

**AMPARO EN REVISIÓN 955/2019
QUEJOSAS: NATALY CORTÉS
CORTÉS Y OTRA
RECURRENTES: LAS MISMAS**

**PONENTE: MINISTRO JAVIER LAYNEZ POTISEK
SECRETARIA: ELIZABETH MIRANDA FLORES
COLABORÓ: ITZEL SHARAI ESCOBAR ROSALES**

Ciudad de México. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión correspondiente al cuatro de marzo de dos mil veinte, emite la siguiente

SENTENCIA

Mediante la que se resuelve el amparo en revisión 955/2019, interpuesto por Nataly Cortés Cortés por propio derecho y en representación de su menor hija, [REDACTED]¹, contra la sentencia dictada el veintiocho de octubre de dos mil dieciséis por el Juez Cuarto de Distrito en Materias Administrativa, Civil y de Trabajo en el Estado de Jalisco, con residencia en Zapopan, en el juicio de amparo indirecto 2927/2015.

I. ANTECEDENTES

1. **Acto reclamado:** Una trabajadora alumbró de manera prematura a su menor hija, antes de la fecha de inicio del periodo prenatal estimada por el Instituto Mexicano del Seguro Social.
2. La asegurada promovió queja administrativa ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, contra la omisión de otorgarle el pago del subsidio por maternidad, equivalente en dinero al cien por ciento del último

¹ En términos de lo previsto en el artículo 3º, fracción II y III de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos.

salario diario de cotización, que recibiría durante cuarenta y dos días anteriores al parto, así como la expedición de la incapacidad para trabajar durante ese periodo².

3. El Instituto Mexicano del Seguro Social negó el otorgamiento del subsidio solicitado motivando su determinación de la manera siguiente:

“...de acuerdo a las notas de control prenatal del expediente clínico presentadas, el Médico Familiar de la Unidad de adscripción certifica la fecha probable de parto registrando 25 de noviembre en hoja de control prenatal, misma que es respaldada por el reporte de estudios ultrasonográficos de fechas 08 de Septiembre 2015 y 06 de Octubre de 2015 realizados en atención por el Hospital General Regional No. 110 del IMSS, por lo tanto el Certificado de Incapacidad Prenatal podía ser expedido únicamente a partir del 14 de Octubre del año 2015 fecha en la que se cumplirán las 34 semanas establecidas en la normativa citada.

Cabe mencionar que la Ley del Seguro Social Vigente y el Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social NO contemplan los casos de parto prematuro o pre término para la prestación del subsidio”³.

4. **Amparo Indirecto**⁴. Inconforme, la trabajadora, por propio derecho y en representación de su menor hija, promovió juicio de amparo indirecto contra los actos y autoridades siguientes:

a) Del Congreso de la Unión, Presidente de la República y del Director del Diario Oficial de la Federación, respectivamente, la discusión, aprobación, promulgación y publicación de los artículos 101 de la

² Escrito de nueve de noviembre de dos mil quince. Foja 52 del cuaderno de Amparo Indirecto 2927/2019.

³ Oficio de fecha primero de diciembre de dos mil quince. *Ibidem*, foja 65.

⁴ Escrito presentado el veintiocho de diciembre de dos mil quince. *Ibidem*, foja 2 a 51.

Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.

- b)** Respecto de las mismas autoridades, la omisión de incluir en las hipótesis de los preceptos legal y reglamentario impugnados, el supuesto relativo a los partos prematuros.
- c)** Del Titular de la Jefatura de Servicios de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, Delegación Estatal Jalisco, la resolución que le negó el pago del subsidio por incapacidad prenatal.

5. En su demanda, formuló los conceptos de violación siguientes:

- a)** El oficio reclamado no se encuentra debidamente fundado y motivado, en virtud de que la autoridad sólo se limita a decir que la Ley y el Reglamento aplicables no contemplan los casos de partos prematuros.
- b)** Los preceptos legal y reglamentario impugnados son contrarios al principio de igualdad y no discriminación, pues omiten contemplar el supuesto de parto prematuro.
- c)** Es violatorio de sus derechos humanos que no se le permita el goce de un derecho sólo por ubicarse en un supuesto que no se encuentra explícitamente regulado por la ley secundaria.
- d)** Existe una omisión legislativa, pues tanto la Ley del Seguro Social, como el Reglamento de Prestaciones Médicas omiten contemplar el supuesto de un parto prematuro, lo que le impide gozar del

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

derecho previsto en el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal.

- e) Es violatorio de derechos humanos que se le prive del derecho de protección a la maternidad, tutelado en el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal, derivado de una omisión del legislador.
- f) Al negarle el otorgamiento de una prestación médica, el Instituto demandado vulnera su derecho a la salud protegido en el artículo 4º de la Constitución.
- g) El artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución, tutela el derecho a la salud de la madre trabajadora, así como del producto del embarazo, por lo que le otorga el derecho a recibir su salario y a descansar seis semanas previas al parto y seis semanas posteriores. Sin embargo, el legislador debe crear un mayor espectro de protección y contemplar los casos de parto prematuro.
- h) El artículo 101 de la Ley del Seguro Social es violatorio del derecho a la igualdad, en virtud de que únicamente contempla como prerrogativa de la asegurada durante el embarazo y puerperio un subsidio durante cuarenta y dos días previos y cuarenta y dos días posteriores al parto. Sin embargo omite tomar en cuenta el supuesto de parto prematuro.
- i) La negativa de otorgarle la prestación de seguridad social solicitada y la omisión legislativa impugnada, al no proporcionarle la seguridad jurídica necesaria, constituye un hecho generador de violencia de género.
- j) El artículo 101 de la Ley del Seguro Social priva a las madres de la oportunidad de dar todos los cuidados necesarios a sus hijos de

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

manera prematura, pues se les impide gozar de las seis semanas de incapacidad prenatal.

- k)** Los preceptos legales y reglamentarios impugnados son desfavorables tanto para los bebés recién nacidos como para las mujeres que dan a luz prematuramente, en virtud de que los padecimientos que se sufren posteriores al parto requieren de cuidados, recursos y tiempo, de ahí que el periodo y cantidad que se les otorga en ese supuesto (posnatal) no privilegia la protección al derecho máximo que es la vida, impidiendo la correcta y completa recuperación.
- l)** La mayoría de las ocasiones, con posterioridad al parto, los menores prematuros permanecen en la incubadora de un hospital. Para sobrevivir, requieren de los cuidados especiales de los médicos y de las madres.
- m)** Por lo regular, el parto prematuro es espontáneo. Por ello, la incapacidad previa al parto es inviable e impredecible, pues se desconoce el momento en el que puede suceder.
- n)** El precepto legal y reglamentario impugnados impiden una total recuperación del bebé, pues soslayan que necesita cuidados especiales. Por tanto, al no otorgarle el goce del derecho en cuestión, se complica el adecuado desarrollo y evolución del producto en sus primeros meses de vida, poniendo en riesgo la recuperación tanto de la madre, como del producto del embarazo.
- o)** El Instituto no buscó garantizar un ejercicio pleno del derecho de la madre, afectando la salud y estabilidad del menor, pues omitió garantizarle todos los medios necesarios para proteger su salud y cuidados en casa, ya que al no recibir la prestación que serviría de

base para solventar que el producto necesita para su desarrollo, vulneró su derecho a la salud y a la vida.

6. Por razón de turno correspondió conocer de la demanda al Juzgado Cuarto de Distrito en Materias Administrativa, Civil y de Trabajo en el Estado de Jalisco, que la registró bajo el número de expediente 2927/2015, y en diverso proveído la desechó de plano⁵ por considerar actualizada la causal de improcedencia contenida en la fracción XXXIII, del artículo 61, en relación con el 1, fracción I y 5, fracción II, de la Ley de Amparo, al estimar que el oficio que señaló como acto reclamado no constituye un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, lo que hizo extensivo respecto de los demás actos, consistentes en la discusión, aprobación, sanción y publicación de los artículos tildados de inconstitucionales.
7. **Recurso de queja**⁶. Inconformes, las quejas interpusieron recurso de queja del que conoció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, lo registró en el toca 32/2016 y posteriormente emitió resolución en la que lo declaró fundado⁷.
8. **Trámite de Amparo Indirecto:** En cumplimiento, el juez de Distrito admitió la demanda. Seguidos los trámites de ley, dictó sentencia, en lo que interesa, consideró:
 - a) Preciso que los actos reclamados en el juicio de amparo, lo constituyen i) la aprobación, expedición, promulgación y publicación de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas y ii) la aplicación de los citados preceptos.

