

Repensar la exigencia de los derechos sociales. Dos casos más: la Resolución por Disposición 9/2015 del Conapred y el Amparo Directo en Revisión 6043/2016 al respecto de la negativa de pensión por viudez para esposos y concubinos

Jorge Roberto Ordóñez Escobar*

En la atemporal novela *El principito* del escritor francés Antoine de Saint-Exupéry hay una frase que siempre me ha parecido adecuada para compartir en mis clases como profesor de derecho. En ella encuentro resumida una visión personal que tengo sobre el derecho en general y, sobre todo, con la exigibilidad de los derechos por parte de las y los ciudadanos. La frase trata sobre el arte de saber pedir o exigir y la enuncia el rey de un minúsculo planeta al principito. Una paráfrasis adecuada sería: “Es preciso exigir a cada uno lo que cada uno puede dar. La autoridad descansa ante todo en la razón. Si ordenas a tu pueblo tirarse al mar, hará la revolución”.¹ Evidentemente, la frase hace

* Titular de la Unidad General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobernación

¹ Antoine de Saint-Exupéry, *El principito*, México, Porrúa, 2019, p. 46.

referencia a la figura de autoridad del rey y cómo ésta obtiene legitimidad a través del mandato justo y razonable. Aunque tal vez invirtiendo el sentido de la cita de *El principito*, creo que podemos repensar ésta desde nuestras instituciones; es decir, debemos pensar en las instituciones desde su capacidad para responder a las exigencias de la población y, sobre todo, desde los derechos sociales. ¿Sabe la población a qué institución dirigirse para hacer valer sus derechos? ¿Son capaces las instituciones de velar por los derechos de la gente? ¿Cuentan con los mecanismos y los operadores necesarios para ello? Desde este punto de vista, en el que la población toma el lugar del rey de *El principito*, ¿es este mandatario razonable en sus exigencias y pide a cada cual lo que cada uno puede dar?

Estas reflexiones literarias surgieron cuando en el mes de mayo del año 2019 tuve la oportunidad de participar en el “Conversatorio sobre criterios judiciales en materia del derecho a la no discriminación”, organizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) en la mesa sobre la negativa de pensión por viudez a esposos y concubinos por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

El tema me permite poner un botón de muestra de lo que señalo a continuación: la Ley del Seguro Social² se trata de una ley de seguridad social en materia de pensiones basada en roles de género, amén de que mecanismos de exigibilidad de este derecho para viudos o concubinos son realmente escasos —por un lado, está la resolución por disposición, un mecanismo en el marco de las atribuciones del Conapred al que, como ya veremos, se le puede exigir poco (porque puede dar), y, por el otro, está el juicio de amparo. En el presente texto expongo los elementos más importantes de mi participación en dicho conversatorio.

² Ley del Seguro Social. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995.

Pensión por viudez

Sin extenderme demasiado en los pormenores del caso, podemos resumirlo de la siguiente manera: el IMSS negó peticiones de hombres que solicitaron pensiones por viudez bajo el argumento de que para acceder al beneficio debían acreditar estar incapacitados físicamente para laborar y que dependían económicamente de la trabajadora, jubilada o pensionada (cónyuge o concubina fallecida).³ Inconformes, los quejosos, acudieron al Conapred para presentar sus reclamaciones. El Consejo, después de realizar las investigaciones pertinentes, determinó que el IMSS efectivamente estaba cometiendo acciones discriminatorias al restringirles y excluirles de la pensión por viudez.

