

el disfrute de cualquiera de las pensiones, podrán optar por acogerse al beneficio de dicha Ley o al esquema de pensiones establecido en el presente ordenamiento.”¹²

36. Conforme a las evidencias que obran en el expediente de queja, se advierte que la trayectoria laboral de C1, C2 y C3 se rigió por la LSS expedida en 1973, sin que se observe, de la documentación que se envió a este organismo, la elección de éstos o de sus beneficiarios¹³ por la aplicación de la LSS 1997.¹⁴

B. La pensión por viudez en la Ley del Seguro Social 1973.

37. En el artículo 19, fracción I obliga a los patrones a afiliar a los trabajadores, con la finalidad de que puedan gozar de los derechos y acceder a las prestaciones sociales, económicas y en especie ahí previstos, y al materializarse dicha afiliación, adquieren el carácter de asegurados y derechohabientes, además puede hacerse extensivo el goce de ciertos derechos a sus beneficiarios; en su caso, la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica, prestaciones económicas (pensiones), prestaciones sociales (guardería), entre otros.¹⁵

38. Entre los derechos contemplados en este ordenamiento, reconoce en el artículo 149 que, a la muerte de la persona asegurada o pensionada, el Instituto otorgará a sus beneficiarios conforme a lo dispuesto en dicho ordenamiento las siguientes prestaciones: pensión de viudez; pensión de orfandad; pensión a ascendientes; ayuda asistencial a la pensionada por viudez, en los casos en que lo

¹² CNDH. Recomendación 28/2017, p. 91.

¹³ La LSS de 1973 no conceptualiza el término **“beneficiario”**; no obstante, ha sido incorporada en sus actividades la definición prevista en la LSS de 1997, en su artículo 5A, fracción XII que dispone como beneficiarios al **“cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado”**.

¹⁴ Ídem, 92.

¹⁵ Ídem, 93.

requiera, de acuerdo con el dictamen médico que al efecto se formule; y, asistencia médica.¹⁶

39. Tratándose de la pensión por viudez, la LSS-1973 contempla los siguientes requisitos para su concesión:

“Artículo 150. Son requisitos para que se otorguen a los beneficiarios las prestaciones contenidas en el artículo anterior, los siguientes:

I. Que el asegurado, al fallecer, hubiese tenido reconocido el pago al Instituto de un mínimo de ciento cincuenta cotizaciones semanales, o bien que se encontrare disfrutando de una pensión de invalidez, vejez, o cesantía en edad avanzada; y

II. Que la muerte del asegurado o pensionado no se deba a un riesgo de trabajo”¹⁷.

“Artículo 152. Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o del pensionado. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado 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 tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión. La misma pensión le corresponderá al viudo

¹⁶ Ídem, 94.

¹⁷ Cuando la muerte del asegurado es consecuencia de un riesgo de trabajo el cual, en términos del artículo 473 la Ley Federal de Trabajo, se define como “...los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo”, las prestaciones económicas a que tendrían derecho sus beneficiarios se rigen por un procedimiento diverso al previsto para la pensión por viudez como es el caso materia de la presente Recomendación.

que estuviese totalmente incapacitado y que hubiese dependido económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada fallecida.”

“Artículo 153. La pensión de viudez será igual al noventa por ciento de la pensión de invalidez, de vejez o de cesantía en edad avanzada, que el pensionado fallecido disfrutaba; o de la que hubiere correspondido al asegurado en caso de invalidez.”¹⁸

40. En ese sentido, en términos de las disposiciones previstas en la LSS-1973, referidas en los párrafos precedentes, se advierte que la normatividad realiza un trato discriminatorio, en virtud de que distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo, a las primeras les está permitido el acceso al seguro de enfermedades y maternidad del régimen del seguro social, en específico de la prestación económica de pensión por viudez, mientras no se prevé esa posibilidad para las segundas, toda vez que la definición que se traza para determinar quiénes pueden acceder al seguro de enfermedades y maternidad en casos de concubinato, sólo se refiere a las personas heterosexuales, ya que habla de *“la mujer con quien el asegurado”* convivió o *“al viudo”* que hubiese dependido *“de la trabajadora asegurada”*, es decir que la ley se apoya en las preferencias sexuales de las personas, aunado a que por oficio No. 90 90 01330000/1636 el Instituto hizo del conocimiento de los Delegados Regionales Estatales y del Distrito Federal el criterio fijado por la Dirección Jurídica, consistente en que únicamente se otorgarán pensiones de viudez a parejas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio civil, no así, para el caso de concubinato, lo que deja fuera a V1, V1 y V3 de gozar del mencionado beneficio pensionario; motivo por el cual concluida la investigación en el expediente **CNDH/6/2016/7504/Q y sus acumulados**, enseguida se abordarán los derechos humanos vulnerados.

¹⁸ Estos mismos fundamentos legales se invocaron en la Recomendación 28/2017, p. 95 formuladas al IMSS en el mismo tema de las pensiones por viudez.

C. Violación al derecho a la igualdad y no discriminación.

41. Los artículos 1°, párrafos primero, tercero y quinto y 4°, párrafo primero constitucionales reconocen los derechos humanos a la igualdad y no discriminación. Desde la perspectiva convencional, este derecho lo comprenden los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal; 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 3 del Pacto Internacional DESC. En el sistema interamericano, destaca el II de la Declaración Americana; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*"Pacto de San José de Costa Rica"*) y 3 del Protocolo de San Salvador.¹⁹

42. *"...la noción de igualdad 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 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 consideran incursos en tal situación."*²⁰

43. La construcción teórica de la igualdad puede adoptar dos dimensiones: como principio o derecho. *"Como principio, fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico -de origen nacional e internacional- y a los actos que derivan de él. Ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos y judiciales."*²¹

44. *"Respecto del principio de igualdad, la Opinión Consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Del 17 septiembre 2003) solicitada por México, señala que:*

¹⁹ CNDH. Recomendación 28/2017, p. 97.

²⁰ *"Caso Duque vs. Colombia"*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, p. 91. Ver CNDH. Recomendación 28/2017, p. 98.

²¹ *"Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad"*. SCJN, México, 2da. Ed., 2015, pág. 30. Idem, p. 99

- *Tiene carácter de jus cogens, por lo que no admite acuerdo en contrario. Ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental puede ser admitido.*
- *Es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional.*
- *Implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede contrariar el principio de igualdad y no discriminación.*
- *Genera efectos inclusive entre particulares.*²²

45. *“En consecuencia, señala la CorteIDH, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de la persona.”*²³

46. *Por otra parte, la igualdad como derecho “...otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de los derechos”²⁴ “(...) la determinación de si hay una vulneración al derecho a la igualdad supone un juicio de comparación que se realiza entre personas, leídas a partir de su situación particular y del contexto en general -el (sic) cual debe ser interpretado tomando como referencia los derechos humanos y la autonomía de las personas.”*²⁵

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem. pág. 32

²⁵ Ídem. Se invoca el amparo en revisión 1629/2004 de la 1ra. Sala de la SCJN. Ver CNDH. Recomendación 28/2017, pp. 100-102.

47. En ese tenor, puntualiza la SCJN que la idea de igualdad ante la ley, es un principio de justicia e implica que, ante las mismas circunstancias, las personas sean tratadas de la misma manera bajo *“reglas fijas”*, reconociendo que puede existir una distinción solo en circunstancias relevantes, de manera justificada y a fin de evitar un trato desigual.²⁶

48. Lo antes expuesto significa que *“...las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo. El derecho a la igualdad ante la ley y en la ley constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias”*²⁷.

49. Ello, en congruencia con lo estipulado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que *“prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”*²⁸. Así lo ha explicitado la CrIDH en el *“Caso Yatama vs. Nicaragua”*, al referir que los Estados *“tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de ese carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”*.²⁹

50. Acorde al marco constitucional y convencional, el Estado mexicano prevé en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), en su artículo 1, fracción III que *“...Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda*

²⁶ Contradicción de tesis 154/2009, considerando 3°. Semanario Judicial de la Federación, octubre de 2009, registro 21829. CNDH. Ídem, p. 103.

