



RECOMENDACIÓN NO. 23/2017

SOBRE CASOS DE RESTRICCIONES ILEGÍTIMAS AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, EN LA MODALIDAD DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, EN AGRAVIO DE V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 Y V15.

Ciudad de México, a 31 mayo de 2017

**MTRO. MIKEL ARRIOLA PEÑALOSA
DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO
MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**

Distinguido Director General:

1. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1º, párrafos primero, segundo y tercero, 102, apartado B, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º, 3º, párrafo primero, 6º, fracciones I, II y III, 15, fracción VII, 24, fracciones II y IV, 42, 44, 46 y 51 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; así como 128 a 133 y 136 de su Reglamento Interno, ha examinado las evidencias contenidas en el expediente CNDH/6/2015/9977/Q, y sus acumulados CNDH/6/2015/6542/Q, CNDH/6/2016/7403/Q, CNDH/6/2016/9071/Q, CNDH/6/2016/8937/Q, CNDH/6/2017/114/Q y CNDH/6/2017/133/Q, por hechos violatorios a derechos humanos en contra de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 y V15.

2. Con el propósito de proteger la identidad de las personas que intervinieron en los hechos y evitar que sus nombres y datos personales sean divulgados, se omitirá su publicidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º, párrafo segundo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 147 de su Reglamento Interno. Dicha información se pondrá en conocimiento de la autoridad recomendada a través de un listado adjunto, en que se describe el significado de las claves utilizadas, con lo cual adquieren el compromiso de dictar las medidas de protección de los datos correspondientes.

3. Toda vez que en el presente documento en reiteradas ocasiones se hace referencia a las siguientes instituciones, y documentos normativos, a continuación se presenta una lista de abreviaturas y siglas utilizadas a efecto de facilitar la lectura y evitar su constante repetición: Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Ley Federal del Trabajo (LFT), Ley del Seguro Social (LSS); y División de Atención a Quejas en materia de Derechos Humanos del IMSS (División de Derechos Humanos del IMSS).

I. HECHOS.

A) Caso de V1 y V2.

4. El 5 de julio de 2015 V1, mujer de 33 de años, asegurada del IMSS, presentó un parto prematuro a las veintinueve semanas de gestación, en virtud del cual nació V2 quien, debido a su estado de salud derivado de esa circunstancia, tuvo que ser hospitalizada durante dos meses y medio en el Centro Médico Nacional La Raza del IMSS.

5. El 15 de julio de 2015, V1 solicitó de manera verbal ante la Dirección Médica de la UMF 29 del IMSS en la Ciudad de México, se le otorgaran las seis semanas de incapacidad prenatal, a efecto de gozarlas de manera posterior al parto y poder brindar los cuidados que V2 requería; V1 señaló que le respondieron que ella no

tenía derecho a esa prestación, en virtud de no haber alcanzado las 34 semanas de gestación que se exigen; además agregó que le indicaron que V2 *“no tendría una duración de vida más allá de uno o dos meses, por lo que se consideraba innecesario otorgar más de seis semanas de incapacidad postnatal”*.

6. Una vez analizado el escrito de queja, esta Comisión Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2015/6542/Q.

B) Caso de V3 y V4.

7. El 17 de febrero de 2016 V3, mujer de 31 años de edad, asegurada del IMSS, presentó un parto pretérmino a las treinta y seis semanas de gestación, en virtud del cual nació V4.

8. Debido a que el parto se adelantó, con respecto a la fecha aproximada fijada por el médico, V3 sólo pudo gozar de 17 días de incapacidad prenatal, no así los 42 a que tenía derecho, a pesar de haber solicitado con anticipación la transferencia de cuatro de las seis semanas de incapacidad prenatal, para gozarlas de manera posterior al parto, con fundamento en el artículo 170 de la LFT, lo cual le fue negado por AR1.

9. Una vez analizado el escrito de queja, este Organismo Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2015/9977/Q.

C) Caso de V5, V6 y V7.

10. El 5 de agosto de 2016, a V5, mujer de 41 años de edad, asegurada del IMSS, le fue practicada una cesárea, cuando cursaba con 32 semanas de gestación, debido a que presentó complicaciones de salud que pusieron en riesgo a los productos gemelares de la gestación, V6 y V7.

11. Una vez practicada la cesárea, V6 y V7 recibieron cuidados intensivos por su condición de neonatos prematuros, durante 35 días, lo cual fue necesario para que sobrevivieran.

12. El 17 de agosto de 2016, V5 solicitó de manera verbal a la Dirección Médica de la UMF No. 28 en la Ciudad de México, la transferencia de cuatro semanas de incapacidad prenatal, al periodo posterior al parto. En respuesta le fue indicado que sólo le correspondían 42 días de incapacidad post parto.

13. Una vez analizado el escrito de queja, este Organismo Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2016/7403/Q.

D) Caso de V8 y V9.

14. El 12 de octubre de 2016 el IMSS le otorgó a V8, mujer de 37 años, asegurada del IMSS, un certificado de incapacidad por maternidad correspondiente a 63 días, lo que originó la inconformidad de V8, debido a que no se le respetó el periodo completo de descanso por maternidad correspondiente a 84 días, por lo que en esa misma fecha presentó la solicitud de incapacidad retroactiva por los 21 días faltantes.

15. El 17 de octubre de 2016 nació V9 a las 39 semanas de gestación.

16. El 11 de noviembre de 2016, V8 presentó queja ante la Comisión Estatal de los Derechos Humanos en Baja California, por los hechos referidos, y señaló que aún no recibía respuesta por parte del IMSS a la solicitud de incapacidad retroactiva. Por razón de competencia, el expediente de queja fue remitido a esta Comisión Nacional el 29 de noviembre de 2016.

17. Una vez analizado el escrito de queja, este Organismo Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2016/9071/Q.

E. Caso de V10 y V11.

18. El 20 de noviembre de 2016 V10, mujer de 37 años, asegurada del IMSS, presentó un parto pretérmino a las treinta y dos semanas de gestación, en virtud del cual nació V11 quien, debido a su estado de salud derivado de esa circunstancia, tuvo que ser hospitalizada bajo cuidados intensivos neonatales por 20 días.

19. El 21 de noviembre de 2016, la Dirección del Hospital General Regional No. 196 en Ecatepec, Estado de México, otorgó a V10 incapacidad por maternidad por 42 días, ante lo cual V10 se inconformó de manera verbal y solicitó se le otorgaran los 84 días de descanso; sin embargo, la respuesta fue en sentido negativo.

20. Una vez analizado el escrito de queja, este Organismo Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2016/8937/Q.

F. Caso de V12 y V13.

21. El 22 de noviembre de 2016 V12, mujer trabajadora de 35 años, asegurada del IMSS, presentó un parto pretérmino a las veintiséis semanas de gestación, en virtud del cual nació V13 quien, debido a su estado de salud derivado de esa circunstancia, tuvo que ser hospitalizada bajo cuidados intensivos neonatales por 70 días en el Hospital General de Zona 1-A “Dr. Rodolfo Antonio De Mucha Macías” del IMSS, en la Ciudad de México.

22. Debido a estos acontecimientos la Jefatura de Ginecoobstetricia del Hospital General de Zona 1-A, en la Ciudad de México, otorgó a V12 42 días de incapacidad por maternidad, situación que motivó la inconformidad de V12, al no reconocérsele el periodo íntegro de descanso previsto en la Constitución y en la LFT.

23. Una vez analizado el escrito de queja, este Organismo Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2017/114/Q.

G. Caso de V14 y V15.

24. El 1 de septiembre de 2016 V14, mujer trabajadora de 37 años, asegurada del IMSS, acudió con AR7 a efecto de solicitar información relacionada con el trámite de *“Solicitud de Transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal”*, ocasión en la que el referido servidor público le informó que debía presentarse cuando contara con treinta y ocho semanas de gestación con la solicitud debidamente llenada para la transferencia de semanas.

25. El 31 de octubre de 2016, día de la cita para realizar el trámite, V14 no pudo acudir por presentarse el nacimiento de V15 a las 37 semanas de gestación, quien tuvo que permanecer 15 días en el hospital bajo cuidados intensivos, y por ello V14 acudió dos días después, es decir el 2 de noviembre de 2016, a solicitar su incapacidad por maternidad, ocasión en la que en el Área de Medicina Familiar de la UMF 27 en Tijuana Baja California, se determinó otorgar 42 días de descanso por maternidad; ante la inconformidad de V14 por no reconocerle el periodo completo de descanso por maternidad, la Dirección Médica de esa Unidad confirmó la negativa y lamentó la información errónea proporcionada por AR7.

26. Una vez analizado el escrito de queja, este Organismo Nacional determinó la apertura del expediente CNDH/6/2017/133/Q.

27. Al advertirse que los hechos de los siete expedientes reflejaban una problemática similar ante la misma autoridad, se determinó la acumulación de los mismos al expediente CNDH/6/2015/9977/Q, con fundamento en el artículo 85 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional.

28. A fin de documentar las violaciones a derechos humanos, se requirió información al IMSS, cuya valoración lógicojurídica es objeto de análisis en el capítulo de observaciones de la presente Recomendación.

II. EVIDENCIAS.

A. Caso de V1 y su hija V2.

29. Escrito de queja presentado por V1 ante esta Comisión Nacional, el 6 de agosto de 2015.

30. Correo electrónico de 14 de septiembre de 2015, a través del cual se envió el informe de la Dirección Médica de la UMF 29 del IMSS en la Ciudad de México, en el que señaló el motivo por el que se negó a V1 el periodo completo de descanso por maternidad.

31. Correo electrónico de 14 de octubre de 2015, a través del cual se señaló como fundamento jurídico de la negativa a acceder a la petición de V1, el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS.

32. Oficio 095217614BB1/2185 de 27 de octubre de 2015, mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS informó a este Organismo Nacional la respuesta brindada por la Jefatura de Medicina Familiar de la UMF 29 en la Ciudad de México, consistente en que no era posible acceder a la petición de V1.

33. Oficio 095217614BB1/2361 de 19 de noviembre de 2015, mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS informó que el 31 de enero de 2013, AR2 emitió oficio 0952174000/0039 con la opinión relativa a la aplicación y vigencia de la reforma realizada al artículo 170 de la LFT, por lo cual no era posible la transferencia de semanas de maternidad del periodo prenatal al posnatal.

34. Oficio 095217614BB1/0410 de 2 de marzo de 2016, mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS informó a esta Comisión Nacional que no correspondió el pago a V1 de la incapacidad por maternidad, debido a que el

subsidio sólo tiene lugar cuando la trabajadora no percibe su salario, lo cual no ocurrió en el caso de V1.

35. Acuerdo de acumulación del expediente CNDH/6/2015/6542/Q al CNDH/6/2015/9977/Q de 20 de abril de 2016.

B. Caso de V3 y su hija V4.

36. Oficio circular Núm. 095217612000/000113 de 4 de junio de 2013, mediante el cual la Dirección de Prestaciones Médicas instruyó a todas las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal, la obligación de autorizar la transferencia de semanas.

37. Acta circunstanciada realizada por personal de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en la que hizo constar la queja interpuesta por V3 ante ese Organismo Local, la cual fue remitida a esta Comisión Nacional por razón de competencia el 11 de diciembre de 2015.

38. Oficio 095217614BB1/0085 de 22 de enero de 2016, mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS informó a este Organismo Nacional la respuesta brindada por AR1, consistente en que no era procedente la transferencia de semanas de incapacidad por maternidad del periodo prenatal al posnatal.

39. Oficio 095217614BB1/0539 de 17 de marzo de 2016, mediante el cual el Área de Asuntos Especiales del IMSS, envió a esta Comisión Nacional copia de las incapacidades otorgadas a V3.

40. Acta circunstanciada realizada por personal de esta Comisión Nacional, de fecha 5 de julio de 2016, relativa a la consulta al portal de internet del IMSS, en el que se dio a conocer al público en general la posibilidad de transferir hasta cuatro semanas de incapacidad del periodo prenatal al posnatal.

41. Oficio 095217614BB1/1586 de 13 de julio de 2016, mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS envió a este Organismo Nacional copia de la Circular 095217612000/00151 de 29 de junio de 2016, suscrita por AR3 y AR4, con la que se dio a conocer al personal del IMSS el procedimiento vigente a partir del 01 de julio de 2016, para el trámite denominado *“Solicitud de transferencia de semanas de descanso del periodo prenatal al posnatal”*, así como los respectivos formatos que se deben llenar para su autorización una vez cumplidos los requisitos.

42. Oficio Número 0952174000/0239 de 24 de agosto de 2016, publicado en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual la Dirección Jurídica del IMSS emitió el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”*, en el cual se establece el otorgamiento de un certificado de incapacidad único por 84 días; además de autorizar la transferencia de semanas del periodo prenatal al posnatal, y dejó sin efectos el diverso 09521174000/0039 de 31 de enero de 2013.

43. Opinión médica de 21 de octubre de 2016, elaborada por personal de esta Comisión Nacional, a través de la cual informa acerca de los riesgos a la salud que pueden presentar los productos prematuros de la gestación, así como la clasificación de ese tipo de nacimientos, de conformidad con la literatura médica aplicable.

C. Caso de V5 y sus hijos V6 y V7.

44. Escrito de queja presentado por V5 ante esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el 26 de septiembre de 2016.

45. Oficio 095217614BB1/2527 de 3 de noviembre de 2016, mediante el cual el Área de Asuntos Especiales del IMSS remitió a este Organismo Nacional el informe de la Dirección Médica de la UMF 28 en la Ciudad de México, en el cual indicó el motivo de la negativa a otorgar la transferencia de semanas de incapacidad a V5.

46. Acta circunstanciada realizada por personal de esta Comisión Nacional, de fecha 16 de noviembre de 2016, en la que se hizo constar la comunicación con V5, a efecto de hacer de su conocimiento el informe rendido por la Dirección Médica de la UMF 28 en la Ciudad de México.

47. Opinión médica de 29 de noviembre de 2016, elaborada por personal de esta Comisión Nacional, relativa a las implicaciones a la salud, tanto para la madre como para el producto de la gestación, en casos de partos prematuros, así como los factores que permiten predecir el riesgo de presentar este tipo de nacimientos, de conformidad con la literatura médica aplicable.

48. Acuerdo de acumulación del expediente CNDH/6/2016/7403/Q al CNDH/6/2015/9977/Q de 29 de noviembre de 2016.

D. Caso de V8 y su hija V9.

49. Nota de egreso hospitalario de 13 de septiembre de 2016, suscrita por el Servicio de Ginecología y Obstetricia del IMSS en Mexicali, Baja California.

50. Formato “Solicitud de Transferencia de semanas de descanso del periodo prenatal al postnatal” de fecha 6 de octubre de 2016.

51. Formato de solicitud de incapacidad retroactiva presentado por V8 el 12 de octubre de 2016, ante la Coordinación Técnica de Atención a Quejas e Información Pública de la Delegación Baja California del IMSS.

52. Nota médica de 12 de octubre de 2016, elaborada por AR5 en la cual señaló el motivo por el cual determinó reducir el periodo de descanso por maternidad a V8.

53. Certificación de comparecencia de V8 ante la Comisión Estatal de los Derechos Humanos en Baja California de fecha 11 de noviembre de 2016.

54. Oficio CEDHBC/TIJ/SDQO/342/2016 de 28 de noviembre de 2016, por el que se remitió el expediente de queja a este Organismo Nacional.

55. Oficio 095217614BB1/2886 mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS anexó el informe rendido por AR6, respecto a la atención brindada a V8.

56. Acta circunstanciada realizada por personal de esta Comisión Nacional, de fecha 27 de diciembre de 2016, en la que se hizo constar la comunicación con V8, a efecto de hacer de su conocimiento el informe rendido por AR6.

57. Acuerdo de acumulación del expediente CNDH/6/2016/9071/Q al CNDH/6/2015/9977/Q de 12 de enero de 2017.

E. Caso de V10 y su hija V11.

58. Escrito de queja presentado en línea por Q1 el 22 de noviembre de 2016, en el que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional.

59. Oficio 095217614BB1/2917 de 23 de diciembre 2016, mediante el cual la División de Derechos Humanos del IMSS informó a este Organismo Nacional la respuesta brindada por la Dirección del Hospital General Regional en Ecatepec del IMSS, consistente en la negativa a otorgar el periodo completo de incapacidad por maternidad a V10.

60. Oficio 095217614BB1/0059 de 12 de enero de 2017, mediante el cual el Área de Asuntos Especiales del IMSS envió a esta Comisión Nacional copia del expediente clínico de V10.

61. Acuerdo de acumulación del expediente CNDH/6/2016/8937/Q al CNDH/6/2015/9977/Q de 31 de enero de 2017.

F. Caso de V12 y su hija V13.

62. Escrito de queja presentado por V12 el 19 de diciembre de 2016, en el que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional.

63. Oficio 900 de 6 de enero de 2017, por el que esta Comisión Nacional solicitó al IMSS la implementación de medidas cautelares, para la atención del caso de V12 y V13.

64. Correo electrónico de 10 de enero de 2017, por el que la División de Subsidios y Ayudas de la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS emitió pronunciamiento sobre la solicitud de medidas cautelares por parte de este Organismo Nacional, las cuales no fueron aceptadas.

65. Oficio 095217614B20/0035 de 11 de enero 2017, mediante el cual la Coordinación de Atención a Quejas y Orientación al Derechohabiente del IMSS, dio respuesta en sentido negativo a la solicitud de medidas cautelares.

66. Oficio sin número de 23 de enero de 2017, a través del cual la Jefatura de Ginecoobstetricia del Hospital General de Zona 1-A del IMSS en la Ciudad de México, indicó el motivo por el cual no se otorgó el periodo completo de descanso por maternidad a V12.

67. Informe médico de 27 de enero de 2017, mediante el cual la Jefatura de Ginecología en el Hospital General de Zona 2-A del IMSS en la Ciudad de México señaló las condiciones médicas que V12 presentó y el tratamiento que se le proporcionó.

68. Oficio 095217614BB1/0206 de 30 de enero 2017, mediante el que el Área de Asuntos Especiales del IMSS adjuntó el informe de la Jefatura de Medicina Familiar de la Unidad de Medicina Familiar No. 4 del IMSS.

69. Acta circunstanciada realizada por personal de esta Comisión Nacional, de fecha 9 de febrero de 2017, en la que V12 informó a este Organismo Nacional la situación de salud en que se encontraba V13.

70. Acuerdo de acumulación del expediente CNDH/6/2017/114/Q al CNDH/6/2015/9977/Q de 27 de febrero de 2017.

G. Caso de V14 y su hijo V15.

71. Nota médica de 20 de septiembre de 2016, suscrita por el Área de Medicina Familiar en la Clínica 27 del IMSS en Tijuana, Baja California, en la que consta la consulta médica otorgada a V14.

72. Nota médica de 22 de septiembre de 2016, suscrita por AR7 en la que consta la consulta médica otorgada a V14.

73. Nota médica de 20 de octubre de 2016, suscrita por AR7 en la que consta la consulta médica otorgada a V14.

74. Formato de “*contrarreferencia*” emitido por AR7 el 20 de octubre de 2016, en el que indica que se envía a V14 con su médico familiar para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad por contar con 37.1 semanas de gestación.

75. Escrito de queja presentado por V14 el 6 de diciembre de 2016, en el que solicitó la intervención de esta Comisión Nacional.

76. Correo electrónico de 7 de diciembre de 2016, por el que el Área de Atención y Orientación al Derechohabiente de la Delegación del IMSS en Baja California envió a este Organismo Constitucional el informe de la Dirección de la Clínica 27 del IMSS en Tijuana, Baja California, respecto de los planteamientos de queja de V14.

77. Correo electrónico de 13 de diciembre de 2016, por el que la Coordinación Técnica de Atención a Quejas e Información Pública de la Delegación Regional del IMSS en Baja California informó los motivos por los que se determinó expedir un certificado de incapacidad por 42 días a V14.

78. Oficio “Ginecología/No. 023/2017” de 24 de enero de 2017, mediante el cual la Coordinación de Ginecología y Obstetricia del Hospital General Regional No. 1 del IMSS en Baja California dio respuesta a la queja de V14.

79. Oficio 095217614BB1/0219 de 30 de enero 2017, mediante el que el Área de Asuntos Especiales del IMSS adjuntó el informe de la Coordinación de Ginecología y Obstetricia del HGR No. 1, respecto de la atención proporcionada a V14.

80. Oficio REF 020508252110/DIR 191/17, mediante el cual la Dirección de la Clínica 27 del IMSS en Tijuana, Baja California informó el tratamiento brindado a V14 y el motivo por el cual se le otorgó el periodo de descanso por maternidad correspondiente a 42 días.

81. Acta circunstanciada realizada por personal de la Comisión Nacional, de fecha 9 de febrero de 2017, en la que hizo constar que dio a conocer a V14 los informes de AR7 y de la Dirección de la Clínica 27 del IMSS en Tijuana, Baja California.

82. Acuerdo de acumulación del expediente CNDH/6/2017/133/Q al CNDH/6/2015/9977/Q de 27 de febrero de 2017.

III. SITUACIÓN JURÍDICA.

83. Los casos analizados en la presente Recomendación corresponden a situaciones suscitadas durante el embarazo, parto y/o puerperio de mujeres trabajadoras, a quienes no les fue otorgado el periodo completo de descanso por maternidad a que tienen derecho, en términos de los estándares de derechos

humanos aplicables. Durante la tramitación de los expedientes tuvo lugar una modificación por parte del IMSS a los procedimientos para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad; sin embargo, tanto en el anterior procedimiento como en el nuevo, se establecen restricciones al periodo de descanso correspondiente a 84 días, lo que constituye el objeto de análisis en el apartado de Observaciones del presente documento.

84. Como antecedente, el 31 de enero de 2013, mediante oficio 09521174000/0039, AR2 emitió opinión jurídica en el sentido de que no era posible la transferencia de semanas de maternidad del periodo prenatal al posnatal, reconocida en la LFT, al no estar prevista en la normatividad del IMSS.

85. El 4 de junio de 2013, AR3 emitió el Oficio Circular Núm. 095217612000/000113, mediante el cual instruyó a todas las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal del IMSS, la obligación de autorizar la transferencia de semanas de descanso por maternidad.

86. El 29 de junio de 2016, AR3 y AR4 emitieron el Oficio Circular Número 095217612000/00151, mediante el cual dieron a conocer a los Directores de Unidades Médicas de Alta Especialidad con atención obstétrica, a los Jefes de Servicios de Prestaciones Médicas y a los Jefes de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS, los lineamientos para el otorgamiento de la transferencia de semanas de incapacidad prenatal al periodo postnatal. En dicha Circular expresamente se indica que en casos de partos pretérmino, anteriores a la semana 34 de gestación, sólo se otorgarán 42 días de descanso; además de disponer reducciones al periodo completo de 84 días, en otros supuestos.

87. El 24 de agosto de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Oficio Número 0952174000/0239, mediante el cual la Dirección Jurídica del IMSS emitió el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”*, en el cual se establece el otorgamiento de un certificado de incapacidad único por 84 días; además de autorizar la transferencia de semanas

del periodo prenatal al posnatal, y dejó sin efectos el diverso 09521174000/0039 de 31 de enero de 2013.

88. A la fecha de emisión de la presente Recomendación, el IMSS continúa aplicando el criterio por el que niega a las madres trabajadoras, en casos de partos prematuros, gozar del periodo de doce semanas de incapacidad por maternidad previsto en el artículo 123 de la Constitución, Apartado A, Fracción V, así como en el artículo 170, fracción II, de la LFT.

IV. OBSERVACIONES.

En este apartado se realiza un análisis de los hechos y evidencias que integran el expediente CNDH/2/2015/9977/Q y sus acumulados CNDH/6/2015/6542/Q, CNDH/6/2016/7403/Q, CNDH/6/2016/9071/Q, CNDH/6/2016/8937/Q, CNDH/6/2017/114/Q y CNDH/6/2017/133/Q, en términos del artículo 41 de la Ley de esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos y con un enfoque lógico jurídico de máxima protección de las víctimas, a la luz de los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, de los precedentes emitidos por esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los criterios jurisprudenciales aplicables, tanto de la SCJN, como de la Corte Interamericana, para determinar la violación a los derechos humanos a la seguridad social; seguridad jurídica y legalidad; igualdad y no discriminación; y una vida libre de violencia, en agravio de V1, V3, V5, V8, V10, V12 y V14; e inobservancia del interés superior de la niñez en agravio de V2, V4, V6, V7, V9, V11, V13 y V15, por actos atribuibles al personal del IMSS y a esta misma institución, originados por la negativa a reconocer completo el periodo de al menos doce semanas de incapacidad por maternidad a mujeres trabajadoras afiliadas a ese Instituto.

A. Contexto sobre la protección a la maternidad.

89. La salud materna y la salud infantil constituyen una de las grandes aspiraciones de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la

Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015, como el plan de acción global, orientador del actuar de los países hacia la prosperidad y la dignidad humana. En el caso particular, el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 3 convoca a *“Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”*.

90. De conformidad con las metas programadas, para el año 2030 se debe reducir la tasa de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100,000 nacidos vivos; poner fin a las muertes evitables de recién nacidos y de niños menores de 5 años, logrando que todos los países intenten reducir la mortalidad neonatal al menos hasta 12 por cada 1000 nacidos vivos, y la mortalidad de niños menores de 5 años al menos hasta 25 por cada 1000 nacidos vivos.¹

91. Estudios recientes desarrollados por la Organización Mundial de la Salud demuestran la importancia del contacto materno-infantil, como una de las medidas indispensables en la atención de los recién nacidos en forma prematura; factores como el control de la temperatura corporal y la alimentación continua mediante la leche materna son elementos indispensables para evitar la mortalidad neonatal durante las primeras semanas de vida.²

92. En el Informe de Acción Global sobre Nacimientos Prematuros, la Organización Mundial de la Salud señala que más de tres cuartas partes de los recién nacidos prematuros pueden salvarse con una atención sencilla y costo eficaz, consistente, por ejemplo, en ofrecer una serie de servicios sanitarios esenciales durante el parto y el periodo postnatal, para todas las madres y todos los lactantes, administrar inyecciones de esteroides prenatales (a las embarazadas que corren riesgo de parto prematuro, para fortalecer los pulmones del recién nacido); aplicar

¹ Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de desarrollo sostenible. 17 objetivos para transformar nuestro mundo*, consultado en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/> el 03 de mayo de 2017.

² Organización Mundial de la Salud, *Informe de Acción Global sobre nacimientos prematuros*, consultado en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs363/es/> el 24 de abril de 2017.

la técnica de la “madre canguro” (la madre sostiene al recién nacido desnudo en contacto directo con su piel y lo amamanta con frecuencia); y administrar antibióticos para tratar las infecciones del recién nacido.