En la citada Resolución por Disposición 9/2015,⁴ el Conapred determinó una violación al derecho humano a la no discriminación y una serie de medidas administrativas y de reparación para prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación. En lo respectivo a los hombres viudos que solicitaron una pensión de viudez se establecieron las siguientes medidas administrativas: 1) Capacitar y sensibilizar al personal encargado de tramitar pensiones en materia de no discriminación por género; 2) Difundir mediante carteles los medios de contacto con que cuenta el Instituto para conocer de presuntas irregularidades o violaciones a derechos humanos, y 3) Publicar en la página web del Instituto una síntesis de la resolución.⁵ En lo que respecta a las medidas de

³ Supuestos normativos señalados en la Ley del Seguro Social, *op. cit.*, así como en el artículo 14 del Régimen de Jubilaciones y Pensiones, inserto en el Contrato Colectivo de Trabajo y en el acuerdo ACDO.SA2.HCT.250913/294.PDPES del Consejo Técnico del IMSS.

⁴ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Resolución por Disposición: 9/15*, 6 de octubre de 2015.

⁵ IMSS, “Síntesis de la Resolución por Disposición 9/2015” [en línea], México, IMSS, 2018. <<http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/transparencia/resoluciones/sintesis-resolucion-9-2015-VF-30042018.pdf>> [Consulta: 15 de enero, 2020].

Sentencias relevantes en materia de igualdad y no discriminación

reparación: 1) Otorgar la pensión a los hombres que tienen el carácter de peticionarios en la presente resolución por disposición; 2) Realizar acciones que promuevan una reforma a la Ley del Seguro Social; 3) Modificar su normatividad interna; 4) Poner en marcha un programa de capacitación al personal encargado de tramitar pensiones en materia de derechos humanos y no discriminación; 5) Diseñar un tríptico o folleto relativo al derecho a la igualdad y no discriminación por género y promover las responsabilidades familiares compartidas, y 6) Pagar como medida compensatoria a los reclamantes la pensión por viudez de forma retroactiva. Así, la resolución por disposición sin duda constituye uno de los mecanismos de reparación del daño más interesantes que actualmente existe en el sistema nacional de atención a víctimas de violaciones a derechos humanos, aunque, como he mencionado anteriormente, sigue siendo un mecanismo limitado —particularmente representa un avance en los servicios de salud para víctimas.⁶

Efectivamente, en este caso, suponer que un varón no tiene derecho a recibir pensión por viudez tras la muerte de su esposa o concubina más que a través de la solicitud de requisitos extraordinarios, diversos a los establecidos para el otro género, supone un acto de discriminación, pero también evidencia una legislación que invisibiliza el rol de las mujeres como principal sostén económico de una familia y que las imposibilita de dotar a sus parejas de una pensión tras su fallecimiento. En otras palabras, la Ley del Seguro Social se trataba de una ley basada en una visión del mundo en la que los hombres eran los únicos facultados para proveer y las mujeres más bien eran un elemento complementario en la institución familiar mexicana.

⁶ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “Resoluciones por disposición” [en línea], <https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=76&id_opcion=121&op=121> [Consulta: 16 de diciembre, 2019].

Pensión por viudez

En términos constitucionales hay que decir que el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Adicionalmente, el artículo cuarto indica que tanto hombres como mujeres son iguales ante la ley, lo que quiere decir que la ley debe aplicarse por igual a todas las personas sin distinción de género. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn) ha emitido una tesis jurisprudencial decretando la naturaleza inconstitucional de dicha ley.⁷ En dicha tesis se concluye que efectivamente el último párrafo del artículo 130 de la Ley del Seguro Social es inconstitucional en tanto que señala que el esposo o concubino sólo podrá acceder a la pensión por viudez si cumple con requisitos adicionales —edad determinada, imposibilidad para trabajar, dependencia económica. Igualmente, esta visión fue la que rigió el criterio de una mayoría de ministros de la scjn al resolver el Amparo Directo en Revisión 6043/2016. En esa ocasión la Corte señaló que el artículo 130 de la Ley del Seguro Social, al condicionar el otorgamiento de pensión por viudez a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola las garantías de igualdad y de no discriminación y concedió el amparo al quejoso para el efecto de que la Junta Especial número 19 de la Federal de Conciliación y Arbitraje emitiera un nuevo laudo en el que atendiera la solicitud del actor, sin que le aplicara el artículo 14, fracción I, último párrafo, del Régimen de Pensiones y Jubilaciones, inserto en el Contrato Colectivo de Trabajo, en la porción que establece el requisito de haber dependido económicamente