⁵ Acuerdo de veintinueve de diciembre de dos mil quince. *Ibidem*, fojas 67 a 75.

⁶ Escrito de fecha ocho de enero de dos mil dieciséis. *Ibidem*, fojas 176 a 194.

⁷ Resolución de veinticinco de febrero de dos mil dieciséis. *Ibidem*, fojas, 216 a 248.

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

b) Procede sobreseer en el juicio, en virtud de que se actualizó la causa de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, en relación con el diverso artículo 5 fracción II, éste último aplicado a contrario sensu, ambos de la Ley de Amparo, toda vez que el oficio reclamado fue emitido por el Instituto Mexicano del Seguro Social en su calidad de asegurador, por lo que actuó en un plano de igualdad. Sobreseimiento que hizo extensivo a los artículos impugnados, debido a que su estudio no puede desvincularse de su acto de aplicación⁸.

9. **Recurso de revisión**⁹: Inconformes, las quejasas interpusieron recurso de revisión en el que controvirtieron el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito.
10. De dicho medio de impugnación correspondió conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, quien declinó¹⁰ su competencia para conocer del asunto en favor de un Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo, el cual a su vez se declaró incompetente y ordenó remitir los autos a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.
11. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el órgano competente para conocer del recurso de revisión es el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito.

⁸ Resolución de cinco de octubre de dos mil dieciséis *Ibidem*, fojas 351-362.

⁹ Escrito presentado el veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis. Recurso de Revisión 55/2018, fojas 2 a 26.

¹⁰ Resolución de veintiocho de junio de dos mil dieciocho. *Ibidem*, fojas 75 a 81.

12. El Tribunal Colegiado de Circuito admitió el recurso de revisión y seguidos los trámites de ley dictó sentencia en la que señaló que:

A) Es procedente sobreseer en relación con las omisiones legislativas impugnadas, en virtud de que el juez de Distrito omitió pronunciarse en relación con dicho acto, además de que no se advierte que las recurrentes las hayan impugnado en virtud de un mandato constitucional expreso.

B) Contrario a lo determinado por el juez de amparo, el Instituto Mexicano del Seguro Social sí actuó como autoridad para efectos del juicio de amparo, en virtud de que en la resolución que negó el otorgamiento del subsidio por parto prematuro actuó en forma unilateral.

C) Procedió al análisis de las restantes causas de improcedencia invocadas y no analizadas por el juzgador de amparo.

D) Desestimó la causa de improcedencia anunciada por el Instituto Mexicano del Seguro Social, relativa a que no agotó el principio de definitividad, en virtud de que no promovió juicio laboral en contra de la negativa reclamada, al considerar que cuando el juicio de amparo tiene por objeto analizar la constitucionalidad de normas generales, no es imperativo obligar al quejoso a impugnarlas a través de algún otro medio de defensa legal.

E) Desestimó la causa de improcedencia anunciada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, en la que adujo que la discusión, votación y aprobación de la ley no causa afectación al interés jurídico de las quejas. Argumentos que parte de una premisa inexacta, en virtud de que el proceso legislativo es el que

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

constituye el origen y da vigencia a los artículos que se consideran violatorios de derechos humanos.

F) Finalmente, determinó dejar a salvo la jurisdicción de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para que se pronuncie respecto de la constitucionalidad de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social, y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas, del Instituto Mexicano del Seguro Social por lo que remitió las constancias respectivas a este Alto Tribunal¹¹.

13. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió el recurso y lo turnó al Ministro Javier Laynez Potisek¹². Por su parte, el Ministro Presidente de la Segunda Sala avocó el asunto y remitió los autos a su ponencia para la elaboración del proyecto correspondiente¹³.

II. COMPETENCIA

14. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer del presente recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 83 de la Ley de Amparo; 11, fracción V, y 21, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; punto Tercero, en relación con el punto Segundo, fracción III, del Acuerdo General Plenario 5/2013; toda vez que se interpuso contra una resolución dictada en la audiencia constitucional en un juicio de amparo indirecto, en el que se impugnó la constitucionalidad de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143

¹¹ Resolución de fecha diez de octubre de dos mil diecinueve. *Ibidem*, fojas 318-382.

¹² Proveído de Presidencia de treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve. Fojas 70 a 75 del cuaderno principal.

¹³ Proveído de fecha seis de enero de dos mil veinte. *Ibidem*, foja 101.

del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.

III. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN

15. Esta Segunda Sala estima innecesario analizar lo relacionado con la oportunidad y la legitimación, porque el Tribunal Colegiado ya se ocupó de ello.

IV. ESTUDIO DE FONDO

16. **Fijación de la litis.** Como se advierte de los conceptos de violación sintetizados con antelación, el Tribunal Colegiado reservó jurisdicción a esta Segunda Sala respecto del estudio relativo a la constitucionalidad de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.
17. **Problema constitucional a resolver.** Atendiendo a los conceptos de violación este Alto Tribunal tomará como punto de partida para la resolución del presente asunto la siguiente interrogante: **¿los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, al no contemplar el supuesto de los partos prematuros que ocurren con anterioridad al periodo de descanso prenatal contravienen los derechos de igualdad, a la salud y seguridad social?**
18. Para dar respuesta a la anterior interrogante es necesario definir cuál es el alcance del derecho de protección a la maternidad tutelado en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte.

Derecho de protección a la maternidad

19. La Constitución Federal, en su texto original, tutelaba el derecho a la maternidad en los términos siguientes:

“V.- 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 hubiera adquirido por su contrato. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.”

20. De cuyos términos se desprende que el Constituyente originario contempló la protección a las mujeres durante el periodo de maternidad. Para tutelar la salud y la vida tanto de la madre como del embrión, determinó que durante los tres meses anteriores al parto las mujeres no desempeñarían trabajos físicos que exijan un esfuerzo material considerable. Además se estableció que en el mes siguiente al parto deberían disfrutar de un periodo de descanso, así como percibir su salario íntegro, conservando su empleo y los derechos laborales que hubiesen adquirido.
21. Acorde con el citado precepto constitucional, las mujeres trabajadoras se encontraban obligadas a continuar prestando sus servicios hasta el día anterior al momento del parto. Con la única protección de que durante los tres meses anteriores a la fecha probable de parto se les excluyera de realizar labores que representaran un esfuerzo físico considerable.

22. Durante el mes posterior al parto, tenían derecho a disfrutar de un descanso, junto con el pago de su salario y a conservar su empleo. En el periodo de lactancia, se establecieron dos periodos de descanso por día, para alimentar a sus hijos.
23. De esta manera, todas las mujeres, independientemente de que hubiesen tenido un parto prematuro o uno “de término”, gozaban del mismo periodo de descanso.
24. Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, se reformó la fracción V, del artículo 123, apartado A, de la Constitución para quedar como sigue:

“V. 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 hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos;...”

25. Conforme a la citada reforma, se determinó que el derecho a no realizar esfuerzos físicos que signifiquen un peligro para la salud de la mujer en relación con la gestación, debe abarcar toda la etapa del embarazo.
26. Además se estableció un descanso forzoso 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 hubieren adquirido por la relación de trabajo.

27. Los motivos que el Constituyente Permanente tuvo en cuenta para reformar el citado precepto constitucional, son los siguientes:

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Fecha de publicación: 31/12/1974

Categoría: DECRETO

Proceso legislativo: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CÁMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

MÉXICO, D.F., A 24 DE SEPTIEMBRE DE 1974

INICIATIVA DEL EJECUTIVO

Reformas Constitucionales a los artículos 4, 5, 30 y 123 (...)

La Fundamental norma sobre igualdad jurídica entre el hombre y la mujer posee además implicaciones de la mayor importancia en el ámbito del Derecho Laboral. De ahí que también se solicite la reforma del artículo 123 en sus apartados A y B.

(...)

Es llegado entonces el momento en que, tanto por merecimiento propio, como por un loable sentido de solidaridad social que la mujer mexicana ha manifestado reiteradamente, su acceso y libertad de empleo deban considerarse, en todos los casos, en un plano equiparable al del varón (...). **En las circunstancias actuales de nuestro avance social, la única diferencia que puede establecerse válidamente entre los derechos de la mujer y del varón, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los períodos de gestación y la lactancia.**

(...)

En virtud de las consideraciones anteriores, la presente iniciativa plantea sendas reformas a los apartados A y B del artículo 123 Constitucional, **guiadas por el propósito de abrir a la mujer, con máxima amplitud, el acceso al trabajo, así como por el objetivo de proteger al producto de la**

concepción y establecer, en suma, condiciones mejores para el feliz desarrollo de la unidad familiar. (...)".

