

**AMPARO EN REVISIÓN 750/2018
QUEJOSO: TEÓDULO ROJAS FLORES
RECURRENTES: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL
CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS Y TEÓDULO ROJAS FLORES**

**PONENTE: MINISTRO JAVIER LAYNEZ POTISEK
SECRETARIO: CARLOS ALBERTO ARAIZA ARREYGUE
COLABORÓ: ADDA ROSA HOYOS BRITO**

Ciudad de México. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión correspondiente al día 09 de enero de 2019, emite la siguiente

SENTENCIA

Mediante la que se resuelve el amparo en revisión 750/2018, interpuesto por la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos y Teódulo Rojas Flores contra la sentencia dictada el 27 de abril de 2018 por el Juzgado Noveno de Distrito en Materia de Trabajo en la Ciudad de México, en el juicio de amparo indirecto 334/2018.

I. ANTECEDENTES

1. **Jurisdicción voluntaria.** El 08 de agosto de 2017 Teódulo Rojas Flores promovió jurisdicción voluntaria ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, donde el juzgado a quien correspondió conocer de la solicitud aprobó el 16 de noviembre de 2017 las diligencias promovidas para acreditar la relación de concubinato que existía entre éste y Gil Eleazar Nava Arana, trabajador que cotizaba –entre otros– al Instituto Mexicano del Seguro Social¹.
2. **Solicitud de otorgamiento de pensión.** El 08 de enero de 2018 Teódulo Rojas Flores solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social el otorgamiento

¹ Fojas 34 a 126 del cuaderno del juicio de amparo 334/2018, del índice del Juzgado Noveno de Distrito en Materia de Trabajo de la Ciudad de México.

de una pensión de viudez con motivo del fallecimiento de su concubino trabajador; sin embargo, el 23 de enero de 2018 le fue negada dicha solicitud por la autoridad correspondiente², con base en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social al estimar que “...es beneficiario para el otorgamiento de una pensión de viudez, la esposa o la concubina respecto del asegurado o pensionado fallecido; y tratándose de la asegurada o pensionada, el esposo o el concubinario; es decir, dicho dispositivo legal considera en los supuestos de matrimonio y de concubinato, invariablemente a personas de género distinto al del asegurado o asegurada.”³.

3. **Juicio de amparo indirecto.** En contra de lo anterior, Teódulo Rojas Flores promovió juicio de amparo indirecto en contra de las siguientes autoridades y actos reclamados:

- De las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión: la discusión, aprobación y expedición del artículo 130 de la Ley del Seguro Social.
- Del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos: la promulgación del artículo 130 de la Ley del Seguro Social.
- Del Jefe de Departamento de Pensiones de la Subdelegación 5 Centro en la Delegación Norte del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), del Instituto Mexicano del Seguro Social: la emisión del oficio por el que se le negó la pensión de viudez.

4. En la demanda, el quejoso formuló los siguientes conceptos de violación:

a) La negativa del otorgamiento de la pensión por viudez por motivos relacionados con la orientación sexual viola los derechos de igualdad y no discriminación establecidos en los artículos 1° de la Constitución Federal; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 111 de la Organización Mundial del Trabajo.

b) El artículo 130 de la Ley del Seguro Social utilizado como fundamento de la negativa, contiene categorías sospechosas pues la norma realiza una distinción con base en la orientación sexual de las personas, por lo que se debe aplicar un escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad.

² Jefe de departamento de pensiones, de la subdelegación 5 Centro, de la delegación Norte del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), del Instituto Mexicano del Seguro Social.

³ Juicio de amparo indirecto 334/2018, fojas 15 y 16.

AMPARO EN REVISIÓN 750/2018

c) La norma reclamada es contraria a los artículos 4° de la Constitución Federal, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que al sólo proteger el modelo de familia cuyo presupuesto es el matrimonio heterosexual, incumple el mandato constitucional de protección de la familia entendida como realidad social, lo cual se traduce en que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad, incluidas las parejas formadas por personas del mismo sexo.

d) El derecho a la seguridad social establecido en la fracción XXIX, Apartado A, del artículo 123 Constitucional; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 26 de la Convención americana sobre Derechos Humanos y el artículo 9 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, extiende su cobertura a las personas trabajadoras y a sus familiares en las condiciones que señala la ley.

e) En las observaciones generales 19 y 20 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se estableció que los Estados Parte, entre ellos México, deben garantizar que la seguridad social sea disfrutada sin discriminación y bajo la igualdad entre hombres y mujeres, prohibiendo expresamente la discriminación basada en género u otra condición social, así como que cualquier distinción basada en la orientación sexual o cualquier estatus que intente nulificar o desequilibrar el ejercicio de los derechos de la seguridad social quedará prohibida, incluyendo en “cualquier condición social” a la orientación sexual. Por lo que la preferencia sexual de las personas no puede constituir un obstáculo para el acceso a los derechos.

f) El Instituto Mexicano del Seguro Social no ha promovido el acceso a la igualdad de oportunidades y el acceso al derecho a la seguridad social de las personas trabajadoras y sus familias pues no ha tomado acciones positivas para promover la eliminación de la discriminación por preferencia sexual a través de sus disposiciones reglamentarias.

g) El artículo 130 de la Ley del Seguro Social emplea un lenguaje aparentemente neutral en algunas porciones normativas, pero en otras distinguen entre hombres y mujeres, lo que entraña que la norma sostiene una distinción entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo; lo cual vulnera los artículos 1° y 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Federal.

h) El mencionado artículo de la Ley del Seguro Social viola el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para promover la no discriminación y el acceso a la seguridad social al sostener una posición que explícitamente excluye a personas quienes forman parejas del mismo sexo.

i) El artículo 130 referido se debe interpretar sin distinción alguna derivada de orientaciones o preferencias sexuales y sin que se requiera que una de las personas en la pareja pruebe su dependencia económica de la otra.

5. **Trámite y sentencia.** El Juez de Distrito⁴ dictó sentencia en la que concedió el amparo de acuerdo con lo siguiente:

⁴ En materia de Trabajo de la Ciudad de México previa declinatoria del Juez de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México.

a) En cuanto a la procedencia del juicio:

- Es infundada la causal de improcedencia consistente en la existencia de un recurso de inconformidad promovido por el quejoso en contra de la negativa del otorgamiento de la pensión de viudez; ello porque tal recurso fue desechado por el Instituto Mexicano del Seguro Social al no considerarse idóneo para dejar sin efectos o modificar el acto reclamado.