²⁷ Castilla Juárez, Karlos. *“Igualdad ante la ley”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2013, pág. 407. CNDH. Ídem, p. 104.

²⁸ Ibídem. pág. 417. CNDH. Ídem, p. 105.

²⁹ Ídem.

*distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo”.*³⁰

51. En consecuencia, conforme al artículo 4° de la LFPED *“queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del artículo 1o. constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esa Ley”.*

52. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos, es uno de los objetivos de la *“Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”*, y en su Objetivo Diez, metas segunda y tercera *“potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”* y *“Garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados **incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”.***

53. Como se ha expuesto en párrafos precedentes, del artículo 152 de la LSS-1973 se advierte que el **legislador reconoció el acceso a la pensión por viudez**

³⁰ Ver CNDH. Ídem, p. 106

en la modalidad de concubinato a parejas heterosexuales, no así a personas del mismo sexo, sin embargo, dicha disposición normativa no ha sido modificada conforme a la evolución de las circunstancias sociales y culturales. A este Organismo Nacional le compete analizar las acciones u omisiones desplegadas por el personal del IMSS respecto de la aplicación de ésta y si dicho acto “descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada”³¹.

54. Al respecto, en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, promovido por la Procuraduría General de la República, el Pleno de la SCJN, sostuvo a partir de una interpretación evolutiva del artículo 4º constitucional, que este precepto no alude a un “*modelo de familia ideal*”, sino aclaró que la protección de la familia que ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) no se refiere exclusivamente a la familia nuclear que tradicionalmente ha sido vinculada al matrimonio: padre, madre e hijos biológicos. En dicho precedente, el Pleno afirmó que la CPEUM tutela a la familia entendida como **realidad social**. Lo que significa que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparental es compuesta por un padre o una madre e hijos; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y desde luego también **familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos biológicos o adoptivos o sin ellos**.

55. De acuerdo al criterio referido en el punto anterior, la discriminación de la LSS-1973 al no reconocer a las familias en los modelos de la realidad social actual, no es objetiva, ni racional, ni proporcional, ni congruente con los derechos humanos; se estima un trato discriminatorio ya que “*constituyen diferencias arbitrarias que*

³¹ Castilla Juárez, Karlos. *Ibidem.*, pág. 414. Ver también CNDH. *Ídem*, p. 109.

*redundan en detrimento de los derechos humanos”, particularmente el de seguridad social, en razón de que tanto las parejas de distinto sexo como del mismo, que entablan una relación de hecho como lo es el concubinato, tienen y comparten en igualdad la posición en el seno de la familia, son concubenarios supérstites del asegurado o pensionado, y las personas aseguradas o pensionadas cotizaron para tener acceso a los derechos otorgados por la Ley del Seguro Social.*³²

56. En la tesis derivada del Amparo en revisión 263/2014, el Poder Judicial Federal señaló que *“...negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del concubinato, implica tratarlas como si fueran "ciudadanos de segunda clase", porque no existe justificación racional alguna para no reconocerles los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, simultáneamente, un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja; además, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la figura de concubinato perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, con lo que se ofende su dignidad como personas y su integridad”.*³³

57. El artículo 1º constitucional, párrafo tercero, les impone a las personas servidoras públicas, la obligación de *“promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...”*

³² “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 6 de agosto de 2008, p. 211. CNDH. Ídem, p. 110.

³³ Tesis: constitucional y civil “CONCUBINATO. LOS BENEFICIOS TANGIBLES E INTANGIBLES QUE SON ACCESIBLES A LOS CONCUBINOS HETEROSSEXUALES DEBEN RECONOCERSE A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES”, Semanario Judicial de la Federación, octubre de 2014, registro 2007794.

58. El hecho de que, tanto la Constitución, como los instrumentos internacionales que establecen normas de derechos humanos, expresen estándares mínimos, permite que los alcances de tales derechos puedan ser avanzados o ampliados, en aras de la progresividad. La propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no solo contempla este proceder, sino lo exige al señalar que los derechos humanos no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece (última parte del primer párrafo del artículo 1° constitucional); a contrario sensu es posible y compatible con la Carta Magna ampliar el alcance de los derechos humanos, en particular, a partir de la interpretación conforme y el principio por persona cuya observancia es un mandato que el propio artículo 1° establece, dirigido a ser observado por todas las autoridades y servidores públicos del país.³⁴

59. De un análisis efectuado a las disposiciones, funciones y políticas del IMSS, se distingue que cuenta en su estructura orgánica con las unidades administrativas competentes para adoptar las medidas necesarias, entre ellas, la promoción de directrices, normas, criterios y lineamientos para la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación que conlleva al goce de los derechos humanos, en principio, de las mujeres y hombres derechohabientes.³⁵

60. Le compete a la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales en términos del numeral 8.1.5 del Manual de Organización de ese Instituto:

“(…)

- *Planear, dirigir y normar las acciones para el otorgamiento de las prestaciones económicas, prestaciones sociales, servicios de ingreso y servicio de guarderías que garanticen el bienestar individual y colectivo de la población derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social.*

³⁴ CNDH. Recomendaciones 28/2017, p. 114 y 23/2017, 31 de mayo de 2017, p. 191.

³⁵ CNDH. Recomendación 28/2017, p. 115.

- *Proponer al Director General, los proyectos de iniciativas o reformas de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos en materia de (...), pensiones y rentas vitalicias...*

(...)

- *Dictar y establecer las normas, políticas, criterios y lineamientos institucionales que regulen el otorgamiento de (...), pensiones...*”.

61. En términos del artículo 76 del Reglamento Interior del IMSS, corresponde a la Coordinación de Atención y Orientación al Derechohabiente:

“(...)

III. Promover ante los diversos órganos y unidades administrativas del Instituto, una actuación de respeto y equidad para con los derechohabientes, así como la disposición de información actualizada que los oriente y auxilie acerca de sus derechos y medios de defensa en términos de la Ley;

IV. Recibir, procesar, encauzar y dar seguimiento hasta su solución, en coordinación con los órganos y unidades administrativas competentes, las quejas y sugerencias que se generen con motivo del otorgamiento de las prestaciones y servicios derivados de los seguros que consagra la Ley;

(...)

V. Generar información sobre las demandas e insatisfacciones de los derechohabientes y usuarios respecto de procedimientos, trámites, criterios y disposiciones normativas que apliquen los órganos y unidades administrativas del Instituto y, recomendar a éstos, de ser procedente, su

modificación y la aplicación de las medidas correctivas que correspondan; (...).”

62. En ese sentido, los artículos 139, 144, 149 y 150 del Reglamento Interior del IMSS disponen que las delegaciones estatales del Instituto, serán las *“directamente responsables de la operación de los servicios institucionales”*, otorgándole diversas atribuciones igualmente relacionadas con la concesión, rechazo o modificación de las pensiones que conforme a la LSS corresponde otorgar, así como la *“...coordinación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, del Distrito Federal, Estatales y Municipales para el cumplimiento de sus objetivos”*; auxiliándose de las subdelegaciones dentro de su circunscripción territorial como órganos operativos del Instituto.³⁶

63. El Manual de Organización de la Coordinación Delegacional de Atención y Orientación al Derechohabiente establece que a esta Coordinación le compete *“establecer las directrices de 35 Coordinaciones Delegacionales en los órganos de operación administrativa desconcentrada del IMSS”*. Adicionalmente, se refiere en dicho instrumento que le han asignado *“nuevas responsabilidades en materia de derechos humanos, igualdad, género y no discriminación, que impactan en sus representaciones en las Delegaciones del Instituto...”*. (Introducción, pp. uno y tres)

64. El numeral 6. Políticas del citado Manual impone *“...la incorporación de la perspectiva de derechos humanos, transparencia, igualdad, género, buen trato y **no discriminación en los procesos de atención a trámites y servicios** que se encuentren bajo la responsabilidad de la Delegación.”*

65. Adicionalmente, entre las funciones sustantivas de las Coordinaciones Delegacionales de Atención y Orientación al Derechohabiente conforme al numeral 8.1 del Manual de Organización, se destaca:

³⁶ CNDH. Recomendación 28/2017, p. 118.