93. Los recién nacidos prematuros corren el riesgo de desarrollar discapacidades que les acompañarán toda la vida, el grado en que esto puede afectarles en su vida depende en gran medida del nivel de prematuridad, la calidad de la atención y los cuidados recibidos en el parto y el periodo inmediatamente posterior a éste, y en los días y semanas subsiguientes.³

94. En el año 2006 se reportó que la prematuridad fue la causa de mortalidad infantil en 75% y de mortalidad neonatal temprana en 62% de los casos en los países en vías de industrialización. En México, la mitad de los bebés nacidos a las 32 semanas (dos meses antes de llegar a término) mueren por no haber recibido cuidados sencillos, eficaces y poco onerosos, como aportar al recién nacido calor suficiente, o no haber proporcionado apoyo a la lactancia materna, así como por no habérseles administrado atención básica para combatir infecciones y problemas respiratorios⁴.

95. De la investigación realizada por este Organismo Nacional, se pudo obtener información relacionada con el elevado número de casos de partos prematuros que se suscitan y son atendidos por el IMSS; de esta forma, en el periodo comprendido entre 2007 y 2012 se presentaron 240,351 nacimientos pretérmino en hospitales con atención gineco-obstétrica de segundo y tercer nivel de atención en esa Institución, lo que representa el 7.7% del total de partos atendidos.⁵

³ Ficha técnica de la Organización Mundial de la Salud sobre el número de nacimientos prematuros en el mundo, consultada en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs363/en/> el 24 de abril de 2017.

⁴ *Idem*.

⁵ Minguet-Romero, Ramón; Cruz-Cruz, Polita del Rocío; Aguli Ruíz-Rosas, Roberto y Hernández-Valencia, Marcelino, *Incidencia de nacimientos pretérmino en el IMSS (2007-2012)*, en Revista Ginecol Obstet Mex, No. 82, Ciudad de México, 2014, pp. 465-471.

96. Al respecto la literatura médica, tanto a nivel internacional como nacional, ha puesto a disposición de los profesionales de la salud y de la población en general, el resultado de diversos estudios sobre el tema, como es el caso del Informe de Acción Global sobre nacimientos prematuros, de la Organización Mundial de la Salud⁶; así como la Guía de Práctica Médica, Diagnóstico y Manejo del Parto Pretérmino⁷, emitida por las Instituciones que conforman el Sistema Nacional de Salud en nuestro país; en dichos documentos se hace especial referencia a la incidencia de partos prematuros como un problema de salud pública, cuya consecuencia se refleja en el alto porcentaje de las muertes perinatales y la elevada morbilidad neonatal, manifestada por secuelas neurológicas que repercuten en la vida futura del neonato, de la madre, de las familias y de la sociedad.

97. De ahí que el periodo de incapacidad por maternidad es indispensable y benéfico, tanto para las madres trabajadoras, como para sus recién nacidos, más aun tratándose de nacimientos pretérmino.

B. Derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad.

B.1 Estándar aplicable a las mujeres trabajadoras.

98. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la misma y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

⁶ *Op. Cit.* Nota 1.

⁷ Consultada el 24 de abril de 2017 en: <http://www.cenetec.salud.gob.mx>

99. Asimismo, establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia (interpretación conforme), favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro persona), por lo que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

100. El artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las mujeres trabajadoras 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.

101. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 22 y 25, establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social, y en particular, la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

102. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en los artículos 9 y 10, establece el derecho de toda persona a gozar de la red de servicios de seguridad social; y dispone la obligación del Estado a prestar protección a las madres antes y después del parto, así como otorgarles licencia remunerada y otras prestaciones si trabajan.

103. A nivel regional el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*.

104. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 9, refiere que *“toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”*; en particular, respecto de las mujeres señala que deberán contar con una *“licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”*.

105. En términos de lo señalado en esos instrumentos, el derecho a la seguridad social constituye una plataforma para el goce de otros derechos humanos, como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda y el derecho a la seguridad humana, en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, embarazo u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

106. El Convenio No. 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social, ratificado por el Estado Mexicano el 12 de octubre de 1961, en su artículo 46 establece que: *“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.”*; en relación con el artículo 47, que expresamente dispone: *“La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultante de los mismos, según la defina la legislación nacional.”*

107. En forma orientadora, debido a que no ha sido ratificado por el Estado mexicano, el Convenio No. 183 “Sobre la protección de la maternidad” de la Organización Internacional del Trabajo, establece que las madres trabajadoras tendrán derecho a una licencia por maternidad no menor a catorce semanas.⁸ A su

⁸ Artículo 4. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen

vez la Recomendación 191 de ese Organismo Internacional, señala que los países miembros deberían procurar extender la duración de la licencia de maternidad, mencionada en el artículo 4 del Convenio, a dieciocho semanas, por lo menos; así como, prever una prolongación de la licencia de maternidad en el caso de nacimientos múltiples y adoptar medidas para garantizar que, en la medida de lo posible, la mujer tenga derecho a elegir libremente cuándo tomará la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto.

108. Este Organismo Nacional enviará copia de la presente Recomendación a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, a efecto de que se lleven a cabo los procedimientos correspondientes para la ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, así como al Senado de la República para que sea considerada al determinar sobre la eventual aprobación del Convenio.

109. Derivado de las fuentes normativas internas, el artículo 170, fracción II, de la LFT, reglamentaria del artículo 123, Apartado A, de la Constitución, establece que las madres trabajadoras disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto. Dicho artículo fue reformado en 2012, precisamente para permitir la transferencia de semanas de incapacidad prenatal al periodo postnatal, como una medida para *“fortalecer y ampliar los derechos de las madres*

la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.

Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.

Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

trabajadoras, legitimando una práctica frecuente y en beneficio de la madre y el producto de la gestación” de conformidad con lo señalado en la exposición de motivos de la referida reforma⁹; a partir de la cual se otorga la posibilidad de transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto para después del mismo; e incluso, en caso de que los hijos hayan nacido con cualquier tipo de discapacidad o requieran atención médica hospitalaria, el descanso podrá ser de hasta ocho semanas posteriores al parto.

110. La LFT establece en favor de las mujeres trabajadoras, un descanso de doce semanas en caso de maternidad, por considerar que es el tiempo razonable para preservar la salud de la mujer, la del binomio materno infantil y la del recién nacido; e incluso, posibilita la ampliación de dicho término, por dos semanas más, en caso de que el recién nacido nazca con alguna discapacidad o requiera atención médica hospitalaria, es decir, en esta última hipótesis, se deriva un máximo de catorce semanas.

111. Aunado a ello, en el mencionado artículo se reconoce como una prestación de seguridad social de las mujeres trabajadoras, el derecho a elegir la forma en que podrán disfrutar de la licencia de maternidad, siempre y cuando su condición de salud lo permita, mediante la transferencia de hasta cuatro de las seis semanas de incapacidad prenatal al periodo posnatal; ello posibilita que las mujeres permanezcan más tiempo con el recién nacido durante las primeras semanas de vida, lo cual contribuye al desarrollo físico, psicológico y emocional de ambos, así como fortalecer su vínculo mutuo.¹⁰

⁹ Reforma a la LFT Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, cuya exposición de motivos se puede consultar en <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2012/sep/20120928-A.pdf>

¹⁰ Incluso el artículo 132 de la LFT en su fracción XXVII bis, establece como una obligación del patrón otorgar permiso de paternidad de cinco días laborables con goce de sueldo, a los hombres trabajadores, por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante. Dicha licencia de paternidad fue reconocida en el referido ordenamiento, con la reforma del 30 de noviembre de 2012, con lo que vino a complementar las prestaciones para los trabajadores

112. Los estándares sobre derechos humanos referidos, dotan de contenido al derecho a la seguridad social, en su modalidad de protección a la maternidad; esto es, a nivel internacional establecen un periodo de descanso de hasta 18 semanas, para todas las mujeres trabajadoras, durante el embarazo, parto y puerperio, con la finalidad de proteger la salud de la mujer, el binomio materno infantil y la salud del recién nacido; si bien en nuestro país dicho periodo se encuentra establecido en doce semanas, con la posibilidad, prevista en la LFT, de ampliarse a 14 semanas en los casos en que el recién nacido requiera atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad.

113. Estas son las hipótesis y los estándares vigentes mínimos acordes con la dignidad humana, derivados de la interpretación armónica de la Constitución, la LFT, los instrumentos internacionales y los precedentes de fuente nacional, que es obligatorio atender por parte de las instituciones competentes y los servidores públicos que laboran en ellas.

B.2 Normatividad del IMSS.

114. A continuación se analiza la normatividad que el IMSS aplica a las mujeres trabajadoras aseguradas.

115. La LSS, en relación con la incapacidad por maternidad, en su artículo 101 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.

derivadas del nacimiento de un hijo o hija, en busca de igualdad de oportunidades en el trabajo para hombres y mujeres, e impactar positivamente en la equidad de género.

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 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.”

116. Por su parte, el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, señala lo siguiente:

“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 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.”

117. De esta forma, la LSS parece no oponerse a lo previsto por la LFT y la Constitución, en lo que se refiere a las doce semanas de descanso por maternidad, toda vez que reconoce la incapacidad por maternidad durante 42 días previos y 42 posteriores al parto, e incluso prevé la posibilidad de ampliar el periodo prenatal en caso de que el parto se retrase, sin disminuir los 42 días posteriores al nacimiento del producto de la gestación.

118. Sin embargo, la LSS no se encuentra acorde con el artículo 170 de la LFT, ésta última reglamentaria del artículo 123 constitucional, en lo referente a la transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal, así como a la posibilidad de ampliar el periodo de descanso postnatal, dos semanas más, en los casos en que el recién nacido requiera atención médica hospitalaria, o nazca con alguna discapacidad.

119. Además del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, destaca que el 31 de enero de 2013, AR2 emitió opinión relativa a la aplicación y vigencia de la reforma realizada el 30 de noviembre de 2012 al artículo 170 de la LFT, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 de la LSS, respecto a la expedición de incapacidades, certificación del derecho y pago del subsidio en el ramo de maternidad, consistente en que *“los subsidios a que tienen derecho las madres aseguradas con motivo del embarazo y parto, deberán entregarse en la forma y condiciones señalados en el artículo 101 de la Ley del Seguro social, ello en concordancia con los artículos 5 y 7 del referido ordenamiento legal.”* por lo cual no era posible la transferencia de semanas de maternidad del periodo prenatal al posnatal, al no estar prevista en los referidos ordenamientos.

120. Dicha opinión fue emitida por AR2 con base en las atribuciones contempladas en el artículo 75, fracción I, del Reglamento Interior del IMSS, la cual le faculta para *“fijar los criterios de interpretación, para efectos administrativos, de la Ley y sus reglamentos y, en general, dictar y encauzar el criterio jurídico del Instituto”*. La consecuencia de tal criterio fue que de manera general se negara a las mujeres trabajadoras afiliadas al Instituto el derecho a transferir semanas de

incapacidad del periodo prenatal al postnatal reconocido en el artículo 170 de la LFT.

121. En diverso sentido, el 4 de junio de 2013, AR3 emitió el Oficio circular Núm. 095217612000/000113, mediante el cual instruyó a todas las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal, la obligación de autorizar la transferencia de semanas, mediante la utilización del *“Formato de Solicitud de Transferencia de Semanas de Descanso del periodo prenatal al posnatal de Acuerdo al artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo”*.

122. En alcance a ese oficio, el 15 de julio de 2016 AR3 y AR4 emitieron el Oficio Circular Número 095217612000/00151, de 29 de junio de 2016, mediante el cual dieron a conocer a los Directores de Unidades Médicas de Alta Especialidad con atención obstétrica, a los Jefes de Servicios de Prestaciones Médicas y a los Jefes de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS, los lineamientos para el otorgamiento de la transferencia de semanas de incapacidad prenatal al periodo postnatal.

123. En términos generales, el mencionado documento señala los requisitos para solicitar la transferencia de semanas; el procedimiento a seguir para su otorgamiento; reconoce el derecho de las trabajadoras para recibir las prestaciones económicas, aún cuando no se hayan atendido médicamente en el IMSS; y describe los supuestos que se podrían presentar, respecto de las solicitudes en diferentes periodos del embarazo, indicando la actuación de los servidores públicos de ese Instituto, en cada uno de esos escenarios.

124. Expresamente señala la forma de proceder en casos de partos prematuros como los de V1, V5, V10 y V12, así como aquellos casos en que el parto se suscite antes de que la mujer acuda a solicitar el periodo de incapacidad por maternidad, supuestos en los que establece reducciones al periodo completo de descanso por maternidad de 84 días.

125. El 24 de agosto de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Oficio Número 0952174000/0239, mediante el cual la Dirección Jurídica del IMSS emitió el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”*, en el cual se reconoce la posibilidad de transferir semanas de descanso del periodo prenatal al posnatal; además de disponer la expedición de un certificado único de incapacidad por maternidad correspondiente a 84 días y dejó sin efectos la opinión emitida el 31 de enero de 2013.

126. De esta forma, tanto el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS como la Circular de 29 de junio de 2016, dejan de observar lo que dispone la LSS, en perjuicio de las mujeres trabajadoras y de los recién nacidos, debido a que establecen reducciones al periodo de incapacidad por maternidad; el Reglamento al disponer que en caso de que el parto se suscite antes de cumplir las 34 semanas de gestación, sólo se otorgarán 42 días de descanso por maternidad; y la Circular al reiterar este criterio, además de señalar supuestos en los que se otorgan menos de 84 días de incapacidad, en caso de que la trabajadora acuda con posterioridad a determinada fecha, o no presente debidamente los requisitos y formalidades que en ese documento se establecen.

127. Aún cuando la problemática común en los casos analizados es la reducción del periodo de descanso por maternidad, existen ciertas particularidades en cada uno de ellos, principalmente por lo que se refiere a la temporalidad en que ocurrió el nacimiento de los productos de la gestación, y la forma en que la normatividad del Instituto otorga la prestación de seguridad social en las distintas hipótesis que podrían suscitarse. Así, este Organismo identificó diferentes supuestos que se describen a continuación:

a) **Mujeres embarazadas que gozaban de beneficios prenatales, cuyo parto se dio en la fecha prevista por el médico.** De conformidad con la LSS y el Reglamento de Prestaciones Médicas, toda vez que ya contaban con su incapacidad prenatal de 42 días y su embarazo llegó al término en la fecha prevista, les corresponde un descanso posterior al parto de 42 días, es decir, cuentan con un

total de 84 días de incapacidad por maternidad, equivalente a las 12 semanas previstas por la Constitución y la LFT, pero no contempla la posibilidad de otorgar las dos semanas adicionales reconocidas en esta última, en caso de que el recién nacido requiera atención médica hospitalaria, o nazca con alguna discapacidad.

b) **Mujeres embarazadas que gozaban de descanso prenatal, cuyo parto fue posterior a la fecha prevista por el médico.** En términos de la Ley y el Reglamento los días que excedan a la fecha prevista para el parto serán cubiertos mediante incapacidades por enfermedad general, es decir, se les cubre su salario al 60%, en lugar de cubrírsele al 100% como ocurre con la incapacidad por maternidad, de modo que el periodo posterior al parto no se modifica, por lo que sólo pueden gozar de 42 días de incapacidad posteriores al nacimiento del producto de la gestación. En estos casos se les brinda el periodo total de 84 días, más los días que se exceda el periodo prenatal, lo cual amplía el periodo de doce semanas previsto en la LFT y la Constitución, pero con la percepción del 60% de su salario, en razón de considerarlo como enfermedad general.

c) **Mujeres embarazadas que gozaban de descanso prenatal, cuyo parto se dio antes de la fecha prevista por el médico.** El Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS prevé que sólo disfrutarán de los días de incapacidad prenatal transcurridos hasta el momento del parto, una vez que este ocurre, se les otorgan únicamente los 42 días posteriores al nacimiento del producto de la gestación, sin posibilidad de acumular los días no disfrutados al periodo posparto; incluso, establece que los días pagados de incapacidad prenatal que no se disfrutaron, se deberán ajustar respecto del periodo posnatal. En estos casos se reduce el tiempo total de 84 días, que reconocen la LSS, la LFT y la Constitución, toda vez que los días que faltaron para completar el periodo prenatal ya no son reconocidos, en perjuicio de las mujeres trabajadoras y del recién nacido.

c.1) En este supuesto se encuentra el caso de V3, debido a que el nacimiento de V4 ocurrió cuando sólo habían transcurrido 17 días de los 42 que se le habían otorgado por concepto de incapacidad prenatal, por lo que no pudo gozar de los 25

días faltantes del periodo prenatal, ya que de manera posterior al parto sólo le fueron otorgados 42 días.

d) **Mujeres cuyo embarazo transcurría y tuvieron un parto prematuro, anterior a los 42 días previos a la fecha aproximada de un parto regular y, por lo tanto, no se encontraban gozando aún siquiera del periodo prenatal de descanso.** El Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS refiere que cuando se suscite el parto prematuro, sólo se otorgarán 42 días de incapacidad posterior al nacimiento del producto de la gestación, es decir, no se les otorga periodo de descanso por incapacidad prenatal, ni se permite el empleo de las semanas no ocupadas por la eventualidad del parto prematuro para el cuidado del recién nacido, lo cual, además, reduce prácticamente a la mitad las doce semanas, previstas en la LFT y la Constitución. Aunado a ello, la Circular 095217612000/0151 de 29 de junio de 2016, expresamente señala que en los casos de partos prematuros sólo se otorgarán 42 días de incapacidad posteriores al parto.

d.1) En este supuesto se encuentran los casos de V1, V5, V10 y V12 a quienes por haber presentado partos prematuros, se les otorgaron sólo 42 días de incapacidad por maternidad.

e) **Mujeres embarazadas que acuden ante el IMSS a solicitar la incapacidad por maternidad, de manera posterior a las treinta y cuatro semanas de gestación, bajo la vigencia del procedimiento previsto en la Circular de 29 de junio de 2016.** El Oficio Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, de 29 de junio de 2016, establece diferentes supuestos en los que se reduce el periodo de descanso por maternidad, en razón de la temporalidad en que la trabajadora acuda a solicitarlo, o en caso de omisiones al llenar la solicitud de transferencia de semanas.

e.1) En este supuesto se encuentran los casos de V8 y V14 a quienes AR5 y la Dirección de la Clínica 27 del IMSS en Tijuana, Baja California, respectivamente, determinaron reducirles el periodo de descanso por maternidad; en el primer caso

se otorgaron sólo 63 días; y en el segundo se otorgaron 42 días, de los 84 que les corresponden como descanso por maternidad, bajo el argumento de que V8 y V14 acudieron fuera de tiempo a solicitar la incapacidad, por lo que la consecuencia es descontar el número de días, de conformidad con lo dispuesto en la Circular de 29 de junio de 2016.

128. Derivado de los casos analizados en la presente Recomendación, este Organismo Constitucional identificó diversos supuestos en los que la normatividad aplicada por el IMSS restringe el derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, correspondiente al descanso de 84 días pagados al 100%. De esta forma se presentan situaciones en las que la reducción del periodo de descanso puede llegar a la mitad de lo que la Constitución y la LFT reconocen, para su mejor ejemplificación se desarrolló la siguiente tabla:

Constitución Artículo 123, apartado A, fracción V.	Ley Federal del Trabajo Artículo 170, fracción II.	Ley del IMSS Artículo 101	Reglamento de Prestaciones Médicas Artículo 143	Circular IMSS de 4 de junio de 2013	Circular IMSS de 29 de junio 2016	Criterio de interpretación IMSS 24 de agosto de 2016
6 semanas antes del parto + 6 semanas después del parto	6 semanas antes del parto (puede transferir 4 para posparto) + 6 semanas después del parto (puede ampliarse a 10 si transfiere) + 2 semanas en caso de atención hospitalaria o discapacidad del recién nacido	42 días antes del parto + 42 días después del parto	42 días antes del parto + 42 días después del parto - * Si el nacimiento ocurre antes de las 34 semanas de gestación, sólo se otorgan 42 días. * Si el nacimiento ocurre entre la semana 34 y antes de la fecha calculada, los días faltantes de gestación se reducen del periodo de descanso.	6 semanas antes del parto (puede transferir 4 semanas para posparto) + 6 semanas después del parto (puede ampliarse a 10 semanas si transfiere)	6 semanas antes del parto (puede transferir 4 para posparto) + 6 semanas después del parto (puede ampliarse a 10 si transfiere) * Si el nacimiento ocurre antes de las 34 semanas de gestación, sólo se otorgan 42 días. * Si la mujer acude a solicitar la incapacidad con posterioridad a las 34 semanas se reduce el periodo de descanso. * Si no cumple con las formalidades para solicitar la transferencia, se reduce el periodo de descanso.	Certificado de incapacidad por maternidad único. 84 días de descanso Posibilita la transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal.

Fuente: Elaboración CNDH.

C. Análisis de los casos concretos.

129. A efecto de analizar el orden en que fueron descritas las cinco diferentes hipótesis que se desprenden de la normatividad aplicada por el IMSS, aplicables a los casos analizados en la Recomendación, se presentará en primer lugar el caso de (V3 y V4), posteriormente, los casos de (V1 y V2), (V5, V6 y V7), (V10 y V11) y (V12 y V13) que presentan una situación similar al ser partos pretérmino; y finalmente, los casos de (V8 y V9) y (V14 y V15) a los que se aplicó el nuevo procedimiento para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad.

C.1 Caso de V3 y V4.

130. Este caso corresponde a la hipótesis identificada en párrafos anteriores con el inciso c), es decir, mujeres embarazadas que gozaban de beneficios prenatales, y el nacimiento ocurrió antes de la fecha prevista por el médico.

131. El 17 de febrero de 2016, a V3, mujer de 31 años de edad, asegurada del IMSS, le fue practicada una cesárea, en virtud de la cual nació V4, recién nacido pretérmino de treinta y seis semanas de gestación.

132. Debido a haberse adelantado el parto, el cual estaba previsto para el 11 de marzo de 2016, el nacimiento de V4 ocurrió cuando sólo habían transcurrido 17 días de los 42 por concepto de incapacidad prenatal a que V3 tenía derecho, por lo que no pudo gozar de los 25 días faltantes del periodo prenatal, ya que de manera posterior al parto sólo le fueron otorgados 42 días.

133. Durante la semana veintisiete de gestación V3 solicitó de manera verbal a AR1 la transferencia de cuatro de las seis semanas de incapacidad prenatal, para gozarlas de manera posterior al parto, lo cual le fue negado de forma verbal y se confirmó con el informe de AR1 enviado a este Organismo Nacional el 26 de enero de 2016.

134. De conformidad con lo señalado en el informe enviado a este Organismo Constitucional, AR1 le negó a V3 la posibilidad de transferir cuatro de las seis semanas de incapacidad prenatal al periodo posnatal, como lo prevé el artículo 170 de la LFT, bajo el argumento de que *“...el IMSS no ha decretado ninguna modificación a la normativa que se menciona en el Reglamento de Prestaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2006, por lo que a la fecha no se cuenta con una ampliación en el periodo de incapacidad posterior al parto.”*

135. Como se mencionó anteriormente, la LFT, como norma reglamentaria del artículo 123 constitucional, reconoce como una prestación de seguridad social de las mujeres trabajadoras, el derecho a elegir la forma en que podrán disfrutar de la licencia de maternidad, siempre y cuando su condición de salud lo permita, mediante la transferencia de hasta cuatro de las seis semanas de incapacidad prenatal al periodo posnatal; ello con la finalidad de recuperar su condición de salud y permanecer más tiempo con sus hijos o hijas durante las primeras semanas de vida, lo cual contribuye al mejor desarrollo físico, psicológico y emocional de ambos.

136. Con base en el reconocimiento de ese derecho por parte de la LFT, el 4 de junio de 2013 AR3 instruyó a todas las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal, a través del oficio **09 52 1761 2000/000113** la obligación de autorizar dicha transferencia, mediante la utilización del *“Formato de Solicitud de Transferencia de Semanas de Descanso del periodo prenatal al posnatal de Acuerdo al artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo”*.

137. Por ello, la posición de AR1 resulta contradictoria con los criterios generados por el IMSS, toda vez que omitió cumplir con lo indicado por parte de AR3, contenida en el mencionado oficio, y negó a V3 la posibilidad de transferir cuatro de las seis semanas del periodo prenatal al postnatal; por lo cual V3 se vio obligada a tomar sus días de incapacidad por maternidad en los términos que le indicó AR1, lo que trasgredió su derecho a elegir libremente dicho periodo, aún cuando cumplió con

los requisitos previstos en la LFT para tener acceso a esa prestación de seguridad social.

138. Aunado a la afectación al derecho a la seguridad social de V3, derivado de la referida negativa por parte de AR1, durante el periodo de descanso prenatal por maternidad, se suscitó el parto en el día diecisiete, es decir, el nacimiento de V4 ocurrió 25 días antes de la fecha prevista por el médico.

139. Ante dicha eventualidad, a V3 le fueron otorgados los 42 días de descanso posparto, por lo que los veinticinco días no disfrutados del periodo prenatal le fueron desconocidos en el periodo posterior al nacimiento de V4, lo cual ocasionó que en lugar de contar con 84 días totales de incapacidad por maternidad, sólo haya podido contar de hecho con 59 días.

140. Como se revisó en párrafos precedentes, el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, en su artículo 143 establece esa reducción en el periodo de licencia por maternidad en los casos en que el parto se suscite antes de la fecha prevista por el médico, lo que constituye una restricción al derecho humano a la seguridad social, toda vez que contraviene lo establecido en la LSS de la que emana, y modifica el periodo constitucional de licencia por maternidad establecido en doce semanas, por lo que dicho reglamento al disponer una reducción al periodo de descanso prenatal deja de cumplir no sólo la Ley que le da sustento, sino también la Constitución y la LFT reglamentaria del Artículo 123 constitucional, lo que implica inobservancia del principio de reserva de ley; es decir, dicha norma de carácter administrativo modifica el periodo mínimo de incapacidad por maternidad a que tienen derecho las mujeres trabajadoras, correspondiente a doce semanas.

