

¿DISCRIMINA LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS MUJERES?

Gabriela MENDIZÁBAL
BERMÚDEZ*

Resumen. En México, el conjunto de prestaciones que otorga la seguridad social a través de diversos seguros sociales se destina en general a su núcleo derechohabiente, sin distinción de su sexo —salvo algunas prestaciones que por su propia naturaleza así lo requieren, como las de maternidad—; sin embargo, la presente investigación pretende demostrar, lejos de un enfoque feminista, mediante el simple análisis de los requisitos, montos y cálculos de las prestaciones por maternidad, viudez, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez principalmente, que a pesar de que la seguridad social tiene la obligación —como rama del derecho social— de redistribuir las cargas sociales, principalmente entre los géneros, no cumple su cometido en la práctica y que, además, el sistema privatizado de pensiones rompe, entre otras cosas, con la solidaridad entre ellos.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del derecho a la seguridad social se ha plasmado en un gran conjunto de dispositivos legales que se incluyen en tratados internacionales, Constituciones políticas y legislaciones reglamentarias internas. Su desarrollo directo varía según las condiciones económicas, políticas y sociales de cada país, entidad federativa o inclusive de cada localidad.

El conjunto de prestaciones que otorga la seguridad social a través de diversos seguros sociales se destina en general a su núcleo derechohabiente, sin distinción de su sexo —salvo algunas prestaciones que por su propia naturaleza así lo requieren, como las de maternidad—; sin embargo, la presente investigación pretende demostrar, lejos de un enfoque feminista, mediante el simple análisis de las prestaciones por maternidad, viudez, retiro, cesantía en

* Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.



edad avanzada y vejez principalmente, que a pesar de que la seguridad social tiene la obligación —como rama del derecho social— de redistribuir las cargas sociales, no cumple su cometido en la práctica y que, además, el sistema privatizado de pensiones rompe, entre otras cosas, con la solidaridad entre géneros.

II. MUJER Y SEGURIDAD SOCIAL

Las sociedades capitalistas presas del neoliberalismo centran básicamente el desarrollo personal y de la propia sociedad en el asunto productivo-laboral; es por ello que México aún se mantiene en su totalidad bajo el añejo esquema de aseguramiento social con prestaciones dependientes de la vinculación laboral, es decir, que para ser sujeto asegurado dentro de una institución de seguridad social se requiere contar con un empleo formal. No se debe menospreciar que se han creado algunas modalidades de aseguramiento que permiten a “trabajadores no formales” obtener prestaciones de índole médico mediante el Seguro Popular o el Programa IMSS-Oportunidades, pero cabe reiterar que en ninguno de ellos se implementan medidas para acceder a algún tipo de pensión.

Es precisamente dentro del nexo de aseguramiento con las instituciones de seguridad social nacionales que los problemas que aún enfrenta el derecho laboral para con las mujeres se amplifican. Dicho en otras palabras, factores como el subempleo, desempleo y el aumento del empleo informal se tornan dramáticos al darles el enfoque de género, puesto que no sólo constituyen una problemática aún no resuelta para el derecho laboral, sino que además excluyen a las mujeres de la cobertura de los seguros sociales, ocasionándoles la desprotección social, el empobrecimiento y la dependencia a las instituciones de asistencia social o de beneficencia pública.

Es motivo de reflexión el lugar que ocupa la mujer dentro de la seguridad social, y en específico en el otorgamiento de las prestaciones de los seguros sociales. El tema más preocupante lo es el de las pensiones, porque factores como la maternidad y la desvalorización del trabajo doméstico y familiar¹ contribuyen a que el porcentaje de mujeres que reciben una pensión en su vejez sea menor al de los hombres. México contaba en 2005 con 104.2 millones de

¹ Trabajo familiar en el sentido del trabajo que dedican las mujeres para la familia, como el cuidado de los hijos, la limpieza del hogar, etcétera.

personas, de los cuales la población mayor de 65 años, a mediados de 2003, ascendió a 5.3 millones de personas. De éstos, sólo el 18% tiene acceso a una pensión del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE),² y de ellos sólo entre el 11% y el 14% son mujeres.

De ahí que las reivindicaciones de equidad e igualdad de las mujeres respecto a los hombres y de la sociedad en general deben ser impulsadas dentro de la seguridad social; además, nunca se debe olvidar que las mujeres de la sociedad mexicana “ahorran” considerablemente los gastos a la seguridad social al ocuparse del cuidado de los niños, los ancianos, los enfermos y los discapacitados.

III. OBSOLESCENCIA DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD

La maternidad, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “es el estado o cualidad de madre”. Ésta tiene diversas acepciones dentro de los ordenamientos legales de cada país.

Desafortunadamente, en la legislación mexicana en general, y en particular dentro de la del seguro social básico, se le sigue contemplando *de facto* como una incapacidad laboral temporal sufrida por la mujer como consecuencia de su embarazo y alumbramiento, pese a que existe el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde se establece el tratamiento independiente de la maternidad como situación protegida específica, desligada del concepto de incapacidad. Pero en México, lo cierto es que en el otorgamiento de las prestaciones a madres trabajadoras observamos gran similitud con el de las prestaciones por incapacidad laboral. Distamos mucho de las legislaciones que contemplan las prestaciones de maternidad como un mecanismo que permite repartir las obligaciones entre padres y madres para con los hijos, posibilitando la no desvinculación laboral de las madres,³ y por lo tanto combatiendo elementos de discriminación laboral, así como tampoco contempla la maternidad no biológica, puesto que en caso de adopción no se

² Consejo Nacional de Población, *Proyecciones de la población de México 2000-2050*, México, 2002.