“(…)

- *Promover en la Junta de Cuerpo de Gobierno Delegacional y de las unidades médicas y administrativas, el establecimiento de acciones para la aplicación de los principios para el fortalecimiento de buen trato, **derechos humanos, género, igualdad y no discriminación** en la Delegación.*
- *Promover el cumplimiento de las directrices en materia de buen trato, derechos humanos, género, igualdad y no discriminación, establecidas por el órgano normativo.”*

66. En consecuencia, el IMSS en su carácter de autoridad ejecutora de la LSS-1973 ha omitido proponer, impulsar y, de ser el caso, dar seguimiento a las modificaciones legislativas y administrativas correspondientes para armonizar su normatividad conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, desde su fecha de suscripción y ratificación por el Estado mexicano, sin pasar inadvertido que como efecto de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, tales estándares tienen el rango constitucional.³⁷

67. En opinión de la CrIDH se impone la obligación a las autoridades de “...establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas...”³⁸, circunstancia que en el caso en particular no ha ocurrido, porque hasta el momento de la emisión de la presente Recomendación, el criterio del IMSS para atender las solicitudes de pensión por viudez en el caso de concubinato entre personas del mismo sexo, no ha sido modificado, sosteniendo **un trato discriminatorio** hacia éstos.³⁹

³⁷ CNDH. Ídem, p. 122.

³⁸ Castilla Juárez, Karlos. Ibídem. pág. 417.

³⁹ CNDH. Ídem, p. 123.

68. Si bien es cierto la situación presupuestal puede repercutir en las actividades del IMSS, no debe pasar desapercibida la nueva realidad social, que se caracteriza por la evolución de la familia en la que actualmente el núcleo familiar se conforma tanto por parejas de distinto sexo como del mismo y que trasciende en este último caso a los cónyuges o concubenarios como beneficiarios de las prestaciones que conforme a la ley se otorgan, entre ellas, la pensión por viudez, y ello no puede ser un obstáculo para garantizar el pleno goce de los derechos humanos, no sólo el de la igualdad y la no discriminación, sino también de aquéllos que le permitan contar con una vida digna a V1, V2 y V3.⁴⁰

69. Por todo lo expuesto, este Organismo Nacional advierte que se actualiza una responsabilidad institucional del IMSS, particularmente de la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales, la Coordinación de Atención y Orientación al Derechohabiente y de las Delegaciones Estatales pues han incumplido lo dispuesto en el artículo 1º, párrafo tercero constitucional, es decir, sus obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos ahí reconocidos, y de los tratados internacionales en la materia suscritos y ratificados por el Estado mexicano, por lo anterior, es de relevancia el análisis del principio que enseguida se desarrolla.⁴¹

C.1. Principio “pro persona”.

70. El artículo 1º constitucional, párrafos segundo y tercero, ordenan que: *“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*

⁴⁰ CNDH. Ídem, p. 124.

⁴¹ CNDH. Ídem, p. 125.

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.”

71. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su numeral 29, refiere que ninguna disposición de dicha Convención puede ser interpretada en el sentido de “... *b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*”.

72. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en el artículo 5 que: “*Ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada (...) para (...) realizar actos destinados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos*” y agrega que: “*No se admitirá la restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales*” en normas internas de los Estados Partes.

73. Derivado de la sentencia emitida por la CrIDH en el “*Caso Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos*” la SCJN reconoció en el expediente varios 912/2010 que “... *las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado Mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto...*”⁴².

74. En concordancia con el artículo 1º constitucional todas las autoridades del país, se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales –firmados y ratificados por México- y los contenidos

⁴² Ejecutoria, considerando 19. Semanario Judicial de la Federación, octubre de 2011, registro 23183.

en la Constitución Federal, “... adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona”.⁴³

75. En complemento a lo anterior, la SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011 refirió “que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte del litigio, toda vez que dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”.⁴⁴

76. La CrIDH en el “Caso Vélez Loor vs. Panamá” advirtió que la protección internacional “...siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano...”.⁴⁵; agrega que en caso que los Estados adopten una conducta contraria, proporcionaría una consecuencia negativa para la víctima en el ejercicio de acceso a la justicia.

77. Así, al imponer el IMSS un trato diferenciado por su preferencia sexual a V1, V2 y V3, en su carácter de concubenarios, para acceder a la pensión por viudez, está omitiendo interpretar su normatividad de la forma que más puede favorecer a los agraviados, pues utilizando un criterio de interpretación literal, restringe la posibilidad de contar con prestaciones familiares que son vitales para la subsistencia de esas personas y que puede agravarse en el caso de las personas adultas mayores, lo cual incide en otros derechos humanos que son

⁴³ Ibídem., considerando 7°.

⁴⁴ Contradicción de Tesis, considerando 5°, numeral 72. Semanario Judicial de la Federación, abril de 2014, registro 24985.

⁴⁵ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, p. 34.

interdependientes, como son: el alimento, el agua, el vestido, la vivienda, entre otros.⁴⁶

78. El artículo 1° constitucional, párrafo segundo, decreta: *“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”*, por lo que obliga a las autoridades del IMSS a preferir la aplicación del sentido o de la norma más favorable, puesto que los derechos humanos implican que todas las personas deben ser consideradas como iguales en dignidad y derechos, lo cual es expresión del principio de universalidad.⁴⁷

79. En este sentido, la Segunda Sala de la SCJN en el Amparo en Revisión 485/2013, determinó que *“la exclusión implícita de las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder al seguro de enfermedades y maternidad dentro del régimen del seguro social se traduce en una discriminación, por lo que en principio pudiera sostenerse que el artículo 84, fracción III de la LSS [de 1997], leído en su literalidad es inconstitucional”*; por lo que, ese Alto Tribunal estimó *“que la manera más efectiva de reparar la discriminación normativa consiste en realizar una interpretación conforme de la disposición [del artículo 84, fracción III] al tenor de otras disposiciones contenidas en la LSS, en específico el artículo 5 A, fracciones XI, XII y XIII del citado ordenamiento, que señalan:*

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

[...]

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

XII. Beneficiarios: el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como

⁴⁶ CNDH. Ídem, p. 133.

⁴⁷ CNDH. Ídem, p. 134.

los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalados en la Ley;

XIII. Derechohabientes o derechohabiente: el asegurado, el pensionado y los beneficiarios de ambos, que en los términos de la Ley tengan vigente su derecho a recibir las prestaciones del Instituto; [...].

79.1. En este orden de ideas, la Segunda Sala determinó de la interpretación de las disposiciones normativas citadas, que se prevé *“como asegurado al trabajador o sujeto de aseguramiento inscrito ante el IMSS, y como derechohabientes al asegurado, al pensionado y a los beneficiarios de ambos. Dentro de dichos beneficiarios queda comprendido en primer término el cónyuge del asegurado o pensionado, sin hacer distinción alguna en cuanto a si se trata de cónyuges del mismo o de distinto sexo”*.

79.2. Así, esa Segunda Sala estimó *“que al tenor de dicho precepto, y en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo primero constitucional en el sentido de que las normas de derechos humanos deben interpretarse favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, debe considerarse que el artículo 84, fracción III de la LSS debe interpretarse y aplicarse no en su texto literal, sino en el sentido de permitir el acceso al seguro de enfermedades y maternidad al cónyuge o concubinario del asegurado con independencia de si se trata de matrimonios o concubinatos de distinto o del mismo sexo; lo anterior, en el entendido de que, tratándose de concubinato, deberán cumplirse los requisitos que para tal efecto prevé la propia LSS”*.

79.3. Si bien el criterio señalado en este punto se refiere a la interpretación del artículo 84, fracción III, de la LSS de 1997, el fondo de su razonamiento es aplicable, por tratarse de casos similares, a la interpretación del diverso 152 de la LSS de 1973.