141. En ese sentido existe un criterio del Tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Tercer Circuito, en los siguientes términos:

INCAPACIDAD POR MATERNIDAD. EL ARTÍCULO 143, FRACCIÓN II, DEL REGLAMENTO DE PRESTACIONES, AL REGULAR LA FORMA EN QUE

DEBE OTORGARSE EL DESCANSO OBLIGATORIO DE 12 SEMANAS A LAS MADRES TRABAJADORAS CUANDO EL PARTO OCURRE ANTES O DESPUÉS DE LA FECHA PROBABLE FIJADA POR EL MÉDICO, Y EL SUBSIDIO CORRESPONDIENTE, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 89, FRACCIÓN I, Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las mujeres durante el embarazo gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores a éste, y percibirán su salario íntegro. Por su parte el artículo 143, fracción II, del Reglamento de Prestaciones dispone que en los casos de incapacidad por maternidad, el lapso que se acredite se determinará en días naturales; respecto del certificado de incapacidad prenatal comprenderá los 42 días anteriores a la fecha que se señale como probable del parto; asimismo, que en los supuestos en que el parto ocurra durante el periodo de 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. Luego, constituye una materia reservada a la ley (artículo 89 de la Constitución Federal), la regulación de la forma en que debe otorgarse el descanso obligatorio de 12 semanas a las madres trabajadoras, cuando el parto se presenta antes o después de la fecha probable fijada por el médico. Así, la citada norma reglamentaria viola dicho principio, en tanto que aborda temas relativos a la forma en que debe otorgarse el certificado de incapacidad tanto en el periodo prenatal como en el posparto, es decir, que el subsidio abarcará únicamente los días transcurridos. Además, en la aludida fracción V, se prevé que las mujeres durante el embarazo gozarán forzosamente de un descanso de 6 semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y 6 posteriores a éste, gozando de su salario íntegro, por lo que la disposición reglamentaria viola el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 constitucional, en

*virtud de que va más allá de lo que establece el referido artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal.*¹¹

142. No pasa desapercibido para este Organismo que, con la emisión del Oficio Circular Número 095217612000/00151, de 29 de junio de 2016, así como del “Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”, de 24 de agosto de 2016, el IMSS realizó una interpretación conforme de su normatividad, acorde con lo dispuesto por la LFT, en el artículo 170, de modo que a partir de esa fecha se otorgaría un solo certificado de incapacidad por maternidad correspondiente a 84 días, a fin de evitar afectar el periodo de descanso de las mujeres que presenten partos en fecha anterior a la fijada por el médico, a partir de lo cual contarán desde el inicio con su incapacidad por maternidad de doce semanas, independientemente de la fecha en que ocurra el parto:

“Primero.- El subsidio por maternidad previsto en el artículo 101, de la Ley del Seguro Social, debe otorgarse a las madres trabajadoras en la misma forma en la que éstas disfrutan de las semanas de descanso concedidas mediante incapacidad del Instituto, por lo que si dichas semanas son transferidas del período antes del parto para después del mismo, en términos del artículo 170, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, el pago del subsidio debe seguir la misma suerte.

***Segundo.-** La incapacidad para trabajar por maternidad comprende tanto el período prenatal como el postnatal, por lo que no existiría impedimento jurídico alguno para que el certificado por incapacidad en comento se expida desde el inicio de la incapacidad y por el total de días que resulte de la suma de ambos períodos, en los términos señalados en el punto anterior, que podrá ser de hasta 84 días, de acuerdo al planteamiento descrito.”*

¹¹ Registro: 2002801

143. No obstante, ese estándar no le fue reconocido a V3 por parte de AR1, a pesar de contar con la posibilidad de transferir semanas, prevista en la reforma al artículo 170 de la LFT, de 30 de noviembre de 2012; así como reconocida por la circular del IMSS de 4 de junio de 2013, por lo que al negarle transferir semanas y, además, reducirle el periodo de descanso por incapacidad prenatal, AR1 trasgredió en perjuicio de V3 el derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad.

C.2 Casos de partos prematuros (V1 y V2), (V5, V6 y V7), (V10 y V11) y (V12 y V13)

144. Estos casos corresponden a la hipótesis identificada en párrafos anteriores con el inciso d), es decir, mujeres cuyo embarazo transcurría y tuvieron un parto prematuro, anterior a los 42 días previos a la fecha aproximada de un parto regular y, por lo tanto, no se encontraban siquiera gozando aún del periodo prenatal de descanso.

V1 y V2

145. El 5 de julio de 2015 V1, mujer de 33 de años, asegurada del IMSS, presentó un parto prematuro a las veintinueve semanas de gestación, lo cual dio lugar al nacimiento de V2, quien debido a su estado de salud derivado de esa circunstancia, tuvo que ser hospitalizada durante dos meses y medio en el Centro Médico Nacional La Raza del IMSS.

146. El 15 de julio de 2016, V1 solicitó de manera verbal a la Dirección Médica de la UMF 29 del IMSS en la Ciudad de México se le otorgaran las seis semanas de incapacidad prenatal, a efecto de gozarlas de manera posterior al parto y poder brindar los cuidados que V2 requería; la respuesta fue que ella no tenía derecho a esa prestación, en virtud de no haber alcanzado las 34 semanas de gestación que se exigen; aunado a que, V1 señaló que le indicaron que V2 *“no tendría una*

duración de vida más allá de uno o dos meses, por lo que se consideraba innecesario otorgar más de seis semanas de incapacidad postnatal”.

147. Una vez requeridos los informes correspondientes, en el caso de V1, la Dirección Médica de la UMF 29 del IMSS en la Ciudad de México confirmó a esta Comisión Nacional la negativa en los siguientes términos “... *las semanas de incapacidad se otorgan a partir de la semana 34 de gestación, y V1 tuvo un parto prematuro a las 29 semanas de gestación, como está establecido en el Reglamento de Prestaciones en el artículo 143*”.

V5, V6 y V7

148. El 5 de agosto de 2016, a V5, mujer de 41 años de edad, asegurada del IMSS, le fue practicada una cesárea, cuando cursaba treinta y dos semanas de gestación, debido a haber presentado complicaciones de salud que pusieron en riesgo a los productos gemelares de la gestación, V6 y V7.

149. Una vez practicada la cesárea, V6 y V7 recibieron cuidados intensivos durante 35 días por su condición de neonatos prematuros, lo cual fue necesario para que sobrevivieran.

150. El 17 de agosto de 2016, V5 solicitó de manera verbal a la Dirección Médica de la UMF 28 del IMSS en la Ciudad de México la transferencia de cuatro semanas de incapacidad prenatal, al periodo posterior al parto. En respuesta le fue indicado que sólo le correspondían 42 días de incapacidad posparto.

151. Esa Dirección Médica confirmó a esta Comisión Nacional la negativa en los siguientes términos “... *No corresponde la transferencia de semanas, ya que se realiza a partir de las 34 semanas de gestación de acuerdo a fecha de última regla o en su caso 42 días antes de la fecha probable de parto en relación a la última fecha de regla hablando en términos médicos...*”

V10 y V11

152. V10 presentó un parto prematuro a las 32 semanas de gestación, en virtud de lo cual nació V11, quien tuvo que ser hospitalizada bajo cuidados neonatales por 20 días; al haberse presentado el nacimiento de forma anticipada, V10 aún no se encontraba gozando del periodo de descanso por maternidad.

153. Con motivo de estos hechos, la Dirección del Hospital General Regional en Ecatepec del IMSS otorgó a V10 un certificado de incapacidad por maternidad correspondiente a 42 días, no así los 84 que conforme a los estándares de derechos humanos aplicables, le corresponden a las mujeres trabajadoras, por lo que V10 solicitó de manera verbal se le otorgara el periodo completo de descanso por maternidad, lo cual le fue negado por la referida autoridad.

154. En respuesta a la solicitud de información por parte de este Organismo Nacional, la Dirección del Hospital General Regional en Ecatepec del IMSS confirmó la negativa en los siguientes términos “... *No le asiste el derecho a gozar de 84 días, toda vez que la Ley Federal del Trabajo menciona que tiene derecho a 6 semanas previas y 6 semanas después del parto, y sólo en el caso de transferencia de semanas se pueden pasar las semanas solicitadas para después del parto... Por otro lado la Ley del Seguro Social en su artículo 85 dice que el disfrute de las prestaciones por maternidad, se hará en relación a la fecha probable de parto para el cálculo de los 42 días previos, no dice en relación al nacimiento del recién nacido y en su artículo 101 ratifica que el subsidio es 42 días antes del parto y en caso de error se deba cubrir los 42 días posteriores invariablemente, no así en la etapa prenatal.*”

V12 y V13

155. El 22 de noviembre de 2016 V12, mujer trabajadora de 35 años, asegurada del IMSS, presentó un parto pretérmino a las veintiséis semanas de gestación, en virtud del cual nació V13 quien, debido a su estado de salud derivado de esa

circunstancia, tuvo que ser hospitalizada bajo cuidados intensivos neonatales por 70 días en el Hospital General de Zona 1-A “Dr. Rodolfo Antonio De Mucha Macías” del IMSS, en la Ciudad de México.

156. Debido a estos acontecimientos la Jefatura de Ginecoobstetricia otorgó a V12 42 días de incapacidad por maternidad, situación que motivó la inconformidad de V12, al no reconocérsele el periodo íntegro de descanso previsto en la Constitución y en la LFT.

157. Con motivo del estado de salud en que se encontraba V13, este Organismo Constitucional solicitó al IMSS medidas cautelares a efecto de que se concedieran a V12, independientemente del periodo de descanso de doce semanas que no se le concedió, las dos semanas adicionales de descanso que establece el artículo 170 de la LFT, como una medida para proteger el estado de salud del recién nacido que se encontraba recibiendo atención médica hospitalaria y así evitar daños de difícil reparación. Dichas medidas no fueron aceptadas por el IMSS, de conformidad con la respuesta emitida por la Coordinación de Atención a Quejas y Orientación al Derechohabiente a este Organismo el 11 de enero 2017, mediante oficio 095217614B20/0035.

158. En respuesta a la solicitud de información de este Organismo Autónomo, mediante oficio 095217614BB1/0206 de 30 de enero 2017, el Área de Asuntos Especiales del IMSS respaldó la negativa a otorgarle el periodo completo de descanso por maternidad en los siguientes términos: “...*Los derechohabientes para recibir, o en su caso, seguir disfrutando de las prestaciones que esta Ley otorga, deberán cumplir con los requisitos establecidos en la misma y en sus reglamentos... Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que esta Ley otorga deberán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.*”

159. Por su parte, la Jefatura de Ginecoobstetricia se pronunció en el mismo sentido bajo los siguientes argumentos: “...*La paciente fue atendida en este servicio*

el día 22 de noviembre de 2016, realizándole una interrupción de su embarazo a las 27 semanas de gestación. Se le otorgó según los lineamientos vigentes, una incapacidad postnatal por cuarenta y dos días a partir de la fecha de nacimiento de su bebé. La normatividad vigente no contempla el otorgamiento de la incapacidad prenatal en embarazos menores a las 34 semanas, ni la transferencia de semanas previas a esta semana...”

160. Por medio del oficio sin número de 23 de enero de 2017, dicha área fundamentó la negativa de la siguiente manera: *“... En relación al otorgamiento de la incapacidad por 42 días posnatales, ésta se basó en el oficio circular número 095217612000/00151 y oficio circular número 099001300000/159 de la Dirección de Prestaciones Médicas y de la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS con fecha 29 de junio de 2016.”*

161. No obstante la posición de las mencionadas autoridades, existen en el expediente constancias que acreditan que en el caso de V12 se tuvo conocimiento de que podría suscitarse el nacimiento en forma prematura, así se lee en el informe médico de 27 de enero de 2017 de la Jefatura de Ginecología en el Hospital General de Zona 2-A en la Ciudad de México, en el cual se señaló: *“...paciente que se catalogó con embarazo de alto riesgo desde el inicio de su embarazo por contar con una edad de 35 años, ser multigesta y dos abortos previos uno de ellos ectópico por lo que inicia su manejo en embarazo de alto riesgo durante su valoración en esta unidad se solicitan estudios de laboratorio y gabinete, detectando anemia así como una inserción baja de placenta no definitiva, presentando demás (sic) amenazas de aborto en varias ocasiones.”*

162. De esta forma, en los cuatro casos el personal del IMSS redujo a la mitad el periodo de descanso de doce semanas por maternidad a V1, V5, V10 y V12, bajo el argumento de que las víctimas no alcanzaron la semana treinta y cuatro de gestación, autorizando únicamente seis semanas de descanso posnatal, fundamentando su negativa en lo dispuesto por los artículos 85 y 101 de la LSS, y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas; lo cual resulta irrazonable cuando

existen elementos proporcionados por el propio Instituto, con los que se acredita que por las condiciones de salud en que se desarrollaron los embarazos, era de esperarse que ninguno de ellos alcanzaría la fecha probable de parto fijada por los médicos.

163. En lo relativo a la posibilidad de trasladar semanas del periodo preparto al posparto, así como de extender por dos semanas más éste último, en casos de hospitalización del recién nacido, o de que nazca con alguna discapacidad, previstos en la LFT, ni la LSS ni el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS se ajustan a lo previsto en el marco de protección del derecho humano a la seguridad social, derivado de la interpretación armónica de la Constitución Federal, los instrumentos internacionales, la LFT, así como la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, de los que se deriva el reconocimiento de un periodo mínimo de doce semanas de descanso por maternidad, el cual se puede gozar dentro de cierto margen de acuerdo a las necesidades de la mujer embarazada y del producto de la gestación, e incluso, con la posibilidad prevista en la LFT, de ampliarlo a catorce semanas en los casos en que se requiera atención médica hospitalaria para el recién nacido o nazca con alguna discapacidad.

164. En particular, destaca que la LFT en su artículo 170 armoniza con los estándares internacionales que prevén la posibilidad de transferir semanas del periodo prenatal al posnatal, de modo que se atiendan en mejor medida las necesidades tanto de la madre como del recién nacido, respecto de lo cual ni la LSS en sus artículos 85 y 101, ni el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS en su artículo 143 se encuentran armonizados, y ello genera interpretaciones equívocas en cuanto a que se trata de dos periodos de descanso excluyentes entre sí.

165. Esto implica que se está en presencia de una falta de armonización normativa de la LSS y el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS con respecto a la LFT, que redundaría en una restricción a los derechos humanos de las mujeres, en particular derechos específicos de la seguridad social, que se resolvería

dando cumplimiento al Artículo Tercero Transitorio del *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo”*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, el cual estableció que el Titular del Ejecutivo Federal contaba con un plazo de seis meses para adecuar, a las disposiciones contenidas en ese Decreto, los ordenamientos reglamentarios correspondientes.

166. Es preciso señalar que los casos de V1, V5, V10 y V12 entrañan una situación particular que requiere mayor atención en su análisis: se trata de nacimientos prematuros que exigieron la intervención de cuidados hospitalarios intensivos para lograr la sobrevivencia de los productos de la gestación; en los párrafos precedentes se hizo referencia al tema de la transferencia de semanas, para evidenciar que se trata de un periodo de descanso por maternidad que puede ser movable de acuerdo a las necesidades de la mujer embarazada y el producto de la gestación, cuando las condiciones del embarazo lo permiten; además de que la solicitud presentada por V1 y V5 se realizó a efecto de poder transferir semanas del periodo prenatal al posnatal.

167. Sin embargo, atendiendo a las condiciones de extrema vulnerabilidad de V2, V6, V7, V11 y V13 este Organismo Nacional considera que el IMSS debió otorgar el periodo completo de doce semanas de descanso por maternidad a que tienen derecho V1, V5, V10 y V12, y valorar la ampliación de dicho periodo en dos semanas adicionales, en razón de la atención médica hospitalaria que requirieron los recién nacidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 de la LFT.

168. En los diferentes informes enviados a este Organismo Autónomo, las autoridades responsables señalaron como fundamento para no haber otorgado el periodo completo de incapacidad, lo dispuesto por el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, el cual es evidente que se refiere a casos en que el embarazo se desarrolla en condiciones de salud que permiten alcanzar la fecha de parto fijada aproximadamente por el médico, por ello es posible dividir el periodo de descanso en dos etapas, una previa y una posterior al parto; en cambio,

en los casos en que se suscita el nacimiento en forma prematura, es irrazonable interpretar que el periodo de descanso que no se disfrutó previo al parto ya no se debe otorgar.

169. Ese modo de interpretar la normatividad implicaría exigir que para atender todas las hipótesis imaginables, el legislador tuviera que pronunciarse expresamente acerca de todos los supuestos temporales en que pueden ocurrir los partos, señalando la forma de proceder en cada una de las semanas de gestación en que tenga lugar el nacimiento; lo cual va en contra de la generalidad y abstracción que caracteriza a la labor legislativa.

170. En ese sentido, se reitera el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Tercer Circuito, cuyo rubro señala:

“INCAPACIDAD POR MATERNIDAD. EL ARTÍCULO 143, FRACCIÓN II, DEL REGLAMENTO DE PRESTACIONES MÉDICAS DEL IMSS, AL REGULAR LA FORMA EN QUE DEBE OTORGARSE EL DESCANSO OBLIGATORIO DE 12 SEMANAS A LAS MADRES TRABAJADORAS CUANDO EL PARTO OCURRE ANTES O DESPUÉS DE LA FECHA PROBABLE FIJADA POR EL MÉDICO, Y EL SUBSIDIO CORRESPONDIENTE, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 89, FRACCIÓN I, Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”

171. Bajo este razonamiento del Poder Judicial de la Federación, se entiende que un Reglamento administrativo emitido por el Titular del Poder Ejecutivo no puede en forma alguna reducir el derecho al periodo mínimo de descanso por maternidad reconocido por el marco jurídico nacional e internacional de protección a la mujer embarazada, al producto de la gestación y al neonato, que abarca lo concerniente a la licencia de maternidad y a las semanas de descanso, cuya finalidad es alcanzar estándares mínimos de protección de la salud y el bienestar de la mujer, del producto de la gestación, del binomio materno fetal y del recién nacido.

172. El Artículo Tercero Transitorio del “*Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, estableció que el Titular del Ejecutivo Federal contaba con un plazo de seis meses para adecuar los ordenamientos reglamentarios correspondientes, entre ellos, el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, a la luz del reformado artículo 170 de la LFT, lo cual a la fecha de la emisión de la presente Recomendación no se ha realizado, siendo indispensable tal armonización.

173. Desde esta perspectiva, la LFT tiene preeminencia en su aplicación respecto a la normatividad del IMSS, hasta en tanto esta última sea armonizada como corresponde, debido a que el estándar aplicable en materia de protección a la maternidad es el previsto por la referida ley reglamentaria del Artículo 123 constitucional, correspondiente a doce semanas de descanso, e incluso, con la posibilidad de ampliar dicho periodo en dos semanas adicionales en caso de que el recién nacido requiera atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad.

174. Sería además contrario a la dignidad humana considerar que el obstáculo para que las mujeres en casos de partos prematuros gocen de por lo menos doce semanas de descanso, sea un precepto de un Reglamento que se elaboró en el ámbito administrativo (expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2006) y que no ha sido armonizado plenamente en el tema concreto, con los derechos humanos de fuente interna e internacional, a pesar de haber transcurrido en exceso el tiempo otorgado por el legislador para tal efecto, lo cual constituiría, además, una trasgresión al principio pro persona en perjuicio de las mujeres trabajadoras, del binomio materno infantil y del recién nacido.

175. Sobre el tema, el Poder Judicial de la Federación ha emitido el siguiente criterio:

INCAPACIDAD POR MATERNIDAD. EL PERIODO DE DESCANSO ANTERIOR Y POSTERIOR AL PARTO CONSTITUYE UNA MEDIDA PARA PROTEGER TANTO LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS COMO LA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN, POR LO QUE SI AQUÉL OCURRE ANTES DE LA FECHA PROBABLE FIJADA POR EL MÉDICO, EL RESTO DE LOS DÍAS NO DISFRUTADOS DEL PERIODO PRENATAL DEBERÁN SER TRANSFERIDOS AL DE POSPARTO. El artículo 123, apartado A, Fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que las trabajadoras durante el embarazo cuentan con los siguientes derechos: a) no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; b) gozarán forzosamente de un descanso de 6 semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y 6 posteriores a éste, debiendo percibir íntegro su salario y conservar su empleo, así como los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo; y c) en el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. En este sentido, el periodo de incapacidad forzoso, anterior y posterior al parto, constituye una prerrogativa que, entre otras, el Constituyente Permanente consagró con la finalidad de proteger la salud de las trabajadoras y la del producto de la concepción durante ese lapso de gravidez próximo al parto y con posterioridad a éste, sin menoscabo de sus percepciones producto de su trabajo, para lograr el objetivo que lo llevo a modificar la disposición original, ya que el referido descanso forzoso lo tendrán con goce del salario íntegro por disposición del propio reformador de la Constitución. Luego, a fin de armonizar la reforma del citado artículo constitucional con el sistema jurídico internacional, debe señalarse que el Estado Mexicano ha suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales, de donde se colige que coinciden en que, en caso de embarazo, la mujer trabajadora tiene derecho a disfrutar de un descanso retribuido de por lo menos 12 semanas, por ser el tiempo razonable para salvaguardar la protección social a la maternidad y preservar la salud de la mujer y del producto de la concepción. Así, debe señalarse que si el parto ocurre antes de la fecha fijada aproximadamente, con mayor razón debe salvaguardarse la salud de ambos (madre e hijo), pues se trata de un alumbramiento fuera de las características normales, que aconteció por cuestiones inherentes a la naturaleza biológica, pues se trata de un

nacimiento prematuro, por ello, tanto la madre como el hijo requieren de mayores cuidados. De ahí que cuando no pueda disfrutarse en su totalidad del periodo prenatal de 6 semanas por haberse adelantado el parto, entonces el resto de los días no disfrutados deberán ser transferidos al periodo de posparto, con la finalidad de salvaguardar la salud de la madre y del hijo, pues es posible que la fecha del parto sea imprecisa, por lo que es necesario atender a las necesidades biológicas de la madre y del infante, ya que con ello se beneficiarían los dos, en virtud de que tal situación permitiría una mayor integración entre ellos, además de que aquella contará con un periodo mayor respecto de la incapacidad posparto, lo que contribuiría al mejor desarrollo físico, psicológico y emocional de ambos y, asimismo, se preservaría su salud, protegiendo así los derechos fundamentales de la madre trabajadora, consagrados tanto en la Constitución Federal como en los instrumentos internacionales.¹²

176. Con este criterio el órgano jurisdiccional refuerza la protección del binomio materno infantil, al disponer que cuando el periodo de descanso previo no se haya podido disfrutar de forma completa por cuestiones ajenas a la voluntad de la mujer embarazada, como pueden ser complicaciones de salud, e incluso, imprecisión en la fecha prevista para el nacimiento (lo cual ocurre con frecuencia debido a los métodos utilizados para determinarla); se debe permitir que esos días no utilizados del periodo anterior al parto sean aprovechados en forma posterior al nacimiento del producto de la gestación, en el entendido de que esos días se requieren, por una parte, para que la mujer se recupere físicamente del parto durante el puerperio; y por otra, debido a que durante las primeras semanas de vida del recién nacido son indispensables los cuidados maternos, por lo que es necesario proteger la permanencia de la madre con el recién nacido mediante el otorgamiento de esos días de incapacidad por maternidad.

¹² Tribunales Colegios de Circuito, Tesis Aislada: III.3º.T.12 L (10ª.) Registro 2002802.

177. De esta forma debe entenderse que el periodo de descanso por maternidad correspondiente a doce semanas de incapacidad, se divide de manera general en dos etapas: una anterior al parto, cuyo objeto es proteger la salud de la mujer embarazada durante las últimas semanas de gestación, así como prepararse para el nacimiento del producto de la gestación; y otra posterior al parto, cuya finalidad es permitir la recuperación de la mujer durante el puerperio, así como brindar los cuidados maternos al recién nacido durante sus primeras semanas de vida.

178. Ello constituye un mandato que el Poder Legislativo de la Unión consagró en la reforma a la fracción V del artículo 123, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, con la finalidad de proteger la salud de las mujeres trabajadoras y la del producto de la gestación durante el lapso de gravidez próximo al parto e inmediato posterior a éste, sin menoscabo de sus percepciones laborales, ello si el parto ocurre antes de la fecha regular aproximada (alrededor de las 40 semanas); con mayor razón debe salvaguardarse la salud de ambos (madre e hijo) en caso de un parto prematuro, pues se trata de un nacimiento anterior al periodo regular de término, en el que la madre y el recién nacido requieren de mayores cuidados por el grado de vulnerabilidad en su salud, e incluso expectativa de vida.

179. De acuerdo con la opinión del personal médico especializado de este Organismo Constitucional:

“La finalidad de establecer un periodo de incapacidad en la mujer embarazada de 6 semanas antes del parto, es la de que exista una preparación física, en un ambiente tranquilo ya que se trata de un momento que requiere de gasto energético intenso para la expulsión del producto de la gestación, y emocional pues durante el trabajo de parto se genera estrés de la situación que guarda el estado del producto y de que no haya complicaciones. Asimismo, este periodo previo sirve al producto porque durante la jornada laboral la mujer generalmente requiere de posiciones forzadas (sentada y/o parada) por periodos prolongados en su área laboral, esto condiciona retención de líquidos, circulación sanguínea restringida a

extremidades, cansancio físico, que son percibidos por el producto y pueden generar en el mismo sufrimiento fetal.

Ya en la etapa posnatal, se trata de que la mujer se recupere de la etapa difícil que pasó, sobre todo cuando fue necesario realizar cesárea, que tenga mayor contacto con el recién nacido, lo amamante desde el primer momento de su vida extrauterina, evitando que exista una disrupción entre la madre-hijo, lo que mejora el desarrollo físico y emocional del recién nacido, permitiéndole adaptarse adecuadamente al nuevo entorno.”