- Contrario a lo manifestado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, dicho instituto sí puede ser considerado como autoridad para efectos del juicio de amparo ya que actúa en su carácter de ente asegurador; ello conforme a la jurisprudencia 2a./J. 66/2016 de rubro: "INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. EL JUICIO DE AMPARO PROCEDE CONTRA LA OMISIÓN DE DAR RESPUESTA A UNA SOLICITUD FORMULADA EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN QUE DEBE RESPONDER EN SU CARÁCTER DE ENTE ASEGURADOR".

- Es infundada la causal de improcedencia relativa a que previo a la interposición del juicio de amparo, el quejoso debió interponer los medios de defensa ordinarios ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje; ello, al advertir que el quejoso controvertía una disposición de carácter general por lo que se actualizaba una excepción a dicho principio pues tratándose de amparo contra leyes, se otorga al quejoso la posibilidad de promover amparo en contra del primer acto de aplicación de la norma impugnada de forma inmediata, o bien, agotar el recurso o medio de defensa ordinario a través del cual se pueda modificar, revocar o anular el acto de aplicación de la norma.

b) En cuanto al fondo del asunto:

- Si bien el artículo 130 de la Ley del Seguro Social pretende dar una protección a la familia del asegurado o pensionado en el momento de su fallecimiento, lo cierto es que al señalar "*la que fue esposa del asegurado*" y "*a falta de esta, la mujer...*", condiciona dicha protección a que el beneficiario sea de sexo femenino, partiendo del supuesto que la pareja conformada por el asegurado y su beneficiario son de sexos diferentes, es decir:

- Excluye cualquier tipo de unión que no sea entre personas de distinto sexo.
- Desconoce la posibilidad de otro tipo de parejas que no sean de sexo distinto.

- El artículo 130 de la Ley del Seguro Social no es acorde con los artículos 1º, 4º y 123 Constitucionales porque la Constitución Federal establece la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley, sin que pueda existir discriminación alguna, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares ubicados en la misma situación deben ser tratados de forma igual.

- Ello se traduce en una prohibición para el legislador de hacer distinciones por razón de género con el fin de que tanto el varón como la mujer obtengan los mismos derechos y oportunidades en todos los aspectos fundamentales y trascendentales de la vida humana, por lo que la igualdad ante la ley, implica que las personas deben ser tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias.

- Si en el caso, el Instituto Mexicano del Seguro Social negó el otorgamiento de la pensión por viudez solicitada bajo el argumento de que no reunía los requisitos establecidos en el artículo mencionado, toda vez que el beneficio de pensión ante el fallecimiento de un asegurado recae en *la "esposa o a falta de esta en la concubina"*, en tanto que se considera el supuesto del matrimonio, como el de concubinato, entre personas de sexo diferente al del asegurado, es inconcuso es inconstitucional.

- Si bien la pensión por viudez se contempló para ser otorgada al miembro supérstite de una pareja unida en forma libre, lo cierto es que con la exclusión de género que se contiene, se restringe ese beneficio a las personas con orientación sexual diversa, y que forman otro tipo de parejas, no obstante de encontrarse en el mismo supuesto jurídico pues tanto el hombre como la mujer que se sitúan ante la pérdida de la persona con la que ha convivido como su cónyuge —con independencia del tipo de pareja que conformen— tienen derecho de recibir la pensión correspondiente, por lo que al estar en la misma situación que cualquier otra persona se tiene el mismo derecho a recibir la pensión mencionada.

- Se concede el amparo para que el Instituto Mexicano del Seguro Social prescinda de la distinción a que se refiere el artículo 130 de la Ley del Seguro Social y, en consecuencia, deje insubsistente la determinación emitida respecto a la pensión de viudez y en su lugar emita otra en la que resuelva lo que en derecho proceda respecto de dicha prestación; lo anterior en el entendido de que si bien la tutela protectora alcanza a las autoridades responsables que concurrieron a la expedición y aprobación del ordenamiento legal reclamado, ello no implica por parte de éstas la realización de algún acto concreto en cumplimiento del fallo protector.

6. **Interposición de los recursos de revisión.** La Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y el quejoso interpusieron sendos recursos de revisión⁵ en los que sostuvieron lo siguiente:

I. Recurso de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. En sus agravios propuestos, esa autoridad expone lo siguiente:

a) La sentencia es ilegal ya que el juez consideró erróneamente que el artículo 130 de la Ley del Seguro Social viola los derechos de igualdad y no discriminación, dejando de considerar que el texto de ese precepto atiende a factores presupuestarios del Instituto Mexicano del Seguro Social, lo cual reduce su capacidad para enfrentar obligaciones en materia de pensiones.

b) Existe una justificación razonada que permite válidamente realizar la distinción reclamada pues de acuerdo con la iniciativa de la Ley del Seguro Social, el Instituto mencionado debe brindar mayor protección y elevar la calidad de sus servicios, ampliando su cobertura y mejorando las condiciones en que se otorgan las prestaciones, pero garantizando su viabilidad financiera, por lo que el trato distinto que otorga el legislador busca mantener un equilibrio en el fondo de pensiones para lograr la satisfacción de las obligaciones del Instituto referido.

c) En la mayoría de las legislaciones estatales del país no se contempla la posibilidad de contraer matrimonio o unión libre entre personas del mismo sexo, por lo que se generaría un desequilibrio en el presupuesto otorgado a las entidades que sí reconocen *este tipo de derechos*, de tal suerte que el ampliar el espectro de otorgamiento de la pensión a las parejas del mismo sexo conllevaría un golpe a la crítica situación presupuestal que enfrenta el citado Instituto.

d) El matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo ha sido un proceso paulatino a lo largo de los años, fruto de la secularización del matrimonio, de la

⁵ Que correspondieron a los RT 50/2018 y RT 53/2018, respectivamente del índice del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

transformación de la familia y de las relaciones entre la iglesia y el Estado que en México han tenido características originales pero en el ordenamiento jurídico mexicano la base de la familia sigue siendo legalmente el matrimonio como institución preferible para organizar la relación estable entre hombre y mujer.

e) No toda desigualdad de trato es violatoria de derechos humanos sino sólo cuando se produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin existir una justificación razonable e igualmente objetiva, de manera a que a iguales supuestos de hecho correspondan similares situaciones jurídicas, por lo que en todo caso se debió someter la norma impugnada a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la facultad del Congreso de la Unión para legislar en cualquier materia, incluyendo lo relativo a la seguridad social.

f) La distinción que se realiza respecto de los supuestos establecidos en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social para que una pareja del mismo sexo tenga la posibilidad de aseguramiento o pensión por viudez, obedece a los factores presupuestarios del Instituto Mexicano del Seguro Social y, por lo tanto, esa distinción persigue una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, por lo que el citado precepto es constitucional y no vulnera el derecho humano de igualdad y no discriminación establecidos en el artículo 1º constitucional.