D. Violación al derecho a la legalidad y seguridad jurídica.

80. *“La seguridad jurídica, que materializa el principio de legalidad, es un atributo que tiene toda persona al vivir dentro de un Estado de Derecho, es decir, bajo la tutela de un ordenamiento jurídico que imponga sin duda alguna los límites de las atribuciones de cada autoridad y su actuación no se debe regir de ninguna manera de forma arbitraria o caprichosa, sino que ésta debe quedar restringida a lo que ordenan expresamente los artículos 14 y 16 constitucionales”.*⁴⁸

81. En un Estado de Derecho, la observancia de la Ley se convierte en el principio básico para la vida pública; ésta es la condición que da certeza de que las personas servidoras públicas no actuarán discrecionalmente, sino que sus actos se encuentran estrictamente enmarcados en un ordenamiento jurídico que los prevé.⁴⁹

82. La importancia de este derecho radica en la tranquilidad de la ciudadanía en que la actuación de los entes públicos no es discrecional y que sus actos se ajustarán a normas concretas y, fundamentalmente, de conocimiento general; en consecuencia, que tales actos serán conforme a los parámetros señalados en la normatividad correspondiente.⁵⁰

83. Para cumplir o desempeñar sus obligaciones, los agentes del Estado deben cubrir todos los requisitos, condiciones y elementos que exige la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes que de ella emanen, así como los previstos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, para que la afectación en la esfera jurídica de los particulares que

⁴⁸ CNDH. Recomendación 25/2016 del 30 de mayo de 2016, p. 31.

⁴⁹ *Ibidem.* p. 32.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 33.

en su caso genere, sea jurídicamente válida, a fin de que el acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado. Así, la restricción de un derecho debe ser utilizada estrictamente para los casos que lo ameriten, a fin de garantizar el derecho a la seguridad jurídica de los gobernados.⁵¹

84. Las obligaciones de las autoridades del Estado mexicano para cumplir con el derecho humano a la seguridad jurídica y legalidad, están consideradas también en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1, 9 y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁵²

85. En la misma lógica, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce la importancia de garantizar el estado de derecho. Su objetivo número 16 insta a *“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”*. En consonancia, su tercera y sexta metas urgen a fomentar el estado de derecho y a crear instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles.⁵³

86. La SCJN, en jurisprudencia constitucional decretó que: *“La garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe entenderse en el sentido de que la ley ha de señalar de manera especial y precisa un procedimiento para regular cada una de las relaciones que se entablen entre las autoridades y los particulares, sino que debe contener los elementos mínimos para hacer valer el derecho del gobernado y para que, sobre este aspecto, la autoridad no incurra en arbitrariedades, lo que explica que existen*

⁵¹ Ibídem. p. 34.

⁵² Ibídem. p. 35.

⁵³ CNDH. Recomendaciones 28/2017, p. 140, y 2/2017, del 31 de enero de 2017, p. 322.

*trámites o relaciones que por su simplicidad o sencillez, no requieren de que la ley pormenore un procedimiento detallado para ejercer el derecho correlativo. Lo anterior corrobora que es innecesario que en todos los supuestos de la ley se deba detallar minuciosamente el procedimiento, cuando éste se encuentra definido de manera sencilla para evidenciar la forma en que debe hacerse valer el derecho por el particular, así como las facultades y obligaciones que le corresponden a la autoridad”.*⁵⁴

87. En ese sentido, como ha sido expuesto en la presente Recomendación, el IMSS y en particular AR1, AR2 y AR3, con su actuar transgredieron el derecho a la legalidad y seguridad jurídica en agravio de V1, V2 y V3, en razón de:

87.1. En el oficio 11.13/0045/2015 de 21 de mayo de 2015, AR1 determinó que es improcedente el trámite de pensión por viudez en la modalidad de concubinato, al no haber presentado V1 acta de matrimonio, señaló como fundamento para su determinación el acuerdo ACDO.SA2.HTC.250913/294.P.DPES publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2013, relativo a la *“aprobación de datos, documentos y formatos específicos que se deben proporcionar y presentar para la gestión de los trámites en materia de prestaciones en dinero”*; sin embargo, dicho acto de autoridad de AR1, carece de fundamentación y motivación, toda vez que el referido acuerdo dejó de tener vigencia a partir del 23 de octubre de 2014 con la emisión del acuerdo ACDO.SA2.HTC.270814/185.P.DPES y sus anexos, dictado por el H. Consejo Técnico, relativo a *“aprobar los datos, documentos y formatos específicos que se deben proporcionar y presentar para la gestión de los trámites en materia de prestaciones en dinero”*, lo que resulta violatorio al derecho a la legalidad y seguridad jurídica de V1.

⁵⁴ *“GARANTÍA Y SEGURIDAD JURÍDICA, SUS ALCANCES”*, Semanario Judicial de la Federación, octubre de 2006, registro 174094. Invocada también en la Recomendación 28/2017, p. 141.

87.2. Asimismo, en el oficio No. 379103 330 110/2382/2016 de 8 de junio de 2016, AR2 determinó la improcedencia del trámite de pensión por viudez de V2, en virtud de que de *“acuerdo a la legislación, así como a la normatividad vigente y aplicable, el INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, únicamente está en posibilidades de dar trámite y regular las solicitudes de Prestaciones Económicas relacionadas con personas del mismo género unidas por matrimonio civil no así por concubinato. Lo anterior, conforme a la interpretación armónica de los artículos 5 A fracciones XI, XII, XIII, 84, fracción III de la Ley del Seguro Social [...] y al acuerdo ACDO.SA2.HTC.260214/43.P.DJ”*⁵⁵. En este sentido, AR2 omitió citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en los que apoyó la determinación de improcedencia, así como realizar los razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué consideró que el caso concreto no se ajusta a alguna hipótesis normativa, sino únicamente indicó basarse en una *“interpretación armónica”*, pero no señaló un fundamento que aplique al caso concreto, aunado a que el acuerdo que invocó no se encuentra publicado en el Diario Oficial de la Federación, lo que resulta violatorio al derecho a la legalidad y seguridad jurídica de V2.

87.3. En el oficio de improcedencia 1438673310/0298/2015 de 20 de mayo de 2015, AR3 únicamente indicó que la solicitud de pensión por viudez en la modalidad de concubinato de V3, al no presentar acta de matrimonio, no cumple con el artículo 130 de la LSS de 1997 ni con el criterio normado en el oficio 0952174000 0024, emitido por el Director Jurídico del Instituto, consistente en que únicamente deberá permitirse el acceso al seguro de Enfermedades y Maternidad a los matrimonios sin importar que sean entre personas del mismo sexo. En este caso, tampoco AR3 fundó y motivó su determinación de improcedencia, y si bien es cierto, hizo referencia al artículo

⁵⁵ Cabe señalar que el Acuerdo ACDO.SA2.HTC.260214/43.P.DJ emitido por el H. Consejo Técnico del IMSS el 26 de febrero de 2014 no se encuentra publicado en el Diario Oficial de la Federación.

130 de la LSS vigente, también lo es que no especificó los razonamientos lógicos-jurídicos en los que sustentó la negativa de pensión por viudez, aunado a que aludió a un criterio jurídico que carece de obligatoriedad normativa, y que ni siquiera aborda el caso concreto, es decir, no excluye expresamente la pensión por viudez para los concubenarios del mismo sexo, lo que resulta violatorio al derecho a la legalidad y seguridad jurídica de V3.

88. A partir de las evidencias analizadas, este Organismo Nacional acreditó la responsabilidad de AR1, AR2 y AR3, por los actos y omisiones en que incurrieron como autoridades responsables en el presente asunto, lo que generó las violaciones a los derechos humanos que han quedado sustentadas en la presente Recomendación, lo cual a su vez implica la inobservancia de deberes jurídicos propios de todo servidor público y traen aparejada responsabilidad de carácter administrativo, misma que deberá ser determinada en el procedimiento de responsabilidad correspondiente.