"DICTAMEN/ORIGEN
CÁMARA DE DIPUTADOS
DICTAMEN

MÉXICO D.F; A 12 DE NOVIEMBRE DE 1974

Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos.

(...)

La presente realidad social demanda nuevas disposiciones normativas. Las reformas propuestas al artículo 123 Constitucional en sus Apartados A y B elimina antiguos valladares que han devenido discriminatorios para la mujer, ensanchan su acceso al mercado de trabajo y estatuyen igual tratamiento para ambos sexos, **lo que implica igualdad de oportunidades en materia laboral, con la salvedad del relativo a los ciclos de gestación y lactancia.**

(...)"

"DICTAMEN/REVISORA
CÁMARA DE SENADORES

MÉXICO D.F; A 26 DE NOVIEMBRE DE 1974

(...)

Finalmente, considerando llegado el momento, tanto por merecimiento propio, como por un loable sentido de solidaridad manifestado por la mujer mexicana, **se propone en la Iniciativa su acceso y libertad de empleo equiparables a los del varón... con la única diferencia, de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los periodos de gestación y de lactancia...**

(...) **Ello determinó a proponer las reformas al artículo 123 Constitucional, en sus apartados A y B, para ampliar el radio de acción y el acceso a las oportunidades de trabajo también a la mujer, al igual que al hombre, con la sola salvedad para aquélla, en los ciclos de la gestación y de la lactancia,** reforma constitucional con la que, al igual que con todas las anteriormente señaladas, están de acuerdo las Comisiones que suscriben".

28. Así, al reformar el texto de la fracción V, del artículo 123, apartado A, de la Constitución, el Constituyente Permanente consideró que ante la

igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, la única diferenciación que podía realizar válidamente es aquella que derive de la protección social de la maternidad, esto con el fin de preservar tanto la salud de la mujer como la del producto de la concepción en los periodos de gestación y lactancia.

29. De esta manera, a fin de ampliar las oportunidades laborales de la mujer, en condiciones de igualdad, el Constituyente se planteó como objetivo proteger al hijo de la madre trabajadora y establecer mejores condiciones para el desarrollo familiar.
30. Para lograr ese fin, determinó necesario proteger a la mujer trabajadora durante los periodos de gestación y lactancia.
31. En esas circunstancias, con el propósito de preservar la salud de la mujer y del producto del embarazo en los periodos de gestación y lactancia, así como establecer mejores condiciones para el desarrollo familiar, el Constituyente Permanente determinó que la protección en relación con los trabajos físicos que requieran un esfuerzo considerable, debe abarcar toda la gestación. Además, el periodo de descanso que sólo se otorgaba en relación con el mes posterior al parto, se extendió a las seis semanas anteriores al parto y seis posteriores.
32. De esta manera, el Poder reformador de la Constitución mostró su preocupación por proteger a la mujer trabajadora durante un periodo de vida en el que es significativamente vulnerable. Se trata de un derecho que por un lado involucra aspectos de salud tanto de la madre como del hijo, de ahí la importancia de protegerla de la realización de esfuerzos físicos excesivos, así como de asegurarle un descanso obligatorio que

le permita recuperar su salud y proporcionar cuidados adecuados al recién nacido.

33. Por otro lado, al ampliar la protección en el periodo de embarazo, el Constituyente expresó su preocupación por asegurar la igualdad de la mujer en el empleo, así como su estabilidad en el mismo. Lo que implica que la protección de la mujer en esa etapa no queda reducida a las prestaciones enfocadas a su salud y la de su hijo, sino que además, con el fin de asegurar la protección a la familia, la dignidad en el trabajo y evitar la discriminación en el empleo por razones de embarazo y maternidad, se estableció que durante el descanso por maternidad debe recibir su salario íntegro y conservar su empleo, así como gozar del derecho a tomar descansos obligatorios para alimentar a sus hijos durante el periodo de lactancia.
34. Lo anterior se desprende de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer que dispone.

Artículo 11:

[...]

2. A fin de **impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar**, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) **Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;**

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente

mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

35. En ese sentido, el derecho de protección en el embarazo y la maternidad no sólo constituye un factor para proteger la salud de la madre y su hijo, sino que, al constituir un aspecto fundamental para garantizar la no discriminación de la mujer en el empleo, se traduce en un derecho que permite el acceso al trabajo decente en la medida en que permite a la mujer acceder a las condiciones mínimas de bienestar para ella y su familia.
36. En ese sentido, la protección a la mujer en el trabajo durante el periodo de maternidad no sólo constituye un derecho del que debe gozar frente al patrón, pues también se complementa con la posibilidad de acceder a los derechos de seguridad social, que acorde con el artículo 123, apartado A, fracción XXIX¹⁴ de la Constitución Federal, es de utilidad social.
37. Apoya lo anterior, lo previsto en el artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales, que establece:

Artículo 10. Los Estados Partes reconocen que:

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe

¹⁴ Artículo 123.[...] XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de **seguridad social**.

38. En ese sentido, a efecto de determinar los alcances del derecho al periodo de descanso por maternidad en el ámbito de la seguridad social, es necesario analizarlo conjuntamente con los tratados internacionales de los cuáles el Estado Mexicano es parte, pues el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte, en la jurisprudencia P./J.20/2014¹⁵, ha sostenido que de conformidad con el primer párrafo del artículo 1 constitucional, las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales se encuentran integradas al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, por lo que cuando un derecho humano se encuentre reconocido tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo a las personas la protección más amplia, siempre que la Constitución no

¹⁵ Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Página: 202, de rubro y texto: "**DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano."

prevea una restricción expresa, en cuyo caso, deberá estarse a la norma constitucional.

39. En relación con las prestaciones de maternidad, el Convenio 102 sobre la Seguridad Social, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado Mexicano el doce de octubre de mil novecientos sesenta y uno, en la parte VIII, establece:

Artículo 46.

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de maternidad, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 47.

La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional.

Artículo 49.

1. En lo que respecta al embarazo, al parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de maternidad deberán comprender la asistencia médica mencionada en los párrafos 2 y 3 de este artículo.

2. La asistencia médica deberá comprender, por lo menos:

(a) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y

(b) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

3. **La asistencia médica** mencionada en el párrafo 2 de este artículo tendrá por objeto conservar, **restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.**

4. Las instituciones o los departamentos gubernamentales que concedan las prestaciones médicas de maternidad deberán estimular a las mujeres protegidas, por cuantos medios puedan ser considerados apropiados, para que utilicen los servicios generales de salud puestos a su disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas.

Artículo 50

Con respecto a la suspensión de ganancias resultante del embarazo, del parto y de sus consecuencias, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o las del artículo 66. El monto del pago periódico podrá variar en el transcurso de la contingencia, a condición de que el monto medio esté de conformidad con las disposiciones susodichas.

Artículo 51

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos, a las mujeres pertenecientes a las categorías protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos; las prestaciones mencionadas en el artículo 49 deberán también garantizarse a las cónyuges de los trabajadores de las categorías protegidas, cuando éstos hayan cumplido el período de calificación previsto.

Artículo 52

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia; sin embargo, los pagos periódicos podrán limitarse a **doce semanas**, a menos que la legislación nacional imponga o autorice un período más largo de abstención del trabajo, en cuyo caso **los pagos no podrán limitarse a un periodo de menor duración.**

40. De cuyos términos se aprecia que las normas mínimas de protección a la maternidad, deberán comprender el periodo de embarazo, el parto y

sus consecuencias, así como la suspensión de ganancias resultantes de los mismos.

41. En lo que respecta al embarazo, al parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de maternidad deben comprender asistencia médica, es decir, asistencia prenatal, asistencia durante el parto, asistencia puerperal y la hospitalización cuando sea necesaria. Esta prestación tiene como objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.
42. En cuanto a la supresión de ganancias resultante del embarazo, del parto y de sus consecuencias, **la prestación consistirá en un pago periódico.**
43. Estas prestaciones, las médicas y la de subsidio por supresión de ganancias, deberán concederse durante todo el transcurso del embarazo. Sin embargo, los pagos periódicos podrán limitarse a **doce semanas**, a menos que la legislación nacional imponga un periodo de abstención de trabajo. En todo caso, **los pagos periódicos no pueden limitarse a un menor periodo de duración.**
44. De la interpretación sistemática y armónica de la norma constitucional y convencional antes citada se desprende que el derecho de protección a la maternidad implica la convergencia de derechos como el de protección a la salud de la madre y su hijo, la no discriminación de la mujer en el empleo, la estabilidad laboral y el desarrollo familiar.
45. Entre las prestaciones de protección a la maternidad se encuentra un descanso durante los periodos prenatal y posnatal, así como un pago

periódico que tiene como objeto subsidiar la supresión de ganancias durante esa etapa.