⁷ Tesis 2a./J.53/, *Semanario Oficial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, publicada el 22 de marzo de 2019.

de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez fallecida, para tener acceso a la pensión de viudez.⁸

Más allá de los puntos ya mencionados y que hacen referencia a los elementos del caso, es de mi interés plantear algunos otros temas que considero importantes en la amplia discusión que inició con la negativa de pensión por viudez por parte del IMSS, seguida de la resolución del Consejo y el amparo que resolvió la Corte. Por supuesto, son sólo algunos temas entre todos los que podemos mencionar y que seguramente son tratados en los demás textos que componen esta edición.

En primer lugar, es particularmente interesante la discusión sobre la expresión de algunas realidades en la redacción de las leyes en México, ya que éstas tienden en muchos casos a la asignación de roles de género a hombres y mujeres y, por lo tanto, contribuyen a la perpetuación social y cultural de imaginarios dañinos de naturaleza generalmente machista. Quizá, para decirlo desde un punto de vista relativista, es necesario reconocer que las leyes en general son una representación de los valores de una sociedad en un momento históricamente determinado. Particularmente, en lo relativo a temas de género, la redacción de leyes en el mundo occidental ha privilegiado una visión heteropatriarcal del mundo, dejando a un lado a las mujeres del goce de derechos y libertades, además de perpetuar roles de género que no se corresponden con la visión actual de dichos roles.

Volviendo al ejemplo de la negativa de pensión por viudez por parte del IMSS, es evidente que la ley de dicha institución corresponde a esa visión de la realidad occidental en la cual los hombres son los responsables de la protección y manutención de las mujeres y sus hijos. En ese sentido, en un mundo en el que la

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Amparo directo en revisión 6043/2016” [en línea], México, scjn, 2016. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-04/ADR%206043-2016.pdf> [Consulta: 22 de enero, 2020].

Pensión por viudez

voz de las mujeres empieza a ser escuchada —no sin resistencia del orden patriarcal— es lógico que este tipo de leyes sean sujetas a revisiones. Es importante insistir en que, aunque en un primer momento son los hombres aquellos quienes son perjudicados por las exigencias de requisitos, en realidad se trata de una reafirmación de un tipo de masculinidad tóxica y por supuesto de la negación de la figura de las mujeres como proveedoras.

Asimismo, si analizamos un poco más, nos daremos cuenta de que este tipo de negación a otorgar pensión por viudez a esposos y concubinos es una medida que promueve el desequilibrio en la institución familiar. Suponiendo que se trata de una pareja en la cual ambos miembros aportaban recursos económicos para la manutención de su hogar, tras el fallecimiento de la mujer y posterior negación de la pensión para el esposo o concubino, es posible deducir que los ingresos se verán afectados notoriamente. De nuevo, la negación de pensión para el marido o concubino, en realidad esconde una idea machista que implica la negación del derecho de las mujeres de asegurar la estabilidad económica de sus seres queridos después de su muerte.

Esto, aunque podría parecer una reflexión más cercana a la sociología —o en todo caso a la antropología—, me parece muy pertinente acercarla al ámbito del derecho para abrir un espacio a la multidisciplinariedad. Es importante que la discusión sobre el uso del lenguaje, la representación del mundo social y la creación de semánticas —o unidades de significación que van construyendo una visión del mundo— sean temas cotidianos en la agenda de las y los legisladores, jueces, y en general de todas las personas que trabajan con leyes.