³ Referente a los apoyos legales para lograr la continuación en el trabajo de las madres trabajadoras, vale la pena resaltar la legislación laboral italiana, que contempla la adecuación del trabajo femenino con la función esencial familiar. *Cfr. Elementi di diritto del lavoro e legislazione sociale*, 8a. ed., Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2001.

otorga prestación alguna, ni económica ni en especie, para la nueva madre y su hijo, derivada del nexo de aseguramiento en algún seguro social.

La maternidad es, dentro de la legislación del seguro social mexicano, la contingencia asegurada que protege a las mujeres durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, principalmente, aunque dentro del artículo 28, fracción II, del Reglamento de Servicios Médicos del IMSS, se establece que “la maternidad es el estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y [se adiciona] la lactancia”.

El derecho a las prestaciones del seguro social por maternidad deviene directamente de derechos laborales conferidos a las madres trabajadoras; sin embargo, este derecho prestacional ha requerido de un proceso de reformas constitucionales, puesto que el texto original señalaba sólo el derecho a no efectuar trabajos pesados durante los últimos meses del embarazo, el descanso después del parto con salario íntegro, y el de los descansos para la lactancia:

Las mujeres, durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amantar a sus hijos.⁴

Fue hasta la reforma del 31 de diciembre de 1974 cuando se establece la actual protección para la maternidad en la normativa básica para los servidores públicos federales (artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso *c*, de la Constitución):

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán

⁴ Lastra Lastra, José Manuel, “Enciclopedia Parlamentaria de México”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. 12: *Artículos 123-136 y transitorios*, México, vol. 1, serie VI, 1996.

dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

Cabe apuntar que se incluye también en el apartado A, fracción V, del mismo artículo 123 constitucional, el derecho de las mujeres trabajadoras subordinadas en caso de maternidad:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubiere adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos.

Como se puede observar, en ambas fracciones de nuestra carta magna se contemplan derechos similares tanto para las madres del trabajo ordinario —obreras, jornaleras, empleadas, domésticas, artesanas y trabajadoras en general sujetas a un contrato de trabajo— como para las madres trabajadoras al servicio del Estado.

1. *Derechohabientes*

Ahora bien, las derechohabientes a las prestaciones pecuniarias y en especie varían según cada ordenamiento de los diversos seguros sociales en nuestro país, por lo que es necesario establecer lo que marca cada uno de ellos; sin embargo, la similitud se contempla en el tratamiento jurídicamente diferenciado que reciben las madres trabajadoras con el otorgamiento de las prestaciones económicas, a las cuales no tienen derecho las beneficiarias de los asegurados.

En el IMSS serán beneficiadas por las prestaciones por maternidad las trabajadoras aseguradas, la esposa o concubina del asegurado, y la esposa o concubina del pensionado por incapacidad permanente total o parcial, invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, en tanto cubran los requisitos legales preestablecidos. Cabe señalar que las hijas y madres de los asegurados no se encuentran incluidas en el núcleo de beneficiarias de las prestaciones de ma-

ternidad, a pesar de ser derechohabientes en la rama del seguro de enfermedades y maternidad, acaso porque maternidad y enfermedad son dos seguros y cosas distintas.

Por otra parte, en el ISSSTE se encuentran protegidas por el seguro de maternidad, según lo dispuesto por los artículos 28 y 29 de su propia ley: la mujer trabajadora, la pensionista, la esposa o concubina del trabajador o pensionado y la hija del trabajador o pensionado, siempre y cuando sea soltera, menor de 18 años, y que reúna además el requisito de la dependencia económica respecto del progenitor asegurado. Dentro de la propia legislación del ISSSTE se establece como requisito general, para ser acreedora de las prestaciones de maternidad, que durante los 6 meses anteriores al parto se hayan mantenido vigentes los derechos del sujeto de la relación jurídica con dicho seguro social, es decir, el o la trabajadora o pensionista.

En cambio, en el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) se incluyen como beneficiarias del servicio materno-infantil al personal militar femenino, así como a la esposa o concubina del militar, conforme lo estatuye el artículo 159 de la Ley del ISSFAM (LISSFAM); sin embargo, no se establece claramente si al referirse a “militares” (*sic*) se contempla sólo a los militares en activo o también retirados.

2. Prestaciones en especie y económicas en caso de maternidad

Las prestaciones en especie que otorgan el IMSS y el ISSSTE a sus derechohabientes se engloban en servicios médico-obstétricos y apoyos en especie para los recién nacidos. La Ley del Seguro Social (LSS), en su artículo 94, así como la Ley del ISSSTE (LISSSTE), en su artículo 28, disponen cuáles serán dichas prestaciones y en qué consistirán las mismas, a saber:

- *Atención obstétrica.* Son las acciones médicas o quirúrgicas que se proporcionan a las mujeres desde el momento en que el IMSS o el ISSSTE certifican su estado de embarazo, así como durante su evolución, el parto y el puerperio. Cabe señalar que, a manera de comparación, dentro de las prestaciones del ISSFAM se contempla en el segundo párrafo del artículo 159 que el servicio materno-infantil incluirá: consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto y atención del infante.

- *Ayuda para la lactancia.* Consiste en el suministro, por parte del Instituto, de un sucedáneo de leche humana para el hijo⁵ de la asegurada o de la esposa o concubina del asegurado o pensionado o, a falta de ésta, a la persona encargada de alimentar al niño. Esta prestación se otorgará durante seis meses a partir de la valoración del médico tratante, por lo cual, en el IMSS puede ser inmediatamente posterior al parto o cuatro o cinco meses después, mientras que en el ISSSTE y el ISSFAM se otorgará a partir del nacimiento del infante y a consecuencia de la incapacidad de la madre para amamantar al recién nacido (artículo 160 de la LISSFAM).
- *Canastilla.* Su importe se señalará por el Consejo Técnico del IMSS o por la Junta Directiva del ISSSTE —según sea el caso—, y contendrá artículos para uso exclusivo del recién nacido, tales como ropa, cobija, biberones, etcétera. La *canastilla* será entregada por el Instituto asegurador al nacer en sus instalaciones el hijo de la asegurada, y al momento del alta hospitalaria del niño; si bien el IMSS contempla que si el nacimiento ocurre en lugar distinto de la institución, la canastilla se entregará a solicitud de la madre asegurada durante los 30 días posteriores al parto. Esta prestación es limitativa para las madres trabajadoras. Por su parte, la LISSFAM incluye también esta prestación para el personal femenino de las fuerzas armadas mexicanas y para las esposas o concubinas del individuo de tropa.