II. Recurso de la parte quejosa

a) Si bien el Juez de Distrito concedió el amparo respecto del acto de aplicación, lo cierto es que no realizó algún pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social.

b) Se debe realizar una interpretación conforme de la norma ya que subsiste el riesgo a causar una nueva afectación a los derechos fundamentales reclamados toda vez que el artículo impugnado puede volvérselo a aplicar en perjuicio del quejoso.

7. Trámite de los recursos ante el Tribunal Colegiado. El Tribunal Colegiado de Circuito del conocimiento admitió los recursos de revisión por separado⁶ y seguidos los trámites de ley, dictó las sentencias correspondientes en las cuales determinó en forma coincidente que: **i)** no es materia de los recursos de revisión las causales de improcedencia desestimadas por el Juez de Distrito al no haberse combatido; **ii)** no se advierte de oficio alguna causal de improcedencia susceptible de actualizarse; y **iii)** deben remitirse los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que analice los temas de constitucionalidad planteados por las recurrentes.

8. Admisión y turno del amparo en revisión ante esta Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Presidente de este Alto Tribunal admitió los

⁶ Acuerdo de 25 de junio de 2018 en el RT 50/2018, fojas 39 y 40 y acuerdo de 02 de julio de 2018 en el RT 53/2018, fojas 10 y 11, respectivamente.

recursos, ordenó formar y registrar el expediente respectivo, turnarlo al Ministro Javier Laynez Potisek y enviar los autos a la Sala a la que se encuentra adscrito⁷.

Posteriormente, el Presidente de la Segunda Sala se avocó al conocimiento del asunto y ordenó enviar los autos al Ministro Ponente para la elaboración del proyecto de resolución⁸.

9. **Publicación del proyecto.** El proyecto de resolución fue publicado dentro del plazo y con las formalidades previstas en los artículos 73 y 184 de la Ley de Amparo.

II. COMPETENCIA

10. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de los presentes recursos de revisión intentados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 83 de la Ley de Amparo; 11, fracción V, y 21, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; punto Tercero, en relación con el punto Segundo, fracción III, del Acuerdo General Plenario 5/2013; toda vez que se interpusieron en contra de una sentencia dictada en un juicio de amparo indirecto, en el que se impugnó la constitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social, norma la cual corresponde a la especialidad esta Sala.

III. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN

11. Esta Segunda Sala estima innecesario analizar lo relacionado con la oportunidad y la legitimación porque el Tribunal Colegiado de Circuito ya se ocupó de ello⁹.

⁷ Acuerdo de 19 de septiembre de 2017, fojas 66 a 68 del expediente.

⁸ Acuerdo de 17 de octubre de 2018. Foja 116 del expediente.

⁹ Fojas 4 y 5 y 50 y 51 de los expedientes correspondientes a los recursos de revisión ya indicados.

IV. ESTUDIO DE FONDO

12. **Fijación de la litis.** Como se advierte de la síntesis de los agravios formulados por la autoridad recurrente, ésta indica que: *i)* la distinción hecha en la norma reclamada se justifica porque mantiene un equilibrio en el fondo de pensiones para lograr la satisfacción de las obligaciones del Instituto Mexicano de Seguridad Social, pues que de ampliarse el espectro de otorgamiento de la pensión a las parejas del mismo sexo conllevaría incidencias presupuestales del mencionado Instituto.; *ii)* cuando se produce una distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, si bien ello se somete a un escrutinio estricto, se debe tomar en consideración la facultad del Congreso de la Unión para legislar en cualquier materia, incluyendo la seguridad social; *iii)* el matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo ha sido un proceso paulatino a lo largo de los años pero que, en el ordenamiento jurídico mexicano, la base de la familia sigue siendo legalmente el matrimonio.
13. Por su parte, el quejoso afirma que: *i)* el Juez de Distrito omitió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del precepto reclamado pues sólo se ocupó del acto concreto de aplicación y *ii)* subsiste el riesgo de que esa norma se aplique nuevamente en su perjuicio.
14. Para dar contestación a los agravios vertidos por las recurrentes, esta Segunda Sala estima necesario realizar algunas precisiones previas, para lo cual se retoman algunas consideraciones del amparo en revisión 710/2016¹⁰.

Principio de igualdad y no discriminación

15. Este principio se encuentra previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹¹, el cual ha sido interpretado por

¹⁰ Resuelto por esta Segunda Sala en sesión de 30 de noviembre de 2016 por unanimidad de 5 votos.

¹¹ **Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá

este Alto Tribunal en el sentido de que la igualdad —como principio constitucional— subyace en toda la estructura del sistema jurídico y, por tanto, constituye un límite a los poderes del Estado conforme al cual debe cuidarse el no generar paridad entre todos los individuos —igualdad formal o jurídica—, ni tampoco una igualdad material o real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato.

16. Asimismo, esta Segunda Sala ha considerado que el principio en comento impone al legislador¹² los deberes siguientes:

a) Un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual.

b) Un mandato de tratamiento desigual, conforme con el cual, al crear una norma, deben preverse las eventuales diferencias entre supuestos de hecho distintos.

17. Así, aunque el legislador tiene libertad configurativa para crear el sistema jurídico (acotada a las competencias constitucionalmente establecidas), también es cierto que esa potestad no es ilimitada; por el contrario, al crear normas jurídicas debe atender a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos y particularmente, dada su transversalidad en el sistema jurídico, al principio de igualdad y no discriminación¹³, por ende, en la creación de una

restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

¹² Así se desprende de la jurisprudencia 2a./J. 64/2016 de rubro: "PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE". Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 31, junio de 2016, Tomo II, página: 791.

¹³ Así se obtiene de la jurisprudencia 1a./J. 45/2015 de rubro: "LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO

norma, el poder legislativo debe cerciorarse en forma decidida que tales mandatos constitucionales se cumplan.

18. El principio de igualdad está vinculado con la no discriminación pues al existir un deber de dar el mismo trato —tanto material como formal—, se prohíbe la discriminación, exclusión o preferencia de una persona sobre otra, con base en elementos subjetivos cuyo establecimiento normativo resulte discrecional e injustificado, como acontece con las denominadas “categorías sospechosas”. Este principio de igualdad y no discriminación opera en el sistema jurídico de manera transversal, es decir, al permear a todo el ordenamiento, impone diversos deberes a las autoridades del Estado¹⁴, de tal suerte que cualquier trato discriminatorio hecho con base en alguna “categoría sospechosa” es incompatible con el mismo.

19. Las denominadas “categorías sospechosas” han sido definidas como los factores constitucionalmente prohibidos de discriminación, como lo son las motivadas 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 personas¹⁵. Estas causas de discriminación también han sido advertidas en el ámbito internacional, particularmente en el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁶.

DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL”. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, página 533.

¹⁴ Al caso es aplicable la jurisprudencia P. /J. 9/2016 de rubro: “PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL” Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 112.

¹⁵ Así se desprende de la ejecutoria de la cual derivó la jurisprudencia P. /J. 10/2016 de rubro: “CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO”. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 8.

¹⁶ **Artículo 1.** Obligación de Respetar los Derechos

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

Los criterios específicos respecto de los cuales el artículo 1.1 de la Convención Americana prohíbe discriminar, son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, por lo que la redacción

20. El término “discriminación” ha sido definido como “...*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas*”¹⁷.

21. En un Estado constitucional de Derecho como el nuestro y conforme lo exige el artículo 1° constitucional mencionado, los poderes públicos están llamados a actuar en todo momento en defensa y protección de los derechos humanos, de manera que los órganos o autoridades que ejercen una función materialmente legislativa o normativa están obligados no sólo a usar términos o fórmulas que aparentan neutralidad, sino que deben llevar a cabo un ejercicio reflexivo, consciente, informado y prudente que tenga como resultado la redacción de un texto normativo que, sin lugar a dudas o a interpretaciones, sea incluyente en su manifestación y proscriba cualquiera asomo de discriminación en su lectura y aplicación.
22. El cumplimiento de dicho deber tiene un doble efecto en el sistema jurídico: por una parte, al velar por la utilización de las palabras más apropiadas en la creación de una norma, se materializa y reconoce el principio de igualdad y no discriminación; por otra, se genera seguridad jurídica a los gobernados ya que el margen de interpretación de una norma determinada (por parte de la

del artículo en mención deja abierto los criterios de inclusión de “cualquier otra condición social”. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile Fondo Reparaciones y Costas, párrafo 85.

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párrafo. 6; Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

Artículo 1°, fracción III, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. De igual forma, dicha Ley establece que también se entiende como discriminación la homofobia, la misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.

autoridad a quien corresponde su aplicación) se reduce mediante el uso de la terminología adecuada, con lo cual se evitan intelecciones que conduzcan a discriminar a ciertos sujetos.

23. En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido a través de su jurisprudencia el alcance al principio de igualdad, el cual se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación¹⁸.
24. Asimismo, dicha Corte ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre este principio descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, lo cual conlleva a la obligación del Estado de abstenerse de realizar acciones que —directa o indirectamente— vayan dirigidas a crear acciones de discriminación de *iure* o de *facto*, así como la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades.
25. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como norma de carácter general, se extiende a todas las disposiciones del tratado y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades ahí reconocidas “sin discriminación alguna”; es decir, cualquiera que sea el origen o la forma en la

¹⁸ Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55 y Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

que pueda darse un trato discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, es *per se* incompatible con ese instrumento¹⁹.

26. Entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos²⁰ y los principios de igualdad y no discriminación existe un vínculo indisoluble, pues el Estado está obligado a respetar y garantizar “sin discriminación” alguna, el goce y disfrute de los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el derecho a “igual protección de la ley” entraña el deber de no hacer distinciones injustificadas entre personas que están en una misma situación jurídica o de hecho.
27. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación jurídica, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino respecto a todas las normas aprobadas por el Estado y en su aplicación —de ahí que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación haya concluido que el principio de igualdad permea a todo el ordenamiento jurídico—; en otras palabras, si un Estado discrimina en el goce o disfrute de un derecho constitucional y convencionalmente reconocido, entonces, en el ámbito internacional, incumple la obligación establecida en el artículo 1.1, dada la desigualdad generada. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana, respecto de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.
28. Ahora bien, como se ha visto, dentro de las denominadas “categorías sospechosas” está la orientación sexual y la identidad de género de las personas; por ende, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno,

¹⁹ Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, párrafo 82.

²⁰ Artículo 1.1 de la referida Convención.

sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación o preferencias sexuales²¹.

Derecho a la seguridad social

29. El artículo 123, apartado A, fracción XXIX de la Constitución Federal²² establece como derecho fundamental de los trabajadores, la seguridad social, la cual busca la protección ante contingencias (como serían las relacionadas con la salud, o incluso la muerte), o ante hechos futuros de realización cierta (como la cesantía o edad avanzada del trabajador), en aras de garantizar una vida digna, con todas las implicaciones que ello implica; por ello, no se trata de una concesión gratuita o generosa, sino que la seguridad social y los diversos aspectos que ésta involucra se gestan de manera continua, permanente y prolongada durante la vida activa del trabajador con las aportaciones que hace en forma constante durante el tiempo en que realiza el trabajo productivo.
30. La seguridad social es el resultado de una lucha continua que ha emprendido la clase trabajadora en reconocimiento de derechos mínimos tanto para el trabajador como para los familiares de éste (en su caso), ya sea por consanguinidad como por afinidad. Esto es, los derechos que conforman la seguridad social de los trabajadores abarcan no sólo a los asegurados, sino también a sus familiares (con ciertas reglas y modalidades), por lo que a éstos tampoco se les puede reducir o restringir ese derecho.

²¹ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile Fondo Reparaciones y Costas, párrafo 91. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

²² **Artículo 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

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

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

31. En el ámbito internacional, el derecho a la seguridad social está reconocido en los artículos 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²³. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado el referido derecho en la Observación General no. 19, en la cual reconoció la importancia fundamental de los derechos de seguridad social para garantizar el diverso derecho a la dignidad humana; además, en la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité precisado concluyó que ese derecho debe garantizarse sin discriminación jurídica o de hecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que

²³ **Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

Artículo 26 Desarrollo Progresivo.

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social.

32. De igual forma, en su Observación General no. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que los Estados deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce dicho instrumento internacional²⁴, por lo que el derecho a la seguridad social no puede condicionarse por motivos de preferencias sexuales.
33. Asimismo, de conformidad con el párrafo 1, del artículo 2 del Pacto antes mencionado, los Estados Parte deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación a la seguridad social, incluido el seguro social.
34. En este mismo sentido, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social normativamente reconocidas, las cuales, en su caso, incluyen las derivadas de los beneficios laborales.

Derecho a la familia

35. Este derecho se encuentra protegido a través del artículo 4° de la Constitución Federal²⁵, mientras que en los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶ y 23 del Pacto Internacional de

²⁴ Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, página 11, párrafo 32.

²⁵ **Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

(...)