180. Aunado a ello, el Poder Judicial de la Federación se pronunció en un criterio más reciente, en los siguientes términos:

TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE MATERNIDAD. CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS, AL GOZAR DE UNA TUTELA ESPECIAL, ENTRE OTROS BENEFICIOS, CUENTAN CON ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO. Conforme a los artículos 123, apartado A, fracciones V y XV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 132, fracción XXVII, 164, 165, 166, 170 y 171 de la Ley Federal del Trabajo, vigente hasta el 30 de noviembre de 2012, entre las medidas de protección a las madres trabajadoras está el derecho a conservar su trabajo. Incluso, el legislador federal dispuso un año después del parto como margen razonable para conservarlo (artículo 170, fracción VI), lo que armoniza con el artículo 10, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre conceder "especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto" así como el principio de igualdad y no discriminación contra la mujer (artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la proscripción del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, bajo pena de sanciones (artículos 4, numeral 2 y 11, numeral 2, inciso a), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), que obligan a todas las autoridades de los Estados Partes a tutelar la vida, salud, reposo y sustento adecuados de la madre y el producto. Aunado a que los artículos 4 y 9, fracción III, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, también retoman dicha protección y adoptan medidas para todas las autoridades del país. Luego, las trabajadoras embarazadas o en

situación de maternidad gozan de especial protección generando una estabilidad laboral de mayor intensidad, también conocida en la jurisprudencia comparada (Corte Constitucional de Colombia) como "fuero de maternidad" o "estabilidad reforzada", que exige una mayor y particular protección del Estado, en pro de su mínimo vital, pues durante esos periodos guardan condiciones físicas especiales y necesidades determinadas que las hacen merecedoras de conservar el empleo con mayor énfasis y, por ende, evitar ser despedidas por razón de tales factores o castigadas laboralmente en sus condiciones, ya que son proclives a sufrir doble discriminación (en el empleo que tenían al perderlo y para obtener otro), no obstante las erogaciones propias para dos seres, donde la necesidad es cuantitativa y cualitativamente mayor al común denominador. Incluso, ante las cuestiones de salud que frecuentemente ocurren con el recién nacido y que inciden en el seno familiar (monoparental o con ambos progenitores), ante lo que implica tal alumbramiento. Máxime si son cabeza de familia y de aquellos núcleos que carecen de poder adquisitivo para atender sus necesidades económicas, familiares, sociales y de salud. Así, se trata de lograr una garantía real y efectiva a su favor de modo que cualquier decisión que se tome desconociéndola indebidamente, será ineficaz por implicar un trato discriminatorio proscrito internacional y nacionalmente, acorde con el derecho a la igualdad sustantiva de la mujer embarazada ante su situación de vulnerabilidad y del producto, donde opera también el interés superior del menor, acorde con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; y, el derecho a la protección integral de la familia (artículo 40. constitucional). Además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra para la maternidad y la infancia, cuidados y asistencias especiales (artículo 25, numeral 2), congruente con los artículos 46 y 47 del Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social, vigentes en el Estado Mexicano y finalmente es orientadora la progresividad de los Convenios números 3 (artículo 4), 103 (artículos 4 y 6) y 183 (artículos 8 y 9, numeral 1) sobre la Protección de la Maternidad, con las correlativas recomendaciones 95 y 191. De ahí que solamente razones legítimas y excepcionales pueden dar cabida a su despido

*durante los periodos protegidos, como son las faltas graves o la cesación de las actividades de la empresa, entre otras.*¹³

181. Destaca la progresividad de este criterio del Poder Judicial de la Federación, en virtud del cual dispone protección especial a la mujer trabajadora en razón de la maternidad, de modo que no podrá ser despedida de su empleo durante un año posterior al nacimiento del producto de la gestación, sino por razones legítimas y excepcionalmente graves. Aunado a ello, hace particular referencia a la protección al ingreso de la trabajadora, sobretodo en casos en que es madre de familia, razón por la cual se le debe garantizar una seguridad económica para la manutención de su núcleo familiar, y en especial, del recién nacido.

182. De esta forma, es evidente que la protección a la maternidad no sólo implica el descanso mínimo de 12 semanas, e incluso, con la posibilidad prevista en la LFT de ampliarlo a 14 semanas en los casos en que se requiera atención médica hospitalaria para el recién nacido o nazca con alguna discapacidad; sino además, el salario íntegro que debe percibir la trabajadora durante ese periodo de maternidad, que en el caso de V1, V5, V10 y V12 no les fue cubierta la totalidad del descanso que les correspondía, con su respectivo subsidio económico por parte el IMSS.

183. Además del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, señalado como fundamento jurídico por parte de los servidores públicos del IMSS, el 15 de julio de 2016 la División de Derechos Humanos de ese Instituto envió a este Organismo Nacional copia del Oficio Circular Número 095217612000/00151, suscrito el 29 de junio de 2016 por AR3 y AR4, mediante el cual dieron a conocer a los Directores de Unidades Médicas de Alta Especialidad con atención obstétrica, a los Jefes de

¹³ Tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en materia de trabajo del Tercer Circuito, Amparo directo 489/2013, *“Trabajadoras embarazadas y en situación de maternidad. Conforme al marco constitucional e internacional de protección a los derechos humanos, al gozar de una tutela especial, entre otros beneficios, cuentan con estabilidad reforzada en el empleo.”* María Azucena Lomelí Alemán. 7 de febrero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Castro León. Secretario: Karlos Alberto Soto García.

Servicios de Prestaciones Médicas y a los Jefes de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS, los lineamientos para el otorgamiento de la transferencia de semanas de incapacidad prenatal al periodo postnatal, la cual vino a complementar la Circular Núm. 095217612000/000113 de 4 de junio de 2013, mediante el cual la Dirección de Prestaciones Médicas había instruido a todas las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal, la obligación de autorizar la transferencia de semanas, mediante la utilización del *“Formato de Solicitud de Transferencia de Semanas de Descanso del periodo prenatal al posnatal de Acuerdo al artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo”*.

184. En términos generales el documento de 29 de junio de 2016 señala los requisitos para solicitar la transferencia de semanas; el procedimiento a seguir para su otorgamiento; reconoce el derecho de las trabajadoras para recibir las prestaciones económicas, aun cuando no se hayan atendido médicamente en el IMSS; y describe los supuestos que se podrían presentar, respecto de las solicitudes en diferentes periodos del embarazo, por lo que indica el modo de actuar por parte de los servidores públicos de ese Instituto, en cada uno de esos escenarios.

185. De esta manera, aunque existía una asimetría normativa que restringe los derechos humanos de las mujeres embarazadas en el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, la autoridad procedió a través del Oficio Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, suscrito el 29 de junio de 2016 por AR3 y AR4, así como el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”* de 24 de agosto de 2016, a realizar una interpretación conforme y brindar lineamientos de actuación a su personal, dando correcta preeminencia al artículo 170 de la LFT:

“La posibilidad jurídica de emitir el certificado de incapacidad temporal para el trabajo por maternidad (que ampara los períodos pre y posnatal) considerando la transferencia de hasta 4 semanas, a petición de la asegurada, que prevé el artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, previo cumplimiento de los

requisitos legales, en aplicación a los principios pro homine, congruencia legislativa, interpretación armónica, sistemática y progresista otorgando la protección más amplia a las aseguradas embarazadas.

(...)

Como se mencionó previamente, en congruencia con estas disposiciones internacionales, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, se modificó la fracción II, del artículo 170, de la Ley Federal del Trabajo, a fin de permitir a las trabajadoras embarazadas transferir hasta 4 de las 6 semanas de descanso previas al parto, para después del mismo.

De lo anterior se desprende que el descanso obligatorio que se otorga a las trabajadoras antes y después del parto, se encuentra ligado intrínsecamente con el pago de un subsidio, el cual se otorga en sustitución del salario que percibían por el trabajo prestado hasta antes que les fuese concedida la incapacidad por maternidad.

(...)

El Instituto Mexicano del Seguro Social ha refrendado su compromiso de implementar una política institucional en materia de derechos humanos, que se constituya por acciones concretas. En este sentido, lo dispuesto en el artículo 101, de la Ley del Seguro Social, debe ser interpretado a la luz de los principios pro persona y de convencionalidad, es decir, en armonía con lo previsto en el texto constitucional y los tratados internacionales, a fin de conceder a las mujeres trabajadoras el beneficio más amplio que en derecho corresponda, en relación al disfrute del subsidio que se otorga en ocasión de las semanas de incapacidad por maternidad, la cuales pueden ser transferidas antes del parto para después de éste y, por ende, el pago del subsidio también.

(...)

Es imperante que los procedimientos a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social y en virtud de los cuales se otorgan las diferentes prestaciones económicas y en especie que contempla la Ley de la materia, sean influenciados por una modernización acorde a las necesidades que reclama la

población derechohabiente actual, lo cual reafirma el compromiso señalado en líneas anteriores.

(...)

De tal suerte, en principio, no existiría impedimento jurídico alguno para que, atendiendo a los criterios innovadores de la Administración Pública Federal, y a la postre en beneficio de la madre trabajadora, la modalidad en la que se expide actualmente la incapacidad temporal para el trabajo y se otorga el correspondiente subsidio por maternidad pueda ser modificada para que se expida un solo certificado de incapacidad, que ampare tanto el período prenatal como el postnatal, y consecuentemente se pague en una sola exhibición el subsidio, máxime que el certificado seguiría comprendiendo hasta los 84 días naturales de descanso que contempla actualmente la Ley del Seguro Social, en su artículo 101, a partir de la certificación del estado de embarazo que realice el Instituto.”

186. Con estos lineamientos de actuación se estableció la expedición de un solo certificado de incapacidad por maternidad por 84 días, es decir, se otorga el descanso por maternidad en un solo bloque de doce semanas, este proceder permite que las mujeres trabajadoras puedan decidir con anticipación la forma en que repartirán las semanas antes y después del parto, mediante el llenado de un formato de solicitud de transferencia de semanas, el cual se debe presentar al cumplir las 34 semanas de gestación.

187. No obstante este avance en la ruta marcada por los estándares nacionales e internacionales de protección a la maternidad, que este Organismo Nacional reconoce como un esfuerzo por parte del IMSS; sin embargo, llama la atención de manera particular que la Circular de 24 de agosto de 2016 es omisa respecto a los casos de partos prematuros, por lo que en ese tema aplican la Circular de 29 de junio de 2016, que ordena a los servidores públicos del IMSS negar el periodo completo de descanso por maternidad a las madres trabajadoras que presenten partos antes de las 34 semanas de gestación, así como los casos en que el parto ocurra antes de realizar la solicitud del certificado único de incapacidad.

188. En particular, la Circular de 29 de junio de 2016 excluye expresamente los casos de partos prematuros como los de V1, V5, V10 y V12, así como aquellos en que el parto se suscite antes de que la mujer acuda a solicitar el periodo de incapacidad por maternidad¹⁴.

189. Como se desarrolló al inicio de este punto, existe un marco jurídico nacional e internacional de protección a la mujer embarazada, antes y después del parto, al producto de la gestación y al neonato que abarca también lo concerniente a la licencia de maternidad y a las semanas de descanso que proveen estándares mínimos de protección de la salud y el bienestar de la mujer, del producto de la gestación, del binomio materno infantil y del recién nacido. En nuestro país, como quedó clarificado, el número de semanas de descanso es de 12 y, conforme a la LFT, puede en ciertas hipótesis llegar a 14, aunque en el ámbito internacional algunos estándares reconocen 18 semanas, a lo cual se tiene que apuntar en aras del principio de progresividad.

190. Es precisamente por la salud, el bienestar, la expectativa y la calidad de vida, elementos todos ellos asociados a la dignidad y al principio de progresividad de los derechos humanos, que se han llevado a cabo reformas y cambios, por ejemplo al artículo 170 de la LFT; la expedición por parte de AR3 y AR4 del Oficio Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, de 29 de junio de 2016; así como el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro*

¹⁴En la parte conducente, la Circular emitida por la Dirección de Prestaciones Médicas y la Dirección de Prestaciones Económicas del IMSS, el 29 de junio de 2016, dispone:

“...b) Si el nacimiento ocurre entre la semana 23 cumplida hasta la semana 33 y 6 días, con producto vivo o muerto, se expedirán cuarenta y dos días de incapacidad en el ramo de maternidad, a partir de la fecha del nacimiento. Es la incapacidad postnatal sin prenatal. Se deberá marcar con una “X” el recuadro “Postnatal” del certificado de incapacidad.”

...f) Si la mujer no solicitó por escrito la transferencia de semanas según conste en notas médicas del expediente clínico, y se presenta el parto antes de la expedición del certificado de incapacidad de maternidad, se hará acreedora a los 42 días correspondientes al periodo postnatal. Se deberá marcar con una “X” el recuadro “Postnatal” del certificado de incapacidad.”

Social” expedido por la Dirección Jurídica del IMSS el 24 de agosto de 2016, aun cuando estos últimos de manera parcial por las razones ya apuntadas.

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

192. Es en este marco donde cobra sentido y sustento jurídico, que mientras el artículo 123 constitucional prevé a favor de la mujer embarazada un periodo de descanso total de doce semanas, dividido para su ejercicio en dos periodos de seis semanas antes y seis semanas después del parto, la LFT permita que hasta cuatro de esas semanas puedan ser trasladadas al periodo post parto, e incluso agrega hasta dos semanas más para el caso de que el recién nacido requiera atención hospitalaria, o nazca con alguna discapacidad; esta asimetría normativa, podría llevar a considerar a simple vista que el artículo 170 de la LFT no se ajusta a lo previsto en el artículo 123 constitucional tomado de manera aislada, pero desde el ámbito de los derechos humanos, hay plena compatibilidad al considerar el artículo 123 constitucional a la luz del artículo 1º constitucional, pues el precepto de contenido laboral establece una base mínima susceptible de ser ampliada en virtud del principio pro persona y la progresividad. Incluso en el caso en que se suman a las doce semanas previstas en la Constitución, hasta dos semanas más por virtud del artículo 170 de la LFT, cuando el recién nacido requiera atención hospitalaria o nazca con alguna discapacidad, pues lo que esta disposición atiende es al objeto y

fin del artículo 123 constitucional en su parte conducente a la luz del artículo 1º, que es, entre otros, la protección de la salud de la mujer durante el puerperio, la protección del binomio materno infantil y la protección del recién nacido, mediante los cuidados maternos durante sus primeras semanas de vida.

193. Similares consideraciones merece el Oficio Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, de 29 de junio de 2016 y el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”* de 24 de agosto de 2016, que establecen un curso de acción basado en el artículo 170 de la LFT, aun cuando el texto de su Reglamento, de la LSS y del artículo 123 constitucional no lo contemplan de esa manera, con lo cual la autoridad da algunos pasos en la ruta marcada por el artículo 1º constitucional y el marco internacional de protección de los derechos humanos.

194. V1, V5, V10 y V12, tuvieron el nacimiento de sus hijos cuando aún no se encontraban gozando del periodo de descanso al que tienen derecho, debido a que no contaban con las treinta y cuatro semanas de gestación que las autoridades del IMSS exigen para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad (V1 contaba con veintinueve semanas; V5 y V10 con treinta y dos semanas; y V12 con veintiséis cuando tuvo que darse el parto).

195. En atención a dicha circunstancia, lo más razonable y que resulta acorde con los derechos humanos habría sido que los servidores públicos del IMSS, hubieran permitido a V1, V5, V10 y V12 que gozaran a partir del parto del periodo de descanso total de semanas al que tienen derecho de acuerdo con la Constitución, en armonía con los instrumentos internacionales y los precedentes jurisdiccionales, y que no habían siquiera empezado a disfrutar, es decir, les correspondía gozar de las doce semanas, susceptible de valorar la ampliación por dos semanas adicionales, ya que V2, V6, V7, V11 y V13 requirieron atención médica hospitalaria por varias semanas.

196. En lugar de ello, la autoridad sólo les reconoció el derecho a gozar de un periodo de seis semanas a partir del parto prematuro, utilizando como fundamento único el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, que divide el total de semanas en dos periodos, de seis semanas antes y seis después del parto. Bajo esa interpretación del Reglamento, las autoridades consideran esos dos periodos como plazos preclusivos, de modo que si no se disfrutaron en un tiempo establecido ya no se tendrá acceso a ellos, lo cual va en contra de la finalidad del periodo de descanso por maternidad establecido en los estándares nacionales e internacionales, en los que se dispone la posibilidad de que la mujer embarazada decida libremente la forma de gozar de ese derecho, dentro de cierto margen y siempre que sus condiciones de salud lo permitan.

197. En atención a esa misma razón, debe considerarse que si no se gozó del periodo de descanso previo, por haberse presentado complicaciones de salud durante el embarazo que generaron el nacimiento antes de la fecha estimada por el médico, no hay razón alguna oponible a que se goce del periodo completo de doce semanas que marca la Constitución, los Tratados Internacionales y la LFT, con posterioridad al parto, los cuales son de aplicación prioritaria.

198. Más aún, si se atiende a los estándares internacionales sobre el derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad, el Convenio 183 de la OIT y su respectiva Recomendación 191, disponen no sólo un periodo de descanso mínimo de catorce semanas en caso de maternidad, sino también enfatizan la posibilidad de que ese periodo de descanso pueda moverse de acuerdo a las necesidades de la mujer y el producto de la gestación; y es en ese sentido en el que apuntó la reforma al artículo 170 de la LFT, por lo que su interpretación por parte de las autoridades no debe ser restrictiva de ese derecho en forma alguna.

199. Con efectos a futuro, en el Oficio Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, de 29 de junio de 2016, así como en el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”* de 24 de agosto de 2016, se estableció el procedimiento para autorizar la transferencia de semanas del

periodo prenatal al postnatal, así como la expedición de un certificado de incapacidad por maternidad único, por 84 días.

200. Como se puede apreciar, los casos de V1, V5, V10 y V12 entrañan un aspecto central: de acuerdo con los derechos humanos, qué tratamiento administrativo se les debió haber dado a las situaciones de partos prematuros, de evidente mayor vulnerabilidad, para efectos de las semanas de descanso que le corresponden a toda mujer embarazada, que aún no se encontraba gozando de éstas.

201. Para efecto del presente análisis, se descarta por contraria a la más básica idea de dignidad humana la hipótesis que los partos prematuros son casos no previstos normativamente y que, por ese motivo, las mujeres y sus hijos quedan fuera del goce pleno de los derechos humanos, esto es, que sólo tienen derecho a la mitad del periodo de descanso que les correspondería a las mujeres embarazadas cuyas condiciones de salud les permiten llegar a la fecha de parto fijada por el médico del IMSS.

202. Por el contrario, los partos prematuros son situaciones trasvasadas en la *ratio iuris* del legislador, cuya finalidad al regular las semanas de descanso en caso de trabajadoras embarazadas, es la protección de la salud de la mujer, del binomio materno-fetal y del neonato, a favor de quienes operan no sólo el principio pro persona, sino también otros de explorado derecho, tales como “*donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición*”, e incluso el principio de “*mayoría de razón*”, según el cual si existe una razón que guio la *ratio legis*, y se presenta un caso de mayor entidad en ese sentido, se le debe aplicar sin duda el estándar previsto.

203. Se trata de mujeres embarazadas que presentan partos antes de la fecha calculada por el médico, (la cual en la mayoría de los casos no es exacta debido al método utilizado para su determinación), respecto de los cuales ni la Constitución ni la LFT, señalan periodo alguno para calificarlos como susceptibles de otorgarles

incapacidad por maternidad. Esto es, la Constitución y la LFT en materia de derecho a la seguridad social, no distinguen los tipos de parto, sean anteriores o posteriores a treinta y cuatro semanas de gestación, sino que hablan de una situación general que de facto debe ser protegida por la seguridad social, es decir, la maternidad.

204. De esta forma, al distinguir el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS y la Circular de 29 de junio de 2016, entre tipos de partos o temporalidades en los mismos, hace una categorización que utiliza la autoridad para dejar fuera de protección a los casos más vulnerables, que son los de mujeres embarazadas que tienen un parto en situaciones temporales adversas para sí y la supervivencia del producto de la gestación al nacer.

205. Sobre este tema es preciso hacer referencia a la opinión del médico de este Organismo Constitucional, en el sentido de que:

“...El parto prematuro tiene implicaciones importantes para el binomio materno-fetal, primeramente porque al adelantarse el tiempo del alumbramiento, sus capacidades se encuentran disminuidas, no han terminado de madurar las diferentes estructuras anatómicas, hecho que lo hace más vulnerable al nuevo entorno, por lo tanto su situación de salud requiere de cuidados especiales, por lo que necesita ser ingresado a una Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales que puede durar días o meses, hecho que provoca una disrupción del binomio madre-hijo, afectando de manera importante el desarrollo físico y emocional para la mujer; ésta se encuentra en una situación especialmente sensible ante los cambios físicos y sociales que está viviendo desde el inicio del embarazo, mismos que se magnifican cuando se trata de embarazos considerados de alto riesgo y por lo tanto la carga emocional aumenta ante la incertidumbre de qué va a pasar con su hijo y si se trata de gemelos más aún.

Si bien es cierto que el embarazo es un proceso fisiológico, los cambios físicos y sociales que enfrenta la mujer la exponen a diversas situaciones de riesgo;

por esta razón, la maternidad es reconocida como una contingencia que obliga a proteger la salud, el empleo y el ingreso de las madres trabajadoras.

Por ende, a nivel internacional se ha instado a los Estados a adoptar medidas para garantizar la salud de niños y niñas prematuros, así como la imperiosa necesidad de que sus padres les asistan y les proporcionen los cuidados para lograr su bienestar físico y emocional, a efecto de alcanzar su pronta incorporación al seno familiar.”

206. Cabe señalar que la Constitución prohíbe en la última parte del 1º constitucional que los derechos humanos sean restringidos o suspendidos, sino es en los casos y con las condiciones que la propia Carta Magna establece. El artículo 123 constitucional en su parte conducente no establece restricción alguna en materia de semanas de descanso a favor de la mujer, sino un piso mínimo susceptible de ser ampliado. En los casos analizados, era necesario que la autoridad concediera en el periodo post parto el número total de doce semanas que prevé la Constitución; e incluso, valorar ampliarlo a 14 semanas en los casos en que se requiriera atención médica hospitalaria para el recién nacido, conforme a lo establecido en la LFT.

207. Esto habría permitido que la autoridad, sin rebasar el número total de semanas expresamente previsto en el ordenamiento jurídico mexicano, hubiera cumplido a cabalidad con la protección de la salud y el bienestar de V1, V2, V5, V6, V7, V10, V11, V12 y V13, así como de su dignidad humana.

208. Con base en estas consideraciones, este Organismo Nacional señala que al negar el reconocimiento del periodo completo de descanso por maternidad; así como disponer expresamente mediante la expedición del Oficio Circular Número 095217612000/ 00151, de 29 de junio de 2016, que los casos de partos prematuros sólo deben contar con seis semanas de descanso por maternidad, AR6 y AR7 incurrir en violación al derecho a la seguridad social de V1, V5, V10 y V12.

C.3 Casos en los que se aplicó el nuevo procedimiento para el otorgamiento de incapacidad por maternidad (V8 y V9) y (V14 y V15).

209. En los casos de (V8 y V9) y (V14 y V15) se aplicó el nuevo procedimiento para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad, previsto en el Oficio Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, de 29 de junio de 2016, así como en el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”* de 24 de agosto de 2016.

V8 y V9

210. La inconformidad de V8 se debió a que AR5 le otorgó el 12 de octubre de 2016 un certificado de incapacidad por maternidad correspondiente a 63 días, y no de 84 días como lo prevé el criterio de interpretación publicado por la Dirección Jurídica del IMSS el 24 de agosto de 2016, y que equivale a las doce semanas de descanso por maternidad previstas en la Constitución, la LFT y la LSS.

211. En respuesta a la solicitud de información por parte de este Organismo Nacional, el 23 de diciembre de 2016 AR6 señaló que:

“... En el caso de la derechohabiente la cual cuenta en nota médica del día 12 de octubre de 2016 se hace mención de reporte de ultrasonido obstétrico del día 08 de octubre de 2016 con 37 semanas de gestación y una fecha probable de parto para el 26 de octubre de 2016. Aplicando el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones la fecha de expedición de incapacidad prenatal que es a las 34 semanas de gestación sería para el día 16 de septiembre de 2016. La paciente acudió a consulta el día 14 de septiembre de 2016 donde se le otorgó incapacidad por enfermedad general por contar con 33 semanas y no es factible la expedición de incapacidad maternal y se le indicó presentarse al término de la incapacidad otorgada para expedición de incapacidad maternal. La derechohabiente no acude hasta el día 12 de octubre de 2016, 29 días después por incapacidad maternal y con documento de

transferencia de semanas firmado sólo por su patrón y sin consentimiento y/o autorización por su médico familiar, motivo por el cual se le explica que no es factible la transferencia de semanas y se le expidió incapacidad maternal con ajuste en días en base al nuevo reglamento de expedición de incapacidad única de maternidad...”

212. Con base en esa información se puede apreciar que AR5 negó a V8 la expedición del certificado de incapacidad por maternidad el día 14 de septiembre de 2016, debido a que le faltaban dos días para cumplir las treinta y cuatro semanas de gestación, con base en lo dispuesto por el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS. No obstante, AR5 otorgó una incapacidad por siete días de enfermedad general, al término de la cual V8 debía acudir nuevamente a la Clínica a tramitar su incapacidad por maternidad.

213. Como obra en las constancias médicas enviadas a esta Comisión Nacional, por parte de V8, durante su embarazo presentó complicaciones de salud que requirieron su hospitalización los días 10, 11, 12 y 13 de septiembre de 2016, debido a que tuvo amenaza de aborto. Por ese motivo, personal del Área de Ginecología y Obstetricia le indicó que debía acudir de inmediato a su UMF a que le fuera otorgada la incapacidad por maternidad.

214. A pesar de que en la nota médica del personal del Área de Ginecología y Obstetricia, se hizo constar que se trató una amenaza de parto pretérmino de treinta y cuatro semanas de gestación, AR6 negó la incapacidad por maternidad debido a que en el sistema informático que maneja la Unidad de Medicina Familiar para el otorgamiento de las incapacidades aparecía como fecha para cumplir las treinta y cuatro semanas el día 16 de septiembre de 2016, y V8 se presentó dos días antes, el 14 de septiembre de 2016.

215. Debido a las complicaciones de salud que presentó V8, no pudo acudir a la siguiente semana, por lo que acudió a las dos semanas, el 5 de octubre de 2016, como obra en el carnet de citas de V8 ante ese Instituto. Es importante mencionar

que en el informe rendido por AR6 no se hace referencia a esta cita médica, ocasión en la que V8 manifestó que le fue informado que al no encontrarse su médico familiar no se le podría otorgar la incapacidad por maternidad, además de que debía presentar el formato de solicitud de transferencia de semanas debidamente llenado.

216. Finalmente, el 12 de octubre de 2016 AR5 expidió a V8 el certificado de incapacidad por maternidad correspondiente a 63 días, debido a que le fueron descontados los días que habían transcurrido desde la semana treinta y cuatro de gestación, situación que fue corroborada con el informe rendido por AR6 y fundamentada en la Circular Número 09 52 17 61 2000/ 00151, de 29 de junio de 2016.

217. A pesar de que en el informe no se señaló con precisión el fundamento jurídico que dispone ese modo de actuar, con el cual se restringe el derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, mediante la reducción del periodo de descanso obligatorio, fue posible identificar en la referida Circular lo siguiente:

“...Con el propósito de evitar confusiones durante la expedición del Certificado de incapacidad temporal para el trabajo en la rama de maternidad, a continuación, enlisto las actividades a realizar por el personal médico operativo y directivo responsable a partir del 1 de julio de 2016:

1. Reconocer el derecho que tiene la asegurada para acudir con su médico tratante por lo menos en una ocasión para que se le expida y entregue dicho certificado a partir de la semana 34; con lo cual, no se requiere de un mínimo de consultas para que goce de este derecho, con una sola atención es suficiente.

...

8. Expedir el certificado si la asegurada acude con su médico en una sola ocasión hasta la semana 38, siempre y cuando la solicitud mencionada en el punto 7 esté debidamente llenada. La expedición será a partir del mismo día

en que se solicite, no podrá ser retroactiva ni para días posteriores y será por doce semanas de descanso (84 días).

...