El disfrute de las prestaciones por maternidad, como se mencionó anteriormente, se inicia con la *certificación* hecha por un médico tratante del Instituto, en la que se establecerá la fecha probable del parto, misma que servirá para el pago del subsidio a la madre trabajadora. Por lo tanto, como requisito para acceder a las prestaciones en especie de esta rama de seguro, en el caso del IMSS, únicamente que se cumpla con los requisitos señalados para la afiliación al propio Instituto; mientras que el ISSSTE establece que durante los seis meses anteriores al parto se hayan mantenido vigentes los derechos de la trabajadora o de la pensionista, o del trabajador o pensionista del que se deriven estas prestaciones.

Como se pudo observar, la maternidad dentro del seguro social contempla únicamente a las madres biológicas; pero si bien es cierto que son ellas las que

⁵ En caso de parto múltiple, la ayuda para la lactancia se proporcionará para cada hijo, al igual que la canastilla (artículo 37 del Reglamento de Servicios Médicos del IMSS).

requieren el tratamiento gineco-obstétrico, también los hijos, independientemente del parto, requieren del apoyo para la lactancia, por lo que de tratarse de la adopción de un lactante, el seguro social nacional —cualesquiera que sea éste: IMSS, ISSSTE o ISSFAM— no contempla esta prestación en especie para la madre trabajadora, lo cual es prejuicioso e injusto.

Ahora bien, en cuanto a las prestaciones económicas, se debe decir que, en general, el derecho mexicano, como se mencionó previamente, reconoce las prestaciones pecuniarias para las trabajadoras en el artículo 123, apartado A, fracción V; así como en el apartado B, fracción XI, inciso c, ambos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fijando como derecho irrenunciable e inalienable de las trabajadoras el recibir el 100% de su salario, ya sea durante seis semanas pre y posnatales, o bien un mes previo al alumbramiento y dos posteriores, respectivamente, por lo que las diversas normas reglamentarias (LSS y LISSSTE) se atienen a lo que establece dicho precepto constitucional.

Pero valdría la pena preguntarnos el motivo del descanso forzoso pre y posparto, así como del pago del salario íntegro.

El origen histórico radica en el reconocimiento que los legisladores conceden al propio estado de gravidez de la madre en las últimas semanas de gestación, donde se requiere de mayores cuidados, menor actividad física, y mayor descanso físico; en tanto que el periodo posparto es el lapso que se destina a la recuperación física de la madre tras el alumbramiento. Sin embargo, en la actualidad las prestaciones del seguro social no se limitan a satisfacer las necesidades de salud o falta de ingreso económico de los trabajadores, sino que tienden a elevar la calidad de vida de sus asegurados, por lo que a lo largo de su propio desarrollo se incluyeron prestaciones como las sociales, poco típicas para algunos seguros sociales, como los europeos (Austria, Alemania, Italia, etcétera).

El hecho de contemplar al periodo posparto únicamente como el lapso de tiempo necesario que requiere una madre tras el alumbramiento para su recuperación física, sería tanto como aceptar que aún está vigente la extraordinaria defensa en favor de los trabajadores y sus derechos de Ignacio Ramírez frente al Congreso Constituyente en julio de 1856, al establecer que “el jornalero es esclavo, nada le pertenece, ni su familia, ni su existencia, y el alimento, no es para el hombre-máquina un derecho, sino una obligación de conservarse para el servicio de los propietarios”.⁶

⁶ Cfr. Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1990, t. II.

Así, de igual forma, a la madre tras el alumbramiento se le conceden 42 días si está afiliada al IMSS —o 60 días en el caso del ISSSTE— para recuperarse físicamente y estar en condiciones de volver al trabajo. Pero es obvio que se olvida que el acercamiento de la madre con el recién nacido en esta primera etapa de la relación madre-hijo es indispensable, por lo que el descanso no sólo tiene el carácter de restablecer y cuidar la salud de la madre sino también de establecer los lazos afectivos del binomio madre-hijo como parte fundamental de la familia, que es por cierto el núcleo de la sociedad; luego entonces, los seguros sociales mexicanos niegan cualquier prestación a las madres adoptivas, pese a reunir el requisito de la maternidad (en sentido amplio, como cualidad o estado de madre).

Es necesario, pues, profundizar en los requisitos y en la forma de computar los periodos pre y posnatales y las propias prestaciones económicas que establece la LSS, en virtud de tratarse de un tema polémico que bien podría considerarse como discriminatorio hacia las mujeres.

Pues bien, el artículo 101 de la LSS establece que las aseguradas tendrán derecho, durante el embarazo y el puerperio (42 días anteriores al parto y 42 días posteriores), a un subsidio en dinero igual al 100% del último salario diario de cotización. Cabe señalar que cuando la fecha probable de parto, fijada por los médicos del Instituto, no concuerde exactamente con la del alumbramiento, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por 42 días posteriores al mismo, sin importar que el periodo anterior al parto se haya disminuido; cuando el periodo se exceda, el excedente será cubierto como prestación económica por enfermedad.