²⁶ **Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Protección a la Familia**

Derechos Civiles y Políticos²⁷ se reconoce el derecho de las personas a la protección de la familia como derecho humano, el cual ha sido interpretado por diversos organismos internacionales, determinando el alcance y contenido del mismo bajo las siguientes premisas²⁸:

- a) La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad por lo que es objeto de protección por parte de la sociedad y el Estado.
- b) El concepto familia no es equivalente al de matrimonio, dado que el matrimonio sólo es una de las distintas formas para constituir una familia.
- c) El derecho a la protección de la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y no al matrimonio.
- d) Las interferencias al derecho a la protección a la familia son aquellas que limitan la convivencia familiar entre los padres e hijos y las más graves son aquellas que tienen como resultado la división de la familia.
- e) En cuanto al matrimonio, la Convención Americana y el Pacto reconocen como legítima la disolución de ese vínculo siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la equivalencia de las responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria respecto de los hijos, sin discriminación alguna.

-
1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo

²⁷ **Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

²⁸ Las cuales se obtienen de la tesis de rubro: “PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE”. Semanario Judicial de la Federación; Décima época; Primera Sala, Libro XIII, octubre 2012 Tomo 2, tesis 1ª. CCXXX/2012, Registro IUS: 2002008.

36. Al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el derecho a la familia²⁹ a la luz del matrimonio igualitario y concluyó que el artículo 4° constitucional no protege únicamente a las familias formadas por la unión de un hombre y una mujer, sino también otras formas de familia, como lo son las formadas por personas del mismo sexo, o bien, las familias monoparentales o por cualquier otra forma que denote un vínculo similar, en aras de un reconocimiento de la vida actual y de la pluralidad existente; es decir, la familia es un concepto social y dinámico y su protección debe comprender todo tipo de familia, sin atender a un estereotipo o modelo determinado, por lo que el derecho a la familia establecido en el artículo 4° de la Constitución Federal comprende a todas las formas de familia —derivadas de un matrimonio o uniones libres entre personas del mismo o de diferente sexo, con un padre o una madre e hijos o bien, cualquier otra forma—, pues el elemento común es la existencia de lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común³⁰.
37. Asimismo, el Pleno de este Alto Tribunal estableció que la orientación sexual de una persona forma parte de la identidad personal y responde a un elemento importante del proyecto de vida, el cual incluye el deseo de tener una vida en común, ya sea con una persona de su mismo sexo o de diferente, lo que implica el derecho al libre desarrollo de la personalidad al decidir casarse o no hacerlo y el sexo o preferencias sexuales de los cónyuges.

Estudio de constitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social

38. Una vez establecidas las premisas que anteceden, esta Segunda Sala procede a analizar el agravio expresado por la autoridad recurrente en el sentido de que la exigencia contenida en el artículo 130 de la Ley del Seguro

²⁹ En sesión de 16 de agosto de 2010.

³⁰ Al respecto cobra aplicación por analogía la tesis P. XXIII/2011 de rubro: "FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES)". Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página: 871.

Social (al prever que el otorgamiento de una pensión por viudez requiere que se trate de relaciones de matrimonio y concubinato entre personas de distinto sexo) está justificada.

Dicho agravio es **infundado** como se demostrará a continuación.

39. El mencionado artículo —en el cual se fundamentó la negativa del otorgamiento de la pensión de viudez solicitada por el quejoso— 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.”

40. Esta disposición en su primer párrafo, prevé la existencia del derecho a la pensión de viudez, estableciendo los siguientes supuestos: **i)** a la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez; o **ii)** a falta de esposa, 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 hubiere tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato; **iii)** si al morir el asegurado o pensionado tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a la mencionada pensión.
41. Si bien en dicha norma, el legislador utilizó las palabras “*asegurado*” y “*pensionado*” que podrían dar una idea de generalidad sin distinción de género o sexo alguna, es decir, el uso de morfemas flexivos masculinos genera la idea de inclusión de ambos sexos (masculino y femenino), por lo

cual la descripción normativa resultaría neutra³¹; sin embargo, también es cierto que al emplear simultáneamente las expresiones “*la que fue esposa*”, “*a falta de esposa... la mujer*”, puede concluirse que **la intención del legislador fue distinguir entre el sexo de los sujetos** a quienes resulta aplicable la norma, traduciéndose en una forma de discriminación.

42. Lo anterior puede explicarse del modo siguiente:

| Enunciado normativo | Causante | Sexo del causante | Causahabiente | Sexo del causahabiente | Fórmula contenida en el enunciado normativo a partir del sexo de los sujetos |
|---|------------------------|-------------------|---------------|------------------------|--|
| Esposa del asegurado o pensionado | Asegurado o pensionado | Masculino | Esposa | Femenino | Hombre y mujer |
| Mujer con quien el asegurado o pensionado | Asegurado o pensionado | Masculino | Mujer | Femenino | Hombre y mujer |
| El asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas | Asegurado o pensionado | Masculino | Concubinas | Femenino | Hombre y mujer(es) |

43. Como puede apreciarse, por la forma en que está redactada la norma reclamada invariablemente conduce a fórmulas en las cuales están inmiscuidos un hombre y una mujer, uno como trabajador asegurado y el otro como beneficiario de la seguridad social; sin embargo, tal redacción impide que puedan presentarse otro tipo de fórmulas como serían las derivadas de matrimonios o concubinatos entre personas del mismo sexo, en que un

³¹ Lo cual se corrobora con el artículo 5 A de la Ley del Seguro Social que establece:

Artículo 5 A. Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

(...)

V. Trabajadores o trabajador: la persona física que la Ley Federal del Trabajo define como tal;

(...)

XI. Asegurados o asegurado: el trabajador o sujeto de aseguramiento inscrito ante el Instituto, en los términos de la Ley;

(...)

XIV. Pensionados o pensionado: el asegurado que por resolución del Instituto tiene otorgada pensión por: incapacidad permanente total; incapacidad permanente parcial superior al cincuenta por ciento o en su caso incapacidad permanente parcial entre el veinticinco y el cincuenta por ciento; invalidez; cesantía en edad avanzada y vejez, así como los beneficiarios de aquél cuando por resolución del Instituto tengan otorgada pensión de viudez, orfandad, o de ascendencia;

(...)

hombre (trabajador asegurado) sea el causante de la pensión de viudez a favor de su cónyuge o concubino varón (como sucede en el caso), o bien, que ello ocurra entre una mujer (trabajadora asegurada) y su cónyuge o concubina mujer supérstite.