10. Expedir el certificado según las condiciones especiales siguientes:

c) Si la madre acude a solicitar la expedición del certificado a más tardar en la semana 38, sin el formato correspondiente para transferir las semanas y no exista en el expediente clínico evidencia de otra consulta prenatal en donde se mencione que solicitará la transferencia de semanas, no podrá expedirse el certificado por 84 días hasta que presente la solicitud correspondiente en los tres primeros días de la misma semana. Si no lo presentara, se expedirá el certificado prenatal por los días calculados entre la fecha en que se presenta la asegurada y la fecha probable de parto y se añaden los 42 días que corresponden a la postnatal. ”

218. Al realizar el análisis de la normatividad referida, en relación con el caso de V8 y V9, esta Comisión Nacional observa que el certificado único de incapacidad por maternidad correspondiente a 84 días se le debió haber otorgado a V8 desde el día 14 de septiembre de 2016, fecha en que acudió ante AR6 y AR5 en cumplimiento a las instrucciones del personal del Área de Ginecología y Obstetricia, debido a las condiciones de salud que presentó, sin necesidad de presentar una solicitud de transferencia de semanas, toda vez que ella acudió en tiempo y forma.

219. Aunado a ello, en términos de la citada Circular, el certificado de incapacidad por maternidad se debe otorgar a partir de la semana treinta y cuatro de gestación, no necesariamente en la fecha exacta que se cumple la misma, e incluso, dispone que en caso de acudir con posterioridad hasta la semana treinta y ocho, se debe otorgar el periodo completo, mediante la solicitud de transferencia de semanas.

220. De considerar que la solicitud de transferencia de semanas que le fue exigida a V8 no cumplía con los requisitos establecidos en la referida Circular, se le debió haber indicado que contaba con tres días para subsanar el error o deficiencia de conformidad con lo señalado en el punto 10 inciso c) del citado oficio, situación que

no ocurrió, debido a que AR5 tuvo por no presentada la solicitud y realizó la reducción del periodo de descanso de 84 a 63 días.

221. Destaca que el requisito que faltó en la solicitud de transferencia de semanas es el relativo a la autorización de AR6, lo cual debió haberse subsanado por el propio personal del Instituto, y no haberlo considerado como una omisión a cargo de V8.

V14 y V15

222. El 1 de septiembre de 2016 V14, mujer trabajadora de 37 años, asegurada del IMSS, acudió con AR7 a efecto de solicitar información relacionada con el trámite de *“Solicitud de transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal”*, ocasión en la que el referido servidor público le informó que debía presentarse en la semana treinta y ocho de gestación con la solicitud debidamente llenada para requerir la transferencia de semanas.

223. El 31 de octubre de 2016, día de la cita para realizar el trámite, V14 no pudo acudir por presentarse el nacimiento de V15, por lo que acudió dos días después, el 2 de noviembre de 2016, a solicitar su incapacidad por maternidad, ocasión en la que su médico familiar en la UMF 27 del IMSS en Tijuana, Baja California, determinó otorgar 42 días de descanso por maternidad; ante la inconformidad de V14 por no reconocerle el periodo completo de descanso por maternidad, la Dirección Médica confirmó la negativa y lamentó la información errónea proporcionada por AR7.

224. A su vez, la Coordinación Técnica de Atención a Quejas e Información Pública del IMSS en Baja California, informó a este Organismo que: *“...La última consulta otorgada en la UMF fue el 20 de septiembre donde se reportan 32 semanas de gestación. La nota médica de contrarreferencia de fecha de alta 20 de octubre (37.1sg) indica regresar con su médico familiar para control prenatal e incapacidad (la paciente no acude a la UMF). Se presentó a la UMF el día 5 de diciembre de 2016 en donde se otorgó la incapacidad por 42 días. En este caso la paciente se presenta posterior al nacimiento de su hijo. La paciente debió regresar con su*

médico familiar con la contrarreferencia, realizar el trámite de solicitud de transferencia de semanas para que el médico familiar valorara la procedencia, con los formatos y autorizaciones que se indican en correo que anteceden.” Es evidente que las propias autoridades no cuentan con criterios claros y uniformes, ya que por un lado indican que no era procedente la solicitud de semanas y por otro refieren que se debió realizar ese trámite.

225. Aunado a ello, existen en el expediente constancias que acreditan que AR7 envió a V14 con su médico familiar para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad, cuando contaba con 37.1 semanas de gestación, como lo es el formato de “contrarreferencia” emitido el 20 de octubre de 2016, con lo que se confirma que efectivamente le fue indicado ese proceder.

226. Mediante oficio 095217614BB1/0219 de 30 de enero 2017, el Área de Asuntos Especiales del IMSS respaldó la reducción del periodo de descanso por maternidad, e indicó que la vía para inconformarse no era ante este Organismo, en los siguientes términos: “...*Los derechohabientes para recibir, o en su caso, seguir disfrutando de las prestaciones que esta Ley otorga, deberán cumplir con los requisitos establecidos en la misma y en sus reglamentos... Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que esta Ley otorga deberán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.*”

227. En el oficio “Ginecología/No. 023/2017” de 24 de enero de 2017, la Coordinación de Ginecología del Hospital General Regional No. 1 del IMSS en Baja California, indicó que el riesgo de parto prematuro en el caso de V14 era el mismo que para cualquier embarazo, por lo que no existieron las condiciones para haberle negado la transferencia de semanas, más aún cuando en el expediente existen antecedentes de que V14 deseaba realizar la transferencia en la semana treinta y ocho de gestación como le fue indicado por AR7.

228. Por lo que se refiere a la posibilidad de otorgar dos semanas adicionales de descanso por maternidad, en virtud de la atención médica hospitalaria de 15 días

que requirió V15, la Dirección Médica de la UMF 27 del IMSS en Tijuana, Baja California, respondió que: *“...En la fracción II, del artículo 170, de la Ley Federal del Trabajo, se establece que las aseguradas cuyos hijos (as) requieran atención médica hospitalaria podrán tener 2 semanas adicionales posteriores al parto, previa presentación del certificado médico correspondiente. Sin embargo, esta es únicamente una prestación laboral que debe ser cubierta por el patrón y no obliga a la emisión de una incapacidad o al pago de subsidio.”*

229. La interpretación que realizó esa Dirección Médica es contraria al derecho humano a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad y atenta contra el derecho al interés superior de la niñez, como se aborda en el apartado correspondiente. Más aún, cuando el propio Instituto ha modificado sus procedimientos para cumplir, aunque en forma parcial, con la reforma al artículo 170 de la LFT, como es el Acuerdo publicado el 24 de agosto de 2016, relativo al *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social”*; a partir del cual se dispone otorgar un solo certificado de incapacidad por maternidad de 84 días, así como ampliar dicho periodo en caso de que el parto se retrase, modificación que tuvo lugar a partir de lo dispuesto por la LFT.

230. Del análisis de estos dos casos en los que se aplicó el nuevo procedimiento previsto en la Circular de 29 de junio de 2016, es evidente que las autoridades no proporcionaron información clara y precisa sobre la forma en que se debió solicitar la incapacidad por maternidad, más aún cuando en los propios informes se aprecian inconsistencias sobre los formatos, plazos e instancias a las que corresponde el mencionado trámite administrativo.

231. Aunado a ello, se establecen excesivas formalidades a cargo de las derechohabientes, que en caso de incumplimiento prevén reducciones al periodo de descanso por maternidad, lo cual trasgrede su derecho a la seguridad social, más aún cuando no existe información precisa, oportuna y a disposición del público usuario en general, y en especial, de las mujeres trabajadoras.

232. En particular, la Circular de 29 de junio de 2016, en el numeral 10, incisos b), c), d), f) y g), describe diversas hipótesis en las cuales se reduce el periodo de descanso por maternidad ante la falta el cumplimiento de alguno de esos requisitos formales, a cargo de las aseguradas del IMSS, o la fecha exacta en que deben acudir ante el Instituto a solicitar la incapacidad, lo cual constituye una restricción al derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad.

C.4 Restricciones ilegítimas al derecho a la seguridad social.

233. Sobre el tema de las restricciones a derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Jorge Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, estableció que la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que la condiciona al cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a *in fine* de dicho tratado, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

234. La Corte Interamericana ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención:

1) Legalidad de la medida restrictiva.

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

2) Finalidad de la medida restrictiva.

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

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

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

235. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 31 y 77 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los cuales establecen que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, han convenido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”.

236. De esta forma el derecho a la seguridad social es reconocido como un derecho humano por dicho Protocolo, en su artículo 9, y en él se establece una modalidad especial de protección a las mujeres en caso de maternidad, por lo que de conformidad con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizado anteriormente, no deben existir restricciones a ese derecho, y en caso de que algún Estado las establezca, se debe hacer un examen a la luz de

las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención, y en este caso, en el Protocolo.

237. El tema de fondo en la presente Recomendación es la reducción que el IMSS aplicó al periodo completo de descanso por maternidad, que en nuestra Constitución es reconocido en doce semanas, con la posibilidad de otorgar dos semanas adicionales en casos especiales previstos en la LFT, por lo que toda disminución a ese periodo constituye una restricción ilegítima al derecho humano a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad de las mujeres trabajadoras, reconocido en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes reglamentarias y la jurisprudencia nacional e internacional.

238. Al analizar el cumplimiento de las condiciones establecidas por la Corte Interamericana, es posible evidenciar que la restricción que el IMSS aplicó en los casos analizados, no supera siquiera el primer paso relativo a la legalidad de la medida restrictiva, toda vez que no existe Ley, en el sentido formal y material, del ordenamiento jurídico mexicano que disponga esa reducción del periodo de descanso por maternidad; es decir, las leyes que reconocen el derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, a saber, la Constitución, LFT y la LSS, son coincidentes en establecer un periodo de descanso de doce semanas para las mujeres trabajadoras, e incluso, la LFT amplía ese estándar al establecer que en caso de que el recién nacido requiera de atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad, se otorgarán dos semanas de descanso adicionales.

239. El segundo paso en el examen de la restricción al derecho humano a la seguridad social, en virtud de la cual V1, V3, V5, V8, V10, V12 y V14 no pudieron gozar del periodo completo de descanso por maternidad, es revisar si se trata de restricciones permitidas por la Convención Americana, o en este caso, por el Protocolo, previstas en la disposición que reconoce el derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, es decir, en el artículo 9º del

Protocolo; respecto de lo cual no existe restricción alguna, por lo que el acceso a ese derecho debe ser de manera íntegra para todas las mujeres trabajadoras.

240. Finalmente, por lo que se refiere al tercer paso, es evidente que, además de que la restricción no está prevista en ley alguna del ordenamiento jurídico interno, ni se encuentra establecida en la disposición del Protocolo que reconoce el derecho protegido; esa reducción al periodo de descanso por maternidad de que fueron víctimas V1, V3, V5, V8, V10, V12 y V14 no atiende ninguna necesidad social imperiosa, ni satisface un interés público imperativo, por el contrario, sí restringe en gran medida el derecho protegido y no se ajusta al logro del objetivo legítimo del mismo, que es la protección de la salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio; la protección del binomio materno infantil; y la protección de la salud del recién nacido durante las primeras semanas de vida.

241. Por lo tanto, la restricción del derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad de V1, V3, V5, V8, V10, V12 y V14, al no cumplir con las exigencias establecidas por la Corte Interamericana, debe considerarse como ilegítima y contraria, no sólo a la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, sino también a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes reglamentarias que establecen el estándar de ese derecho.

D. Derecho a la legalidad y seguridad jurídica.

242. El derecho a la seguridad jurídica que materializa el principio de legalidad está garantizado en el sistema jurídico mexicano a través de los artículos 14 y 16 de la Constitución, que prevén el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, la autoridad competente y la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento.

243. Las disposiciones que obligan a las autoridades del Estado mexicano a cumplir con el derecho a la seguridad jurídica y legalidad, están plasmadas también en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”. Estos preceptos establecen que se debe garantizar a las personas el derecho, en condiciones de igualdad, a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en su contra.

244. Para cumplir o desempeñar sus obligaciones, los agentes del Estado deben cubrir todos los requisitos, condiciones y elementos que exige la Constitución y los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, para que la afectación en la esfera jurídica de los particulares que en su caso genere, sea jurídicamente válida, ya que el acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado.

245. El derecho a la seguridad jurídica constituye *“un límite a la actividad estatal”* y se refiere al *“conjunto de requisitos que deben observarse en todas las instancias a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”*.¹⁵

246. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones establecidos por la propia norma fundamental. Asimismo, señala que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

247. El artículo 123 constitucional reconoce el derecho de las madres trabajadoras a gozar de doce semanas de incapacidad por maternidad; asimismo,

¹⁵ Recomendación 60/2016 de 15 de diciembre de 2016, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, párrafo 96.

por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, se modificó, entre otras disposiciones, la fracción II, del artículo 170, de la LFT, a fin de permitir a las trabajadoras embarazadas transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto, para después del mismo, e incluso, reconoce la posibilidad de otorgar dos semanas adicionales en caso de que el recién nacido requiera atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad.

248. Como se señaló en el apartado anterior, la norma que establece el estándar preminente aplicable en materia de derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad para todas las mujeres trabajadoras en nuestro país, es la LFT en su artículo 170, por tratarse de una Ley Reglamentaria del artículo 123 constitucional, aplicable a los regímenes de seguridad social, en el ámbito de sus respectivas competencias.

249. La observancia del principio de legalidad exige que en casos de embarazos de mujeres trabajadoras, se les otorgue el descanso previsto en el referido artículo de la LFT, por resultar la norma aplicable en materia de derechos humanos, independientemente de que el nacimiento del producto de la gestación ocurra antes o después de la fecha prevista por el médico.

250. La existencia de diversas normas que no se encuentren acordes con el estándar previsto en la Ley Reglamentaria del Artículo 123 constitucional, genera inseguridad jurídica, como es el caso de la LSS y el Reglamento de Prestaciones Médicas, en caso de que no se aplique la norma que resulte prioritaria por ser acorde con los derechos humanos.

251. Dicha situación de inseguridad jurídica y falta de certeza dio lugar a la emisión por parte del IMSS de una circular, el 29 de junio de 2016, con la que buscó precisar el estándar aplicable, aunque de forma parcial como se describirá más adelante, en relación con el otorgamiento de las licencias de incapacidad por maternidad; así como el *“Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la LSS”* de 24 de agosto de 2016, el cual, en efecto, es el que señala

esta Comisión Nacional como el acorde con los derechos humanos; sin embargo, esta última es omisa para los casos de partos prematuros.

252. Como se ha mencionado, el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, es restrictivo en los casos en que el parto se presente antes de la fecha prevista por el médico, ya que, por un lado establece que los días de incapacidad otorgados y no disfrutados, se ajustarán respecto del periodo postnatal, sin la posibilidad de que los días faltantes se acumulen al periodo posterior al parto; y por otro, ocasiona que en los casos de partos prematuros se otorgue sólo la incapacidad postparto, sin posibilidad de contar con el descanso completo que prevé el ordenamiento; ello evidencia una falta de armonización que provoca inseguridad jurídica, tanto a los destinatarios de la norma, como a los encargados de su aplicación, ocasionando con ello actos arbitrarios por parte de la autoridad, en detrimento de las mujeres, el producto de la gestación y el recién nacido.

253. Dicho artículo en la parte conducente menciona: *“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.”*

254. En los casos analizados en la presente Recomendación, la autoridad da un sentido literal y aislado a la disposición, sin considerar la interpretación conforme y el principio pro persona a que está obligada por disposición del artículo 1º constitucional; en el entendido que las normas no existen aisladas en el ordenamiento, sino forman parte de un sistema que las articula, de manera que las autoridades están obligadas a aplicar el derecho y no sólo la norma aislada de un ordenamiento administrativo, sin considerar normas de superior jerarquía como la propia Constitución, la LFT y los Tratados Internacionales, así como los precedentes

jurisdiccionales, más aún tratándose de evidentes normas incompatibles con los derechos humanos y con la dignidad de la persona.

255. Lo anterior en modo alguno implica que la autoridad administrativa declare o califique la inconstitucionalidad, inconvencionalidad o invalidez de los preceptos administrativos, lo cual está reservado al Poder Judicial de la Federación, en su función de control de constitucionalidad y convencionalidad, sino que debe interpretar las normas a efecto de cumplir con los derechos humanos y en la medida que más favorezca a la persona, sin que esté facultada para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

256. Al respecto la SCJN determinó que *“...El modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal, es en el sentido de que: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca[n] [al individuo], sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.”*¹⁶

¹⁶ Así lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución del Expediente: Varios 912/2010, de 14 de julio de 2011, relativo a la participación del Poder Judicial de la Federación y del Poder Ejecutivo Federal en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos". Consultada en:

257. En los casos analizados existe una situación común, se trata de situaciones que generaron la aplicación de un criterio literal a partir de la interpretación de normas de manera aislada; en unos casos el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS; y en otros, la Circular de 29 de junio de 2016, cuya consecuencia fue la reducción del periodo de descanso por maternidad; en todos ellos, lo que la autoridad debió realizar es la interpretación conforme de su normatividad a la luz de los estándares que reconocen el derecho humano a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad, correspondiente a 12 semanas de descanso, con la posibilidad de ampliarlo a 14, en caso de que los recién nacidos requirieran atención médica hospitalaria o nacieran con alguna discapacidad.

258. A efecto de analizar el orden en que fueron descritas las cinco diferentes hipótesis que se desprenden de la normatividad aplicada por el IMSS, aplicables a los casos analizados en la presente Recomendación, se presentará en primer lugar el caso de (V3 y V4), posteriormente, los casos de (V1 y V2), (V5, V6 y V7), (V10 y V11) y (V12 y V13) que presentan una situación similar al ser partos pretérmino; y finalmente, los casos de (V8 y V9) y (V14 y V15) a los que se aplicó el nuevo procedimiento para el otorgamiento de la incapacidad por maternidad.

D.1 Caso de V3 y V4.

259. El 17 de febrero de 2016 V3, mujer de 31 años de edad, asegurada del IMSS, presentó un parto pretérmino a las treinta y seis semanas de gestación, en virtud del cual nació V4.

260. Debido a haberse adelantado el parto, V3 sólo pudo gozar de 17 días de incapacidad prenatal, no así los 42 a que tenía derecho, a pesar de haber solicitado con anticipación la transferencia de cuatro de las seis semanas de incapacidad

prenatal, para gozarlas de manera posterior al parto, con fundamento en el artículo 170 de la LFT, lo cual le fue negado por AR1.

261. V3 solicitó de manera verbal a AR1 la transferencia de cuatro semanas de incapacidad prenatal al periodo posnatal, cuando cursaba la semana 27 de embarazo, la cual fue negada por AR1.

262. El argumento vertido en los informes presentados por AR1, refiere que la negativa a otorgarle la transferencia de semanas se basa en lo previsto en el artículo 101 de la LSS y en el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas; y anexó el oficio 09 52 17 4000/0039 que contiene una opinión jurídica de AR2, en la cual se instruyó desaplicar de facto lo previsto por el artículo 170 de la LFT y otorgar la incapacidad por maternidad estrictamente apegada a lo dispuesto en la normatividad del IMSS; es decir, 42 días anteriores y 42 días posteriores al parto.

263. Dicha opinión de AR2 se emitió el 31 de enero de 2013, en respuesta a la Coordinación de Prestaciones Médicas del IMSS, quien requirió una *“opinión jurídica respecto a la aplicación y vigencia de la reforma realizada al artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, en relación a lo dispuesto en el artículo 101, de la Ley del Seguro Social, respecto de la expedición de incapacidades, certificación del derecho y pago de subsidios en el ramo de maternidad”*, ante lo cual AR2, sin haber realizado interpretación conforme de la norma, ni aplicado el principio pro persona, a la luz de los estándares de derechos humanos, tanto de fuente nacional como internacional, así como de los precedentes jurisdiccionales aplicables, señaló que *“... con fundamento en lo dispuesto en el artículo 75, fracción I, del Reglamento Interior del IMSS, esta Dirección Jurídica es del criterio que los subsidios a que tienen derecho las madres aseguradas con motivo del embarazo y parto, deberán entregarse en la forma y condiciones señalados en el artículo 101 de la Ley del Seguro Social”*

264. En ese sentido, se advierte que expresamente AR2 opinó jurídicamente que debía desaplicarse de facto lo dispuesto por el artículo 170 de la LFT, relativo a la

posibilidad de elegir libremente el periodo en que las mujeres trabajadoras disfrutarán de las semanas de incapacidad por maternidad, es decir, con dicho criterio se restringió el derecho de V3 a transferir semanas de incapacidad prenatal al periodo posnatal, lo que se tradujo en afectación a su derecho a la legalidad y seguridad jurídica.

265. Por otra parte, el 26 de enero de 2016, AR1 informó a esta Comisión Nacional que “...*El Instituto Mexicano del Seguro Social no ha decretado ninguna modificación a la normativa que se menciona en el Reglamento de Prestaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de noviembre de 2006, por lo que a la fecha no se cuenta con una ampliación en el periodo de incapacidad posterior al parto*”; con lo que AR1 da preeminencia a una disposición del mencionado Reglamento por encima de lo previsto en la Constitución, la LFT y la LSS.

266. Sin embargo, el 15 de julio de 2016, la División de Derechos Humanos del IMSS envió a este Organismo el Oficio circular Núm. 095217612000/000113 el cual evidenció que, desde el 4 de junio de 2013, la Dirección de Prestaciones Médicas había instruido a todas las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal la obligación de autorizar dicha transferencia, lo cual representa una omisión por parte de AR1 quien estaba obligado a conocer la normatividad aplicable en materia de prestaciones económicas, cuyo desconocimiento ocasiona falta de certeza hacia los usuarios de los servicios que se prestan en esa Unidad de Medicina Familiar a su cargo, con la consecuente afectación a su derecho a la legalidad y seguridad jurídica, como fue el caso de V3.

267. Lo anterior evidencia, por una parte, inconsistencia en las normas y criterios emitidos, tanto por el personal de las áreas de prestaciones económicas, como del personal de las áreas jurídicas del Instituto; aplicables a la emisión de certificados de incapacidad por maternidad a las mujeres trabajadoras que solicitan esa prestación de seguridad social ante el IMSS; y por la otra, que existe desconocimiento de dichas normas y criterios por parte de las áreas de prestaciones

médicas encargadas de autorizar el otorgamiento del descanso por maternidad a que tienen derecho las mujeres trabajadoras afiliadas al IMSS.

268. Aunado a ello, el Área de Asuntos Especiales del IMSS indicó a este Organismo Constitucional que a V3 le habían sido pagados los certificados de incapacidad por 84 días, por lo que solicitó dar por concluida la queja; en efecto, a V3 le fueron pagados los días de incapacidad por maternidad, sin embargo, debido a que el parto se adelantó, no le fue posible descansar los 84 días de incapacidad prenatal, ni en la forma en que ella libremente lo decidiera, como era su derecho mediante la solicitud de transferencia de semanas, ni de forma completa, lo cual se puede corroborar con los propios certificados emitidos por el Instituto, en los que consta que sólo gozó de 17 días de descanso anteriores al parto y 42 posteriores.

269. En el caso de V3 existe afectación a su derecho a la seguridad jurídica y legalidad por parte de AR1 en dos momentos: primero al negarle la transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal; y segundo, al otorgarle sólo 17 días de los 42 de descanso previo al parto, en razón de que V4 nació veinticinco días antes de la fecha prevista por el médico, esto es, no tuvo la posibilidad de gozar de 25 días de descanso a que tenía derecho.

270. Como se ha referido en el apartado anterior, durante la semana veintisiete de gestación V3 acudió ante AR1 a efecto de solicitar la transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal, en términos de lo previsto en el artículo 170 de la LFT; una vez hecha la petición de manera verbal, AR1 le respondió que no era procedente debido a que la normatividad del IMSS no contemplaba esa situación; dicha negativa fue confirmada por la autoridad en los informes enviados a esta Comisión Nacional, bajo el mismo argumento, a pesar de que había normas vigentes que le obligaban expresamente en ese sentido, tanto en la referida LFT, como en la Circular Núm. 0952176120 00/000113 de 4 de junio de 2013, las cuales AR1 desatendió.

271. En razón de dicha negativa, V3 tuvo que aceptar el periodo de descanso por maternidad en los términos autorizados por el IMSS, es decir, 42 días antes y 42 días después del parto. No obstante, cuando cursaba el día número 17 del periodo prenatal, nació V4, por lo que AR1 procedió en ese momento a otorgarle la incapacidad postparto correspondiente a 42 días.

272. De esta forma, V3 sólo pudo disfrutar de 17 días de incapacidad prenatal, no así 42 como lo establece la Constitución, la LFT y la propia LSS, dicho criterio fue fundamentado por la autoridad únicamente en lo dispuesto por el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, precepto que, como se refirió anteriormente, trasgrede el principio de reserva de ley y no resulta la norma aplicable atendiendo al principio pro persona, por establecer restricciones ilegítimas al derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad reconocido por la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las leyes reglamentarias y la jurisprudencia nacional e internacional.

273. No pasa desapercibido para este Organismo Nacional que el 29 de junio de 2016, AR3 y AR4 emitieron un oficio circular 095217612000/00151 con el que dan a conocer a los Directores de Unidades Médicas, Jefes de Prestaciones Médicas y Jefes de Prestaciones Económicas y Sociales, un nuevo procedimiento para el otorgamiento de las licencias de incapacidad por maternidad, en el cual se prevé la expedición de un certificado único de 84 días de incapacidad por maternidad; a pesar de ello, el IMSS continúa estableciendo restricciones al derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, como se ha evidenciado en el presente documento.

D.2 Casos de partos pretérmino de gran prematuridad (V1 y V2), (V5, V6 y V7), (V10 y V11) y (V12 y V13).

274. Estos casos corresponden a la hipótesis identificada en el apartado anterior con el inciso d), es decir, mujeres cuyo embarazo transcurría y tuvieron un parto

pretérmino de gran prematuridad, por lo tanto, no se encontraban gozando aún del periodo de descanso por maternidad.

275. A pesar de haber sido requerido en diversas ocasiones por parte de este Organismo Constitucional, el personal del IMSS no proporcionó el debido fundamento legal con base en el cual negó el subsidio por 42 días de incapacidad por maternidad, a V1, V5, V10 y V12, limitando con ello el periodo total de 12 semanas de descanso, y valorar ampliarlo en dos semanas adicionales en razón de la atención médica hospitalaria que requirieron V2, V6, V7, V11 y V13.

V1 y V2.

276. La Jefatura de Medicina Familiar en la UMF 29 del IMSS en la Ciudad de México refirió en su informe que en el caso de V1 *“... es importante señalar que no se ha negado la incapacidad prenatal a la paciente en referencia, sin embargo, la paciente no cumple con los requisitos para el otorgamiento de la incapacidad prenatal, la cual se otorga al cumplir 34 semanas de embarazo. En el presente caso la paciente presentó el parto pretérmino a la semana 29. Otorgándosele la incapacidad postnatal a partir del nacimiento del producto; conforme lo establece el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones”*

V5, V6 y V7.