Para que las aseguradas mexicanas puedan gozar de este derecho constitucional deben tener el carácter de trabajadoras, aunque la LSS prevé como requisitos para obtener el subsidio de maternidad, los siguientes:

- I. Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio.
- II. Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable de parto.
- III. Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

En caso de que la madre trabajadora no reúna las cotizaciones indispensables para tener derecho al subsidio por maternidad, en aplicación del multicitado artículo 123 constitucional, no queda desamparada, sino que la carga del

pago del salario completo correrá siempre a cuenta del patrón. Este supuesto, en la realidad, da origen al trato laboral discriminatorio hacia las madres, en virtud de los siguientes puntos:

- 1) Los patrones evitan contratar a mujeres embarazadas a fin de no ver disminuido su ingreso debido al pago del salario en los periodos pre y post-parto.
- 2) La forma de cerciorarse del estado de no gravidez es mediante la presentación de los certificados correspondientes, expedidos por laboratorios clínicos, mismos que se suman a la lista de requisitos que deben llenar las aspirantes a una vacante.

Lo que es importante señalar con el análisis anterior es que la protección limitada que ofrecen las prestaciones por maternidad dentro del seguro social se conservan sin mejora notable en favor de los derechos de igualdad de la mujer; es decir, *no constituyen una base regulatoria que permita lograr una redistribución social de las cargas familiares*. Dentro de la legislación relativa a la maternidad, la figura paterna tiene un rol únicamente como sujeto asegurado, generador del vínculo de aseguramiento de su esposa o concubina; mientras que en los casos en los que es la madre la propia trabajadora, el padre no se contempla, a diferencia de legislaciones como la austriaca, donde el padre forma parte de los sujetos inmersos en las prestaciones por maternidad: *mutterschaftsleistungen*.⁷

IV. LA VIUDEZ MASCULINA

Viudo es, para Rafael de Pina: “la persona cuyo cónyuge ha fallecido, mientras no contraiga nuevo matrimonio” y la viudez, expone dicho tratadista, “es el estado civil de la persona cuyo cónyuge ha fallecido”.⁸

Sin embargo, dentro del ordenamiento legal civil mexicano la viudez no es propiamente un estado civil, por lo que la viudez, simple y llanamente, “es la situación en la que se encuentra una persona cuando fallece su cónyuge, o es declarado jurídicamente fallecido”.⁹

⁷ Para ampliar el tema se recomienda Brodil, Wolfgang y Windisch-Graetz, Michaela, *Sozialrecht in Grundzügen*, 3a. ed., Viena, Universitätsverlag, 1998.

⁸ Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 24a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 498.

⁹ Valpuesta Fernández, Mar, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, p. 6869.

No obstante, para los seguros sociales el hecho generador se considera la muerte del trabajador asegurado, lo cual da origen, a su vez, a dos contingencias aseguradas: *a)* la muerte del trabajador, y *b)* la sobrevivencia de sus dependientes económicos.

Por ende, la protección que se brinda en el evento de la viudez se extiende a la restitución de parte de los gastos de sepelio del asegurado, y a solucionar el estado de necesidad que se origina para las personas que dependían económicamente de él. Las prestaciones se engloban en prestaciones en especie y económicas por viudez, orfandad y ascendientes, aunado a la ayuda por gastos de sepelio y, en su caso, ayuda asistencial; pero es necesario profundizar en el tema para lograr un mejor entendimiento.

1. Hecho generador

El hecho generador de esta contingencia de viudez presenta diversos supuestos: el fallecimiento del trabajador a consecuencia de un riesgo laboral, o bien por accidente o enfermedad general; y el desaparecimiento legalmente fundado del trabajador. Cada uno de ellos presenta características, requisitos y, sobre todo, concede el derecho a montos diversos en las prestaciones económicas cubiertas por el seguro social.

- 1) *El fallecimiento del trabajador a consecuencia de un riesgo laboral.* Como su nombre lo indica, el propio Instituto asegurador confirmará que la causa del fallecimiento del trabajador asegurado es un riesgo de trabajo (enfermedad o accidente profesional), clasificándole como tal; por lo que la legislación aplicable será la conducente a la rama de aseguramiento de riesgos de trabajo.
- 2) *El fallecimiento del trabajador o pensionado a consecuencia de un accidente o enfermedad general.* Cuando la muerte del trabajador es producida por cualquier causa o agente que no encuentra su origen en el desarrollo de la actividad laboral, las prestaciones serán otorgadas siempre en la rama de aseguramiento de invalidez y vida, cuyos montos son menores, por cierto, a la de riesgos de trabajo, al darle un tratamiento jurídicamente diferenciado al evento del deceso del asegurado.
- 3) *Desaparecimiento legalmente fundado del trabajador.* Cabe señalar que este supuesto se encuentra fundamentado en la legislación civil y no se contempla dentro de la legislación de seguridad social. Por ejemplo, en el Código Civil del Estado de Morelos, en sus artículos 407, 408 y 411, en

seguimiento a lo establecido por el Código en la materia de carácter federal, exige dos requisitos para la declaración de ausencia:

- a) Que hayan transcurrido por lo menos tres años desde la desaparición del ignorado, si en este periodo no se hubiesen tenido noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas, y
- b) Debe solicitarse jurisdiccionalmente la declaración de ausencia por cualquiera de las siguientes personas:
 - Los presuntos herederos del desaparecido.
 - Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del desaparecido.
 - El Ministerio Público, como representante social.

Así las cosas, cada uno de los supuestos anteriores —diversas causas de la muerte del trabajador asegurado— da origen a prestaciones por *sobrevivencia*, dentro de las cuales se encuentran la orfandad, la ayuda asistencial y la viudez. Sin embargo, consideramos que esta última contingencia asegurada requiere de mayor precisión.

