ser considerada concubina o concubino, se ve claramente una violación a los derechos humanos respecto a la discriminación, el trato diferenciado que la normatividad les da a las concubinas con y sin hijos; la distribución desigual de derechos pensionales entre concubinas y cónyuges; la diferencia de términos entre las legislaciones familiar y de seguridad social para constituir un concubinato.