44. Resultan aplicables las tesis P. VII/2016 (10a.) y 2a. XII/2017 de rubros: **“DISCRIMINACIÓN POR OBJETO Y POR RESULTADO. SU DIFERENCIA”³²** y **“DISCRIMINACIÓN. OBLIGACIÓN DEL LEGISLADOR DE NO USAR PALABRAS QUE GENEREN ESE EFECTO”³³**.
45. En este sentido, esta Segunda Sala considera que el artículo 130 de la Ley del Seguro Social condiciona el derecho a la seguridad social traducido en el otorgamiento de una pensión de viudez, a un modelo de familia en el cual las personas –ya sea constituidas en matrimonio o en concubinato– invariablemente son de sexo opuesto; lo anterior porque el precepto referido distingue entre grupos que se encuentran en igual circunstancia —vínculo de matrimonio o concubinato— en atención a su preferencia sexual, esto es si se conforman por parejas heterosexuales u homosexuales, provocando que las segundas no tengan derecho a la seguridad social, en su vertiente de otorgamiento de una pensión de viudez en los mismos términos que las primeras, lo cual está basado en una categoría sospechosa, ya que dicha restricción se apoya en las preferencias sexuales de las personas, siendo inconstitucional³⁴.
46. Pero además ambos grupos se encuentran en la misma situación para actualizar la hipótesis de la norma, a saber constituirse como cónyuge o concubino [a] supérstite de un trabajador [a] asegurado [a] fallecido [a] que

³² Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 255.

³³ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo II, página 1389.

³⁴ Similares consideraciones, respecto a la inscripción de cónyuges del mismo sexo al Instituto Mexicano del Seguro Social, fueron expuestas por esta Segunda Sala al resolver el amparo en revisión 485/2013 y, respecto de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, al resolver el diverso amparo en revisión 710/2016.

durante su vida laboral activa, cotizó para tener acceso a los derechos que otorga la Ley del Seguro Social, entre ellos, la pensión de viudez.

47. Es decir, si un trabajador desempeña la misma labor que otro, cotizará de igual forma para tener acceso a los derechos que otorga la Ley del Seguro Social, y si mantiene un vínculo familiar de matrimonio o concubinato con una persona de sexo distinto, tendrá derecho a que sus familiares disfruten de esos derechos que la institución concede en la misma forma que lo tiene un trabajador que mantiene un vínculo familiar de matrimonio o concubinato con una persona de su mismo sexo; lo que evidentemente se refleja en la situación del cónyuge o concubino que le sobreviva, independientemente del sexo de la pareja supérstite³⁵; ello pues ambos grupos coinciden en que son cónyuges o concubinos del asegurado y éste cotizó para tener acceso a los derechos otorgados por la Ley del Seguro Social, por lo que es evidente que se encuentran en la misma situación de igualdad y que existe una diferencia de trato a partir del sexo y de las preferencias sexuales.
48. En efecto, como se expuso anteriormente, el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y prohíbe cualquier distinción basada en el género, sexo o preferencias sexuales de la persona; por su parte, el artículo 4° Constitucional reconoce y protege la institución de la familia, sin que ello deba entenderse dirigido a un modelo determinado de la misma, es decir, ese precepto reconoce los vínculos afectivos y familiares creados tanto entre personas de sexo opuesto como entre personas del mismo e incluso, la familia monoparental.
49. En ese orden de ideas, no existe justificación jurídica para que la norma impugnada condicione el acceso a los derechos de seguridad social mediante el otorgamiento de una pensión de viudez a un modelo de familia o vínculos

³⁵ Es ilustrativa la tesis CXV/2007 de rubro: "SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 52 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.". Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 645.

afectivos en el cual las personas que los forman sean del sexo opuesto; por ende la medida legislativa desatiende lo previsto en los citados preceptos constitucionales al generar desigualdad de trato y estar sustentada en conceptos que desconocen otras formas de relaciones afectivas, lo cual genera discriminación³⁶.

50. Así, no existe razón constitucionalmente aceptable para impedir tal derecho ya que las autoridades a quienes en sus respectivas competencias corresponda la satisfacción de los derechos de seguridad social, están obligadas a reconocer el vínculo generado entre los cónyuges o concubinos y, por tanto, a otorgar las prestaciones correspondientes, sin que la preferencia sexual o el sexo de esas personas sea una razón para su denegación, ni mucho menos por no estar prevista de esa forma la figura referida a nivel federal, ya que ello se traduce en una discriminación injustificada a causa de categorías sospechosas, lo cual se encuentra constitucionalmente prohibido.
51. De acuerdo con lo expresado, esta Segunda Sala considera que el artículo 130 de la Ley de Seguridad Social vulnera los derechos fundamentales de igualdad, no discriminación y seguridad social previstos en los artículos 1º, 4º y 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Federal.
52. No obsta a lo anterior que la autoridad haya manifestado que dicha distinción obedece a cuestiones presupuestarias propias del Instituto Mexicano del Seguro Social, pues lo cierto es que constituyen meras afirmaciones sin sustento o fundamento alguno; es decir, la autoridad recurrente se limitó a mencionar que de otorgarse la pensión de viudez a parejas conformadas por

³⁶ Al caso es aplicable, por identidad de razones, la tesis 2a. XCIV/2013 (10a.), de esta Segunda Sala, de rubro: "ASIGNACIONES FAMILIARES PARA LOS BENEFICIARIOS DEL PENSIONADO. EL ARTÍCULO 164, FRACCIÓN I, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL VIOLA LOS ARTÍCULOS 1o., 4o. Y 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXIX, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997)". Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 2, página: 1303.

el mismo sexo, se atentaría contra cuestiones financieras del Instituto Mexicano del Seguro Social impidiéndole a éste ejercer su función, pero sin aportar los mínimos elementos para sustentar su dicho.³⁷

53. En este mismo sentido, **es infundado el agravio de la autoridad recurrente** referente a que cuando se produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, se debe someter a un escrutinio estricto tomando en consideración la facultad que tiene el Congreso de la Unión para legislar en cualquier materia, incluyendo lo relativo a la seguridad social.
54. Como se mencionó anteriormente, aunque el legislador tiene libertad configurativa para crear el sistema jurídico, también es cierto que esa facultad no es ilimitada, pues conforme al artículo 1° de la Constitución Federal la igualdad como principio constitucional subyace en toda la estructura del sistema jurídico; es decir, el legislador debe vigilar que los mandatos constitucionales se cumplan, atendiendo a los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos al principio de igualdad y no discriminación.
55. Además y como se ha explicado, la distinción que produce el artículo 130 de la Ley del Seguro Social no se encuentra justificada al ser discriminatoria y estar basada en una categoría sospechosa como lo son las preferencias sexuales y el sexo de las personas, de manera tal que inhibe del otorgamiento de una pensión de viudez en términos del artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desconociendo lo establecido en los artículos 1° y 4° de la misma, relativos a la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer –prohibiendo cualquier tipo de discriminación– y a la protección de la institución de la familia, abarcando cualquiera de sus formas.
56. Una vez precisado lo anterior, esta Segunda Sala considera que **es infundado el agravio expuesto por la autoridad recurrente** relativo a que

³⁷ Resulta ilustrativa la jurisprudencia 1a./J. 81/2002 de rubro: “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.”. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, diciembre de 2002, página 61.

el matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo ha sido un proceso paulatino a lo largo de los años pero que, en el ordenamiento jurídico mexicano, la base de la familia sigue siendo legalmente el matrimonio.