A este respecto, vale la pena decir que el derecho, como sistema social, construye semánticas propias y por lo tanto las leyes de una sociedad estarán permeadas por una visión del mundo que conlleva su historicidad entre otros elementos. Aunque el derecho occidental se sostiene en principios que se presumen justos es muy difícil separar a la legislación de un país de su sis-

tema de creencias. Esto es, que, aunque las leyes de un país —o en este caso de un instituto— respondan a una visión del mundo que se supone correcta, justa y prudente (incluso tradicional), no significa que dichas leyes no estén impregnadas de prejuicios propios de una época y un lugar. Por supuesto que lo anterior no quiere decir que las leyes sean inamovibles, ya que el derecho, como casi todas las creaciones de la humanidad, se resignifican con el paso del tiempo, lo cual depende de muchos factores, pero en este caso particular, el detonante fueron los reclamos de quienes fueron perjudicados por esas significaciones sobre el derecho a la pensión por viudez.

Así pues, no viene mal recordarnos a nosotros mismos que el derecho, entendido como un sistema social en la teoría del sociólogo alemán Niklas Luhmann y del filósofo del derecho italiano Raffaele De Giorgi,⁹ debe —o al menos debería— ser capaz de reformar sus propias semánticas desde adentro para poder generar leyes y códigos que no necesariamente coinciden con la visión externa de la sociedad en la que surgen dichas disposiciones legales. A saber, esta capacidad de autorreflexión de los sistemas sociales es indispensable para que el derecho sea capaz de generar mejores rutas a fin de alcanzar la garantía efectiva de los derechos sociales.

Lo interesante en la teoría de Luhmann y De Giorgi es que concibe a los sistemas como una suerte de individuos que definen su identidad primero en un proceso de autorreconocimiento en el que son ellos mismos quienes determinan qué es lo que los define. Posteriormente, los sistemas necesitan del hetero-reconocimiento; o sea, necesitan de la diferencia con los demás sistemas para reconocerse distintos. En este diálogo de identidades, el in-

⁹ Para entender mejor la teoría de sistemas es indispensable la lectura de Niklas Luhmann, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, México, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998. Asimismo, se recomienda la lectura de Raffaele De Giorgi, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.

Pensión por viudez

tercambio de semánticas y de elementos entre un sistema y otro es un hecho cotidiano, lo que quiere decir que ningún sistema es ajeno al proceso de transformación de su propia identidad.

Si aplicamos esta teoría de sistemas de Luhmann al derecho nos daremos cuenta de que se trata de un sistema que cumple con ambas partes de la interacción. Por un lado, el derecho se construye a sí mismo a partir de la autodeterminación. Para decirlo en una frase: “la función única del derecho es hacer derecho conforme a derecho”. Esto no quiere decir que se trate de un sistema cerrado, sino que en la interacción con otros sistemas el derecho se construye a sí mismo a partir de la incorporación de semánticas provenientes de otros sistemas. Lo anterior quiere decir que para que el derecho haga “derecho conforme a derecho” es necesario que *dialogue* con otros sistemas e incorpore nuevas semánticas a su universo conceptual que le permitan trascender los horizontes del sistema de creencias y valores de la sociedad en el que surge y que lo limitan.

Me parece que el caso de la negación de pensión por viudez para esposos o concubinos es particularmente interesante para abordar precisamente la necesidad de que el derecho en México incorpore nuevas semánticas que le permitan generar mecanismos para la tutela de nuestros derechos.

Esto quiere decir que hay una apremiante necesidad de volver a pensar en nuestros esquemas teóricos y normativos; es decir, repensar nuestros modelos de Estado, de Constitución, de derechos y de nuestras técnicas de garantías. Porque, en caso contrario, corremos el riesgo de que sea la población quien pierda la fe en los modelos y sistemas. Parafraseando a Gerardo Pisarello: “La desoladora persistencia de este panorama obliga al derecho a replantearse en forma recurrente la función que las normas desempeñan o deberían desempeñar en la conformación de la

Sentencias relevantes en materia de igualdad y no discriminación

realidad social”.¹⁰ Quizá sea por eso por lo que, entre quienes tenemos una sensibilidad o tendencia igualitaria, resulta inminente repensar los derechos sociales como auténticos derechos para, posteriormente, insertarlos dentro del programa de maximización de los postulados normativos que ha venido proponiendo contemporáneamente el neoconstitucionalismo de la mano del sistema político.