2. *Prestaciones por viudez*

La viudez a consecuencia de un riesgo de trabajo, de acuerdo con la fracción II del artículo 64 de la LSS, dará derecho a una pensión equivalente al 40% del monto de la pensión que le hubiera correspondido al trabajador fallecido en caso de que el riesgo de trabajo le hubiese causado incapacidad permanente total (es decir, del 70% del salario base de cotización). Por tanto, y para que mejor se entienda, el monto de la pensión por viudez será equivalente al 40% del 70% del último salario base de cotización del trabajador siniestrado.

En la hipótesis de viudez a consecuencia de enfermedad o accidente general (no profesional), la rama del seguro, denominada invalidez y vida, concede el derecho a una pensión para la cónyuge o concubina del trabajador o pensionado fallecido. La pensión por viudez equivale al 90% de la pensión que le correspondía o hubiera correspondido por invalidez al asegurado fallecido. Por cierto, el monto de dicha pensión por invalidez es igual a una cuantía básica del 35% del promedio de los salarios correspondientes a las últimas

500 semanas de cotización —es decir, la mitad del monto de la de riesgos de trabajo—.

Por último, sobre este asunto de la viudez se debe señalar el omiso caso del desaparecimiento legalmente fundado del trabajador asegurado, mismo que no encuentra líneas expresas dentro de la legislación de seguridad social mexicana.

3. *Discriminación femenina o masculina?*

Pues bien, los beneficiarios por viudez se regulan en diversos apartados de la legislación correspondiente de seguridad social; sin embargo, siempre coinciden en la esposa, o a falta de ella, de la mujer con quien el asegurado vivió como si fuera su marido, dándose el concubinato referido bajo los siguientes requisitos:

- a) Convivencia durante los últimos cinco años anteriores a su muerte o con la que tuvo hijos sin importar el tiempo de convivencia, y
- b) Cuando tanto el trabajador fallecido como la concubina permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato.

Cabe apuntar que también se le otorgará la pensión por viudez al esposo o concubinario, previa satisfacción de los requisitos que se le solicitan a la concubina. Pero es precisamente en los requisitos para la obtención de la pensión por viudez masculina donde se agrega uno más, que a la letra establece: “La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que hubiera dependido económicamente de la asegurada”.¹⁰ Es decir, que a él sí se le exige que acredite, a entera satisfacción del IMSS, su eventual dependencia económica de la extinta asegurada, cuando en el caso de la mujer impera la simple presunción legal de que dicha dependencia existió. De ello se deduce que, al imponerse un requisito más a los hombres cónyuges o concubinarios de las trabajadoras aseguradas, existe un aspecto discriminante hacia el sexo masculino; sin embargo, a través del análisis exegético del citado ordenamiento legal se pueden obtener los siguientes elementos:

- 1) El sujeto generador del nexo de aseguramiento es el trabajador, y en este supuesto es la mujer trabajadora.

¹⁰ Artículo 130, segundo párrafo, de la LSS.

- 2) Como se mencionó anteriormente, uno de los objetivos de la protección de los seguros sociales en caso de viudez es subsanar el estado de necesidad en el que se encuentran los sobrevivientes al momento de fallecer el trabajador asegurado.
- 3) Por tanto, no se respeta el derecho generado por la mujer trabajadora durante su relación laboral, en virtud de que si al fallecer ella, su cónyuge o concubinario trabaja formalmente, se pierde el derecho a la pensión por sobrevivencia de viudez.

Hoy en día es bastante común que dentro de una familia sean ambos cónyuges los que trabajan fuera del hogar. Las razones tienen un origen variado, empero, las principales son la falta de ingresos económicos o insuficiencia para el sostenimiento de una familia por uno sólo de los padres, o el desempeño laboral femenino para su realización, lo que se reafirma con la mayor preparación profesional de las mujeres. La pregunta obligada es entonces: ¿acaso no se mutilan los derechos laborales femeninos al desproteger a la familia de la trabajadora asegurada a su deceso, y mermar el ingreso familiar porque su cónyuge labora habitualmente?

Un punto más a reflexionar lo constituyen los ex cónyuges de trabajadores o pensionados con derecho a pensión alimenticia. En otras palabras, en los supuestos de divorcio en cuyo juicio se establezca por sentencia judicial ejecutoriada que el deudor alimentista (en este caso el trabajador asegurado) satisfaga su obligación de dar alimentos a su ex cónyuge mediante el pago de una pensión alimenticia. Al fallecer el trabajador asegurado, si dentro de la relación de aseguramiento no se seguía incluyendo al deudor alimentista y toda vez que la LSS es de aplicación estricta, este ex cónyuge *no tiene derecho a una pensión de viudez*. Eso es también un discrimen de gran injusticia —tanto o más como el texto del propio artículo 130 de la LSS, el cual establece que en caso de haber dos concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a pensión—. En otras latitudes de mayor avanzada existen reglamentaciones que sí contemplan dicho supuesto; tal es el caso de la legislación española, donde se contempla el supuesto de la viudez del cónyuge histórico.¹¹

En resumen, los factores discriminantes de la legislación de seguridad social en el ámbito de la pensión por viudez se extienden en dos supuestos:

¹¹ Para ampliar el tema consúltase Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 535-538.

- a) Con la disminución de los derechos laborales y de seguridad social de la trabajadora fallecida hacia su cónyuge, y
- b) Al no contemplarse la pensión por viudez a la ex esposa de un trabajador fallecido con derecho a pensión alimenticia.