277. La Dirección Médica de la UMF 28 del IMSS en la Ciudad de México informó que en el caso de V5 *“...No corresponde la transferencia de semanas, ya que se realiza a partir de las 34 semanas de gestación de acuerdo a fecha de última regla o en su caso 42 días antes de la fecha probable de parto en relación a la última fecha de regla hablando en términos médicos...”*

V10 y V11.

278. La Dirección del Hospital General Regional del IMSS en Ecatepec, Estado de México, informó que a V10 *“... No le asiste el derecho a gozar de 84 días, toda vez que la Ley Federal del Trabajo menciona que tiene derecho a 6 semanas previas y 6 semanas después del parto, y sólo en el caso de transferencia de semanas se pueden pasar las semanas solicitadas para después del parto... Por otro lado la Ley del Seguro Social en su artículo 85 dice que el disfrute de las prestaciones por maternidad, se hará en relación a la fecha probable de parto para el cálculo de los 42 días previos, no dice en relación al nacimiento del recién nacido y en su artículo 101 ratifica que el subsidio es 42 días antes del parto y en caso de error se deba cubrir los 42 días posteriores invariablemente, no así en la etapa prenatal.”*

V12 y V13.

279. La Jefatura de Ginecoobstetricia del Hospital General de Zona 1-A del IMSS en la Ciudad de México informó respecto de V12: *“...La paciente fue atendida en este servicio el día 22 de noviembre de 2016, realizándole una interrupción de su embarazo a las 27 semanas de gestación. Se le otorgó según los lineamientos vigentes, una incapacidad postnatal por cuarenta y dos días a partir de la fecha de nacimiento de su bebé. La normatividad vigente no contempla el otorgamiento de la incapacidad prenatal en embarazos menores a las 34 semanas, ni la transferencia de semanas previas a esta semana...”*

280. Como se puede notar, se trata de una apreciación errónea del artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas por parte de los mencionados servidores públicos del IMSS, toda vez que el mismo se refiere a 42 días antes de la fecha del parto, el cual no siempre ocurre a las 40 semanas de embarazo; ya que el método utilizado para determinar la fecha de la concepción del producto y a partir de ahí calcular la fecha probable de parto, no es preciso, debido a que se toma en cuenta la fecha de la última menstruación de la mujer como fecha de inicio del embarazo;

y de acuerdo a las condiciones particulares de salud en cada embarazo, la fecha de parto puede variar, e incluso, anticiparse en demasía, como fue el caso de V1, V5, V10 y V12.

281. Por ello, establecer como requisito para otorgar la incapacidad por maternidad, el alcanzar las 34 semanas de gestación, constituye dar por hecho que todos los embarazos llegarán a su término de 40 semanas, lo que en la realidad no ocurre, de modo que se está imponiendo una restricción ilegítima e irrazonable a las madres trabajadoras que no alcanzan ese número de semanas de gestación, en perjuicio de su derecho a la legalidad y seguridad jurídica, toda vez que se trata de un requisito de imposible cumplimiento, en casos de nacimientos con producto pretérmino, derivado de la forma en que se redactó el referido precepto del Reglamento, aunado a una interpretación literal alejada del principio pro persona y de interpretación conforme.

282. Asimismo, se trata de una interpretación sesgada, pues la autoridad ha dado un sentido aislado a la disposición, sin considerar la interpretación conforme y el principio pro persona a que está obligada por disposición del artículo 1º constitucional; en el entendido que, como se ha señalado, las normas no existen por sí solas en el ordenamiento, sino forman parte de un sistema que las articula, de manera que las autoridades están obligadas a aplicar el derecho y no sólo la norma aislada de un ordenamiento administrativo, sin considerar normas de superior jerarquía como la Constitución, los Tratados Internacionales y la LFT.

283. En primer término, los servidores públicos encargados del otorgamiento de las incapacidades por maternidad, no han dado la correcta interpretación del artículo 170 de la LFT, el cual fue reformado, mediante decreto publicado el 30 de noviembre de 2012 en el Diario Oficial de la Federación, con la finalidad de ampliar y fortalecer los derechos de las madres trabajadoras; en aplicación del principio de progresividad, mediante el reconocimiento del derecho a elegir libremente el periodo de incapacidad por maternidad, salvo que esté de por medio la salud de la propia mujer; por lo que una norma anterior de carácter administrativo, como lo es el

Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, cuya aparición en el Diario Oficial de la Federación fue el 30 de noviembre de 2006, no debe ser usada para desconocer la ampliación de los derechos humanos de las mujeres trabajadoras, en particular de quienes presentan partos prematuros.

284. Al proceder de esa manera, pretenden justificar su proceder con el hecho de que V1, V5, V10 y V12 presentaron partos prematuros, para señalar que por ese hecho no les es aplicable la norma jurídica en cuestión, cuándo la observancia del derecho humano a la salud y al trato digno, así como la aplicación del principio pro persona y de interpretación conforme, exigen que se reconozca que gocen mínimamente de los beneficios que la Constitución y la LFT establecen, esto es, cumplir con la obligación de otorgarles el periodo completo de descanso por maternidad.

285. De modo que, si las semanas que prevé la ley fueron fijadas con el objeto de proteger la salud de la madre y del producto de la gestación o del recién nacido, no se incumple con el objeto de la ley, sino por el contrario se es acorde con ella en los casos de V1, V5, V10 y V12, pues se trata también de proteger a las madres y sus hijas e hijos recién nacidos, cuya situación es de mayor vulnerabilidad por ser productos de nacimientos pretérmino con alto grado de prematuridad.

286. En estos casos existe afectación al derecho a la seguridad jurídica y legalidad, debido a la negativa por parte de los servidores públicos encargados del otorgamiento de la incapacidad por maternidad, a observar lo dispuesto por el artículo 170 de la LFT, que como se ha señalado anteriormente, es la norma aplicable acorde con los derechos humanos, a efecto de garantizar el derecho a la seguridad social consistente en 12 semanas de incapacidad por maternidad, con la posibilidad de otorgar dos semanas adicionales en razón de la atención médica que requirieron los recién nacidos.

287. El propio Instituto ha reconocido como norma aplicable en materia de protección a la maternidad, el artículo 170 de la LFT, con la emisión por parte de

AR3 y AR4, de la *Circular* de 29 de junio de 2016, así como del *Criterio de Interpretación para efectos administrativos del artículo 101 de la Ley del Seguro Social*, publicado el 24 de agosto de 2016 por parte de la Dirección Jurídica del IMSS, en los cuales se instruye a aplicar un nuevo procedimiento que permita, entre otros, transferir semanas de incapacidad por maternidad del periodo prenatal al postnatal, así como emitir un certificado único de incapacidad por maternidad de 84 días.

288. No obstante que dichas circulares han sido armonizadas, en algunas de sus partes, con los estándares de derechos humanos que se han venido analizando, al menos por lo que hace a las mujeres que soliciten anticipadamente la transferencia de semanas; no ha sido así respecto a mujeres trabajadoras que presentan partos prematuros, ya que en esos casos el IMSS vulnera el derecho a la seguridad jurídica y legalidad, como sucedió con V1, V5, V10 y V12, toda vez que reduce de manera expresa el periodo de descanso a la mitad, al disponer que cuando el nacimiento ocurra antes de las 34 semanas de gestación, sólo procederá el otorgamiento de 42 días de incapacidad postnatal, no así los 84, que como quedó clarificado en el apartado anterior, corresponde al estándar mínimo de protección de la salud y el bienestar de la mujer, del producto de la gestación, del binomio materno infantil y del recién nacido.

D.3 Casos de (V8 y V9) y (V14 y V15) en los que se aplicó el nuevo procedimiento para el otorgamiento de incapacidad por maternidad.

Caso de V8 y V9

289. A V8 le fue otorgado un certificado por 63 días de incapacidad por maternidad, no así por 84 como lo prevé la Constitución, la LFT y la LSS. El fundamento legal invocado por AR6, para haber tomado la determinación de reducirle el periodo de descanso, es la Circular 095217612000/ 00151 de 29 de junio de 2016, que estableció un nuevo procedimiento para el otorgamiento de

licencias por maternidad en el IMSS; y el motivo fue que V8 acudió fuera de tiempo a realizar el trámite de la referida incapacidad.

290. En particular, AR6 señaló: *“... la derechohabiente se presenta el día 12 de octubre contando con 37 semanas de gestación por ultrasonido realizado el día 08 de octubre y con documento de transferencia de semanas autorizado por el patrón pero sin conocimiento por su médico familiar de dicha decisión, se le explica que se encuentra en destiempo y que procede a expedírsele incapacidad descontándole de los 84 días los transcurridos entre la fecha para la expedición y la fecha en que la asegurada acude. Por dicho motivo se le otorga incapacidad de maternidad única por 63 días.”*

291. El Oficio Circular Número 095217612000/00151 de 29 de junio de 2016, establece reducciones al periodo completo de descanso por maternidad, en caso de que la asegurada acuda de manera posterior a la semana número 34 de gestación y no cuente con la solicitud debidamente requisitada, para tales efectos.

292. La referida Circular describe el supuesto en el que se encuentra el caso de V8, quien acudió a la Unidad de Medicina Familiar No. 28 en Mexicali, cuando contaba con 37 semanas de gestación, y presentó una solicitud de transferencia de semanas firmada por su patrón; todo ello, como lo señaló V8, en cumplimiento de las indicaciones que le fueron proporcionadas por el Área de Medicina Familiar de la UMF 28, respecto de lo cual con posterioridad se analizará la responsabilidad de los servidores públicos por haber informado erróneamente acerca de los tiempos y requisitos, lo que ocasionó que V8 acudiera en destiempo.

293. De este modo, aún cuando la autoridad intentó fundamentar su actuar en la Circular que establece el “nuevo” procedimiento para otorgar semanas de incapacidad por maternidad, el cual impone cargas excesivas a las mujeres trabajadoras, sólo evidenció una aplicación inadecuada de su propia normatividad interna, lo que se tradujo en violación al derecho a la seguridad jurídica y legalidad en agravio de V8.

Caso de V14 y V15

294. En el caso de V14, le fueron otorgados sólo 42 días de descanso por maternidad, debido a que tuvo lugar el nacimiento de V15, durante la semana 38 de gestación, cuando V14 no contaba aún con la incapacidad por parte del IMSS.

295. De acuerdo con los informes recabados por este Organismo Constitucional, se advierte que AR7 proporcionó información errónea a V14, respecto de la fecha en que debía solicitar la transferencia de semanas, en el entendido que V14 deseaba transferir cuatro de las seis semanas para gozarlas de manera posterior al nacimiento de V15, por lo que AR7 indicó a V14 que debía acudir en la semana 38 de gestación con el formato debidamente requisitado para esos efectos.

296. Cuando se llegó el día de la cita para realizar el mencionado trámite, V14 no pudo acudir debido a que ese día se suscitó el nacimiento de V15, por lo que tuvo que acudir dos días después ante el Área de Medicina Familiar de la UMF 27 en Tijuana, Baja California, quien le otorgó un certificado de incapacidad por 42 días y no por 84 como le corresponde, aduciendo que la Circular que establece el nuevo procedimiento, así lo dispone en los casos en que se suscite el nacimiento antes de gozar del periodo de descanso.

297. Al respecto, la Circular de 29 de junio de 2016, señala en el numeral 10, inciso f) *“si la mujer no solicitó por escrito la transferencia de semanas según conste en notas médicas del expediente clínico, y se presenta el parto antes de la expedición del certificado de incapacidad de maternidad, se hará acreedora a los 42 días correspondientes al periodo postnatal.”*

298. No pasa desapercibido para este Organismo Autónomo, que de los informes enviados por la Dirección de la UMF 27, así como la Coordinación Técnica de Atención a Quejas del IMSS en Baja California, se advierten inconsistencias

respecto de las indicaciones que se le proporcionaron a V14 para gozar de su periodo de descanso por maternidad en la forma en que ella lo requería.

299. Por una parte AR7 le indicó que si deseaba transferir semanas debía acudir en la semana 38 de gestación con la solicitud debidamente llenada para esos efectos, sin embargo, no le proporcionó los formatos correspondientes para hacer la solicitud por escrito.

300. Por otra, la Dirección de la Clínica 27 del IMSS en Tijuana, Baja California señaló que V14 no solicitó a tiempo la transferencia de semanas, la cual debió realizar al cumplir 34 semanas de gestación; sin embargo, refiere esa autoridad que de haberse solicitado no era procedente otorgar la transferencia debido a que se trataba de un embarazo de alto riesgo con posibilidad de parto prematuro, lo que para este Organismo evidencia falta de uniformidad en los criterios y en la información, ya que se le dieron indicaciones a V14 para solicitar la transferencia y después se informó a esta Comisión que la misma no era procedente.

301. En otro sentido, el Servicio de Ginecoobstetricia informó a este Organismo Constitucional que V14 debió haber solicitado ante el Área de Medicina Familiar la transferencia de semanas, la cual de haberse solicitado en tiempo, era procedente. Lo que se confirma con el informe de la Coordinación de Atención a Quejas en Baja California, quien indicó que no existía riesgo de parto prematuro.

302. Del análisis de estas evidencias, se desprende que la información para realizar el trámite de solicitud de transferencia de semanas, no se proporcionó de forma oportuna, clara y precisa a V14 por parte del personal involucrado en la expedición del certificado único de incapacidad por maternidad.

303. Como se mencionó en el apartado anterior, este tipo de restricciones al derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, la Corte Interamericana las considera ilegítimas; por lo que los supuestos previstos en el numeral 10, incisos b), c), d), f) y g) de la Circular de 29 de junio de 2016 se

consideran violatorios del derecho humano a la seguridad jurídica y legalidad, toda vez que van en contra del objeto y fin últimos del estándar que desarrolla el derecho humano a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad, que es la salud de la mujer, del binomio materno infantil y del recién nacido.

E. Derecho a la igualdad y no discriminación.

304. El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus párrafos primero y quinto reconoce el derecho humano a la igualdad, al disponer que *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”*

305. El artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), establece: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

306. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), establece en su artículo 4, numeral 2, la obligación a los Estados, de adoptar medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad; así como, en su artículo 11, la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a la seguridad social, la salvaguarda de la función de reproducción y prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad.

307. A nivel nacional, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, establece en su artículo 9, fracción XX, que se considera como discriminación el impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios.

308. De dichos preceptos emanan obligaciones puntuales para el Estado, sus autoridades y los servidores públicos, relacionadas con el reconocimiento y protección del derecho humano a la igualdad y no discriminación; en particular, por lo que se refiere al acceso a la seguridad social para todas las mujeres y hombres.

309. El máximo Tribunal del país concibe que la idea de igualdad ante la ley, es un principio de justicia e implica que ante las mismas circunstancias, las personas sean tratadas de la misma manera bajo “*reglas fijas*”, reconociendo que puede existir una distinción sólo en circunstancias relevantes, de manera justificada y a fin de evitar un trato desigual. En ese sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer lo siguiente:

“IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier

circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.”¹⁷

310. De esta forma, se puede entender que en determinadas situaciones existan medidas encaminadas a proporcionar un trato diferente a personas que se encuentren en situaciones de desigualdad frente a la generalidad, ello con el objeto de garantizarles el acceso a ciertos derechos a los que de otra forma no lo tendrían.

311. En otro criterio relativo al derecho a la igualdad, el máximo Tribunal de nuestro país dispuso:

“IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. ... El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido... Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción

¹⁷ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Octubre de 2004, Tesis: 1a./J. 81/2004, Página: 99. Registro: 180345.

hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido...”¹⁸

312. Con este criterio se establece como una exigencia que el legislador en algunos casos realice distinciones, con la finalidad de proteger derechos de personas o grupos que se encuentren en situaciones de desigualdad; de este modo, cuando en la norma no se hubieren señalado expresamente este tipo de medidas de protección, en el entendido que sería un despropósito exigir al órgano legislativo prever en cada supuesto los posibles ámbitos de desigualdad para pronunciarse sobre el proceder adecuado en cada uno de ellos, es preciso realizar la interpretación del sentido de la norma para disponer su aplicación en observancia del derecho a la igualdad y no discriminación de todos sus destinatarios.

313. En el apartado sobre derecho a la seguridad social, se desarrolló su contenido en materia de protección a la maternidad, consistente en contar con un periodo de 12 semanas de incapacidad, con la posibilidad de ampliarlo a 14 semanas en caso de que el recién nacido requiera atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad reconocido por la Constitución, los Tratados Internacionales y la LFT a todas las mujeres, de modo que toda restricción a ese estándar provocaría una desigualdad contraria a los derechos humanos que hace nugatoria la universalidad de los mismos.

314. Incluso, de la investigación realizada por este Organismo Autónomo, se obtuvieron elementos que evidencian que el descanso por maternidad que se otorga a las mujeres afiliadas al IMSS, es menor en cuanto al número de días que se otorgan en otros regímenes de seguridad social en México; en ese sentido se muestra esta tabla:

¹⁸ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Septiembre de 2006, Tesis: 1a./J. 55/2006, Página: 75. Registro 174247.

IMSS	ISSSTE	ISSFAM	ISSEMYM (Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios).	ISSET (Instituto de Seguridad Social del Estado de Tabasco)
84 días de incapacidad por maternidad 42 días antes del parto y 42 días después Artículo 101 de la Ley del Seguro Social	90 días de incapacidad por maternidad 30 días antes del parto y 60 días después. Artículo 121 del Reglamento de Servicios Médicos del ISSSTE	Tres meses de incapacidad por maternidad 1 mes antes del parto y 2 meses después Artículo 152 de la Ley del ISSFAM	90 días de descanso por maternidad. 30 antes y 60 después del parto ó 45 antes y 45 después Artículo 19 del Reglamento para el otorgamiento de certificados de incapacidad del ISSEMYM	3 meses de descanso por maternidad. 1 mes antes y dos meses después del parto. Artículo 80 de la Ley del Instituto de Seguridad Social del Estado de Tabasco

Fuente: Elaboración CNDH.

315. En el caso de la licencia de incapacidad por maternidad otorgada por el ISSSTE, el 31 de octubre de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el cual sustituyó al publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de junio de 2011.

316. En el artículo 121 del nuevo reglamento se establece que:

“Artículo 121.- La Licencia Médica por Maternidad, se otorgará por el Médico Tratante a las aseguradas en la etapa de gestación por un periodo de noventa días naturales, de los cuales treinta tienen por objeto proteger a la madre y el producto antes de la fecha aproximada del parto, y los sesenta restantes para cuidados maternos, dicha Licencia Médica puede expedirse a partir de la semana treinta y seis del embarazo.

Cuando el producto sea prematuro, los días de descanso no disfrutados antes del parto por la madre, se podrán sumar a la licencia de Maternidad de sesenta días posteriores al parto, a fin de garantizar los noventa días señalados por la normatividad aplicable.”

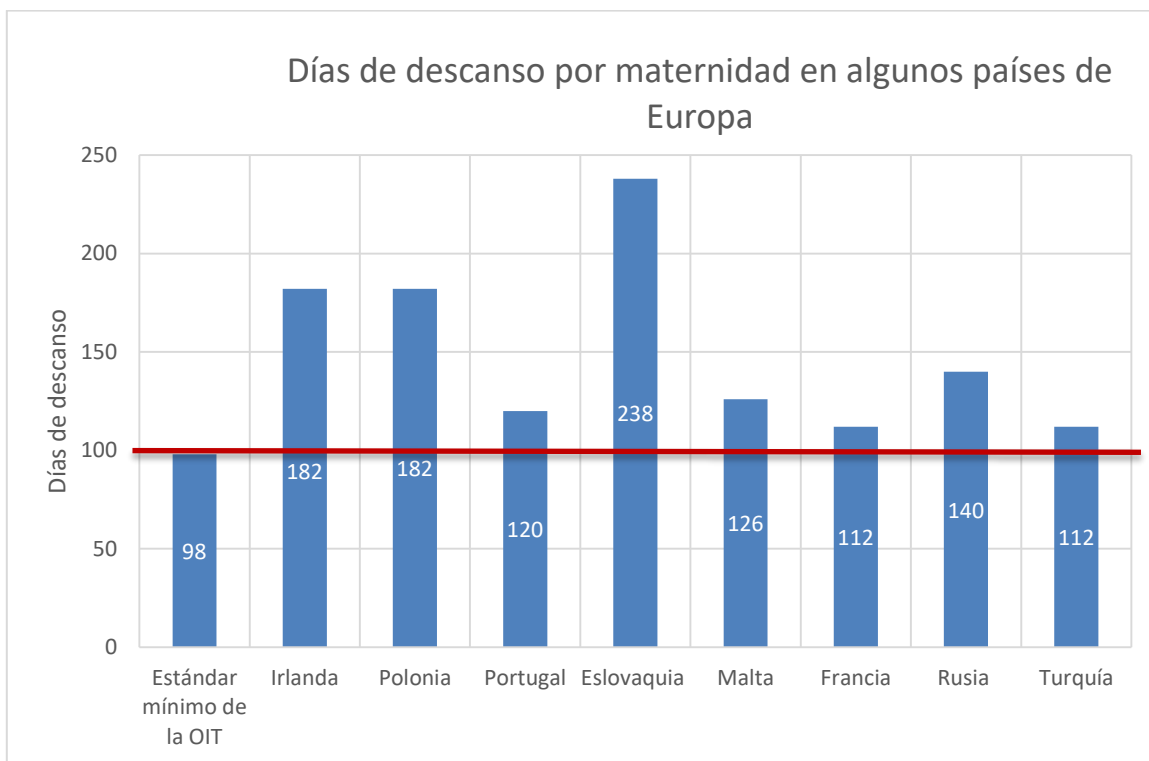
317. Con este precepto se modificó, en cumplimiento a la Recomendación 74/2013 de 18 de diciembre de 2013 dirigida al Director General del ISSSTE por parte de este Organismo Nacional, entre otros preceptos, lo dispuesto por el artículo 122 del anterior Reglamento de Servicios Médicos, el cual señalaba:

“Artículo 122.- La Licencia Médica por maternidad, se otorgará por el Médico Tratante a las aseguradas en etapa de gestación, a partir de la semana 36 de embarazo, el cual será por un periodo de noventa días naturales de los cuales, treinta tendrán por objeto proteger a la madre y al producto antes de la fecha aproximada del parto, y los sesenta restantes, serán para cuidados maternos. Estos días no podrán acumularse ni antes, ni después de lo estipulado.

Cuando el producto sea prematuro o la asegurada solicite la Licencia Médica por maternidad posterior al parto, se otorgará por un periodo de 60 días naturales para cuidados maternos.”

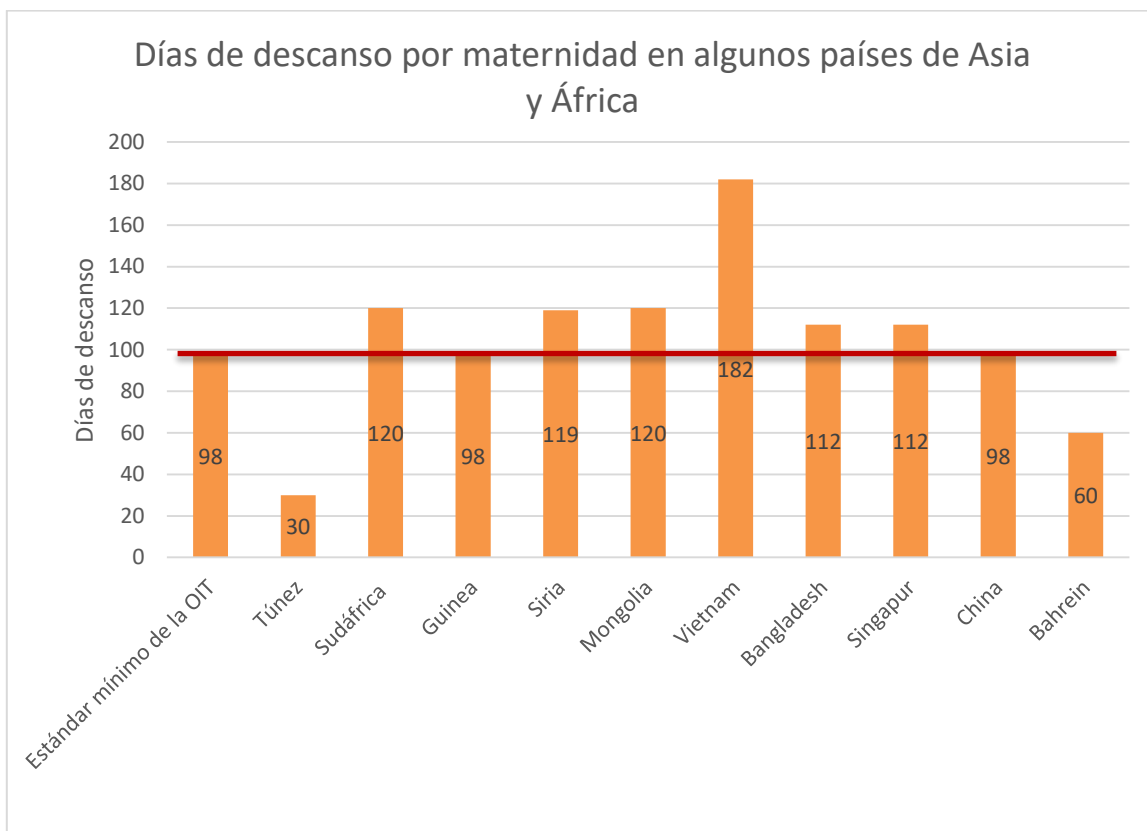
318. Como puede observarse, previo al análisis particular de los casos de la presente Recomendación, existe desigualdad respecto de los días de descanso que se otorgan en nuestro país a las mujeres trabajadoras, en razón del régimen de seguridad social al que se encuentran afiliadas.

