



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 11 de octubre de 2019
C-102-19

Doctora
María del Pilar Gordón
Jefa de la Oficina Institucional
de Recursos Humanos
Hospital Santo Tomás
E. S. D.

Ref.: Aplicabilidad del permiso de Lactancia Materna.

Respetada Doctora Gordón:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de dar respuesta a su Nota N° 2807/OIRH/HST de 10 de septiembre de 2019, recibida en esta Procuraduría el 12 de septiembre de 2019, mediante la cual nos eleva la consulta respecto a dudas que mantienen sobre la Lactancia Materna; a fin de actuar conforme a las normas legales que rigen la materia.

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, y en virtud de la facultad concedida a este Despacho mediante el numeral 1 del artículo 6 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000 que llama a esta entidad a servir de consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o el procedimiento que debe seguirse en un caso concreto, nos permitimos indicar lo siguiente:

I. Sobre lo consultado.

Apreciamos que la consulta busca nuestro pronunciamiento respecto al alcance de las normas legales que regulan el permiso de Lactancia Materna y qué ley debe aplicar el Patronato del Hospital Santo Tomás.

La primera interrogante planteada en la consulta refiere al presunto contradictorio entre el Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012 que reglamenta la Ley N° 50 de 1995, y el Decreto Ejecutivo N° 44 de 11 de abril de 2008; en lo relativo al período de lactancia y el permiso que al efecto se concede, toda vez que una normativa señala que la cobertura es únicamente por los primeros seis (6) meses de edad cumplidos del lactante, mientras que la otra señala la existencia de un permiso por el término de seis (6) meses contados a partir del reintegro de la licencia de gravidez.

En cuanto a la segunda interrogante, la misma es del contenido siguiente:

“¿Tiene o no el derecho a esa hora de lactancia la servidora pública que sólo labora 6 horas, tomando en cuenta que al otorgársela solo estaría laborando 5 horas para la institución, pero cobrando como si fueran 8 horas y que gozan de otro beneficio?”

II. Criterio de la Procuraduría de la Administración

En relación con las interrogantes planteadas, esta Procuraduría es de la opinión que, toda vez que el Decreto Ejecutivo N° 44 de 11 de abril de 2008 fue derogado, en su totalidad, a través del artículo 31 de la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009, no existe un contradictorio entre dicho Decreto y el Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012 que reglamenta la Ley N° 50 de 23 de noviembre de 1995 por la cual se protege y fomenta la Lactancia Materna; subsistiendo lo que señala esta Ley en cuanto a las madres trabajadoras en su artículo 30.

En cuanto a la segunda interrogante, atendiendo a las normas constitucionales y el control de convencionalidad en lo relativo a la protección de la maternidad, la lactancia y los derechos de los menores, la servidora pública que sólo labora 6 horas tiene derecho a las facilidades para la lactancia a que se refiere el artículo 30 de la Ley N° 50 de 1995, desarrolladas en los artículos 36 y 37 del Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012; ya que este permiso para lactancia no está supeditado a su condición laboral sino a su calidad de madre.

III. Fundamento del Criterio de la Procuraduría de la Administración.

La protección durante el embarazo y la maternidad responde a una doble finalidad. Por una parte pretende proteger la especial relación entre la madre y el recién nacido y la salud de ambos, y por otra busca brindar una cierta seguridad en el empleo (OIT, 2009¹); así, el Estado panameño ratificó el Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto adoptado en Washington el 29 noviembre de 1919, dentro de la 1ª reunión de la CIT.

Como hemos señalado en consultas anteriores (C-163-04 y C-071-18), este derecho fundamental es reconocido en nuestro ordenamiento positivo y tiene rango constitucional, encontrándose regulado en el artículo 72 de la Constitución Política, que protege la maternidad de la mujer trabajadora. No obstante, esa protección no se circunscribe únicamente al fuero de maternidad, sino que es desarrollada en otras normas positivas como la Ley N° 50 de 23 de noviembre de 1995 por la cual se protege y fomenta la Lactancia Materna.

¹ La igualdad de género como eje del trabajo decente. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo 98 reunión. Ginebra: OIT – 2009.

Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de mayo de 2014², ha señalado lo siguiente:

“Como se observa, el artículo 72 de la Carta Magna establece una protección especial en favor de la mujer y la maternidad, que en el campo laboral se conoce como fuero de maternidad y que comprende, entre otros, los siguientes derechos y garantías:

1. El derecho a no ser separada de su empleo público o particular por causa del embarazo.
2. El derecho a descanso forzoso, retribuido del mismo modo que su trabajo, por un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho semanas que le siguen a dicho evento.
3. El derecho a conservar el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato.
4. El derecho a no ser despedida por el término de un año, luego de incorporarse la madre trabajadora a su empleo, salvo en los casos especiales previstos por la Ley³.
5. El **derecho a gozar de condiciones especiales de trabajo, reguladas por la Ley⁴.**” (El resaltado es nuestro).