89. AR1, AR2 y AR3 con su actuar incumplieron el artículo 7, fracción VII de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, al omitir proteger y garantizar el derecho a la seguridad social, en virtud de que restringieron respectivamente, el acceso a V1, V2 y V3 a la pensión por viudez en su modalidad de concubinato, con motivo de su preferencia sexual, sin que exista justificación racional y normativa para declarar improcedente la solicitud de la mencionada pensión por no haber presentado acta de matrimonio civil, lo que implica en negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del concubinato; además, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la figura de concubinato perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, con lo que se ofende su dignidad como personas y su integridad

E. Violación al derecho a la seguridad social.

90. El artículo 123, apartado A, fracción XXIX constitucional, establece que es de utilidad pública la LSS, reconociendo que ésta comprende *“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.”*⁵⁶

91. Al respecto, los artículos 22 de la Declaración Universal; 9 del Pacto Internacional DESC; XVI de la Declaración Americana; 9 del Protocolo de San Salvador y el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) coinciden en establecer que toda persona, como integrante de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, cuyo fin es la protección contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que le imposibilite física o mentalmente obtener medios de subsistencia.⁵⁷

92. En tal contexto, no debe perderse de vista que el Objetivo de Desarrollo Sostenible 1, de la *“Agenda 2030”*, hace un llamado a erradicar la pobreza en todas sus formas; para lo cual, su tercera meta hace imperativa la puesta *“en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos”*, así como lograr *“una amplia cobertura de las personas y los vulnerables”*.⁵⁸

93. El Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, del Gobierno de la República, conceptualiza a la seguridad social retomando el concepto de la Organización

⁵⁶ CNDH. Recomendaciones 28/2014, p. 144 y 2/2017, p. 220.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 145 y p.221.

⁵⁸ *Ibidem.* p 146 y p. 222.

Internacional del Trabajo (OIT), como *“La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”*.⁵⁹

94. La LSS de 1973 en su artículo 2° define que la *“seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo,”*.⁶⁰

95. Por su parte, el artículo 4° de la Ley antes citada refiere que el *“Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.”*⁶¹

96. La Observación General 19 del Comité DESC, relativa al derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 9 del Pacto Internacional DESC, considera como elementos de ese derecho:

96.1. *“prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales”;* atención de salud; proporcionar *“prestaciones en efectivo durante los periodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud”;* *“prestaciones de vejez, (...) y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que no reúnan los periodos mínimos de*

⁵⁹ *Ibidem.* p. 147 y p. 223.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 148 y p. 225.

⁶¹ *Ibidem.* p. 149 y p. 226.

cotización”; prestaciones por desempleo, por accidentes de trabajo y fallecimiento; en efectivo o especie; por maternidad, y discapacidad.⁶²

97. *“La seguridad social, en términos de lo expuesto en la Observación General 19 debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social”*; al ser reconocida como derecho humano, es importante considerarla como un bien social y no como una mercancía o un instrumento de política económica o financiera.⁶³

98. El Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) de 1952, suscrito y ratificado por nuestro país de manera parcial⁶⁴, reitera distintas obligaciones de la seguridad social: la asistencia médica, las prestaciones monetarias de enfermedad, de vejez, en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes.

99. En ese sentido, en relación con los hechos materia de la queja y con la finalidad de garantizar la seguridad social como derecho humano a las personas trabajadoras que se encuentran en el supuesto del artículo 123, apartado A, constitucional, se establece en nuestro país, al IMSS como el organismo público descentralizado encargado de la organización y administración del seguro social.⁶⁵

100. En el caso de C1 y C3 de las constancias que obran en los expedientes de queja, se advierte que cotizaron el número de semanas requeridas ante dicho organismo para gozar de una pensión, adquiriendo el carácter de asegurados del

⁶² *Ibidem.* p. 150 y p. 227.

⁶³ *Ibidem.* p. 151 y p. 230.

⁶⁴ Al respecto, también es importante considerar el Convenio de la OIT 118 (igualdad de trato), de 1962. Ver: Recomendación 28/2017, p. 152.

⁶⁵ CNDH. Recomendación 28/2017, p. 153.

IMSS, haciendo extensivos a sus beneficiarios un catálogo específico de derechos. Por lo que respecta a C2 gozaba de pensión por invalidez.

101. La LSS-1973 prevé que a la muerte de la persona asegurada o pensionada, el Instituto otorgará a sus beneficiarios conforme a lo dispuesto en dicho ordenamiento, entre otras prestaciones, la pensión de viudez.⁶⁶

102. Ante el fallecimiento de sus respectivos concubinarios V1, V2 y V3 acudieron a las diferentes unidades del IMSS para iniciar el trámite administrativo de la pensión de viudez a que consideran tienen derecho, observándose que dicho Instituto emitió oficio de improcedencia; bajo un condicionamiento de que acompañado a la solicitud de pensión, y no obstante haber entregado copia certificada de la resolución judicial que acredita la relación del concubinato, se presente acta de matrimonio civil.

103. El condicionamiento de requisitos adicionales a los concubinarios homosexuales para solicitar la pensión por viudez en relación con los concubinatos conformados por parejas heterosexuales, implica una discriminación por razón de preferencia sexual y estado civil, además conlleva una afectación al derecho a la seguridad social en su calidad de beneficiarios de una persona asegurada ante el IMSS, pues como ha sido expuesto en la presente Recomendación, C1, C2 y C3 aportaron sus respectivas cuotas para que al momento de su fallecimiento sus familiares gozaran de esta pensión que, en correlación con la Observación General 19 antes descrita, les permitiera su realización y supervivencia para satisfacer sus necesidades más básicas.⁶⁷

104. Sobre el tema de las restricciones a derechos humanos, la CrIDH en la sentencia del referido *“Caso Jorge Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos”*, estableció que: *“La facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que*

⁶⁶ CNDH. Ídem, p. 156.

⁶⁷ CNDH. Ídem, p. 160.

exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a in fine de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.”⁶⁸

105. *“La Corte [CrIDH] ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención:*

a) *Legalidad de la medida restrictiva.*

El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material. (...)

b) *Finalidad de la medida restrictiva.*

El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (protección del orden o salud públicas, (...)) “los derechos y libertades de las demás personas”, “las justas exigencias del bien común...”

(...)

⁶⁸ Párrafo 174.

c) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva.

(...)

Con el fin de evaluar si la medida restrictiva cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.⁶⁹

106. Al analizar lo establecido por la Corte Interamericana, es posible evidenciar que la restricción que el IMSS aplicó en los casos analizados, no supera siquiera el primer paso relativo a la legalidad de la medida restrictiva, pues el artículo 152 de la LSS 1973 no contempla a las parejas de concubinarios del mismo sexo, por lo que no se trata de una restricción como tal que esté previamente establecida en la ley, además de que conforme a la interpretación referida por la CrIDH, en el “Caso *Yatama vs. Nicaragua*” en relación con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Estado *“tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de ese carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”*.⁷⁰

107. El segundo paso en el examen de la restricción al derecho humano a la seguridad social, en virtud de la cual V1, V2 y V3 no pueden acceder a la pensión por viudez, es revisar si se trata de restricciones permitidas por la Convención Americana que reconoce el derecho a la seguridad social; respecto de lo cual no

⁶⁹ *Ibidem.* pp. 175, 176, 180 y 186.