46. Conviene destacar que el derecho a disfrutar de un descanso y a recibir un pago periódico por razones de maternidad, constituyen derechos que no son susceptibles de ser divididos o fragmentados. Esto es, si bien en atención al derecho a la salud de la madre/trabajadora y su hijo, ésta tiene derecho a disfrutar de un descanso durante el periodo de maternidad, lo cierto es que no se puede actualizar el disfrute de ese derecho sin que reciba pago de una remuneración que le permita subsistir y sostener las necesidades básicas para el bienestar de su familia y viceversa, tampoco es posible considerar que la trabajadora reciba el pago periódico correspondiente, sin disfrutar del descanso de maternidad respectivo.
47. Así lo sostuvo la Organización Internacional del Trabajo al señalar que:

“La constitución de una familia es un objetivo muypreciado por muchos trabajadores. Sin embargo, el embarazo y la maternidad son épocas de particular vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias. Las embarazadas y las madres en período de lactancia requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el solo hecho del embarazo o de la baja por maternidad. Esa protección no sólo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo, sino que también les garantiza el mantenimiento de unos ingresos que a menudo son vitales para el bienestar de toda su familia. La garantía de la salud de las trabajadoras embarazadas y de las madres en período de lactancia, y la protección contra la discriminación en el trabajo, son condiciones requeridas para alcanzar una genuina

igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el trabajo, y para permitir que los trabajadores constituyan familias en condiciones de seguridad.”¹⁶

48. En ese sentido, el pago periódico se constituye en una contraprestación que tiene como fin mantener los ingresos de la madre trabajadora, durante el periodo en que se suspende el trabajo por cuestiones de maternidad.
49. Ello implica que cuando una norma prevenga un periodo mínimo para el descanso de maternidad, el pago periódico se le debe otorgar por el mismo lapso y viceversa, es decir, al establecer un periodo mínimo para el pago, también se establece el lapso en el que deberá disfrutarse del periodo de descanso.
50. Por tanto, si la norma internacional citada establece que se deberá otorgar un pago periódico que no podrá limitarse a un periodo inferior a doce semanas, esto implica que el descanso por maternidad tampoco puede ser inferior al mencionado periodo.
51. Por su parte, la Constitución establece que el periodo de descanso y el derecho a recibir el salario y a conservar el empleo, deberá otorgarse a la madre trabajadora, durante seis semanas anteriores a la fecha probable del parto y seis semanas posteriores (cuarenta y dos días en cada periodo).
52. Así, ambas normas contemplan un periodo de descanso por maternidad y un pago periódico por doce semanas, con la distinción de que la norma

¹⁶Organización Internacional del Trabajo, *Protección de la maternidad*. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang-es/index.htm>. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

convencional establece expresamente que estas prestaciones no podrán ser menores al mencionado periodo, en cambio, una interpretación literal y restringida de la Constitución podría llevar a concluir que existen casos en los que la asegurada podría recibirlas por un lapso menor al de doce semanas.

53. Ello porque en el caso de que la fecha determinada como probable para el parto no coincida con éste, podría considerarse que tanto el periodo prenatal como el posterior al parto, deben ajustarse de manera tal que nunca sean mayores que cuarenta y dos días, es decir, de no más de seis semanas cada uno.
54. Sin embargo, **tratándose de la etapa prenatal, al establecer que ésta será determinada con base en la probable fecha de parto, el lapso de la duración es susceptible de extenderse o recortarse según las condiciones en las que el embarazo se desarrolle, que pueda llegar a generar que la asegurada se encuentre imposibilitada para disfrutar de ese derecho en los casos en que un parto se suscite con antelación al periodo de prenatal.**
55. No obstante, **esa interpretación es contraria al Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo que establece que el pago periódico por maternidad no puede ser inferior a doce semanas.**
56. Por tanto, si bien el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal únicamente contempla el derecho de las madres trabajadoras a disfrutar de un periodo de descanso de seis semanas anteriores a la fecha aproximada del parto y seis semanas posteriores al mismo, así como el de recibir su salario y conservar su empleo, lo cierto es que dicha norma no puede ser interpretada en sentido restringido, pues aun en aquellos casos en que el embarazo se

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

desarrolle sin complicaciones de salud para la madre y su hijo, la fecha probable de parto determinada por el médico no siempre resultará exacta, lo que puede contribuir a que el periodo mínimo de doce semanas de descanso quede reducido.

57. Además, en relación con los casos en que un parto se suscita antes de que concluya la etapa de seis semanas de prenatal o incluso antes de que inicie este periodo, el derecho a disfrutar de un periodo de descanso de doce semanas, como mínimo previsto en la mencionada norma convencional, se verá restringido.
58. De esta manera, a fin de atender al parámetro mínimo convencional, la norma constitucional debe interpretarse en el sentido de que la mujer embarazada tiene derecho a un descanso obligatorio de seis semanas anteriores a la fecha probable de parto y seis semanas posteriores a este. No obstante, en el caso de que el periodo prenatal se recorte en virtud de que el parto se suscite antes de la fecha programada por el médico o bien, que la madre trabajadora se vea imposibilitada para disfrutarlo en virtud de un parto prematuro anterior a la mencionada etapa, el periodo prenatal que no pueda disfrutarse, deberá otorgarse de manera conjunta con la etapa posnatal hasta completar el mínimo de doce semanas de descanso y su correspondiente pago periódico.
59. Ello no implica que en los casos en que el parto se verifique después de la fecha determinada como probable para el parto, el periodo de descanso de posparto deba reducirse hasta completar un total de doce semanas, sino que en este caso deberá autorizarse que la madre trabajadora disfrute del periodo de seis semanas de descanso

posteriores al parto, como lo establece a la literalidad el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal.

60. Cabe destacar que la posibilidad de autorizar el periodo prenatal no disfrutado conjuntamente con el descanso del posparto, no implica considerar que la última etapa se prorrogó o extendió injustificadamente, sino que, atendiendo a las complicaciones que pudieran desarrollarse en el embarazo que eventualmente pueden dar lugar a un parto prematuro, el garantizar que la madre trabajadora pueda disfrutar de manera conjunta de los dos periodos de descanso, se constituye en una garantía de protección a la salud de ella y su hijo, en tanto que ambos requieren de cuidados y atenciones especiales, en comparación con los embarazos que llegan a su término.
61. Así lo ha explicado la Organización Mundial de la Salud que ha definido que se considera prematuro un bebé nacido vivo antes de que se hayan cumplido treinta y siete semanas de gestación. Los niños prematuros se dividen en subcategorías en función de la edad gestacional:
 - prematuros extremos (menos de 28 semanas)
 - muy prematuros (28 a 32 semanas)
 - prematuros moderados a tardíos (32 a 37 semanas)
62. Los partos prematuros ocurren de manera espontánea. Sin embargo, entre las causas más frecuentes del parto prematuro figuran los embarazos múltiples, las infecciones y las enfermedades crónicas, como la diabetes y la hipertensión; a lo que se suma una influencia genética¹⁷.

¹⁷ Organización Mundial de la Salud, *Nacimientos Prematuros*, diecinueve de febrero de dos mil dieciocho. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preterm-birth>. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

63. La citada organización ha externado su preocupación por los partos prematuros, de la manera siguiente:

“Aproximadamente un millón de niños prematuros mueren cada año debido a complicaciones en el parto¹. Muchos de los bebés prematuros que sobreviven sufren algún tipo de discapacidad de por vida, en particular, discapacidades relacionadas con el aprendizaje y problemas visuales y auditivos.

A nivel mundial, la prematuridad es la primera causa de mortalidad en los niños menores de cinco años. En casi todos los países que disponen de datos fiables al respecto, las tasas de nacimientos prematuros están aumentando.