319. A nivel internacional, los estándares de derechos humanos correspondientes al derecho a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad, establecen un mínimo de 14 semanas de descanso, e incluso, la Organización Internacional del Trabajo recomienda otorgar 18 semanas de descanso por maternidad. No obstante, existen países (como México) que no cumplen con ese estándar mínimo, como se muestra en las siguientes gráficas:

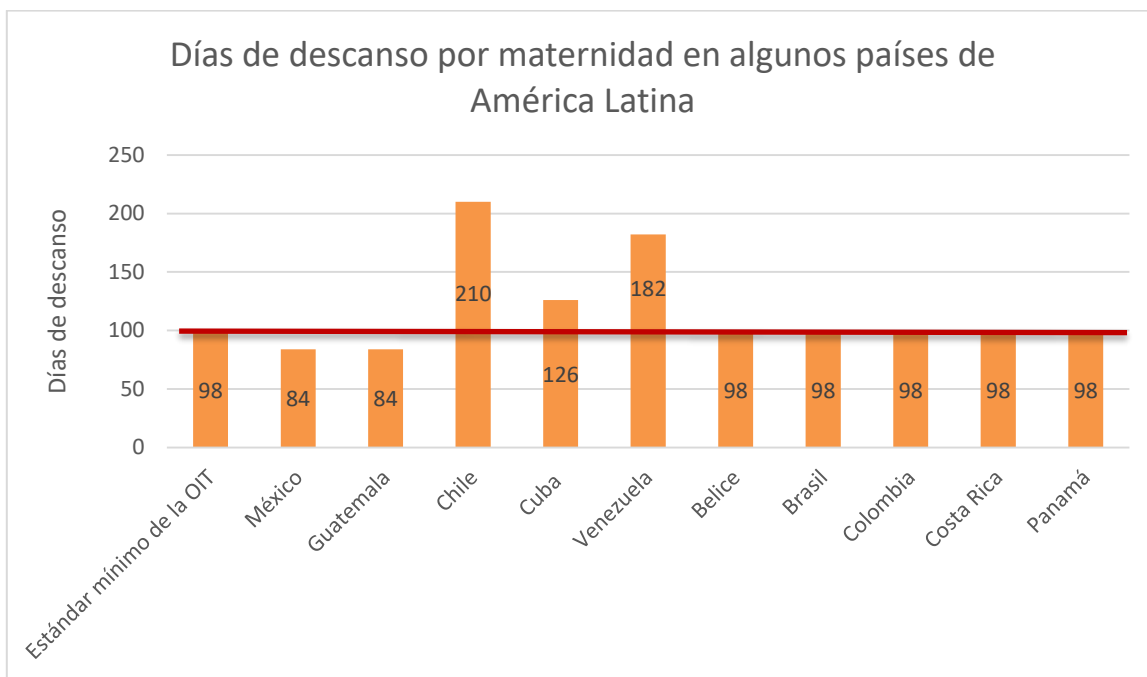


Fuente: Elaboración CNDH con datos obtenidos de Organización Internacional del Trabajo, *La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo*, Suiza, Ginebra, OIT, 2014, pp. 10-12. Para la elaboración de las gráficas se obtuvo información de la versión completa en inglés, consultable en el vínculo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf

Existe resumen en español, consultable en el vínculo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf



Fuente: Elaboración CNDH con datos obtenidos de Organización Internacional del Trabajo, *La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo*, Suiza, Ginebra, OIT, 2014, pp. 10-12. Para la elaboración de las gráficas se obtuvo información de la versión completa en inglés, consultable en el vínculo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf
 Existe resumen en español, consultable en el vínculo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf



Fuente: Elaboración CNDH con datos obtenidos de Organización Internacional del Trabajo, *La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo*, Suiza, Ginebra, OIT, 2014, pp. 10-12. Para la elaboración de las gráficas se obtuvo información de la versión completa en inglés, consultable en el vínculo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf

Existe resumen en español, consultable en el vínculo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

E.1 Caso de V3 y V4.

320. Como se ha referido, durante la semana veintisiete de gestación V3 acudió ante AR1 a efecto de solicitar la transferencia de semanas del periodo prenatal al postnatal, en términos de lo previsto en el artículo 170 de la LFT; una vez hecha la petición de manera verbal, AR1 le respondió que no era procedente debido a que la normatividad del IMSS no contemplaba esa situación; dicha negativa fue confirmada

por la autoridad en los informes enviados a esta Comisión Nacional, bajo el mismo argumento.

321. En razón de dicha negativa, V3 tuvo que aceptar el periodo de descanso por maternidad en los términos autorizados por el IMSS, es decir, 42 días antes y 42 días después del parto. No obstante, cuando cursaba el día número diecisiete del periodo prenatal, nació V4, por lo que AR1 procedió en ese momento a otorgarle la incapacidad postparto correspondiente a 42 días.

322. De esta forma, V3 pudo disfrutar sólo de 17 días de incapacidad prenatal, no así de 42 como lo establece la Constitución, la LFT y la LSS, en favor de todas las mujeres trabajadoras que cursan embarazos, independientemente del momento en que tenga lugar el nacimiento; dicho criterio restrictivo fue fundamentado por la autoridad en lo dispuesto por el artículo 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS.

323. Esta Comisión Nacional considera que toda reducción a ese estándar mínimo de 12 semanas, constituye un trato desigual a las mujeres trabajadoras cuyo parto se presenta antes de la fecha prevista por el médico, respecto de aquellas que concluyen su embarazo hasta las 40 semanas.

324. Así, en los casos que no llegan a la fecha de parto prevista por el médico, pero que ya se les había otorgado el periodo de incapacidad prenatal, los días que hayan faltado para llegar a la fecha de parto deben ser transferidos al periodo postparto, además de otorgárseles los 42 días de incapacidad postnatal, de esta forma, su periodo total de incapacidad por maternidad no se vería disminuido.

325. La forma en que el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS dispone el otorgamiento de los certificados de incapacidad por maternidad, constituye una disposición discriminatoria en perjuicio de las mujeres trabajadoras que, por una cuestión ajena a su voluntad, e incluso, en ocasiones atribuible al método utilizado para calcular la fecha del nacimiento del producto de la gestación, ven reducido el

periodo total de descanso por maternidad, correspondiente a 12 semanas, por lo que se vulnera su derecho a la igualdad y no discriminación, debido a que no pueden contar con el periodo completo de descanso que se debe otorgar a todas las mujeres embarazadas, con la finalidad de proteger su salud y bienestar, del producto de la gestación, del binomio materno infantil y de la persona recién nacida.

326. El “*Criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social*” de 24 de agosto de 2016, en la cual se instruye a las diferentes áreas del Instituto el otorgamiento de un certificado de incapacidad único por 84 días de incapacidad por maternidad, armoniza con el estándar previsto en el artículo 170 de la LFT, al considerar como un periodo único de doce semanas; con ello, se debería evitar en lo subsecuente incurrir en este tipo de reducciones discriminatorias al periodo de descanso mínimo por maternidad, el cual no le fue reconocido a V3, en perjuicio de su derecho a la igualdad y no discriminación; sin embargo, como ya se señaló, hay casos posteriores a este criterio en los que tampoco se les respetó este periodo.

E.2 Casos de V1 y V2; V5, V6 y V7; V10 y V11; y V12 y V13.

327. En estos casos se trata en efecto de mujeres embarazadas, que sin duda alguna son titulares de los estándares de derechos humanos ya señalados, sin embargo, por el hecho de haber presentado *partos pretérmino con producto de gran prematuridad*, se les desconoció el número total de semanas a las que tienen derecho, y sólo se les permitió gozar de un número limitado de éstas, lo que constituye un trato desigual y discriminatorio.

328. Aunado a ello, la circular emitida el 29 de junio de 2016, por AR3 y AR4, con la que se da a conocer al personal del IMSS el procedimiento para el trámite denominado “*Solicitud de transferencia de semanas de descanso del periodo prenatal al posnatal*”, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 170 de la LFT; establece expresamente que “...*si el nacimiento ocurre entre la semana 23 cumplida y hasta la semana 33 y 6 días, con producto vivo o muerto, se expedirán 42 días de*

incapacidad en el ramo de maternidad, a partir de la fecha del nacimiento, es decir, se otorga la incapacidad postnatal sin derecho al periodo de incapacidad prenatal”; dicha disposición atenta contra el derecho a la igualdad no sólo de V1, V5, V10 y V12, sino de todas las mujeres trabajadoras, afiliadas al IMSS, que presenten partos pretérmino.

329. Proceder de esta manera, como lo hizo la autoridad, implica dejar sin protección plena a la mujer y al neonato en una situación de vulnerabilidad mayor por lo anticipado del parto. Esto implica un trato desigual negativo con respecto a las mujeres cuyo parto se dio en la fecha prevista para ello y, aún más, una discriminación porque el factor tomado en cuenta para la restricción es únicamente el hecho de que el parto fue prematuro, sin considerar la salud y bienestar de la mujer y el neonato, así como su particular vulnerabilidad.

330. El IMSS al negar la incapacidad por maternidad prenatal a las mujeres que presentan partos prematuros (anteriores a la semana treinta y cuatro de gestación), les proporciona un trato desigual respecto de las mujeres que logran desarrollar un embarazo hasta las treinta y cuatro semanas de gestación, lo que constituye un acto discriminatorio proscrito por la Constitución en su artículo 1º.

331. Bajo esa óptica, AR3 y AR4 disponen un trato diferenciado a las madres trabajadoras que presentan partos prematuros, quienes por no alcanzar las treinta y cuatro semanas de gestación, no podrán contar con el derecho a las seis semanas de incapacidad prenatal, como lo tienen las mujeres trabajadoras cuyos embarazos llegan a ese término, lo cual constituye la aplicación de reglas diferentes con motivo de un acontecimiento ajeno a la voluntad de la madre, el cual pone en riesgo su salud y la del producto de la gestación, cuya consecuencia será, bajo un criterio ilógico, irrazonable e incompatible con la dignidad de las personas, gozar de la mitad del periodo de incapacidad por maternidad dispuesto por la Constitución, la LFT y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

332. Más aun, en los casos de V1, V5, V10 y V12, el IMSS realizó una distinción que no se encuentra prevista en ninguno de los instrumentos que determinan el estándar aplicable en materia de protección a la maternidad, ya que en ellos se habla de embarazos y partos, sin discriminar en forma alguna cierto tipo de embarazo o cierto tipo de parto, por lo que utilizar el acontecimiento anticipado del nacimiento, como razón para reducir el periodo de descanso por maternidad a las mujeres que presentan partos prematuros, es un acto discriminatorio y atenta contra la dignidad humana.

333. Contrario a ello, sí existe disposición en el artículo 170 de la LFT, que establece un trato diferente en casos de mujeres embarazadas cuyo producto de la gestación requiera atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad, para ellas se reconoce la posibilidad de otorgar dos semanas de descanso adicionales, en razón del grado de vulnerabilidad en que se encuentra el recién nacido, ese beneficio atiende precisamente al objeto de la norma, que es brindar la misma protección a todas las mujeres embarazadas y el producto de la gestación, en el entendido de que a mayores cuidados requeridos, corresponde mayor número de semanas de descanso, lo que en forma alguna podría considerarse un trato desigual trasgresor de los derechos de las mujeres cuyos hijos no lo requieran, sino por el contrario es una medida especial de protección al derecho a la vida y la salud, lo que no está previsto en la LSS, por lo que es indispensable su armonización con la LFT.

E.3 Casos de (V8 y V9) y (V14 y V15) bajo la vigencia del nuevo procedimiento previsto en la Circular de 29 de junio de 2016.

334. Los casos de V8 y V14 constituyen un trato desigual y discriminatorio debido a que les negaron el otorgamiento del periodo de descanso por maternidad completo, consistente en doce semanas, el cual corresponde a todas las mujeres trabajadoras, en términos de lo dispuesto por la Constitución, la LFT y la LSS.

335. AR5 determinó reducir el periodo de descanso de V8 a 63 días, en lugar de los 84 que le corresponden, bajo el argumento de que acudió a destiempo y no presentó la solicitud debidamente llenada, y debido a que así lo dispone la Circular Núm. 095217612000/00151 emitida por el IMSS el 29 de junio de 2016.

336. La Dirección de la UMF 27 del IMSS en Tijuana, Baja California determinó otorgar a V14 un certificado de incapacidad por 42 días, en lugar de los 84 que le corresponden, bajo el argumento de que acudió de forma posterior al nacimiento de V15, y debido a que así lo dispone la Circular Núm. 095217612000/00151 emitida por el IMSS el 29 de junio de 2016.

337. Como se señaló en el apartado C.4 del presente documento, se trata de restricciones ilegítimas que el IMSS aplica en diversos supuestos previstos por la Circular de 29 de junio de 2016; en particular en los incisos b), c), d), f) y g), del numeral 10 del referido documento; sin embargo, como se evidenció en los casos de V8 y V14, no existió fundamento para haber negado el derecho al descanso completo, toda vez que la propia normatividad de ese Instituto prevé la forma de proceder en casos en que las mujeres aseguradas acudan con posterioridad a la semana treinta y cuatro de gestación a solicitar su incapacidad, e incluso, reconoce la posibilidad de subsanar eventuales errores que se susciten en el llenado de los formatos y requisitos correspondientes, lo que en los casos de V8 y V14 no se observó por parte de AR5 y AR7, debido a que esta última proporcionó información errónea respecto del trámite a seguir para esos efectos.

338. De esta forma, el trato que recibieron V8 y V14 se considera desigual y discriminatorio, al no reconocérseles el periodo completo de descanso por maternidad correspondiente a 12 semanas; e incluso, en el caso de V14 dicho periodo debió haber sido ampliado a catorce semanas, en virtud de la atención médica hospitalaria que requirió V15.

F. Protección del binomio materno infantil y principio del interés superior de la niñez.

339. El interés superior de la niñez se encuentra protegido en el párrafo noveno del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece que en todas las decisiones y actuaciones se deberá velar y cumplir con éste.

340. El artículo 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño se deberá considerar y atender de manera primordial, *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social y las autoridades administrativas”*

341. Las Observaciones Generales 7 y 14 del Comité de los Derechos del Niño, prevén la realización de los derechos de las niñas y los niños en la primera infancia y a que su interés superior sea consideración primordial, lo cual se encuentra relacionado con lo dispuesto en los artículos 3 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, preceptos en los que la participación del Estado como garante ante la vulnerabilidad de la niñez y sus condiciones individuales, obliga a tomar medidas particulares y consideraciones especiales que sean apegadas a los instrumentos legales nacionales e internacionales, siendo ésta una obligación inalienable.

342. Específicamente, la Observación General número 14 dispone como obligación de los Estados parte, que la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar medidas y procedimientos con un enfoque basado en los derechos humanos, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual del niño y promover su dignidad humana.

343. El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que el interés superior de la niñez es un concepto triple, que debe ser entendido como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento.

344. El interés superior del niño implica *“que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*. Es decir, que *“el principio del interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas reforzadas o agravadas y que los intereses de los niños sean protegidos con mayor intensidad”*.¹⁹

345. Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 123, apartado A, fracción V establece que las mujeres forzosamente gozarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto, lo que tiene por objeto la protección de la maternidad, así como la salud tanto de la madre como del producto de la gestación.

346. En este mismo sentido, resulta aplicable lo señalado en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que salvaguarda el derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

347. Por su parte, LFT, reglamentaria del artículo 123 constitucional, se pronuncia por la protección del binomio materno infantil, al establecer como obligatorio el descanso de doce semanas durante el embarazo, parto y puerperio; situación que a su vez es reproducida por la LSS en su artículo 101, en observancia del principio del interés superior de la niñez.

348. Para el análisis de los casos de la presente Recomendación, se tomaron en cuenta las definiciones desarrolladas en la Guía de Práctica Clínica: “Diagnóstico y Manejo del Parto Pretérmino”, emitida por la Secretaría de Salud en 2009, en cuya elaboración participó el IMSS; a efecto de ubicar con mayor precisión el estado de vulnerabilidad en que se encuentran los recién nacidos de forma prematura.

¹⁹ “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO”. 1ª./J. 25/2012 (9ª.), Registro: 159897.

349. De este modo, en el referido documento se señala que:

Parto pretérmino: Se define como aquel que tiene lugar a partir de la semana 20.1 y la 36.6 semanas de gestación o con un peso igual o mayor de 500 gr y que respira o manifiesta signos de vida.

Parto pretérmino de extrema prematuridad. Cuando el parto ocurre antes de la semana 28 de gestación, representando el 10% de los casos de parto pretérmino.

Parto pretérmino de gran prematuridad. Cuando el parto ocurre entre la semana 28 y 32 de gestación, representando un 20% de los casos de parto pretérmino.

Parto pretérmino de prematuridad media. Cuando el parto ocurre entre la semana 33 y 36 de gestación, representando un 70% de los casos de parto pretérmino.

Parto pretérmino espontáneo. Es el que ocurre sin causa conocida o identificada y son los más frecuentes.

Parto pretérmino inducido. Es el que ocurre por situaciones obstétricas que pueden comprometer el pronóstico materno o fetal.

350. Por su parte, la “Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2016, incluye definiciones que permiten clarificar conceptos relacionados con la atención materno infantil, a saber:

Alojamiento conjunto: ubicación y convivencia de la persona recién nacida y su madre en la misma habitación para favorecer el contacto inmediato y permanente, así como la práctica de la lactancia materna exclusiva.

Edad gestacional: periodo transcurrido desde el primer día de la última menstruación normal en una mujer con ciclos menstruales regulares, sin uso de anticonceptivos hormonales; con fecha de última menstruación confiable, hasta el nacimiento o hasta el evento gestacional en estudio. Se expresa en semanas y días completos.

Nacimiento: expulsión completa o extracción del organismo materno del producto de la concepción. Término empleado tanto para nacidos vivos o defunciones fetales.

Nacimiento con producto pretérmino: el que ocurre antes de las 37 semanas completas (menos de 259 días) de gestación.

Nacimiento con producto a término: el que ocurre entre las 37 semanas y menos de 42 semanas completas (259 a 293 días) de gestación.

Nacimiento con producto postérmino: el que ocurre a las 42 semanas completas o más (294 días o más) de gestación.

Parto: conjunto de fenómenos activos y pasivos que permiten la expulsión del feto de 22 semanas o más por vía vaginal, incluyendo la placenta y sus anexos.

Periodo neonatal: etapa que inicia al nacimiento y termina 28 días después del mismo.

Periodo perinatal: etapa que inicia a las 22 semanas de gestación y termina 7 días después del nacimiento.

Recién nacido (persona recién nacida) pretérmino: aquel cuya gestación haya sido de 22 a menos de 37 semanas. Cuando no se conoce la edad gestacional, se considerará así a un producto que pese menos de 2,500 gramos. Cuando no se conoce la edad gestacional se valora con métodos clínicos como el Capurro y Ballard modificado.

Recién nacido a término: aquel cuya gestación haya sido de 37 semanas a menos de 42 semanas. Se considerará así a un producto que pese más de 2,500 gramos.

351. En la citada Norma Oficial se establece que “la salud materno infantil constituye un objetivo básico de los pueblos porque en ella descansa la reproducción biológica y social del ser humano; es condición esencial del bienestar de las familias, y constituye un elemento clave para reducir las desigualdades y la pobreza”. Asimismo, señala que “la mayoría de los daños obstétricos y los riesgos para la salud de la madre y la persona recién nacida pueden ser prevenidos, detectados y tratados con éxito mediante la aplicación de procedimientos para la atención, entre los que destacan, el uso del enfoque de riesgo, la realización de actividades eminentemente preventivas y la eliminación o racionalización de algunas prácticas generalizadas que llevadas a cabo en forma rutinaria y sin indicaciones generan riesgos innecesarios”.

352. No obstante dichos documentos, en cuya elaboración participó el IMSS, de conformidad con los informes enviados a este Organismo Nacional, por los servidores públicos involucrados, fue posible advertir que en los casos de madres trabajadoras afiliadas al IMSS, que presentan partos pretérmino, se les otorgan sólo seis semanas de incapacidad; utilizando como fundamento jurídico el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS y la Circular Núm. 095217612000/00151 emitida por ese Instituto el 29 de junio de 2016, bajo una interpretación literal, alejada de los principios de interpretación conforme, pro persona e interés superior de la niñez.

353. Es decir, en los casos de partos pretérmino de extrema prematuridad, de gran prematuridad, e incluso, de prematuridad media, a partir de que nace el producto de la gestación, se les autorizan únicamente 42 días de incapacidad, con lo que se reduce a la mitad el periodo de descanso por maternidad, el cual en los casos de V1, V5, V10 y V12 debió ser de 12 semanas, y valorar ampliarlo a 14 semanas en los casos en que se requiriera atención médica hospitalaria para el recién nacido o naciera con alguna discapacidad.

354. En los casos de V1, V5, V10 y V12 el IMSS vulneró su derecho a la salud materno infantil, y al interés superior de la niñez de V2, V6, V7, V11 y V13, lo que puso en riesgo su salud, debido a no haber podido contar con los cuidados maternos continuos que se requieren en el tratamiento de recién nacidos pretérmino, quienes demandan atención y tratamientos especiales en los que es indispensable la participación de los padres, y en especial, de la madre, al no haber gozado del periodo completo de incapacidad.

355. Debido al nacimiento pretérmino de V2, V6, V7, V11 y V13, así como la atención médica hospitalaria que requirió V15, era indispensable el contacto físico con V1, V5, V10, V12 y V14, quienes debían procurarles cuidados maternos bajo condiciones especiales, lo cual no pudieron realizar debido a sólo haber contado con seis semanas de incapacidad por maternidad, lo que puso en riesgo su salud y la de V2, V6, V7, V11, V13 y V15.

356. Además, en todos los casos se les negó el otorgamiento del periodo adicional de dos semanas, previsto en la LFT para los casos en que los recién nacidos requieran atención médica hospitalaria o nazcan con alguna discapacidad, lo cual requerían que fuera valorado por el IMSS debido a las condiciones de salud que presentaron los recién nacidos, a quienes se les proporcionó atención médica hospitalaria bajo cuidados intensivos.

357. En respuesta a la pregunta expresa por parte de esta Comisión Nacional, respecto del otorgamiento de la ampliación del periodo de incapacidad por maternidad, en razón de la atención médica hospitalaria que se encontraba recibiendo V2 en términos de lo señalado en el artículo 170 de la LFT, la Subdirección Médica de la UMF 29 del IMSS señaló que “...*No, por lo anteriormente expuesto (haber presentado parto a las 29 semanas de gestación y las semanas de incapacidad se otorgan a partir de la semana 34 de gestación en términos del artículo 143 del Reglamento de Prestaciones)... Esto en ningún momento afecta los derechos humanos tanto de V1 como de V2.*”

358. De forma similar en el caso de V5, la Dirección Médica de la UMF 28 del IMSS indicó a este Organismo Nacional que “*No corresponde la transferencia de semanas, ya que se realiza a partir de la (sic) 34 semanas de gestación de acuerdo a fecha de última regla o en su caso 42 días ante (sic) de la fecha probable de parto... El Instituto no cuenta con la consideración de la ampliación del periodo de incapacidad materna, sin embargo la Ley Federal del Trabajo en su artículo 170 fracción II, consideren (sic) que el patrón debe de otorgar 2 semanas más si los bebés (sic) requieren de más tiempo de hospitalización al término de la incapacidad postnatal, previa presentación de Documento Médico, que indique que los bebés (sic) se encuentren hospitalizados.*”

359. Por su parte la Dirección del Hospital General Regional No. 196, señaló que “*De acuerdo a la Ley Federal del Trabajo en su artículo 170, fracción II, si los hijos hubieran nacido con alguna discapacidad o requieran atención médica hospitalaria,*

el descanso podrá ser de hasta 8 semanas posteriores al parto, previa presentación del certificado médico correspondiente.”; a pesar de haber citado el fundamento legal con base en el cual V10 tenía derecho a esas dos semanas adicionales de descanso, se le negó la posibilidad de valorar la ampliación de dicho periodo.

360. De esta forma la autoridad no consideró la importancia de la participación de la madre durante el periodo de hospitalización que requirieron los recién nacidos, al estimar que con la atención médica que se les proporcionó fue suficiente para garantizar su salud y expectativa de vida, lo cual no es congruente incluso con los propios criterios emitidos por ese Instituto, en particular en la *“Guía de Práctica Clínica: Diagnóstico y manejo del Parto Pretérmino”* y en la *“Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida”* en los que expresamente reconoce la necesidad de la intervención de los padres durante los cuidados intensivos neonatales para casos de nacimientos pretérmino, y especialmente, de la madre; por lo que este Organismo Nacional considera que con esa política institucional respecto de la incapacidad por maternidad en casos de partos pretérmino, el IMSS vulneró el principio del interés superior de la niñez en perjuicio de V2, V6, V7, V11, V13 y V15, ya que no se les otorgó la incapacidad completa a V1, V5, V10, V12 y V14, así como valorar otorgarles las dos semanas adicionales previstas en la LFT.

361. En los casos de V4 y V9 se les viola el principio de interés superior de la niñez, debido a que sus madres no pudieron disfrutar del periodo completo de descanso por maternidad, correspondiente a 12 semanas, que como se ha expuesto es el estándar mínimo con el que se garantiza la protección de la salud de la mujer, del binomio materno infantil y del recién nacido.

G. Violencia contra la mujer.

362. En junio de 2011 entró en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la cual colocó en el centro de la actuación del Estado mexicano

la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por éste.

363. En ese sentido, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el Estado Mexicano reconoce a los tratados internacionales, junto con la Constitución, como cúspide del marco normativo, respecto al cual se tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

364. La reforma impacta de manera sustantiva en la labor de todas las autoridades del país, independientemente del orden de gobierno, que deben hacer efectiva la aplicación de la totalidad de las obligaciones reconocidas constitucionalmente.

365. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer adoptada en 1993 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), define en su artículo 1 como *“violencia contra la mujer” “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”*.

366. En sus artículos 3 y 4 establece *“el derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole”,* así como la obligación de *“proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”*.

367. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (CEDAW) por sus siglas en inglés) adoptada en 1979, define la discriminación contra la mujer como “[...]”

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

368. En 1993 se celebró en Viena la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena, en que se afirmaba que *“los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”*, en la Conferencia se subrayó *“la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, así como eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia [...]”*

369. Por su parte, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en 1995, marcó un importante punto de discusión para la agenda mundial de igualdad de género. En cuanto a la violencia contra la mujer refiere se trata de una *“manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre [...]”*.

370. La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para" refiere que la violencia contra la mujer es *“...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. Incluso, en el artículo 6 señala que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación.

371. En 1992, el Comité de la CEDAW se dio a la tarea de abundar en el concepto y señaló y que la definición de discriminación debe interpretarse en el sentido de que la violencia física y psicológica en contra de la mujer implica privarla del goce

efectivo, el ejercicio y aún del conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

372. En este desarrollo, el Comité de la CEDAW refirió que en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, *“los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización.”*

373. En el tema de maternidad en el trabajo, cobra especial relevancia la protección de la mujer en contra de todo tipo de violencia, especialmente, al ser una situación que afecta únicamente a las mujeres, en razón de su género, y las coloca en un estado de particular vulnerabilidad, por tal motivo se deben adoptar medidas tendentes a brindarles un ambiente libre de violencia durante el embarazo, parto y puerperio.

374. En particular, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (CEDAW), en su artículo 4º, numeral 2, establece: *“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”*

375. En el artículo 11, el mismo instrumento señala que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos”*. En particular, menciona el derecho a la seguridad social, en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, *“el derecho a vacaciones pagadas; así como el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo o incluso la salvaguardia de la función de reproducción”*.

376. En el marco normativo de fuente interna, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece en su artículo 5, fracción IV, que para los efectos de dicho ordenamiento se entenderá por Violencia contra las Mujeres: *“Cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público.”*

377. Además, refiere varios tipos de violencia entre la que se encuentra la psicológica, la física, patrimonial, económica, sexual. En cuanto a modalidades, señala que la violencia contra las mujeres se presenta en el ámbito familiar, laboral, docente, el hostigamiento sexual, acoso sexual, la violencia en la comunidad, la institucional, la obstétrica y el feminicidio.