⁷⁰ CNDH. *Ídem*, p. 163.

existe restricción alguna, por lo que el acceso a ese derecho debe ser de manera íntegra para todas las personas.⁷¹

108. Finalmente, por lo que se refiere al tercer paso, es evidente que, la restricción aludida por el IMSS para que V1, V2 y V3 obtengan la pensión que solicitan, no atiende ninguna necesidad social imperiosa, ni satisface un interés público imperativo, por el contrario, sí restringe en gran medida el derecho protegido y no se ajusta al logro del objetivo legítimo del mismo, que es la protección de la persona en la vejez en condiciones de igualdad y sin discriminación.⁷²

109. Sirven de apoyo a lo antes expuesto, los argumentos esgrimidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 395/2007, respecto de la inconstitucionalidad del artículo 152 LSS 1973, en el sentido de que “...*si una trabajadora desempeña la misma labor que una persona del sexo masculino, cotizará de igual forma para tener acceso a los derechos que otorga la Ley del Seguro Social, y si su estado civil también es el mismo, tendrá derecho a que sus familiares disfruten de esos derechos que la institución concede, en la misma forma que la tiene un trabajador varón...*”.⁷³

110. Agrega “...*puede apreciarse la existencia de un trato diferente, no sólo al varón, sino inclusive para la propia asegurada o pensionada fallecida, pues para acceder a alguno de los seguros de invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada, aquella tuvo que cumplir con los periodos de espera traducidos en semanas de cotización al Instituto que le dieron el derecho de asegurar a su familia en los términos establecidos en la propia ley*”, lo cual estima el máximo Tribunal que también atenta contra la protección de la familia.⁷⁴

⁷¹ CNDH. Ídem, p. 164.

⁷² CNDH. Ídem, p. 165.

⁷³ CNDH. Ídem, p. 166.

⁷⁴ Tesis administrativa-constitucional. Semanario Judicial de la Federación, septiembre de 2009, registro 166276. Ver Recomendación 28/2017, p. 167.

111. Resaltando que “...si durante su vida laboral, las extintas trabajadoras cotizan para quienes les sobreviven y tengan derecho a ello, disfruten de los seguros previstos en la ley de la materia, entonces la pensión en comento no es una concesión gratuita o generosa, sino un derecho generado durante toda su vida productiva con el objeto de garantizar, en alguna medida, la subsistencia de sus beneficiarios”⁷⁵, pensión que en algunos casos se constituye como el único recurso para satisfacer el “mínimo vital” de la persona.

112. Al respecto, se estima conveniente resaltar los aspectos más sobresalientes que el Poder Judicial Federal ha emitido en distintos criterios con respecto del “mínimo vital”, los cuales se consideran por la relación que guarda con el derecho a la seguridad social:

112.1. El mínimo vital o mínimo existencial consiste en que “el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado” y se refiere de manera expresa a la educación, vivienda, salud, salario digno, **seguridad social**, medio ambiente, etcétera⁷⁶.

⁷⁵ Amparo en revisión 371/2016, considerando séptimo y en la tesis constitucional. Semanario Judicial de la Federación, julio de 2016, registro 2012063. Contradicción de tesis 154/2009. Semanario Judicial de la Federación, octubre de 2009, registro 21829. Ver Recomendación 28/2017, p. 168.

⁷⁶ “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTOS, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR.” Tesis constitucional. Semanario Judicial de la Federación, febrero de 2013, registro 2002743. Ver Recomendación 28/2017, pp. 169 y 169.1.

112.2. El derecho al “*mínimo vital*” abarca un conjunto de medidas estatales (acciones positivas y negativas) para que una persona cuente con “...*las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna...*”.⁷⁷

112.3. “...*el contenido del derecho al mínimo vital (...) coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre de temor y de las cargas de la miseria...*”⁷⁸

113. En ese sentido, parte de la doctrina sostiene que “...*siendo la libertad uno de los principios básicos de todo Estado de derecho, su ejercicio pleno requiere que las personas tengan acceso a satisfactores básicos...*”⁷⁹, ello permite que las personas adopten las decisiones que quieran con “*autonomía*”⁸⁰. Aunado a ello, “*si entendemos (...) la igualdad en el plano (...) material (...) el mínimo vital parece representar una vía para concretar dicho principio, en tanto a través de él se aseguran condiciones materiales mínimas de existencia como base para la igualdad real de las personas*”.⁸¹

114. Luego entonces, es indubitable que la diferencia del trato, materializada en la imposición de mayores requisitos para la concesión de la pensión por viudez derivada de concubinato, que impiden el acceso a la seguridad social a V1, V2 y V3 vulnera su derecho al mínimo vital de estos, máxime que fue expresado,

⁷⁷ “*DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO*”. Tesis constitucional. Semanario Judicial de la Federación, mayo de 2007, registro 172545. Ver Recomendación 28/2017. p. 169.2.

⁷⁸ Ídem. Ver Recomendación 28/2017, p. 169.3.

⁷⁹ Véase “*¿HAY JUSTICIA PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.*” Cervantes Alcayde Magdalena y otros. (Coord.), SCJN-UNAM, México, 2014, pág. 237. Ver Recomendación 28/2017, p. 170.

⁸⁰ Ídem. Ver Recomendación 28/2017, p. 170.

⁸¹ Ibídem. pág. 238. Ver Recomendación 28/2017, p. 170.

particularmente en el caso de V1, que la pensión de la cual gozaba su respectivo concubinario era el medio de su subsistencia, y se restringe su autonomía y libertad para su desarrollo pleno.⁸²

115. El ingreso por persona además satisface los requerimientos de quienes integran la familia, circunstancia de la que se ha pronunciado la CrIDH en la valoración de las pruebas del “Caso Caracazo vs. Venezuela”, por sentencia del 29 de agosto de 2002, señaló la “*presunción de acuerdo con la cual los adultos que perciben ingresos y tienen familia, destinan la mayor parte de dichos ingresos a atender las necesidades de los integrantes de ésta;...*”⁸³

116. Este Organismo Nacional en la Recomendación 28/2017 determinó que tratándose de hombres que soliciten una pensión por viudez sea en su carácter de cónyuges o de concubinos con motivo del fallecimiento de la persona asegurada o pensionada, el IMSS no debe condicionar su otorgamiento con la presentación del “Dictamen de Beneficiario Incapacitado”, ni acreditar la “dependencia económica”, pues de lo contrario, conlleva a una afectación al derecho a la seguridad social en su calidad de beneficiarios de una persona asegurada, ya que ésta aportó sus respectivas cuotas para que al momento de su fallecimiento sus familiares gozaran de dicha pensión.

117. Bajo tal panorama, este Organismo Nacional considera que existe responsabilidad institucional del IMSS, en razón de las siguientes consideraciones:

⁸² Con motivo del Día de Discusión General sobre el Derecho a la Seguridad Social E/2007/CPR.3, p. 8 se expresó que “...el derecho a la seguridad social debe asegurar, como mínimo, la protección básica inmediata de las necesidades vitales de cada persona...” citado en “Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” Sistema Universal y Sistema Interamericano. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, p. 261. Ver Recomendación 28/2017, p. 171.

⁸³ Párrafo 50, inciso b). Ver Recomendación 28/2017, p. 172.

117.1. La Observación General 3 (1990) relativa a “*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, emitida por el Comité DESC de las Naciones Unidas actualiza la existencia para los Estados Parte de obligaciones de conducta y de obligaciones de resultado. Bajo esas premisas, se advierte que los Estados se “*comprometen a garantizar*” que los derechos pertinentes se ejercerán “*sin discriminación...*”.

117.2. Al considerarse que “*la seguridad social tiene por finalidad, del artículo 2° en términos de la LSS-1973, garantizar (...) la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo*”, conforme a sus objetivos, corresponde al IMSS “*otorgar a los trabajadores mexicanos y a sus familias la protección ante contingencias, tales como (...) vejez o la muerte; así como también proporcionar un conjunto de servicios sociales de beneficio colectivo que complementen las prestaciones fundamentales, a fin de mejorar los niveles de bienestar, (...) y contribuir en la redistribución de la riqueza y justicia social en el país.*”⁸⁴

117.3. Las prestaciones económicas que otorga “*...tienen la finalidad fundamental de proteger los medios de subsistencia de los asegurados, pensionados, o sus beneficiarios...*”⁸⁵, el IMSS omitió garantizar el derecho a la seguridad social, particularmente, el de acceder a una pensión por viudez en agravio de V1, V2 y V3 al imponer un **trato diferenciado** mediante el establecimiento de requisitos relacionados con su preferencia sexual y estado civil.