V. EL SISTEMA DE PENSIONES DEL IMSS

Hablar de pensiones en México significa inevitablemente inmiscuirse en la maraña de legislaciones que presentan diversas posibilidades de jubilación y pensión que concede nuestro derecho mexicano, todas ellas con sus respectivos requisitos y diversos montos; éstas van desde las *pensiones* (por utilizar un término genérico que englobe: las propias pensiones en sus modalidades de rentas vitalicias, los retiros programados, los seguros de sobrevivencia, las jubilaciones de los servidores públicos, los haberes de retiro y otras figuras jurídicas similares), que otorgan de manera general a la mayor parte de la población asegurada el IMSS, el ISSSTE o el ISSFAM, hasta lo que bien se podría denominar como “régimen especiales”, englobando en ellos, por nombrar algunos a manera de ejemplo: al régimen de pensiones para los ex presidentes de la República, para los trabajadores de instituciones financieras, los regímenes de las entidades federativas del país, los exclusivos de los trabajadores de las universidades públicas, o el de los propios trabajadores del IMSS; sin embargo, en este apartado nos dedicaremos al análisis del monto de las pensiones del régimen de capitalización individual del IMSS.

El modelo de previsión capitalizada individual no se basa en la relación solidaria entre generaciones para la protección de riesgos; su fundamento se encuentra más bien en las contribuciones obligatorias periódicas, efectuadas por los trabajadores, empleadores y el Estado.

Para ese objeto, se establece una cuenta personal para cada trabajador asegurado en donde se depositarán las cotizaciones hechas y cuyo capital acumulado, al ser administrado por instituciones financieras especializadas —como las administradoras de fondos para el retiro (Afores)— e invertido por sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro (Sifore), se protegerá de la inflación en tanto que capitaliza, con lo cual se fomenta el aumento del fondo obtenido de la suma de todas las cuentas individuales del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), a través de su inversión. Este fondo tiene, pues, una finalidad doble: por un lado debería solventar los gastos ori-

ginados por el pago de las pensiones, y por otro se intenta promover el ahorro interno del país.

La rama del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV) del régimen ordinario del seguro social básico que brinda el IMSS a los trabajadores ordinarios es el punto focal del sistema privatizado de pensiones mexicano, en el cual el principio de seguridad social pasa a un segundo término, ya que uno de los principios rectores del modelo de capitalización individual es la suma ahorrada efectiva del asegurado; por lo cual, para poder acceder a una pensión, no sólo es necesario que se presente la contingencia asegurada y reunir los tiempos de espera exigidos por ley, sino primordialmente haber reunido las cotizaciones necesarias para poder “comprar” una pensión cuya cuantía se ignora, al depender ésta del monto del ahorro logrado.

1. Breve semblanza de la jubilación

De acuerdo con José F. Blazco Lahoz, por *jubilación* se entiende: “el cese en el trabajo como consecuencia de la invalidez sobrevenida a causa de la edad”.¹² En virtud de que la relación laboral da origen al nexo de aseguramiento, consideramos que en este sentido el IMSS, al terminar el mismo, contempla a la jubilación dentro de la rama del seguro de RCV.¹³ Todas estas contingencias aseguradas, aunadas a la muerte del trabajador pensionado, son el objeto de la rama de aseguramiento en comento, acorde a lo que dispone el artículo 152 de la LSS.

Pues bien, la *cesantía en edad avanzada* se presenta cuando el trabajador asegurado queda privado de trabajos remunerados a partir de los 60 años de

¹² *Ibidem*, p. 496.

¹³ Se debe señalar la respetable opinión de Ángel Guillermo Ruiz Moreno en uno de sus libros: *Las Afore, el nuevo sistema de ahorro y pensiones* (5a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 188 y ss.), referente a las jubilaciones, donde literalmente opina: “...no debe confundirse la pensión por jubilación, que es de índole laboral y está a cargo del patrón cuando así se haya pactado, con las pensiones de seguridad social que se cubren al darse el evento de retiro del asegurado de la vida activa por cualquier contingencia social protegida y prevista por la LSS...”. Sin tener una opinión diversa a la suya, se consideró oportuno utilizar el término “jubilación” para hacer una separación entre las prestaciones económicas otorgadas por el cese del trabajo a consecuencia de la edad y por cualquier otra causa (riesgo laboral, invalidez, viudez, etcétera). Igualmente, para entender las diferencias conceptuales entre los conceptos jubilación y pensiones de seguridad social, se recomienda consultar el libro de Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Los sistemas pensionarios de las universidades públicas en México*, México, Porrúa, 2005, pp. 115-122.

edad (artículo 154 de la LSS). La contingencia asegurada de la *vejez* se inicia al cumplir el asegurado los 65 años de edad;¹⁴ en tanto que el *retiro* se presenta cuando antes de llegar a las edades previstas por las contingencias mencionadas, el trabajador asegurado ha reunido una cantidad tal en su cuenta individual que permita que el cálculo de la pensión para una *renta vitalicia*¹⁵ sea superior en más del 35% de la pensión garantizada,¹⁶ una vez cubierta la prima del seguro de sobrevivencia¹⁷ para sus beneficiarios, con base en el artículo 158 de la LSS.

Sin olvidar que como requisito general para obtener tales prestaciones económicas pensionarias se requiere haber cotizado por lo menos 1,250 semanas al IMSS, equivalentes a 24 años de aseguramiento efectivo.

2. *El proceso pensionario*

El proceso pensionario, por llamarlo de alguna forma, se inicia desde el momento propio de la cotización tripartita (obrero-patronal-estatal) al IMSS, y concluye con el pago mensual de las *rentas vitalicias* o, en su caso, el pago de los *retiros programados*, que son las dos modalidades pensionarias previstas en la LSS. Dentro de este proceso se pueden distinguir al menos tres etapas:

1) *Recaudación y administración de cotizaciones obligatorias y depósitos voluntarios.*

Esta primera etapa se inicia obviamente con la recaudación de las cuotas al IMSS. Por disposición legal expresa del artículo 15 de la LSS, entre otras obligaciones, los patronos deberán determinar las cuotas obrero-patronales correspondientes por cada uno de sus trabajadores, debiendo retener las cuotas obreras al pagarles su salario y enterar ambas —las

¹⁴ La legislación mexicana no hace distinción de sexo referente a la edad para la jubilación por vejez, mientras que en otros países aún se contempla, como en Austria o Italia.