378. Desde el ángulo de la jurisprudencia internacional, en la sentencia del caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su artículo 7.b obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. La Corte IDH señaló, como lo establece la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es *“una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”,* que *“trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”*.

379. En la misma dirección, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *“La Violencia Contra la Mujer”,* señala que ésta es *“... una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”*.

380. Existen también criterios jurisprudenciales internos con respecto al tema, como el criterio sustentado por Poder Judicial de la Federación, en el que señaló: *“[...] la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que limita total o parcialmente su goce o ejercicio, esto es, la violencia contra la mujer incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad; por lo que el Estado también es responsable de los actos de violencia contra las mujeres perpetrados por particulares en tanto no adopte medidas con la diligencia debida para impedir la violación de derechos o para investigar y castigar actos de violencia e indemnizar a las víctimas [...]”*²⁰

381. Los estándares jurídicos expuestos ponen de manifiesto la prohibición expresa de incurrir en toda forma de violencia contra la mujer, que denota una discriminación, así como afectaciones a su integridad física y psicológica, entre otras consecuencias. Esto implica el derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, para cuyo respeto, protección y garantía las autoridades tienen que cumplir con deberes genéricos y específicos.

382. En los casos materia de la presente recomendación, el IMSS privó del goce del derecho al periodo completo de descanso por maternidad que les correspondía a V1, V3, V5, V8, V10, V12 y V14, lo que por sí solo constituye una forma de violencia institucional²¹, debido a que la protección de la maternidad representa una

²⁰ Décima Época, Registro: 2009256. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 29 de mayo de 2015 09:40h. Tesis: I.9o.P.82 P (10a.) Amparo directo 542/2014. 26 de marzo de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Miguel Ángel Sánchez Acuña. Esta tesis se publicó el viernes 29 de mayo de 2015 a las 09:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

²¹ Violencia institucional: Son los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia. De conformidad con el artículo 18 de la “Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007.

medida en contra de la discriminación de la mujer en el ámbito laboral, como se ha establecido en los estándares de derechos humanos que proscriben toda forma de violencia contra la mujer.

383. Aunado a ello, en el análisis de los casos se advirtieron actos concretos por parte de las autoridades del IMSS que constituyen violencia contra la mujer, como lo es el Oficio Circular Número 095217612000/00151, suscrito el 29 de junio de 2016 por AR3 y AR4, mediante el cual dieron a conocer a los Directores de Unidades Médicas de Alta Especialidad con atención obstétrica, a los Jefes de Servicios de Prestaciones Médicas y a los Jefes de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS, los lineamientos para el otorgamiento de la transferencia de semanas de incapacidad prenatal al periodo postnatal, los cuales restringen el periodo de descanso por maternidad en casos de nacimientos con productos pretérmino como los de V1, V5, V10, V12 y V14, en los términos siguientes:

“...b) Si el nacimiento ocurre entre la semana 23 cumplida hasta la semana 33 y 6 días, con producto vivo o muerto, se expedirán cuarenta y dos días de incapacidad en el ramo de maternidad, a partir de la fecha del nacimiento. Es la incapacidad postnatal sin prenatal. Se deberá marcar con una “X” el recuadro “Postnatal” del certificado de incapacidad.”

384. Dicha circular y su materialización constituyen violencia en contra de la mujer al victimizarlas en razón de haber sufrido un parto prematuro, toda vez que les otorgan menos de la mitad del periodo de descanso que está previsto otorgar a todas las mujeres embarazadas, tanto en el marco jurídico nacional e internacional de protección a la maternidad, el cual en razón de la condición de salud de los recién nacidos debió ser de 12 semanas, y valorar ampliarlo a 14 semanas.

385. En el informe enviado a este Organismo Nacional, la Subdirección Médica de la UMF 29 del IMSS en la Ciudad de México indicó que el motivo para haber negado el periodo completo de descanso por maternidad a V1 es *“... porque se otorgan (las semanas de incapacidad por maternidad) a partir de la semana 34 de*

gestación, como está establecido en el Reglamento de Prestaciones, en el artículo 143, y V1, tuvo un parto prematuro a las 29 semanas de gestación...” De esta forma se advierte que el motivo por el cual la autoridad consideró negar el periodo completo de descanso por maternidad, de manera ilógica, irrazonable y alejada del principio pro persona, atiende expresamente al hecho de que V1 presentó un parto con producto pretérmino.

386. Además, en respuesta a la pregunta expresa por parte de esta Comisión Nacional, respecto del otorgamiento de la ampliación del periodo de incapacidad por maternidad, en razón de la atención médica hospitalaria que se encontraba recibiendo V2 en términos de lo señalado en el artículo 170 de la LFT, la Subdirección Médica de la UMF 29 señaló que *“...No, por lo anteriormente expuesto... Esto en ningún momento afecta los derechos humanos tanto de V1 como de V2.”*

387. En el caso de V5, la Dirección Médica de la UMF 28 en la Ciudad de México, indicó a este Organismo Nacional que *“No corresponde la transferencia de semanas, ya que se realiza a partir de la (sic) 34 semanas de gestación de acuerdo a fecha de última regla o en su caso 42 días ante (sic) de la fecha probable de parto... El Instituto no cuenta con la consideración de la ampliación del periodo de incapacidad materna, sin embargo, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 170 fracción II, consideren (sic) que el patrón debe de otorgar 2 semanas más si los bebes (sic) requieren de más tiempo de hospitalización al término de la incapacidad postnatal, previa presentación de Documento Médico, que indique que los bebes (sic) se encuentren hospitalizados.”*

388. Nuevamente la autoridad expresamente señaló como motivo de la negativa del periodo completo de descanso por maternidad a V5, el hecho de que su embarazo no llegó a las treinta y cuatro semanas, situación que victimiza a V5 por haber presentado un nacimiento con producto pretérmino, lo cual constituye un acto de violencia en su contra.

V. RESPONSABILIDAD.

A. Responsabilidad administrativa de los servidores públicos involucrados.

389. A partir de las evidencias analizadas, este Organismo Nacional acreditó la responsabilidad de AR1, AR2, AR3, AR4, AR5, AR6, y AR7, por los actos y omisiones en que incurrieron como autoridades responsables en el presente asunto, lo que generó las violaciones a los derechos humanos que han quedado sustentadas en la presente Recomendación, lo cual a su vez implica la inobservancia de deberes jurídicos propios de todo servidor público y traen aparejada responsabilidad de carácter administrativo, misma que deberá ser determinada en el procedimiento de responsabilidad correspondiente.

390. Por lo que se refiere a la falta de armonización normativa de la LSS y el Reglamento de Prestaciones Médicas con respecto a lo dispuesto por el artículo 170 de la LFT, que redundaba en una restricción a los derechos humanos de las mujeres, en particular, derechos específicos de la seguridad social, que se resolvería dando cumplimiento al Artículo Tercero Transitorio del *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo”*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, el cual estableció que el Titular del Ejecutivo Federal contaba con un plazo de seis meses para adecuar, a las disposiciones contenidas en ese Decreto, los ordenamientos reglamentarios correspondientes; AR2 incumplió con las obligaciones que le imponen las fracciones IV y V del artículo 75 del Reglamento Interior del IMSS, así como con sus funciones sustantivas previstas en el *Manual de Organización de la Dirección Jurídica Clave: 4000-002-001* consistentes en coordinar la formulación y someter a la consideración del Director General, para su presentación al Consejo Técnico del Instituto, los estudios de proyectos de iniciativas de leyes o decretos, así como reglamentos, decretos y acuerdos correspondientes; así como coordinar y llevar a cabo, por instrucciones del Consejo Técnico, las acciones encaminadas a presentar los proyectos de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos ante la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal

y cualquier otra instancia que señalen las disposiciones legales y reglamentarias, responsabilidad que también se atribuye a los servidores públicos que han ocupado ese cargo y han omitido tales obligaciones.

391. AR2 suscribió el oficio número 0952174000/0039 de 31 de enero de 2013, en el cual señala expresamente que *“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...”*; por su parte AR3 y AR4 suscribieron la circular del 29 de junio de 2016, con la que se da a conocer al personal del IMSS el procedimiento para el trámite denominado *“Solicitud de transferencia de semanas de descanso del periodo prenatal al posnatal”*, las cuales establecen restricciones ilegítimas al periodo completo de descanso por maternidad reconocido por los estándares de derechos humanos aplicables, lo cual constituye violaciones a los derechos humanos a la seguridad social, a la igualdad y no discriminación, a la seguridad jurídica y legalidad; al interés superior de la niñez y a una vida libre de violencia, en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 y V15 en los términos descritos en la presente Recomendación.

392. Por su parte, AR1 negó a V3 la posibilidad de la transferencia de semanas de incapacidad prenatal al periodo posnatal, en inobservancia de las disposiciones normativas vigentes, del mismo modo restringió el periodo completo de descanso por maternidad de 12 semanas, por lo cual V3 sólo pudo disfrutar de 59 días de descanso por maternidad y no los 84 que legalmente le correspondían, lo cual trasgrede el derecho a la seguridad social; a la igualdad y no discriminación; y a la seguridad jurídica y legalidad, en agravio de V3, al no otorgarle el periodo completo de incapacidad por maternidad de doce semanas.

393. AR5 determinó reducir el periodo de descanso por maternidad a que V8 tiene derecho, de 84 a 63 días, por considerar que V8 acudió a destiempo y la solicitud que presentó no era procedente, aún cuando la Circular de 29 de junio de 2016, relativa al procedimiento para la expedición de certificados de incapacidad por

maternidad establece la posibilidad de subsanar algún error, e incluso, la falta de la solicitud; por lo que su proceder constituye una restricción al derecho humano de V8 a la seguridad social en la modalidad de protección a la maternidad.

394. AR6 actuó indebidamente al validar la negativa de AR5, mediante el informe enviado a este Organismo Nacional, del cual se desprende que se exigieron excesivas formalidades y no se proporcionó información clara y precisa sobre los requisitos que V8 debía cumplir para el otorgamiento del certificado único de incapacidad por maternidad, cuya consecuencia fue la restricción ilegítima al derecho humano de V8 a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad.

395. AR7 proporcionó información errónea a V14 respecto del trámite a realizar para el otorgamiento del certificado único de incapacidad por maternidad, debido a que le informó que debía presentarse en la semana treinta y ocho de gestación, razón por la cual no pudo disfrutar de la mitad del periodo de descanso, al presentarse el nacimiento de su hijo el día en que estaba programada su cita para obtener la incapacidad, lo cual se acreditó con los informes y constancias enviadas por el Área de Asuntos Especiales del IMSS a este Organismo Nacional.

396. Cabe señalar que todo servidor público debe proceder con apego a los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la administración pública, y tienen la obligación de cumplir con diligencia el servicio que le sea encomendado, absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión total, parcial o la deficiencia de dicho servicio, y al no cumplirlo incurren en una responsabilidad administrativa.

397. Se advierte que el proceder de dichos funcionarios, puede infringir lo señalado por el artículo 8, fracciones I, XVII y XXIV, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que contempla que todo servidor público debe cumplir con diligencia el servicio que le sea

encomendado, abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público.

398. Derivado de lo anterior, de conformidad en los artículos 1º, párrafo tercero y 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6, fracción III; 72, párrafo segundo, y 73, párrafo segundo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se cuenta en el presente caso con elementos de convicción suficientes para que este Organismo Nacional, en ejercicio de sus atribuciones, formule queja para que se inicie el procedimiento administrativo de responsabilidad de los servidores públicos involucrados en los hechos de la presente Recomendación, ante el Órgano Interno de Control en el Instituto Mexicano del Seguro Social, para que, en su caso se apliquen las sanciones respectivas.

399. En caso de que haya operado la prescripción respecto a la responsabilidad atribuida a AR2, se deberá agregar copia de la determinación respectiva que emita el Órgano Interno de Control en el Instituto Mexicano del Seguro Social a su expediente administrativo laboral.

B. Responsabilidad institucional.

400. El artículo 1º de la Constitución, refiere en su párrafo tercero que *“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”*

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

402. Al respecto, la Oficina en México del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, ha explicitado el contenido de esas obligaciones, en los siguientes términos²²:

“Respetar: El Estado, en cualquiera de sus niveles (federal, estatal o municipal) e independientemente de sus funciones (ejecutivo, legislativo o judicial), debe abstenerse de interferir con el goce de los derechos humanos.

Proteger: Las y los agentes estatales, en el marco de sus respectivas funciones, deben adoptar medidas (como crear marcos jurídicos adecuados o la maquinaria institucional necesaria) para prevenir las violaciones a los derechos humanos, especialmente por parte de los particulares, pero también de los entes públicos. Esta obligación incluye la necesidad de crear todos los mecanismos o garantías necesarias para hacerlos exigibles ante tribunales, órganos cuasi jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos u órganos de supervisión.

Garantizar: Tomar acciones que permitan a las personas el acceso a los derechos humanos y garantizar su disfrute cada vez que una persona (o grupo) no pueda, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí misma con los recursos a su disposición. Implica crear la infraestructura legal e institucional de la que dependa la realización práctica del derecho; a diferencia de la obligación de proteger, el principal objetivo aquí es darle efectividad a los derechos. Esta obligación también incluye el que los Estados deben tomar medidas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, así como de reparar el derecho violado.

²² “20 claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos”, Oficina en México del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 3ª Edición, 2016, p. 14, consultado en http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/20claves_2016_WEB.pdf el 25 de abril de 2017.

Promover: Se refiere a la adopción de medidas de largo alcance para la realización del derecho. Se trata de una obligación de carácter netamente progresivo para lograr cambios en la conciencia pública, en la percepción, en el entendimiento, o en la capacidad de afrontar un determinado problema.”

403. Cuando el Estado omite el cumplimiento de esas obligaciones, faltando a la misión que le ha sido encomendada, en agravio de quienes integran su sociedad, es ineludible que se actualiza una responsabilidad de las instituciones que le conforman, con independencia de aquella que corresponda de manera particular a las personas servidoras públicas, a quienes les compete conforme al marco jurídico aplicable el despliegue de acciones específicas para hacer efectivos esos derechos²³.

404. En la presente Recomendación ha quedado expuesta la responsabilidad particular de servidores públicos por la violación a los derechos a la igualdad y la no discriminación; la seguridad social; la legalidad y seguridad jurídica; violencia contra la mujer e inobservancia del interés superior de la niñez, en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 y V15.

405. No obstante, de las investigaciones se advierten aspectos generales que dan sustento a la responsabilidad institucional en la que se incurre por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, de los cuales resaltan:

406. Omisión de acatar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, respecto del derecho a la seguridad social en su modalidad de protección a la maternidad, en relación con los derechos a la igualdad y la no discriminación; la legalidad y seguridad jurídica; y a una vida libre de violencia; así como la observancia de los principios pro persona, de

²³ Recomendación 2/2017 de 31 de enero de 2017, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, párrafo 451.

interpretación conforme y de protección del interés superior de la niñez, toda vez que no ha promovido desde el ámbito de su competencia las modificaciones a la LSS, Reglamento de Prestaciones Médicas, y demás Manuales y Circulares aplicables en materia de protección a la maternidad, con la finalidad de que cumplan con sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres embarazadas afiliadas a ese Instituto, y en particular, armonizarla con el contenido del artículo 170 de la LFT.

407. Desconocimiento de los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos en general, y en particular, del derecho a la seguridad social en su modalidad de protección a la maternidad, lo que se advierte de una aplicación literal de la normatividad en perjuicio de las mujeres trabajadoras embarazadas, sin realizar la interpretación de los derechos humanos de la manera que más favorezca a la mujer y al producto de la gestación, lo cual no implica que estén facultadas para declarar la invalidez constitucional o convencional de las normas, ni para desaplicar preceptos legales, ya que esa atribución le corresponde únicamente a los jueces del Poder Judicial de la Federación y de las entidades federativas, respectivamente, sino lo que debieron realizar es la interpretación conforme y aplicación del principio pro persona en cada uno de los actos que emitieron.

408. Deficiente difusión de la normatividad aplicable por parte de las instancias encargadas del otorgamiento de las prestaciones en materia de seguridad social; en particular, de las relacionadas con la maternidad, así como falta de armonización de criterios, lo cual genera interpretaciones contradictorias en perjuicio de las mujeres trabajadoras embarazadas afiliadas al Instituto.

409. Ausencia de mecanismos de información, por medio de los cuales las mujeres embarazadas afiliadas al IMSS, puedan conocer, de manera general, las prestaciones de seguridad social a que tienen derecho, y en particular, las relacionadas con la protección de la maternidad; así como de procedimientos claros y sencillos para su solicitud y otorgamiento.

410. Estas omisiones actualizan el incumplimiento de obligaciones positivas para el Estado, a través de sus instituciones, es decir de garantizar de manera efectiva esos derechos, por lo cual, conforme a sus atribuciones corresponde a este Organismo Nacional, promover no sólo las sanciones que en lo particular correspondan a los servidores públicos señalados en la presente Recomendación, sino también pugnar porque la fuente de dichas trasgresiones a los derechos humanos sea erradicada, por lo que una vez acreditadas violaciones a derechos humanos no sólo de las víctimas identificadas, sino también de las madres trabajadoras aseguradas por el Instituto, se emite la presente Recomendación con la finalidad de que se hagan los cambios normativos, estructurales y organizacionales necesarios.

VI. REPARACIÓN DEL DAÑO.

411. Una de las vías previstas en el sistema jurídico mexicano para lograr la reparación del daño derivado de la responsabilidad personal e institucional, consiste en plantear la reclamación ante el órgano jurisdiccional competente, y otra vía es el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º, párrafo tercero, constitucional; 44, párrafo segundo de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 65 inciso c) de la Ley General de Víctimas, que prevén la posibilidad de que al acreditarse una violación a los derechos humanos, atribuible a un servidor público del Estado, la Recomendación que se formule a la dependencia pública debe incluir las medidas que procedan, para lograr la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales y las relativas a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado, para lo cual el Estado debe investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos establecidos en la ley.

412. Para tal efecto en términos de los artículos 1; 2, fracción I; 7, fracciones I, V, X, y XII; 26; 27, fracción I, IV y V; 61, fracción II; 73 fracción V; 74; 88, fracciones II y XXIII; y 126, fracción VIII, de la Ley General de Víctimas, al acreditarse violaciones

a los derechos humanos de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 y V15, se les deberá reparar el daño.

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

414. En el presente caso, han quedado acreditadas violaciones a los derechos humanos de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 y V15, por lo que esta Comisión Nacional considera procedente la reparación de los daños ocasionados en los siguientes términos.

A. Restitución.

415. La restitución de los derechos conculcados a las víctimas con motivo de las violaciones descritas en la presente Recomendación, deberá contemplar el pago del subsidio económico y el descanso correspondiente a los días faltantes que el IMSS haya dejado de cubrirles con motivo de la incapacidad por maternidad, consistente en 84 días, y valorar otorgarles 14 días adicionales en los casos en que los recién nacidos hubieren requerido atención médica hospitalaria y que han quedado precisados en la presente recomendación.

B. Satisfacción.

416. En el presente caso, la satisfacción comprende que las autoridades recomendadas deberán iniciar las investigaciones respectivas con motivo de las

violaciones a los derechos humanos, por lo que este Organismo Nacional, en ejercicio de sus atribuciones, presentará queja ante el Órgano Interno de Control en el IMSS, a fin de que inicie el procedimiento administrativo de investigación correspondiente, en contra de AR1, AR2, AR3, AR4, AR5, AR6 y AR7, y en su caso, se apliquen las sanciones correspondientes.

C. Garantías de no Repetición.

417. Consisten en implementar las medidas que sean necesarias a fin de evitar la repetición de hechos violatorios de derechos humanos y contribuir a su prevención.

418. En este tenor, se deberá armonizar la normatividad interna del IMSS, a efecto de que se cumpla con los deberes derivados de la Constitución, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, la LFT, y la jurisprudencia nacional e internacional en materia de protección a la maternidad, es decir, que se les respete a todas las mujeres, y en especial a las que presenten partos prematuros, el periodo completo de descanso por maternidad de 12 semanas, y valorar otorgarles dos semanas adicionales en caso de que el producto de la gestación requiera atención médica hospitalaria o nazca con alguna discapacidad, mediante la modificación todas las normas que se contrapongan a los referidos estándares, e incluso, con su derogación de ser necesario.

419. Para ello, este Organismo Nacional enviará copia de la presente Recomendación al Congreso de la Unión, a efecto de que se tome en consideración para la revisión de los proyectos de reforma sobre protección a la maternidad.

420. El Director Jurídico del IMSS, en cumplimiento de las obligaciones que le imponen las fracciones IV y V del artículo 75 del Reglamento Interior del IMSS, deberá presentar los proyectos de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos ante la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y cualquier otra instancia que señalen las disposiciones legales y reglamentarias, con la finalidad de que los mismos se

encuentren armonizados con los estándares de derechos humanos aplicables en materia de protección a la maternidad.

421. En tanto, el IMSS deberá emitir una nueva circular en la que se prevea que las madres trabajadoras en casos de partos prematuros cuenten con las 12 semanas de incapacidad, e incluso, valorar ampliarlo a 14 semanas en los casos referidos. De la misma forma, se incluyan en ella procedimientos claros y expeditos para su otorgamiento y eventual reclamación en caso de negativa, con la correspondiente difusión a todas las instancias involucradas en su aplicación.

422. En el ámbito de las medidas de no repetición se encuentra también la capacitación y preparación en materia de derechos humanos. En el presente asunto, es necesario que el IMSS desarrolle las actividades de difusión y capacitación, al personal relacionado con el tema, tendentes a garantizar que en cada una de las unidades involucradas se proporcione información oportuna a las madres trabajadoras, respecto del derecho a transferir semanas de incapacidad por maternidad del periodo prenatal al posnatal, así como cursos especializados sobre los derechos humanos de las mujeres; aplicación del principio pro persona; interpretación conforme; e igualdad y no discriminación.

En atención a lo expuesto, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera procedente formular, respetuosamente, a usted señor Director General, las siguientes:

VII. RECOMENDACIONES.

Primera.- Se tomen las medidas para reparar el daño ocasionado a V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 y V15, en términos de la Ley General de Víctimas, con motivo de la responsabilidad en que incurrieron AR1, AR2, AR3, AR4, AR5, AR6 y AR7, derivada de la violación a los derechos humanos precisados en la presente Recomendación; reparación que deberá contemplar el pago del subsidio económico y el otorgamiento del descanso, con el que se garantice su

derecho a 84 días de incapacidad por maternidad, así como valorar otorgarles 14 días adicionales en los casos específicos referidos en la presente Recomendación y se envíen a esta Comisión Nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento.

Segunda.- Se presenten los estudios de proyectos de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos ante la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, con la finalidad de que la LSS y el Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS se encuentren armonizados con los estándares de derechos humanos aplicables en materia de protección a la maternidad, reconocidos por la Constitución, los Tratados Internacionales y la LFT; en observancia del Artículo Tercero Transitorio del *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo”*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012; a partir del cual el Ejecutivo Federal contó con un plazo de seis meses para llevarlo a cabo; y se envíen a esta Comisión Nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento.

Tercera.- Se modifiquen las disposiciones normativas internas aplicables en el IMSS, a efecto de que se cumpla con los estándares de derechos humanos en materia de protección a la maternidad, de forma que se les respete a todas las mujeres embarazadas, y en especial a las que presenten nacimientos con producto pretérmino, el periodo completo de descanso por maternidad, correspondiente a 12 semanas; e incluso, valorar ampliarlo en los casos previstos por el artículo 170 de la LFT; y se envíen a esta Comisión Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento. Mientras tanto, se adopten las medidas y se lleven a cabo las acciones necesarias con las que se garantice ese derecho a las mujeres afiliadas al IMSS, y se envíen a este Organismo Constitucional las constancias con las que se acredite su cumplimiento.

Cuarta.- Se imparta un programa de capacitación a los Jefes de Prestaciones Médicas, Jefes de Prestaciones Económicas, Directores de Unidades de Medicina Familiar, Personal encargado de Atención a Quejas y Orientación al

Derechohabiente, así como al Personal del Área de Atención a Quejas en materia de Derechos Humanos, en temas de educación y formación en materia de derechos humanos, que incluya: principio del interés superior de la niñez, principio de igualdad y no discriminación, así como principio de interpretación conforme y pro persona, y se remitan a este Organismo Nacional, las constancias que acrediten su cumplimiento.

Quinta.- Se desarrolle una campaña de difusión y capacitación tendente a garantizar que en cada una de las Unidades de Medicina Familiar y Hospitales de Alta Especialidad con atención Gineco-obstétrica, se proporcione información oportuna, clara y precisa a las madres trabajadoras, respecto del derecho a contar con el periodo de descanso por maternidad de 12 semanas; e incluso, con la posibilidad de transferir semanas y valorar ampliarlo en los casos previstos por el artículo 170 de la LFT; y envíe a este Organismo Nacional de protección a los derechos humanos las constancias que acrediten su cumplimiento.

Sexta. - Se colabore ampliamente en la presentación y seguimiento de la queja que esta Comisión Nacional formule ante el Órgano Interno de Control en el IMSS, para que en el ámbito de su competencia inicie la investigación correspondiente, en contra de AR1, AR2, AR3, AR4, AR5, AR6 y AR7, y demás servidores públicos que intervinieron en los hechos que se consignan en esta Recomendación, y se remitan a esta Comisión Nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento.

423. La presente Recomendación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene el carácter de pública y se emite con el propósito fundamental tanto de formular una declaración respecto de las conductas irregulares cometidas por servidores públicos en el ejercicio de las facultades que expresamente les confiere la ley, como de obtener, en términos de lo que establece el artículo 1º, párrafo tercero constitucional, la investigación que proceda por parte de las dependencias administrativas o cualquiera otras autoridades competentes para que, conforme a

sus atribuciones, se apliquen las sanciones conducentes y se subsane la irregularidad de que se trate.

424. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46, segundo párrafo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, solicito a usted que la respuesta sobre la aceptación de esta Recomendación, en su caso, se informe dentro del término de 15 días hábiles siguientes a su notificación.

425. Con el mismo fundamento jurídico referido, se solicita a usted que, en su caso, las pruebas correspondientes al cumplimiento de la Recomendación se envíen a esta Comisión Nacional dentro de un término de 15 días hábiles, siguientes a la fecha en que haya concluido el plazo para informar sobre su aceptación.

426. Cuando las Recomendaciones no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos quedará en libertad de hacer pública, precisamente, esa circunstancia y, con fundamento en los artículos 102, apartado B, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 15, fracción X y 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, podrá solicitar al Senado de la República o en sus recesos a la Comisión Permanente de esa Soberanía, así como a las legislaturas de las entidades federativas, que requieran su comparecencia, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

EL PRESIDENTE

LIC. LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