Sin embargo, es importante señalar que actualmente vivimos en la perpetua “construcción” de un Estado de derecho que no termina por hacerse tangible. Lo anterior se debe en gran medida por las personas funcionarias públicas, ya que son ellas quienes se encargan de ejecutar las acciones que definen verdaderamente al Estado. Aunque es cierto que no todo el funcionariado público ocupa el mismo lugar de poder dentro de la estructura, también lo es que todo ese personal es quien borda la imagen real de un Estado.¹¹ Esto hace indudable que, una vez creado el esquema conceptual de los derechos sociales (sea bajo la fórmula de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos subjetivos o cualquier otra de las tantas variantes utilizadas),¹² sea obligatorio analizar modelos más satisfactorios tanto a nivel de las técnicas procedimentales como de fijación de los sujetos obligados frente a los destinatarios de los derechos; pero también, y de manera quizá más importante, la instalación de un sistema garantista que dote de fuerza normativa a aquellas expectativas

¹⁰ Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto, 1998.

¹¹ Jorge R. Ordóñez Escobar y Javier Espinoza de los Monteros, “Los derechos sociales en el constitucionalismo mexicano”. En Javier Espinoza de los Monteros (coord.), *Las dimensiones del Estado constitucional*, Naucalpan de Juárez, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2018, pp. 549-575.

¹² Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Pensión por viudez

de cumplimiento de los derechos sociales, que los materialice a través del otorgamiento de atribuciones y elementos realizables, que los imponga y que los haga valer en caso de una posible violación.¹³

En conclusión, atendiendo a esta visión propuesta de hacer derecho desde el derecho y desde la teoría de sistemas de Luhmann y De Giorgi, así como de la visión de un Estado constitucional y democrático de derecho que tome en serio al concepto de una normativa verdaderamente vinculante, se hace imperante que empecemos a incorporar nuevas semánticas a la hora de hacer leyes en México. A partir de ahí entonces podremos llevar al derecho a un proceso de autorreflexión que derive en la construcción de nuevas significaciones y mejores condiciones tanto para las y los operadores del derecho como para las personas titulares de los derechos sociales.

Si empezamos a hacer lo anterior, no solamente estaremos en el camino de construir leyes más justas e igualitarias, sino que también estaremos construyendo instituciones más sólidas operadas por personas servidoras públicas con elementos suficientes para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales y, sobre todo, estaremos dotando a todas y a todos de las herramientas para exigir sus derechos. En tanto nuestras leyes, sus estructuras e instituciones sean razonables, ordenadas y con mucha mayor tendencia a la justicia social, y nuestras instituciones estén dotadas de herramientas y atribuciones suficientes para su realización, entonces seremos aptos para responder a la exigencia de la población y, particularmente, estaremos siendo razonables en la relación entre el Estado y la sociedad, justo como lo planteaba el rey de *El principito*.

¹³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, VÍCTOR Y CHRISTIAN COURTOIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2004.
- BOROWSKI, MARTIN, *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- DE GIORGI, RAFFAELE, *Ciencia del derecho y legitimación*. México, Universidad Iberoamericana, 1998.
- DE SAINT EXUPÉRY, ANTOINE, *El principito*. México, Porrúa, 2019.
- ESPINOZA DE LOS MONTEROS, JAVIER (coord.), *Las dimensiones del Estado constitucional*. Naucalpan de Juárez, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2018.
- LUHMAN, NIKLAS, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- PISARELLO, GERARDO, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto, 1998.