⁸⁴ Manual de Organización “2. Objetivos” del IMSS. Ver Recomendación 28/2017, pp. 174, 174.1 y 174.2.

⁸⁵ Ídem. Recomendación 28/2017, p. 174.3.

117.4. La estructura orgánica del IMSS establece la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales, unidad que conforme a su propio Manual de Organización tiene políticas, entre otras, vigilar “...*el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas vigentes para el otorgamiento de las prestaciones económicas, prestaciones sociales institucionales...*”.⁸⁶

118. A partir de los hechos planteados en la queja, procesos jurisdiccionales y asuntos respecto de los cuales la SCJN ha emitido diversos criterios, en opinión de este Organismo Nacional se considera que el IMSS transgredió el derecho al mínimo vital y el derecho a la seguridad social de V1, V2 y V3, haciendo notar dos consideraciones importantes:⁸⁷

118.1. “*La pensión por viudez protege la seguridad y el bienestar de la familia ante el riesgo de la muerte del trabajador.*”

118.2. La pensión por viudez tiene “*autonomía financiera*” porque “*se genera con las aportaciones hechas por el trabajador o pensionado*” [fallecido].

119. Adicionalmente, y no menos importante, resulta el incumplimiento del IMSS al mandato constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de V1, V2 y V3, pues acorde con sus atribuciones le corresponde proponer la armonización de la normatividad secundaria y administrativa para las prestaciones en dinero, entre ellas, la pensión por viudez ya referida.⁸⁸

120. Lo anterior, a fin de eliminar las barreras legales existentes para favorecer el pleno derecho a la igualdad de trato y a la seguridad no sólo del generado durante

⁸⁶ CNDH. Recomendación 28/2017, p. 174.4.

⁸⁷ Tesis constitucional. Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2014, registro 2007937. Ver Recomendación 28/2017, p. 175.

⁸⁸ CNDH. Ídem, p. 176.

la vida laboral de C1, C2 y C3, sino también de los quejosos identificados como V1, V2 y V3 a los cuales se ha hecho referencia en la presente Recomendación, actuar en sentido contrario materializa un acto arbitrario y la violación a los derechos humanos expuestos en la presente Recomendación.⁸⁹

V. RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL.

121. Conforme al artículo 1° constitucional, en su párrafo tercero, *“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.”*

122. Lo anterior, es acorde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante el cual el Estado Mexicano ha asumido obligaciones respecto de los derechos humanos consistentes en su respeto, protección y cumplimiento sin distinción alguna.⁹⁰

123. La Oficina en México del Alto Comisionado de los Derechos Humanos ha explicitado el contenido de esas obligaciones, en el documento *“20 claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos”*, para respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos.⁹¹

124. Si el Estado omite el cumplimiento de esas obligaciones, faltando a la misión que le ha sido encomendada, en agravio de quienes integran su sociedad, es ineludible que se actualiza una responsabilidad de las instituciones que le

⁸⁹ CNDH. Ídem, p. 177.

⁹⁰ CNDH. Recomendaciones 28/2017, pp. 178 y 179, y 2/2017, pp. 448 y 449.

⁹¹ Ibídem. pp. 180 y 450.

conforman, con independencia de aquella que corresponda de manera particular a las personas servidoras públicas, a quienes compete conforme al marco jurídico aplicable el despliegue de acciones específicas para hacer efectivos esos derechos.⁹²

125. Aunado a lo anterior, es importante señalar la Observación General 3 (1990) relativa a *“La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*, emitida por el Comité DESC de las Naciones Unidas, de la cual se resaltan algunos aspectos:⁹³

125.1. Los Estados partes asumen obligaciones jurídicas generales, legislativas, judiciales, administrativas educacionales y sociales para *“asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos...”* [y debe demostrar que ha realizado] *“...todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”*⁹⁴

126. De las investigaciones se advierten aspectos generales que dan sustento a la responsabilidad institucional en la que se incurre por parte del IMSS, de los cuales resaltan:⁹⁵

126.1. Omisión de llevar a cabo las acciones acordes al artículo 1° constitucional para promover desde el ámbito de sus competencias, las modificaciones a la normatividad que les atañe con la finalidad de que ésta efectivamente cumpla

⁹² Ibidem. pp. 181 y 451.

⁹³ Ibidem. pp. 182 y 452.

⁹⁴ Ibidem. pp. 182.1 y 452.1.

⁹⁵ Ibidem. pp. 184.4 y 455.

con las obligaciones de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos.⁹⁶

126.2. Desconocimiento de la normatividad nacional e internacional que implica una inadecuada o inexistente observancia o aplicación de la norma respecto de los derechos humanos en lo general y de grupos en situación de vulnerabilidad como puede ser el caso de las personas adultas mayores. Lo cual implicó, la omisión de considerar la interpretación conforme, el principio pro persona y el de progresividad a que está obligada por disposición del artículo 1º constitucional, en el entendido que, como se ha señalado, las normas no existen aisladas en el ordenamiento, sino forman parte de un sistema que las articula, de manera que se adapten a las normas superiores del ordenamiento que son aquéllas que protegen la dignidad de las personas.

⁹⁷

126.3. Desconocimiento de las atribuciones, funciones sustantivas y políticas que rigen el actuar de las personas servidoras públicas en ese Instituto, puesto que, como ha sido expuesto, dicha conducta reproduce estereotipos de género por preferencia sexual y acciones discriminatorias sin justificación.⁹⁸

126.4. Insuficientes acciones para garantizar el acceso a los mecanismos administrativos para la atención y protección de las personas aseguradas, derechohabientes y beneficiarios.⁹⁹

⁹⁶ Ibidem. pp. 184.1 y 455.1-

⁹⁷ Ibidem. pp. 184.2 y 455.5.

⁹⁸ CNDH. Recomendación 28/2017, p. 184.4.

⁹⁹ CNDH. Ídem, p. 184.5.

126.5. Omisión de evaluar y dar seguimiento de las acciones para la consolidación de una cultura de derechos humanos entre los servidores públicos, así como de la capacitación impulsada en la materia.¹⁰⁰

127. No pasa inadvertido para este Organismo Nacional que el IMSS no está facultado para declarar la invalidez constitucional o convencional de las normas, ya que esa atribución corresponde únicamente al Poder Judicial de la Federación, pero sí corresponde llevar a cabo las acciones que sus atribuciones y competencias más amplias le permitan, así como ejercer la interpretación conforme, aplicación del principio pro persona y de progresividad, conforme a sus facultades, a favor de cada una de las víctimas referidas en el presente pronunciamiento, a fin de darles una solución acorde con los derechos humanos.¹⁰¹

VI. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO.

128. De conformidad con lo establecido en los artículos 1º, párrafo tercero, 108 y 109 constitucionales; y 44, párrafo segundo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al acreditarse una violación a los derechos humanos atribuible a una persona servidora pública del Estado, la Recomendación que se formule a la dependencia pública debe incluir las medidas que procedan para lograr la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales y las relativas a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado, para lo cual el Estado deberá de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

129. Para tal efecto, en términos de los artículos 2, fracción I, 7 fracciones II y VII; 8, 26, 27, 64 fracciones I y II; 106, 110, fracción V, inciso c); 111, 112, 126 fracción VIII; 130, 131 y 152 de la Ley General de Víctimas y demás aplicables del “Acuerdo

¹⁰⁰ CNDH. Ídem, p. 184.7.

¹⁰¹ CNDH. Ídem, p. 185.

del Pleno por el que se emiten los Lineamientos para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral”, de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, al acreditarse violaciones a los derechos humanos se deberá inscribir a V1, V2 y V3, en el Registro Nacional de Víctimas, cuyo funcionamiento está a cargo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, a fin de que tengan acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral; para ello, este Organismo Nacional remitirá copia de la presente Recomendación a la citada Comisión Ejecutiva.