De igual forma, el precitado pronunciamiento del Pleno hace alusión a las normas internacionales que protegen la maternidad, siendo del contenido siguiente:

“Esta protección contemplada en el artículo 72 de la Constitución Nacional, se ajusta igualmente al estándar internacional aplicable, que establece el derecho de toda mujer en época de preñez y **en estado de lactancia** a ser protegida de manera especial. En ese sentido, el Artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

ARTICULO VII. Toda mujer en estado de gravidez o **época de lactancia**, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial.

En igual sentido, en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Convenio 183, Relativo a la Revisión del Convenio sobre la Protección de la Maternidad ha establecido que “...Uno de los aspectos más importantes relativos al trabajo de las mujeres, no abordado en el Sistema Interamericano, pero sí reconocido en

² Acción de Inconstitucionalidad promovida por la Lcda. Evelyn L. Rodríguez contra el Decreto de Personal No. 182 de 6 de noviembre de 2009 firmado por el entonces Presidente de la República Ricardo Martinelli Berrocal y la Ministra de Trabajo Alma Cortes. Exp. 239-10

³ “Esta reserva de Ley, constituye lo que doctrinalmente se ha denominado como garantía normativa. Para un mejor estudio del tema, Cfr. PÉREZ LUÑO, *Op. Cit.* pp. 68-78 y DÍEZ- PICAZO, LUIS MARIA, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, S.A., 2005, p. 74.” Obr. Cit.

⁴ Idem

la CEDAW y las legislaciones nacionales, es la garantía de los derechos de la mujer trabajadora durante el período de embarazo, el parto y el **postparto**".⁵

El Art. 11 de la CEDAW señala que:

Artículo 11. 1. 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:

...

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

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

Desde la perspectiva de la jurisprudencia citada, existe en nuestro ordenamiento una garantía de protección a la mujer durante su embarazo y después de éste, con rango constitucional y basada en convenciones internacionales suscritas y ratificadas por nuestro Estado, donde se ampara a las mujeres trabajadoras, tanto del sector privado como las del sector público, y les concede el derecho a gozar de condiciones especiales de trabajo, reguladas por la Ley, sin que ello se circunscriba únicamente al período de embarazo y parto, sino también el postparto. Ello responde a uno de los objetivos operativos de la Declaración de Innocenti de 1990⁶, que conmina a los Estados a aprobar leyes innovadoras que protejan los derechos de amamantamiento de las trabajadoras y establezcan medios para llevarlas a la práctica.

Haciendo un estudio del derecho a la lactancia y la convencionalidad en torna al mismo, nos encontramos con la Estrategia Mundial para la Alimentación del Lactante y del Niño Pequeño, donde podemos resaltar dos aspectos importantes, directamente vinculados a lo consultado, y a saber:

1. Se establece "una prioridad de la estrategia mundial para todos los gobiernos es el logro de los siguientes objetivos operacionales: ... velar por que el sector de la salud y otros sectores conexos protejan, fomenten y apoyen la lactancia natural exclusiva durante seis meses y la continuación de la lactancia natural hasta que el niño tenga dos años de edad o más, al mismo tiempo que dan acceso a las mujeres

⁵ "Cfr. BADILLA, Ana Elena, "El derecho al trabajo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2009, p. 207."

⁶ Declaración de Innocenti, Sobre la Protección, Promoción y Apoyo de la Lactancia Materna, 1 de Agosto de 1990, Florencia, Italia. Producida y adoptada por todos los participantes en la reunión de la OMS/UNICEF sobre "Lactancia Materna en los 90's". Una iniciativa mundial, co-patrocinada por la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (A.I.D.) la Autoridad Suiza para el Desarrollo Internacional (SIDA), que tuvo lugar en el Spedale degli Innocenti, Florencia, Italia, del 30 de Julio al 1 de Agosto de 1990.

al apoyo que necesitan – en la familia, la comunidad y el lugar de trabajo – para alcanzar este objetivo.⁷”

2. Se deben tener intervenciones fundamentales para la protección, y “adoptar y supervisar la aplicación de una política de derechos de maternidad compatible con la Convención y la Recomendación de la OIT sobre la protección de la maternidad, a fin de facilitar la lactancia natural a las mujeres con empleos remunerados, incluidas las que, según las normas, ejerzan formas atípicas de trabajo dependiente, por ejemplo, a tiempo parcial, doméstico o intermitente.⁸” **(El resaltado y subrayado es nuestro).**

Así, se desprende con meridiana claridad que la propia Estrategia conmina a los empleadores (como representante del lugar de trabajo de la madre) a apoyar a las mujeres para que se proteja y fomente la lactancia; y no circunscribe esta protección únicamente a las mujeres con un horario de trabajo regular, sino a todas aquellas con empleos remunerados, incluidas las que no tengan un horario completo sino que ejerzan una jornada laboral parcial, pudiendo ser homólogo a la jornada de 6 horas que nos fuera consultada.