¹⁵ La renta vitalicia es la pensión que se pagará al jubilado durante el resto de su vida, mediante un contrato con la aseguradora privada de su elección.

¹⁶ La pensión garantizada es protegida por el Estado y será equivalente a un salario mínimo general para el Distrito Federal, actualizada anualmente conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

¹⁷ El seguro de sobrevivencia es aquel que se contrata por los pensionados, con cargo a los recursos de la suma asegurada, adicionada a los recursos de la cuenta individual a favor de sus beneficiarios para otorgarles la pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones en dinero previstas en los respectivos seguros, mediante la renta que se les asignará después del fallecimiento del pensionado hasta la extinción legal de las pensiones (artículo 159, fracción VI, LSS).

cuotas patronales y obreras— al IMSS. Las aportaciones del gobierno federal se enterarán mensualmente al IMSS, tanto la tripartita del Estado como la llamada *cuota social*, de reciente creación. La institución habilitada legalmente para la recaudación y el cobro de las mismas es el propio IMSS, y de suyo los demás institutos públicos de seguridad social que operen en el SAR, debiéndose llevar a cabo la correspondiente individualización de recursos.¹⁸

- 2) *Inversión y disponibilidad de los recursos del SAR*. Esta segunda etapa corresponde directamente a las acciones realizadas por las Afore y Siefore, es decir, la administración e inversión de los fondos para el retiro de cada trabajador, tema que merece un análisis por separado y en el que no ahondaremos para no desviarnos del tema principal que nos ocupa.
- 3) *Presentación de la contingencia asegurada y mecanismo de acceso a las prestaciones económicas*. En esta tercera etapa, al presentarse la contingencia asegurada prevista por la LSS, el trabajador o sus beneficiarios —en caso de fallecimiento del trabajador asegurado o pensionado— podrán solicitar el retiro total o parcial de los recursos existentes en la cuenta individual SAR que administra la Afore, mediante la solicitud correspondiente al instituto de seguridad social respectivo a efecto de que se dictamine la procedencia de la solicitud; de ser jurídicamente atendible, el propio Instituto asegurador ordenará a la Afore que entregue dichos fondos al interesado en una sola ministración, siempre que no haya derecho a pensión. En caso de que exista derecho a pensión, se ordenará que la Afore transmita los fondos existentes a la aseguradora privada especializada en pensiones para que cubra la misma a los interesados: cónyuge supérstite, concubinario, hijos huérfanos, o a falta de todos ellos, a los padres del asegurado fallecido.

El cálculo del monto constitutivo¹⁹ es responsabilidad del propio IMSS con base en lo establecido en el artículo 81 de la LSAR; sin embargo, los procedimientos relativos al cálculo del aludido monto constitutivo estarán a car-

¹⁸ La individualización consiste en el proceso mediante el cual se identifica la parte que se abona a las subcuentas correspondientes a cada trabajador de los pagos obrero-patronales y estatales, así como de los rendimientos financieros que se generen (artículo 159, fracción II, de la LSS).

¹⁹ Monto constitutivo es, según la LSS, la cantidad de dinero que se requiere para contratar los seguros de renta vitalicia (pensiones mensuales o retiros programados, cuyo derecho a

go de un comité multidisciplinario especializado para el cálculo de los mismos. Según el artículo 80 de la aludida legislación federal, el saldo de la cuenta individual SAR se integra por los recursos de las subcuentas de vivienda (Infonavit), así como de la rama de seguro de RCV, y será considerado por el IMSS para la determinación del citado monto constitutivo, a fin de calcular la suma asegurada que se entregará a la aseguradora elegida por el trabajador y/o sus beneficiarios para la contratación de renta vitalicia y, en su caso, el seguro de sobrevivencia. En cada caso, el trabajador o sus beneficiarios decidirán libremente si los recursos de la subcuenta de aportaciones voluntarias, y el de la subcuenta de aportaciones complementarias de retiro —si las hubiere—, los reciben en una sola exhibición o los utilizan para incrementar las rentas vitalicias y el seguro de sobrevivencia.

Al generarse el derecho a una pensión, el asegurado deberá elegir entre una *renta vitalicia* o *retiros programados*. Veamos, acto seguido, en qué consiste cada una de estas modalidades pensionarias:

- a) *Renta vitalicia*. Mediante contrato con una aseguradora privada, el asegurado recibirá periódicamente una pensión durante el resto de su vida a cambio de los recursos acumulados en su cuenta individual SAR.
- b) *Retiros programados*. Es la modalidad a través de la cual se obtiene una pensión, fraccionando el monto total de los recursos de la cuenta individual SAR, y que será pagada mes con mes por la Afore que administre la misma. Para determinar su cuantía, se tomará en cuenta la esperanza de vida de los pensionados, así como los rendimientos previsibles de los saldos.

3. *Igualdad jurídica pensionaria como factor discriminante*

Uno de los principios del derecho social en su búsqueda de la justicia social consiste en tratar con desigualdad jurídica a los desiguales. En este sentido, el sistema privatizado de pensiones del IMSS, aunque otorga prestaciones de seguridad social, que es un servicio público por naturaleza, rompe completamente no sólo con el principio antes mencionado, sino también con el de universalidad y solidaridad.

ellos se generó al presentarse una contingencia asegurada —por ejemplo, riesgos de trabajo, invalidez, cesantía en edad avanzada, vejez, retiro—, y además, al cubrirse los requisitos señalados específicamente por la LSS para cada uno de los seguros), y la contratación, en su caso, del seguro de sobrevivencia (artículo 159 de la LSS).