Las tasas de supervivencia presentan notables disparidades entre los distintos países del mundo. En contextos de ingresos bajos, la mitad de los bebés nacidos a las 32 semanas (dos meses antes de llegar a término) mueren por no haber recibido cuidados sencillos y costoeficaces, como aportar al recién nacido calor suficiente, o no haber proporcionado apoyo a la lactancia materna, así como por no haberseles administrado atención básica para combatir infecciones y problemas respiratorios. En los países de ingresos altos, prácticamente la totalidad de estos bebés sobrevive. El uso deficiente de la tecnología en entornos de ingresos medios está provocando una mayor carga de discapacidad entre los bebés prematuros que sobreviven al periodo prenatal.”¹⁸

64. De esta manera, señala como directrices para mejorar los resultados obstétricos en caso de prematuridad “ *intervenciones destinadas a la madre –por ejemplo, administrar inyecciones de esteroides antes del parto, administrar antibióticos si la madre rompe aguas antes de tiempo*

¹⁸ Ídem.

y administrar sulfato de magnesio para prevenir futuros trastornos neurológicos en el niño– y, por otro, intervenciones destinadas al recién nacido –por ejemplo, cuidados para mantener una temperatura idónea, apoyo a la lactancia, el método madre canguro, sistemas seguros de administración de oxígeno y otros tratamientos que ayuden al lactante a respirar con mayor facilidad–.”

65. Lo anterior permite sostener que los cuidados maternos que una madre debe tener en relación con un hijo nacido a término son sustancialmente diferentes de aquellos que requieren un bebé prematuro.
66. En el caso de los recién nacidos a término, la Organización Mundial de la Salud ha establecido que los primeros veintiocho días de vida son los que comportan un mayor riesgo de muerte para el niño. Por este motivo, es esencial ofrecer una alimentación y una atención adecuadas durante este periodo con el fin de aumentar las probabilidades de supervivencia del niño y construir los cimientos de una vida con buena salud¹⁹.
67. En cambio, tratándose de bebés prematuros ha explicado que requieren cuidados especiales en virtud de que no están totalmente preparados para la vida extrauterina. Se enfrían con más facilidad y pueden necesitar más ayuda para alimentarse que los niños nacidos a término. Como su organismo todavía no está plenamente desarrollado, pueden tener problemas para respirar y sufrir otras complicaciones, como infecciones.²⁰
68. En ese sentido, si bien es cierto que tanto el recién nacido a término como el bebé prematuro requieren de cuidados especiales, en tanto que

¹⁹ Organización Mundial de la Salud, *Temas de Salud “Lactante Recién Nacido”*. Disponible en: https://www.who.int/topics/infant_newborn/es/. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

²⁰ Organización Mundial de la Salud, *¿Qué es un niño prematuro?*. Disponible en: https://www.who.int/features/qa/preterm_babies/es/. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

la etapa posterior al nacimiento constituye una etapa en la que tanto el niño como la madre se están adaptando a un nuevo periodo de vida, lo cierto es que los bebés prematuros requieren de mayores cuidados y protección, lo que incluso implica la necesidad de recibir atención hospitalaria y aun con posterioridad a esta etapa, es decir, una vez que se encuentran en aptitud de ser llevados a casa, continúan con vigilancia médica y cuidados adicionales. De no atender los problemas de salud del menor con la calidad de tiempo y cuidados necesarios, se puede poner en riesgo su vida y condicionar secuelas a posteriori, algunas de ellas incluso a largo plazo.

69. De esta manera, la participación personal de la madre en el cuidado del menor resulta fundamental para la sobrevivencia y calidad de vida. Incluso, se ha considerado que tratándose de menores prematuros *“la educación y participación activa a las madres sobre la manera de sostener, cuidar y alimentar al niño mejora sustancialmente el pronóstico y la sobrevida”*.²¹
70. Además, las mujeres que presentan complicaciones en el embarazo, regularmente requieren cuidados especiales posparto que les permitan recuperar su salud.
71. Ante este escenario, debe considerarse que las madres trabajadoras que tiene un parto prematuro presentan una doble necesidad de protección, pues si una madre que “llega a término” requiere de tiempo para recuperarse ella misma y para procurar los cuidados del recién

²¹ Lizarazo-Medina, Jenny P., Ospina Díaz, Juan y Ariza Riaño, Nelly, “Programa madre canguro: una alternativa sencilla y costo eficaz para la protección de los recién nacidos prematuros o con bajo peso al nacer”. Revista de Salud Pública, Colombia, vol.14, núm. 2, junio 2012, pp.32-45. Disponible en: <https://www.scielosp.org/article/rsap/2012.v14suppl2/32-45/>. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

nacido, como ya se mencionó, con mayor razón necesitan de ese tiempo de recuperación y procuración del recién nacido las madres de bebés prematuros, pues como ya se dijo, regularmente presentan una mayor fragilidad de salud en comparación con los niños que llegan al término de la etapa de gestación, y en muchas ocasiones la razón del “parto adelantado” es una complicación de salud de la madre.

72. Tampoco puede soslayarse que la presencia de la madre en las primeras semanas de vida del recién nacido tienen como efecto directo el fortalecimiento del apego materno tanto para el recién nacido como para la madre, lo cual tiene beneficios en el desarrollo físico y psíquico del niño, así como de la madre²².
73. De esta manera, considerar que el periodo de descanso prenatal invariablemente debe disfrutarse antes de la fecha de parto, sin posibilidad de que pueda autorizarse que la madre lo disfrute con posterioridad, es decir, conjuntamente con el periodo de descanso pos parto, implica impedir a la madre procurar los cuidados necesarios que su hijo prematuro requiere para la sobrevivencia.
74. Por tanto, al obligar a la madre del recién nacido prematuro a regresar a su trabajo dentro de los cuarenta y dos días posteriores al parto, no sólo implica poner en riesgo su salud y la del recién nacido, sino que además impide a la madre trabajadora desarrollar la protección y el cuidado de su familia, pues por un lado, ante la necesidad de satisfacer sus necesidades básicas familiares, la madre trabajadora se ve obligada

²² Plotka, R., Busch Rossangel, “The role of length of maternity leave in supporting mother–child interactions and attachment security among American mothers and their infants”. *International Journal of Child Care and Education Policy*, publicado en línea el dieciséis de enero de dos mil dieciocho. Disponible en <https://link.springer.com/article/10.1186/s40723-018-0041-6>. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

a asistir a su centro de trabajo, lo que desde luego le imposibilita desarrollar los cuidados esenciales para la salud del recién nacido.

75. Ante este escenario, la madre trabajadora de un recién nacido prematuro, en muchas ocasiones se ve motivada a allegarse de ayuda de algún familiar que le apoye en el cuidado de su hijo en el horario en que ella acude a su centro de labores, lo que a la postre le puede generar gastos mayores a los necesarios que lejos de favorecer su bienestar, lo disminuyen.
76. En muchas ocasiones, cuando la mujer no encuentra apoyo para esas labores, se ve obligada a abandonar su trabajo, engrosando las filas del trabajo informal.
77. No se soslaya el hecho de que en múltiples precedentes, este Alto Tribunal ha sostenido que tanto los hombres como las mujeres son corresponsables en el cuidado de los hijos, en la medida en que la Norma fundamental tutela el derecho a la igualdad sustantiva. Sin embargo, ello no impide percatarse que en la realidad, la mujer es quien en la mayoría de los casos desarrolla labores de cuidado en el hogar, entre las que se encuentra el cuidado de los hijos. Además, en el caso del embarazo y el parto, la mujer juega un rol casi insustituible al dar a luz y alimentar al recién nacido (en el caso de la lactancia materna) y es quien reciente en su cuerpo y su salud los estragos del embarazo y el parto.
78. En esa medida, es decir, en observancia al derecho a la salud de la madre y del hijo recién nacido, esta Segunda Sala considera que el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal no puede interpretarse en sentido estricto, sino que, en observancia al principio

pro persona y a fin de salvaguardar el derecho a la salud y el de protección a la familia, tutelado en el diverso numeral 4 de la Norma Fundamental, el derecho a la protección de la maternidad no sólo se reduce a considerar que la madre trabajadora tiene derecho a un descanso de seis semanas anteriores a la fecha aproximada del parto y seis semanas posteriores al mismo, sino que en el caso de que el parto se suscite durante el periodo prenatal o incluso con anterioridad a dicha etapa, deberá autorizarse su otorgamiento por el lapso no disfrutado, de manera conjunta con el descanso posterior al parto, de manera que ambos descansos, sumados computen un mínimo de doce semanas en términos de lo previsto en el convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

Constitucionalidad de la norma legal y reglamentaria impugnadas

79. Precisado el marco constitucional, conviene analizar si las disposiciones legales y reglamentarias son contrarias a la Constitución.