Confrontando lo anterior con la primera interrogante, es importante destacar que tanto la Ley N° 50 de 1995 como el Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012, que la reglamenta, hacen referencia a la lactancia materna exclusiva, a las facilidades que deben darse a la mujer en estado de lactancia, desarrollando la protección y el fomento de la misma. Veamos:

Ley N° 50 de 1995:

“Artículo 3. Las instituciones del sistema de salud, otros ministerios y entidades, promoverán la adopción de la práctica de la lactancia materna exclusiva, durante los seis primeros meses de vida del lactante, y luego recomendarán continuar la lactancia materna hasta los veinticuatro meses con alimentación complementaria.

Artículo 30. Toda madre trabajadora, en entidad pública o privada, dispondrá de las facilidades necesarias para extraerse la leche materna y conservarla, en lugar adecuado, hasta el final de su jornada de trabajo. Esta disposición será aplicable durante los primeros seis meses de lactancia.”

Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012:

“Artículo 5. Se establece como práctica óptima de alimentación del lactante, la lactancia materna exclusiva hasta los seis (6) meses de edad cumplidos, y luego podrá recomendarse continuar la lactancia materna hasta los veinticuatro (24) meses de vida...”

⁷ Estrategia Mundial para la Alimentación del Lactante y del Niño Pequeño. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2003. Pg. 15

⁸ Estrategia Mundial para la Alimentación del Lactante y del Niño Pequeño. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2003. Pg. 16

Artículo 36. De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley, en los lugares de trabajo, sean aquellos de índole pública o privada, la madre contará con un período de una (1) hora de su jornada laboral, para extraerse la leche materna o amamantar a su hijo.”

Continuando con el análisis de lo consultado, se observa que el Decreto Ejecutivo N° 44 de 11 de abril de 2008⁹, hasta el 31 de julio de 2009 que mantuvo vigencia, modificaba y adicionaba artículos al Decreto Ejecutivo N° 222 de 12 de septiembre de 1997, por el que se reglamentaba la Ley N° 9 de 1994 sobre la Carrera Administrativa; y donde el artículo 160A reconocía el permiso de la lactancia en los siguientes términos:

“Artículo 32. Se adiciona el artículo 160-A al Decreto Ejecutivo 222 de 1997:

Artículo 160-A. Se reconoce el Permiso de Lactancia, como un permiso especial otorgado a la servidora pública al término del período postnatal, que permite ausentarse, justificadamente, una (1) hora de permiso no computable de los dieciocho (18) días establecidos en el artículo 83 de la Ley 9 de 1994, por un período de seis (6) meses contados a partir de su reintegro de la licencia de gravidez, y podrá ser utilizado una hora al inicio de la jornada laboral o antes del término de la jornada laboral para amamantar a su hijo.”

Así, es relevante acotar que el Decreto Ejecutivo N° 44 de 11 de abril de 2008 fue derogado, en su totalidad, a través del artículo 31 de la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009¹⁰. Al respecto, si bien es cierto que la Ley N° 43 fue objeto de acciones de inconstitucionalidad, el artículo 31 (relativo a las disposiciones modificatorias y derogatorias) no fue objeto de tales acciones. En consecuencia, al resolverse las acciones de inconstitucionalidad de la mencionada Ley N° 43 de 2009, ni el artículo 160-A ni ningún otro artículo del Decreto Ejecutivo N° 44 de 2008 subsiste, descartándose así el contradictorio que se aduce en lo consultado.

En consecuencia de ello, en lo relativo a las madres trabajadoras, subsiste lo señalado en el precitado artículo 30 de la Ley N° 50 de 23 de noviembre de 1995 por la cual se protege y fomenta la Lactancia Materna, desarrollado en los artículos 36 y 37 del Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012; por lo que los directores de los servicios de salud, los directores regionales y nacionales de salud, están llamados a adoptar las medidas necesarias para fomentar y proteger la lactancia materna, en atención al artículo 9 de la Ley N° 50 de 1995.

En conclusión, esta Procuraduría es de la opinión que, toda vez que el Decreto Ejecutivo N° 44 de 11 de abril de 2008 fue derogado, en su totalidad, a través del artículo 31 de la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009, no existe un contradictorio entre dicho Decreto y el Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012 que reglamenta la Ley N° 50 de 23 de noviembre de 1995 por la cual se protege y fomenta la Lactancia Materna; subsistiendo lo que señala esta Ley en cuanto a las madres trabajadoras en su artículo 30.

⁹ Publicado en Gaceta Oficial N° 26019 de 15 de abril de 2008.

¹⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 26366 de 31 de julio de 2009.

En cuanto a la segunda interrogante, atendiendo a las normas constitucionales y el control de convencionalidad en lo relativo a la protección de la maternidad, la lactancia y los derechos de los menores, la servidora pública que sólo labora 6 horas tiene derecho a las facilidades para la lactancia a que se refiere el artículo 30 de la Ley N° 50 de 1995, desarrolladas en los artículos 36 y 37 del Decreto Ejecutivo N° 1457 de 30 de octubre de 2012; ya que este permiso para lactancia no está supeditado a su condición laboral sino a su calidad de madre.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/mork

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**