57. Como se evidenció, el artículo 4° de la Constitución Federal, los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen como derecho humano el derecho de las personas a la protección de la familia, destacando que el concepto de familia no es equivalente al de matrimonio, toda vez que éste sólo es una de las distintas formas para conformar una familia.
58. Asimismo, este Tribunal Pleno ha determinado que la protección del artículo 4° constitucional alcanza a todos los tipos de familias, ya sea las formadas por la unión de un hombre y una mujer, las formadas por personas del mismo sexo, o bien las familias monoparentales o por cualquier otra forma que denote un vínculo similar, es decir, no se puede acudir a un estereotipo o modelo determinado cuando nos referimos a la familia, pues el elemento en común es la existencia de lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común; de ahí que sea infundado su agravio, pues el ordenamiento jurídico mexicano reconoce y protege todos los tipos de familia.
59. Por otra parte, no se soslaya que esta Segunda Sala al estudiar la constitucionalidad del artículo 84, fracción III de la Ley del Seguro Social³⁸ – relativo a la inscripción de cónyuges de sexos distintos– en el amparo en

³⁸ Artículo 84. Quedan amparados por este seguro:

(...)

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependiendo económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior.

(...)

revisión 485/2013³⁹, realizó una interpretación conforme de la norma, considerando que el artículo mencionado no debía interpretarse en un sentido literal, sino a partir de un concepto normativo más amplio conforme a lo cual debía permitir el acceso al seguro de enfermedades y maternidad al cónyuge o concubino del asegurado con independencia de si se trataba de matrimonio o concubinato de distinto o del mismo sexo; sin embargo de una nueva reflexión y a partir de lo resuelto en el amparo en revisión 710/2016 oportunamente referido, esta Segunda Sala estima que la interpretación conforme tratándose de normas discriminatorias no tiene asidero constitucional pues la obligación de reparar al quejoso conlleva no sólo el otorgamiento de una pensión de viudez derivada del vínculo que mantuvo con su concubino, sino que la norma cuestionada deje de generar la discriminación referida.

60. Así, esta Segunda Sala considera que no es posible realizar una interpretación conforme de ese precepto pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1° constitucional y a las obligaciones contraídas por el estado mexicano en cuanto a no discriminar por motivo de preferencia sexual; esto porque tales obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma y contenido del precepto impugnado y que no modifique la discriminación que genera.
61. Ello porque si se considera que una norma es discriminatoria –como ocurre en el caso–, la interpretación conforme no repara el trato diferenciado generado, pues lo pretendido por las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación generada y la inclusión expresa en el régimen en cuestión; es decir, no se trata sólo de acceder a las prestaciones de seguridad social mediante el otorgamiento de la pensión por viudez, sino suprimir el estado de discriminación generado por el mensaje transmitido por la norma. En tal virtud es claro que la parte quejosa busca encontrarse legal y

³⁹ En Sesión de 29 de enero de 2014 por mayoría de 3 votos en contra de los emitidos por los Ministros Sergio A. Valls Hernández y Alberto Pérez Dayán.

expresamente en una situación de igualdad y no discriminación en cuanto a la figura del concubinato y los derechos de pensión de viudez que derivan de ésta al haber cotizado el concubino trabajador asegurado fallecido.

62. Además, realizar una interpretación conforme implicaría que este Tribunal Constitucional ignore o desconozca que el legislador incumplió con la obligación positiva de configurar los textos legales evitando cualquier forma de discriminación, ya sea en su lectura o en su aplicación y, además que esta Corte procure una intelección del precepto que permita la subsistencia de un texto que es a todas luces discriminatorio. Resulta aplicable la tesis 2a. X/2017 (10a.) de rubro: **“NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME”**⁴⁰.
63. Ahora bien, **lo expresado por la quejosa recurrente es fundado en una parte e infundado en otra**, según se explica a continuación.
64. La parte infundada corresponde a la línea argumentativa en la cual la quejosa aduce que el juez de distrito omitió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social, pues sólo otorgó el amparo en contra del acto concreto de aplicación de esa norma. Lo infundado de ese argumento radica en que el juzgador de amparo estableció en la sentencia ahora recurrida que *“... tal arábigo es inconstitucional”*⁴¹.
65. En efecto, tras realizar diversos pronunciamientos con relación al principio de igualdad, el juzgador advirtió que la redacción del precepto reclamado contiene una exclusión a partir del sexo de los sujetos ahí referidos, con lo que se restringe a las personas con orientación sexual diversa de la posibilidad de acceder a la pensión de viudez; es decir, el juez claramente advirtió que el vicio de inconstitucionalidad deriva de la redacción del precepto

⁴⁰ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo II, página 1394.

⁴¹ Foja 33 de la sentencia de amparo indirecto.

reclamado y en el cual se apoyó la negativa reclamada (acto concreto de aplicación).

66. Con base en lo anterior, resulta indiscutible que el vicio de inconstitucionalidad advertido se ubica en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social; de ahí que no asista razón a la quejosa en cuanto a que se omitió analizar la constitucionalidad de ese precepto.
67. Sin embargo, lo fundado de lo expresado por la quejosa recurrente se refiere a la segunda línea argumentativa a través de la cual se expone que al no declararse la inconstitucionalidad del referido precepto, se permite a las autoridades la aplicación futura del precepto cuestionado.
68. Al respecto, al precisar los efectos de la protección constitucional, el juez de distrito sólo indicó que éstos se traducen en que la autoridad competente del Instituto Mexicano del Seguro Social:
 - I. Deje sin efectos el oficio reclamado como primer acto de aplicación concreto del precepto legal reclamado.
 - II. Emita una nueva resolución en la que al resolver sobre la solicitud de pensión de viudez, prescinda de la distinción contenida en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social.
69. Adicionalmente, el juzgador de amparo señaló que las autoridades emisoras de la norma reclamada no quedaron obligadas a realizar acto alguno.
70. Pues bien, aunque los efectos precisados por el juzgador son en principio correctos, también es cierto que al haberse concluido la inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social (según se ha expresado y en razón de haberse desestimado la primera de las líneas argumentativas expresadas por la quejosa), uno de los efectos de la protección constitucional se traduce en la no aplicación presente ni futura de esa norma, hasta en tanto sea corregido el vicio de inconstitucionalidad advertido.
71. Esto es, al haberse demostrado la inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social, es claro que el vicio de inconstitucionalidad deriva de la norma misma, por lo que ésta no es apta de ser aplicada nuevamente en

perjuicio de la quejosa (a menos que se corrija el vicio advertido) y a causa de ello, los actos de aplicación de tal norma igualmente deben quedar insubsistentes; sin embargo, en el caso, el juzgador aunque acertadamente concluyó la inconstitucionalidad de la norma reclamada y dejó sin efectos el acto concreto de aplicación, lo cierto es que no realizó pronunciamiento alguno en el sentido de que la norma declarada inconstitucional no podrá ser nuevamente aplicada sino hasta que se subsane el vicio analizado.