80. En términos de los artículos 11²³, 85²⁴, 94²⁵ de la Ley del Seguro Social, el régimen obligatorio de seguridad social comprende, entre otros, el seguro de maternidad.
81. Las prestaciones de maternidad se otorgarán a partir de que el Instituto certifique el estado de embarazo. Dicha certificación señalará la fecha probable del parto, que servirá como base para determinar el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores a aquel.
82. Para el disfrute del subsidio, el artículo 101 de la Ley del Seguro Social, que constituye el precepto legal que las quejas impugnan, establece:

Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.

En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el período

²³ **Artículo 11.** El régimen obligatorio comprende los seguros de:

[...]

II. Enfermedades y maternidad;

²⁴ **Artículo 85.** Para los efectos de este seguro se tendrá como fecha de iniciación de la enfermedad, aquélla en que el Instituto certifique el padecimiento. El disfrute de las prestaciones de maternidad se iniciará a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo. La certificación señalará la fecha probable del parto, la que servirá de base para el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores a aquél, para los efectos del disfrute del subsidio que, en su caso, se otorgue en los términos de esta Ley.

²⁵ **Artículo 94.** En caso de maternidad, el Instituto otorgará a la asegurada durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, las prestaciones siguientes:

I. Asistencia obstétrica;

II. Ayuda en especie por seis meses para lactancia y capacitación y fomento para la lactancia materna y amamantamiento, incentivando a que la leche materna sea alimento exclusivo durante seis meses y complementario hasta avanzado el segundo año de vida;

III. Durante el período de lactancia tendrán derecho a decidir entre contar con dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, o bien, un descanso extraordinario por día, de una hora para amamantar a sus hijos o para efectuar la extracción manual de leche, en lugar adecuado e higiénico que designe la institución o dependencia, y

IV. Una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el período anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. El subsidio se pagará por períodos vencidos que no excederán de una semana.

83. Precepto en el que se establece que la asegurada tendrá derecho durante el embarazo y puerperio a un subsidio equivalente al cien por ciento el salario de cotización, durante cuarenta y dos días anteriores a la fecha del parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.
84. Cuando la fecha del parto no concuerde con la certificada por los médicos, deberá cubrirse el subsidio correspondiente a los cuarenta y dos días posteriores al parto. En cuyo caso, de prolongarse el periodo prenatal, los días correspondientes se cubrirán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad.
85. Conviene destacar que en el diverso artículo 102²⁶ del citado ordenamiento legal se establece que uno de los requisitos para recibir el subsidio es que la asegurada no ejecute trabajo alguno mediante retribución económica durante los periodos anterior y posterior al parto.
86. Por su parte, el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, también impugnado, establece:

“Artículo 143. En los casos de incapacidad por maternidad, el lapso que se acredite se determinará en días naturales. Tratándose del certificado de incapacidad prenatal

²⁶ **Artículo 102.** Para que la asegurada tenga derecho al subsidio que se señala en el artículo anterior, se requiere: [...] III. Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

Si la asegurada estuviera percibiendo otro subsidio, se cancelará el que sea por menor cantidad.

comprenderá los 42 días anteriores a la fecha que se señale como probable del parto.

Cuando la fecha probable del parto determinada por el médico no concuerde con la real de aquél, los certificados de incapacidad que se expidan antes del parto y después del mismo, deberán ajustarse a lo siguiente:

- I. Si el periodo anterior al parto excede a los 42 días, para amparar los días excedentes se expedirán certificados de enlace por enfermedad general, por lapsos renovables, desde uno y hasta un máximo de siete días, en los términos establecidos en la fracción IV del artículo 140 de este Reglamento requiriendo el médico o estomatólogo de la autorización de su jefe inmediato o de quien en su ausencia funja como tal, a partir del segundo periodo de siete días, y
- II. En los casos en que el parto ocurra durante el periodo de la incapacidad prenatal, el subsidio corresponderá únicamente a los días transcurridos; los días posteriores amparados por este certificado pagados y no disfrutados serán ajustados respecto del certificado de incapacidad posparto, cuando la asegurada no haya estado bajo control y tratamiento médico institucional o cuando se trate de producto prematuro.

El certificado de incapacidad posparto se expedirá invariablemente por 42 días a partir de la fecha del parto.

Las disposiciones anteriores se aplicarán exclusivamente a mujeres aseguradas.

87. De conformidad con el citado precepto reglamentario, el certificado de incapacidad prenatal se expedirán por cuarenta y dos días anteriores a la fecha probable del parto certificada por el Instituto. Sin embargo, en el caso de que la fecha del parto no coincida con la certificada, deberá estarse a lo siguiente:

A) Si el periodo de preparto se extiende, en virtud de que el parto se suscite con posterioridad a los cuarenta y dos días de incapacidad prenatal, se extenderán certificados por enfermedad general, por lapsos renovables.

B) Cuando el parto ocurra durante el periodo de incapacidad prenatal, es decir, antes de la fecha certificada para el parto, los días posteriores amparados por el certificado, pagados pero no disfrutados, serán ajustados en relación con el periodo de incapacidad posparto, cuando la asegurada no haya estado bajo control y tratamiento médico institucional o cuando se trate de parto prematuro.

C) El certificado de incapacidad posparto se expedirá invariablemente por cuarenta y dos días a partir de la fecha de parto.

88. Precisado lo anterior, procede analizar la constitucionalidad de los preceptos legal y reglamentario impugnados.
89. Como se mencionó, el artículo 101 de la Ley del Seguro Social establece que la asegurada embarazada tendrá derecho a un subsidio durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin contemplar el supuesto relativo a los partos prematuros.
90. Por su parte, si bien el artículo 143 de la Ley del Seguro Social contempla el otorgamiento del subsidio y la incapacidad por maternidad, en el caso de partos prematuros únicamente se refieren a aquellos ocurridos durante el periodo de incapacidad prenatal, pero omite tomar en cuenta los que se suscitan con antelación a este periodo.
91. Si bien podría considerarse que las mencionadas normas son contrarias a la interpretación del texto constitucional que esta Segunda Sala

sostuvo en relación con el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal, lo cierto es que no puede pasar inadvertido que se trata de normas que fueron diseñadas en observancia a la interpretación estricta del texto Constitucional que a la literalidad establece que la madre trabajadora tendrá derecho a un descanso forzoso de seis semanas anteriores a la fecha probable de parto y seis semanas posteriores a este, periodo en el que deberá disfrutar de su salario.

92. En ese sentido, si el texto de las normas impugnadas atiende a la literalidad de la Constitución, lo que procede es establecer una interpretación conforme de aquellas, es decir, no restringida, que atienda al principio pro persona y tutele el derecho a la salud de la madre y el hijo, así como el de protección a la familia, a fin de acatar los compromisos internacionales asumidos por México en relación con las normas mínimas de seguridad social.
93. En efecto, los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte, implican la posibilidad de llevar a cabo un análisis de regularidad normativa; empero, ello no debe conducir en todo momento a una declaración de invalidez de la disposición sometida a dicho estudio, pues es factible llevar a cabo una interpretación que haga compatible el artículo con el texto constitucional y con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.
94. Esto es, nuestro texto constitucional y los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, son un

parámetro interpretativo para el resto de los componentes del sistema jurídico nacional, lo cual permite, previo a una declaración de invalidez de una disposición, llevar a cabo una interpretación que resuelva la antinomia normativa alegada, permitiendo así la subsistencia de la norma combatida dentro de nuestro ordenamiento, a lo cual se le ha denominado “**interpretación conforme**”.

95. Dicho método interpretativo surge cuando ante la posibilidad de que una determinada disposición contenga diversas interpretaciones, deberá preferirse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual exige optar por aquella de la que derive un resultado más acorde al texto supremo, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico, garantizando en todo momento, principalmente, el derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

96. Y, solamente en caso de que ello no se pueda efectuar, entonces procederá la declaración de invalidez acorde a los efectos que se permitan en el mecanismo de control de constitucionalidad de que se trate. Así se pronunció el Tribunal Pleno, al emitir la tesis aislada P. LXIX/2011, cuyo rubro es el siguiente: “**PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.**”²⁷

²⁷ Su contenido es: “La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de

97. Pues bien, en el caso, como ya se dijo, el interpretar de manera literal y restrictiva las normas en cuestión, implica considerar que en los casos de parto prematuro, suscitado antes del periodo prenatal de cuarenta y dos días, la madre asegurada únicamente tiene derecho a un descanso posnatal de cuarenta y dos días, lo cual generaría una afectación al derecho a la salud de la madre y el menor, así como al desarrollo integral de la familia, en la medida en que se le impediría a la madre asegurada, proporcionar los cuidados maternos y de salud mínimos que un recién nacido prematuro requiere. Además, reducir el goce de la incapacidad por maternidad por menos de doce semanas, contravendría el derecho de seguridad social porque como ya se mencionó, el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo contempla un mínimo de doce semanas.
98. Por tales razones, es que esta Sala estima necesario realizar una **interpretación conforme** de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social que, como se dijo, exige optar por aquella de la que derive un resultado más acorde al texto de la Norma Fundamental, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte”, (publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, página 552).