130. En el ámbito internacional los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de los *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”* de las Naciones Unidas, y en diversos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se establece que para garantizar a las víctimas la reparación integral, proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso, es necesario cumplir los principios de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, obligación de investigar los hechos, así como identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.

131. En el *“Caso Espinoza González vs. Perú”*, la CrIDH resolvió que: *“(…) toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que la disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado (...) las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos (...).”*¹⁰²

¹⁰² Sentencia de 20 de noviembre de 2014, pp. 300 y 301.

132. Sobre el “*deber de prevención*” la CrIDH, sostuvo que: “(...) *abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte (...)*”¹⁰³. En el presente caso, los hechos descritos constituyen una transgresión al deber de prevención de violaciones a los derechos humanos de V1, V2 y V3 que derivó en la afectación a su mínimo vital, su libertad y autonomía para su pleno desarrollo por lo que esta Comisión Nacional considera procedente la reparación de los daños ocasionados.

I. Satisfacción.

133. En el presente caso la satisfacción comprende, por una parte, que las autoridades recomendadas tramiten la solicitud de pensión por viudez de V1, V2 y V3 sin distinción de preferencia sexual y sin solicitarles requisitos adicionales como es el “*acta de matrimonio*”, así como el “*Dictamen de Beneficiario Incapacitado y la dependencia económica*”¹⁰⁴ de ser el caso, les otorguen la prestación de seguridad social que reclaman, así como les informen de manera fundada y motivada los beneficios de optar, en caso de que ello aplique, por un régimen u otro la LSS 1973 o LSS 1997. Por otra parte, las instancias competentes deberán elucidar la responsabilidad administrativa que en su caso corresponda a los servidores públicos señalados en la presente Recomendación.

¹⁰³ CNDH. Recomendación 12/2017, del 24 de marzo de 2017, p. 195

¹⁰⁴ CNDH. Recomendación 28/2017.

II. Garantías de no repetición.

134. Éstas consisten en tomar las medidas administrativas que sean necesarias para evitar la repetición de hechos violatorios de derechos humanos y contribuir a su prevención; por ello, el IMSS debe adoptar todas las medidas para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las víctimas y sus autoridades realizar las acciones pertinentes para posibilitar la modificación de las disposiciones legales, así como las de carácter administrativo, ante las instancias correspondientes para armonizarlas con el artículo 1° constitucional, los tratados internacionales ratificados por nuestro país, y la jurisprudencia interna e internacional.

135. Al respecto, esta Comisión Nacional remitirá copia de la presente Recomendación al Congreso de la Unión, exhortándolos respetuosamente a considerar los argumentos expuestos, para que se hagan las modificaciones legales necesarias para eliminar de la Ley del Seguro Social, tanto la de 1973 como la de 1997, las disposiciones que atentan contra el derecho a la igualdad y no discriminación.

136. El IMSS debe evaluar y dar seguimiento a las acciones de capacitación y formación en materia de derechos humanos y diversidad sexual que han sido impartidas al personal involucrado en los aspectos que incumben a la pensión por viudez, particularmente, tratándose de concubenarios de parejas homosexuales y, en su caso, fortalecer éstas en materia de igualdad y no discriminación, seguridad social y atención al público, y que deberán impartirse por personal especializado y con suficiente experiencia en derechos humanos. De igual forma, los manuales y el contenido de los cursos deberán estar disponibles de forma electrónica y en línea, para que puedan ser consultados con facilidad.

III. Compensación.

137. La compensación consiste en reparar el daño causado, sea material o inmaterial. Por ello, se considera necesario que las autoridades del IMSS otorguen la compensación a V1, V2 y V3 que conforme a derecho corresponda, derivado de la afectación que les causó el acceder, de forma tardía, a la pensión por viudez que en su caso pueda corresponderles, cuyo monto deberá establecerse en coordinación con la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, como consecuencia de la responsabilidad en que incurrió el personal del IMSS.

138. Con fundamento en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Recomendación tiene el carácter de pública y se emite con el propósito fundamental tanto de formular una declaración respecto de las acciones y omisiones cometidas por servidores públicos en el ejercicio de las facultades que expresamente les confiere la ley, como de obtener, en términos de lo que establece el artículo 1° constitucional, párrafo tercero, la investigación que proceda por parte del Órgano Interno de Control del IMSS para que, dentro de sus atribuciones, determine si la aplicación por parte de AR1, AR2 y AR3 del criterio por el que se declaró la improcedencia a las solicitudes de pensión por viudez de V1, V2 y V3, es contrario a derechos humanos conforme a la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

139. En consecuencia, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos se permite formular respetuosamente a usted, señor Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, las siguientes:

VII. RECOMENDACIONES.

PRIMERA. Otorgar la pensión por viudez a V1, V2 y V3 bajo los procedimientos más adecuados y eficaces, sin colocarlos en un supuesto jurídico que los distinga

por su preferencia sexual y estado civil y sin que se requiera mayores requisitos en comparación con los concubinatos de parejas heterosexuales en términos de lo expuesto en la presente Recomendación. El otorgamiento de las referidas pensiones deberá ser con efectos retroactivos al momento en que correspondía proporcionarse, debiendo cumplirse los demás requisitos legales aplicables; asimismo, deberá enviarse a esta Institución las evidencias que acrediten el cumplimiento del presente punto recomendatorio.

SEGUNDA. Se adopten las medidas necesarias para reparar el daño ocasionado a V1, V2 y V3 en términos de la Ley General de Víctimas con motivo de la responsabilidad en que incurrió el personal involucrado en los hechos, derivada de la violación a los derechos humanos detallados en la presente Recomendación, y se envíen a esta Comisión Nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento.

TERCERA. Inscribir a V1, V2 y V3 en el Registro Nacional de Víctimas, cuyo funcionamiento está a cargo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, para que tengan acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, previsto en la Ley General de Víctimas, para ello, este Organismo Nacional remitirá la presente Recomendación a dicha instancia; y se envíen a esta Institución las constancias que acrediten su cumplimiento.

CUARTA. Se dé vista al Órgano Interno de Control del IMSS a efecto de que éste determine si por la aplicación por parte de AR1, AR2 y AR3 del criterio por el que se declaró la improcedencia a las solicitudes de pensión por viudez de V1, V2 y V3, se actualiza la responsabilidad administrativa conforme a la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y se envíen a este Organismo Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento.

QUINTA. Proponga a la autoridad competente, conforme al procedimiento que corresponda, el anteproyecto de modificación a las disposiciones de la Ley del

Seguro Social y a las normas reglamentarias que así lo ameriten, concernientes a los requisitos para la concesión de pensión por viudez en el caso de concubenarios de parejas homosexuales, considerando las observaciones de la presente Recomendación, de lo cual deberá enviar a este Organismo Nacional las constancias que así lo acrediten.

SEXTA. Efectúe las modificaciones en las disposiciones administrativas secundarias (acuerdos, circulares), así como en los manuales de organización y procedimientos de ese Instituto, para abrogar aquéllas que transgreden el principio de igualdad y no discriminación, así como el derecho a la seguridad social, conforme a lo señalado en la presente Recomendación, enviando en su oportunidad las pruebas que acrediten su cumplimiento.

SÉPTIMA. Instruir a quien corresponda para que se diseñe un programa integral de formación y capacitación en libertad sexual e igualdad y no discriminación, seguridad social y atención al público, el cual se imparta a las personas servidoras públicas de ese Instituto, de acuerdo a lo expresado en la presente Recomendación, enviando a este Organismo Nacional las constancias que así lo acrediten.

140. La presente Recomendación, de acuerdo con el artículo 102, Apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene el carácter de pública y se emite con el propósito fundamental de formular una declaración respecto de las conductas irregulares cometidas por servidores públicos en el ejercicio de las facultades que expresamente les confiere la ley, como de obtener, en términos de lo que establece el artículo 1º, párrafo tercero, constitucional, la investigación que proceda por parte de las dependencias administrativas u otras autoridades competentes para que, dentro de sus atribuciones, se apliquen las sanciones conducentes y se subsane la irregularidad de que se trate.