72. Resulta aplicable la jurisprudencia 112/99 del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: **“AMPARO CONTRA LEYES. SUS EFECTOS SON LOS DE PROTEGER AL QUEJOSO CONTRA SU APLICACIÓN PRESENTE Y FUTURA”**⁴².
73. No obsta a lo anterior que mediante oficio sin número, signado por el Jefe del Departamento de Pensiones de la Subdelegación 5 “centro” del Instituto Mexicano del Seguro Social⁴³, manifieste que se ha actualizado la causal de improcedencia prevista en la fracción XXI, del artículo 61, de la Ley de Amparo, toda vez que a su parecer cesaron los efectos del acto reclamado ya que el 13 de julio de 2018, dicha autoridad dictó la resolución en la cual otorgó la pensión por viudez solicitada y, a causa de ello, el quejoso goza de la misma desde el mes de agosto.
74. Al respecto, si bien de los documentos que acompaña dicha autoridad se obtiene que efectivamente se concedió al quejoso el disfrute de la pensión de viudez solicitada, también lo es que ello se hizo en cumplimiento de un fallo de amparo el cual se encontraba sub judice, dado que el recurso de revisión interpuesto por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión se presentó el 25 de junio de 2018, mientras que el diverso promovido por el quejoso, el 13 de junio de 2018; es decir, a la fecha en que la autoridad ejecutora otorgó

⁴² Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 19.

⁴³ Fojas 117 a 123 del expediente.

la pensión de viudez, el fallo que se pretendía acatar no adquiriría firmeza y, por tanto, en cualquier momento la concesión de la pensión podía ser revocada o modificada a efecto de desconocer los derechos del familiar beneficiario.

75. Además, el hecho de que el Instituto Mexicano del Seguro Social haya otorgado dicha pensión no implica que el vicio de inconstitucionalidad que cuestionado dependa de la aplicación o interpretación de las normas reclamadas hecha por la autoridad ejecutora; por el contrario; cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma y, derivado de ello, del acto concreto de aplicación, superada la procedencia del juicio, el juzgador debe verificar que la norma sea la que contiene el vicio aducido y, en su caso, deberá declarar la inconstitucionalidad de ésta así como del acto concreto de aplicación. En caso contrario, es decir, de considerar que el vicio no está en la norma reclamada, el juzgador debe analizar el acto concreto de aplicación (en caso de plantearse vicios propios en éste) y resolver lo que en derecho proceda en cuanto a la legalidad de ese acto⁴⁴.
76. Así, la causal de improcedencia invocada se actualiza cuando todos los efectos del acto reclamado son destruidos en forma total e incondicional, por lo que si en el caso, además de la negativa de la pensión de viudez contenida en el acto concreto de aplicación también se reclamó la inconstitucionalidad de la norma en que se apoyó tal rechazo, es claro que aun cuando se haya otorgado la pensión originalmente negada, los efectos discriminatorios antes expuestos generados por lo previsto en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social siguen subsistiendo. Esto conforme a la jurisprudencia 2a./J.59/99 de rubro: **“CESACIÓN DE EFECTOS EN AMPARO. ESTA CAUSA DE IMPROCEDENCIA SE ACTUALIZA CUANDO TODOS LOS EFECTOS DEL ACTO RECLAMADO SON DESTRUIDOS EN FORMA TOTAL E INCONDICIONAL”**.

⁴⁴ Así se desprende de la jurisprudencia 2a./J. 71/2000, de rubro: **“LEYES, AMPARO CONTRA. REGLAS PARA SU ESTUDIO CUANDO SE PROMUEVE CON MOTIVO DE UN ACTO DE APLICACIÓN”** (Novena Época, Registro IUS: 191311, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Agosto de 2000, Materia(s): Constitucional, página: 235).

77. Conforme a lo expuesto, esta Segunda Sala estima que, además de los efectos precisados en la sentencia recurrida, la protección constitucional también tiene por efecto excluir al quejoso de la aplicación (en perjuicio) presente y futura del artículo reclamado, hasta en tanto sea corregido el vicio de inconstitucionalidad y, a causa de ello, se modifican los efectos de la concesión del amparo en los términos expresados.

VI. DECISIÓN

78. Por las razones expuestas y ante lo infundado de lo expuesto por la autoridad recurrente y lo parcialmente fundado de los agravios vertidos por la quejosa recurrente, lo procedente es **modificar** la sentencia de amparo en cuanto a sus efectos y **conceder** la protección constitucional al quejoso recurrente en los términos de la sentencia recurrida y de la presente ejecutoria; en consecuencia, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve,

PRIMERO. En la materia de la revisión, se **modifica** la sentencia recurrida.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión **ampara y protege** a Teódulo Rojas Flores en contra del artículo 130 de la Ley del Seguro Social en términos de lo expuesto en la sentencia recurrida y en la presente ejecutoria.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución devuélvanse los autos a su lugar de origen y en su oportunidad archívese el presente asunto como concluido.

Así lo resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros Alberto Pérez

AMPARO EN REVISIÓN 750/2018

Dayán, Eduardo Medina Mora Icaza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Presidente Javier Laynez Potisek (ponente).

Firman el Ministro Presidente y Ponente de la Segunda Sala con el Secretario de Acuerdos, que autoriza y da fe.

PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA Y PONENTE

MINISTRO JAVIER LAYNEZ POTISEK

SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA SEGUNDA SALA

LIC. MARIO EDUARDO PLATA ÁLVAREZ

Esta foja corresponde al amparo en revisión 750/2018, quejoso Teódulo Rojas Flores, recurrentes Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos y Teódulo Rojas Flores, fallado el nueve de enero de dos mil diecinueve, en el que se resolvió: **PRIMERO.** *En la materia de la revisión, se **modifica** la sentencia recurrida.* **SEGUNDO.** *La Justicia de la Unión **ampara y protege** a Teódulo Rojas Flores en contra del artículo 130 de la Ley del Seguro Social en términos de lo expuesto en la sentencia recurrida y en la presente ejecutoria. Conste*