99. En ese sentido, se concluye que al establecer que las aseguradas tienen derecho a una licencia de maternidad y un subsidio durante cuarenta y dos días anteriores a la probable fecha de parto y cuarenta y dos días posteriores, las normas reclamadas regulan de manera general aquellos casos en que un embarazo se desarrolla en condiciones estables de salud y el parto llega a su término. Sin embargo, **en los casos en que se actualice el supuesto de un parto prematuro, se debe autorizar a las aseguradas el disfrute del periodo de descanso prenatal no disfrutado, en un momento posterior al parto, es decir, conjuntamente con la etapa de maternidad, de manera que el periodo de incapacidad por maternidad que se otorgue nunca sea inferior a doce semanas.**
100. En ese sentido, debe considerarse que cuando la fracción II, del artículo 143 del Reglamento impugnado establece que: “En los casos en que el parto ocurra durante el periodo de la incapacidad prenatal, **el subsidio corresponderá únicamente a los días transcurridos; los días posteriores amparados por este certificado pagados y no disfrutados serán ajustados respecto del certificado de incapacidad posparto**, cuando la asegurada no haya estado bajo control y tratamiento médico institucional o **cuando se trate de producto prematuro**”, el ajuste a que se refiere ese precepto respecto de los días no disfrutados del periodo prenatal así como del subsidio respectivo, deberá realizarse a efecto de autorizar a la asegurada que pueda disfrutarlo de manera conjunta con el periodo de descanso posterior al parto, garantizando que la licencia por maternidad total nunca sea inferior a un mínimo de doce semanas.

101. Así, esta Segunda Sala considera que dado el estado de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres durante el periodo de embarazo, **se concluye la interpretación que debe darse a los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social**, no debe ser estricta ni rigurosa o limitando el derecho de las aseguradas a que puedan acceder al periodo prenatal que no disfrutaron en virtud de un parto prematuro, conjuntamente con el descanso posterior al parto, garantizando que todas las aseguradas puedan completar un total de doce semanas de licencia de maternidad, así como recibir el subsidio correspondiente, lo que es necesario a efecto de garantizar el derecho a la salud de la madre asegurada y de su hijo, así como para proteger el bienestar de la familia.
102. De esta manera, los conceptos de violación que las quejas vierten en contra de los preceptos legal y reglamentario impugnados devienen infundados, contrario a lo que afirman, su interpretación permite concluir que sí tutelan el supuesto relativo a los partos prematuros.
103. Consecuentemente, **la interpretación anunciada sustenta la constitucionalidad de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, señalados como actos reclamados en el juicio de amparo y, en vía de consecuencia, la negativa del amparo vinculada con los mismos.**

V. Análisis del acto de aplicación

104. Derivado de la interpretación de esta Segunda Sala en relación con los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y el 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, se concluye que **es ilegal que en el oficio reclamado de uno de diciembre de dos mil quince el IMSS haya negado a la quejosa el otorgamiento del periodo de incapacidad prenatal y el subsidio correspondiente, por considerar que el supuesto de parto prematuro o pre termino para el otorgamiento de esa prestación no se encuentra previsto en la ley ni en el reglamento.**
105. Ello es así, pues como ya se mencionó, el periodo de descanso por maternidad y el pago del subsidio correspondiente no deben otorgarse por un lapso menor a doce semanas, de manera que cuando se actualice el supuesto de un parto prematuro, el Instituto asegurador deberá autorizar que la asegurada pueda disfrutar del periodo prenatal conjuntamente con la licencia correspondiente al postparto, ello con el fin de que la madre pueda recuperarse de los problemas de salud suscitados durante el desarrollo del embarazo, además de estar en aptitud de atender los cuidados que el recién nacido requiere para garantizar su sobrevivencia. Al mismo tiempo que, dicho periodo de descanso le garantizará procurar del bienestar de su familia.
106. Consecuentemente, al resultar parcialmente fundados los conceptos de violación, procede conceder el amparo y protección de la justicia federal en favor de las quejas.

VI. Efectos de la sentencia de amparo

107. El artículo 77, fracción II²⁸, de la Ley de Amparo establece que cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, el efecto de la concesión del amparo debe obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.
108. En el caso, el oficio de uno de diciembre de dos mil quince negó a la parte quejosa disfrutar del “certificado de incapacidad prenatal”. En consecuencia, atendiendo a lo previsto en el precepto legal antes citado lo conducente, sería conceder el amparo a efecto de que el Instituto otorgue la licencia de maternidad prenatal y el subsidio previsto en el artículo 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.
109. Sin embargo, no puede pasar inadvertido que la quejosa, hija de la asegurada nació el diez de octubre de dos mil quince, lo que implica que actualmente la menor cuenta con más de cuatro años, tres meses de edad.
110. En ese sentido, conceder el amparo a efecto de que el Instituto responsable les otorgue el periodo de descanso prenatal y cubra el pago del subsidio, en modo alguno podría constituir una medida que les restituya en el goce del derecho que se les negó.
111. Ello porque como ya se señaló en consideraciones anteriores, la autorización de que en el caso de partos prematuros, las aseguradas puedan disfrutar del periodo de descanso prenatal y del subsidio

²⁸ Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán:

[...]

II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.

correspondiente, conjuntamente con el descanso posnatal, tiene entre otros propósitos, procurar que ellas se recuperen de las complicaciones de salud generadas durante el parto, así como proporcionar a los menores prematuros los cuidados necesarios para garantizar su supervivencia.

112. Luego, si en el caso, la menor, hija de la asegurada cuenta con más de cuatro años de edad, el autorizar que su madre disfrute del periodo prenatal de descanso y que reciba el pago del subsidio, en modo alguno podría generarle el bienestar garantizado por la norma constitucional, pues no es posible retrotraer las cosas al estado que guardaban al momento del nacimiento de la menor y procurarle los cuidados de salud que en su momento requería.
113. Además, esta Segunda Sala tampoco advierte que la violación reclamada pueda ser subsanada a través del pago del subsidio que el Instituto responsable debió cubrirle durante el periodo de incapacidad prenatal que le negó.
114. Lo anterior, porque el aludido subsidio tiene por objeto constituir un apoyo en favor de la madre trabajadora durante el periodo que no laboró con motivo del nacimiento de su hijo, de manera que durante el periodo de descanso por maternidad, sus percepciones no se vean disminuidas, ni menoscabadas, en detrimento de su bienestar y el de su familia.
115. Sin embargo, en el caso, la quejosa en ningún momento vio disminuidas sus percepciones, pues como se desprende de la demanda, ella venía laborando con antelación al momento del parto, aunque con intervalos de descanso que se le otorgaron por enfermedad general, motivados por complicaciones en el embarazo, que posteriormente disfrutó del

periodo de incapacidad posparto de cuarenta y dos días, reincorporándose a su empleo después de dicho periodo.

116. Luego, si lo que genera el derecho a recibir el pago del subsidio es el disfrute del periodo prenatal y es el caso que atendiendo a la edad de la menor, la asegurada no está en aptitud de disfrutar del mismo, tampoco está en el caso de que se ordene al Instituto otorgarle el pago del subsidio correspondiente.
117. Por otra parte, si bien podría pensarse que el efecto de la concesión del amparo debe traducirse en ordenar al Instituto demandado a expedir la licencia de maternidad prenatal y otorgar el subsidio correspondiente en favor de las quejas, aun a pesar de que la menor actualmente cuenta con más de cuatro años de edad, lo cierto es que, a juicio de esta Segunda Sala, tal determinación lejos de ocasionarle un beneficio, podría perjudicarla.
118. En primer lugar, las licencias de maternidad han probado tener un efecto perjudicial en la vida laboral de las mujeres trabajadoras, en tanto hay indicadores que permiten afirmar que son un factor directo en la falta de promociones y oportunidades dentro de la fuerza de trabajo. En el entendido de que la trabajadora no tiene un hijo recién nacido en este momento que requiera de esos cuidados y apego constante, si se le otorga el periodo prenatal de descanso esto podría tener repercusiones innecesarias en su vida laboral²⁹.