Lo anterior se desprende de los puntos antes analizados, de los cuales se puede sintetizar que el monto de la pensión de cada trabajador —sea hombre o mujer— depende del monto acumulado en su cuenta individual SAR, de la esperanza de vida, de los ahorros voluntarios y complementarios que se hubieren realizado, así como de los rendimientos e intereses que consiga la Afore elegida —menos el cobro de comisión efectuado por la administración y manejo de la cuenta individual SAR—. Además, el requisito general es haber cotizado 1,250 semanas, como ya vimos.

A ese respecto, conviene apuntar algunas reflexiones:

- *La esperanza de vida.* Al contratar con una aseguradora privada, pese a la regulación de las instituciones creadas para ello, como la Comisión Nacional de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (Consar), se estará siempre al arbitrio de normas de carácter eminentemente mercantil y no de derecho social, por lo que factores como la esperanza de vida son determinantes para establecer el monto de la pensión. El porcentaje de vida en México establecido en 2000 fue de 74 años —71.5 años para los hombres y 76.5 años para las mujeres—; mientras que las proyecciones hechas por el Consejo Nacional de Población (Conapo) indican para 2010 un aumento hasta los 76.6 años de vida (74.2 los hombres y 79.1 las mujeres).²⁰ Cabe resaltar la diferencia real de esperanza de vida entre hombres y mujeres, que es de cinco años aproximadamente. De manera que el cálculo del monto constitutivo para pensiones, por razones de género, entre trabajadores hombres y mujeres, aun con igual número de cotizaciones e idéntico monto acumulado en la cuenta individual SAR, será diferente, tan sólo por esa diferencia de cinco años en la esperanza de vida.
- *Cotizaciones.* Como se estableció anteriormente, es un requisito general para el otorgamiento de las pensiones por vejez y cesantía en edad avanzada el haber acumulado por lo menos 1,250 semanas de cotización. Al aplicar la justicia conmutativa, el legislador olvidó considerar las diferencias biológicas, culturales y laborales a las que están sujetas las trabajadoras mexicanas: la maternidad, el cuidado de los niños, de los ancianos y el de los discapacitados, aunado todo ello a menores oportunidades de trabajo y acceso a salarios más bajos que los de los varones. Lo anterior

²⁰ Consejo Nacional de Población, *op. cit.*, nota 2.

contribuye a que la continuidad de la actividad laboral de una mujer sea mucho más problemática que para un hombre, por lo que al cumplir 60 o 65 años de edad, difícilmente habrán cotizado más de 24 años, y mientras menos haya cotizado, por simple lógica, la pensión será de cuantía menor.

- *Aborro voluntario.* Este aspecto tiene relevancia si se toma en cuenta uno de los problemas aún no resueltos para el derecho laboral, mencionado en el primer punto: la constante discriminación laboral en cuanto a salarios y puestos de trabajo. Si las mujeres perciben salarios menores, automáticamente su poder de ahorro también se verá mermado, por lo que los montos acumulados en la cuenta individual SAR también serán menores, y esto ocasionará una pensión más baja que la de los hombres.

En resumen, se puede afirmar válidamente que las mujeres, estadísticamente, viven más años que los hombres, pero que tienen más problemas de inserción al mercado laboral formal; si bien los requisitos para obtener una pensión son iguales entre géneros, la mujer obtiene generalmente una pensión menor en cuantía que la del varón.

VI. LA SOLIDARIDAD ENTRE GÉNEROS EN EL SEGURO SOCIAL

La solidaridad no es caridad; es un principio rector de la seguridad social a través del cual el vínculo que representa una comunidad de intereses o propósitos se materializa en prestaciones para la sociedad. En el caso específico de los seguros sociales mexicanos, ese nexo de solidaridad se rompe entre géneros, puesto que no se atienden las diferencias existentes entre ellos, lo que constituye riesgos que han sido analizados a lo largo de la presente investigación: obsolescencia de las prestaciones de maternidad, discriminación en el otorgamiento de las pensiones por viudez a esposos y concubinarios de trabajadoras, desigualdad en los montos de las pensiones por vejez y cesantía en edad avanzada, así como la desproporcionalidad entre la exigencia de requisitos legales para pensiones respecto a las cargas sociales de las mujeres.

Debido a lo anterior, se puede concluir afirmando válidamente que los *seguros sociales mexicanos son excluyentes*, no sólo para los grupos marginados de México, sino para las mexicanas en general, además de que el sistema privatizado de pensiones del IMSS contribuye al desmoronamiento de la cohesión social al pasar por alto el principio de solidaridad.

Éste es un problema fundamental para alcanzar una auténtica equidad de género en México, que urgiría corregir a través de una verdadera reforma estructural integral efectuada al actual esquema de nuestra seguridad social mexicana, la que sigue a la zaga de nuestra sentida realidad nacional, pues al incorporarse la mujer a labores productivas, se descuidaron sin razón los esquemas de protección social. Y eso no se vale, pues no es justo.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BRODIL, Wolfgang y WINDISCH-GRAETZ, Michaela, *Sozialrecht in Grundzügen*, 3a. ed., Viena, Universitätsverlag, 1998.

BLASCO LAHOZ, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *Proyecciones de la población de México 2000-2050*, México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Elementi di diritto del lavoro e legislazione sociale, 8a. ed., Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2001.

LASTRA LASTRA, José Manuel, “Enciclopedia Parlamentaria de México”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, 1996, vol. 1, t. 12, serie VI.

Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Ley del Seguro Social.

Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 24a. ed., México, Porrúa, 1998.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Las Afore, el nuevo sistema de ahorro y pensiones*, 5a. ed., México, Porrúa, 2004.

———, *Los sistemas pensionarios de las universidades públicas en México*, México, Porrúa, 2005.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mar, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995. 