²⁹ Suk Julie C., "From Antidiscrimination to Equality: Stereotypes and the Life Cycle in the United States and Europe". The American Journal of comparative law, Estados Unidos, vol. 60 , número 1, Invierno de 2012. Disponible en: <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/60/1/75/2571362?redirectedFrom=fulltext>. Consultado el cinco de febrero de dos mil veinte.

119. Además, de conformidad con el artículo 102 de la Ley de Seguro Social, una de las condiciones para que se actualice el derecho a recibir el subsidio por maternidad, consiste en que la asegurada no se encuentre desarrollando un trabajo remunerado. En ese sentido, para que la quejosa pudiera disfrutar del periodo de descanso prenatal que se le otorgó, estaría obligada a dejar de laborar durante el lapso que abarque la licencia correspondiente, es decir, durante cuarenta y dos días.
120. Ello implicaría que en el lapso de descanso, la asegurada reciba el subsidio correspondiente que en términos del artículo 101 de la Ley del Seguro Social se cubre con base al ciento por ciento del salario de cotización.
121. Si bien el salario que regularmente recibe la quejosa por el desempeño de su trabajo es el mismo que su patrón se encuentra obligado a reportar ante el Instituto de seguridad social, como salario de cotización, lo cierto es que, atendiendo al principio de la realidad, se debe tomar en cuenta que en la mayoría de las ocasiones dicho salario es inferior al que el trabajador realmente recibe.
122. En ese sentido, conceder el amparo a efecto de que la quejosa disfrute del periodo posnatal que el Instituto asegurador le negó, no sólo no le genera la posibilidad de procurar los cuidados que su menor hija requería al momento de su nacimiento, sino que además implica que innecesariamente tome un periodo de descanso que actualmente no requiere y que, además, vea disminuidas sus percepciones en virtud de que el salario que recibe es mayor que el subsidio que en todo caso le correspondería.
123. Por tanto, se concluye que en la especie, la afectación generada a las quejas derivada de la negativa del Instituto responsable de otorgar el

periodo prenatal y cubrir el pago del subsidio correspondiente, se traduce en un daño inmaterial, en virtud de que se impidió el acceso al derecho de protección a la maternidad, pues además de que se restringió a la madre asegurada el derecho a recuperar su salud, se le impidió proporcionar a su menor hija los cuidados que en su momento requirió como recién nacida prematura.

124. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido que el concepto de daño inmaterial *“puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”*³⁰.
125. Luego, esta Segunda Sala considera que en casos como éste, en los que por las circunstancias de tiempo es materialmente imposible restituir a la quejosa en el goce del derecho violado, el efecto de la concesión del amparo debe consistir en el pago de una compensación económica como medida de reparación que sirve para indemnizar el daño causado.
126. Es cierto que la Ley de Amparo no contempla la posibilidad de que en una sentencia que concede el amparo se pueda establecer el monto de una compensación económica como medida de reparación para indemnizar el daño causado en los casos en que un derecho fundamental no puede ser reparado, porque el diseño del cumplimiento

³⁰ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Reparaciones, párr. 84, Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, Reparaciones, párr. 236 y Caso Lagos del Campo contra Perú, Reparaciones, párr. 220.

de las ejecutorias de amparo únicamente permite establecer ese tipo de medias a través de cumplimiento sustituto.

127. Sin embargo, no debe soslayarse que el Estado Mexicano se encuentra obligado a garantizar el derecho a una reparación integral, de ahí que sea justificable que en los casos en que el juzgador advierta que la violación a derechos humanos constituye un daño inmaterial que es irreparable bajo cualquier aspecto, lo que procede es establecer el monto de una compensación económica que sea proporcional al daño causado.
128. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que *“la indemnización tiene carácter compensatorio y, por lo tanto, debe ser otorgada en la extensión y en la medida suficientes para resarcir los daños materiales y morales sufridos.”*³¹
129. En ese sentido, esta Segunda Sala considera que en el presente caso se ocasionó un daño inmaterial a las quejas porque al negar el otorgamiento de la licencia de incapacidad prenatal en favor de la madre asegurada, se puso en riesgo tanto la salud de esta como la de su hija, pues por un lado, se obligó a la quejosa a reintegrarse a sus labores de trabajo después de cuarenta y dos días posteriores al nacimiento de su hija, impidiéndole restablecerse de las complicaciones en su salud, aunado a que se le imposibilitó desarrollar los cuidados especiales que en su momento la menor prematura requería a efecto de garantizar su sobrevivencia y calidad de vida.
130. La Corte Interamericana también ha señalado que *“la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los*

³¹ Caso *Garrido y Baigorria vs Argentina*, Indemnizaciones, párrafo. 47.

planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.”³²

131. En esas condiciones, esta Segunda Sala considera que dado que el efecto de la negativa de la autoridad fue que trabajara días que legalmente ella debería de haber tenido de descanso por su condición de post-parto prematuro, procede aplicar de forma analógica lo previsto en los artículos 73 y 75³³ de la Ley Federal del Trabajo, conforme a los cuáles, los trabajadores no están obligados a prestar servicios en sus días de descanso o en días de descanso obligatorio, pero que de hacerlo, independientemente del salario que les corresponde por esos días, tendrán derecho a un salario doble por el servicio prestado.
132. Por tanto, se concluye que el monto de la indemnización que el Instituto responsable debe cubrir a la quejosa como medida de reparación del daño derivado de la violación al derecho de protección a la maternidad, debe calcularse con base en el doble del subsidio que debió otorgársele por el periodo de incapacidad prenatal que se le negó, pues ante dicha negativa la quejosa se vio obligada a regresar a su fuente de empleo en un periodo en el que debió disfrutar un descanso. Cantidad que deberá

³² Caso Campo Algodonero vs México, reparaciones, párrafo 450.

³³ Artículo 73.- Los trabajadores no están obligados a prestar servicios en sus días de descanso. Si se quebranta esta disposición, el patrón pagará al trabajador, independientemente del salario que le corresponda por el descanso, un salario doble por el servicio prestado.

Artículo 75. [...]

Los trabajadores quedarán obligados a prestar los servicios y tendrán derecho a que se les pague, independientemente del salario que les corresponda por el descanso obligatorio, un salario doble por el servicio prestado.

determinarse a razón del último salario de cotización que corresponde a la quejosa.

133. **Efecto:** En consecuencia, lo procedente es conceder el amparo para el efecto de que el Instituto Mexicano del Seguro Social cubra a la quejosa una indemnización por concepto de reparación del daño derivado de que impidió a la quejosa disfrutar del periodo de incapacidad prenatal que le negó, cantidad que deberá determinarse con el doble del monto del subsidio que se le debió pagar por el mencionado periodo, a razón del último salario de cotización que corresponde a la quejosa.
134. Por lo expuesto, procede conceder la protección constitucional a las quejasas.

VII. DECISIÓN

135. En consecuencia, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve,

PRIMERO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a Nataly Cortés Cortés y otra, contra los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión ampara y protege a las quejasas, contra el acto de aplicación de los preceptos legales impugnados, consistente en el oficio de primero de diciembre de dos mil quince, por los motivos y para los efectos precisados en esta ejecutoria.

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

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

Así lo resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas, Yasmín Esquivel Mossa y Presidente Javier Laynez Potisek (ponente).

PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA Y PONENTE

MINISTRO JAVIER LAYNEZ POTISEK

SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA SEGUNDA SALA

JAZMÍN BONILLA GARCÍA

La Secretaria de Acuerdos **CERTIFICA** que esta hoja corresponde a la ejecutoria dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente relativo al amparo en revisión 955/2019 en la sesión ordinaria llevada a cabo el cuatro de marzo del dos mil veinte, misma que se suscribe electrónicamente en cumplimiento a lo ordenado por el artículo segundo, punto 10, del Acuerdo General 10/2020, de veintiséis de mayo del dos mil veinte, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. **DOY FE.**

En términos de lo dispuesto en los artículos 6°, apartado A, fracción II, 16, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 23, 68, fracciones II y VI, 73, fracción II, 110, 113 y 116 de la Ley

AMPARO EN REVISIÓN 955/2019

General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 3°, fracciones IX y X, 7°, de Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, así como en lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión privada celebrada el veintinueve de agosto de dos mil dieciséis, determinación que consta en el oficio número SGA/MFEN/2029/2016 signado por el Secretario General de Acuerdos de este Alto Tribunal; en esta versión pública se testa la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos.

LJRL