

Panamá, 24 de mayo de 2002.

Honorable señor
ANGEL YANGÜEZ
Legislador Suplente del Circuito 8-6
E. S. D.

Señor Legislador Suplente:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, y en especial como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos, acuso recibo de su nota s/n de 10 de mayo de 2002, por medio de la cual nos solicita consulta en cuanto a contrato de trabajo de las mujeres en estado de gravidez.

Concretamente se refiere al tiempo que se puede mantener en su lugar de trabajo a una empleada en estado de gravidez, ya que de acuerdo a su criterio una mujer en estado de gravidez se debe mantener en su puesto de trabajo hasta mes y medio antes de que tenga a su hijo y ésta deberá regresar a su lugar de trabajo mes y medio después de nacido el niño, lo cual garantizará hasta un año de trabajo de acuerdo al fuero maternal que debe tener la madre del niño en ese momento. Empero la pregunta radica en **que si esta mujer en estado de gravidez sufre un aborto involuntario y no logra tener el niño, hasta que tiempo se le debe mantener en su lugar de trabajo y si el fuero maternal de un año es aplicable en estos casos.**

Criterio Jurídico

Si ocurre un aborto involuntario y no se produce el nacimiento de la criatura entonces se pierde el fuero maternal que podría amparar a la madre de haber dado a luz y su posición quedaría a la discrecionalidad, de ser de libre

nombramiento y remoción del ente estatal que la hubiera nombrado o contratado.

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Consideramos oportuno antes de absolver su interrogante, hacer algunas anotaciones breves del “aborto involuntario” para luego emitir nuestro criterio con mayor ilustración y objetividad.

El aborto espontáneo es un evento común en el embarazo. En la mayoría de los abortos precoces resulta de un feto en desarrollo que no está sano y que tiene pocas probabilidades de sobrevivir hasta el final del embarazo.

Entre las causas más comunes del aborto espontáneo se encuentran las siguientes:

- Anomalías cromosómicas
- Niveles bajos de progesterona.
- Infecciones y enfermedades
- Enfermedades crónicas, exposición a toxinas ambientales.¹ (casos de medio ambiente, estrés etc.)

En cualquiera de las causas expuestas en cuanto a las prestaciones de salud, la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, determinará la motivación de la interrupción involuntaria del embarazo, y de igual manera, ofrecerá a la mujer una atención médica en esas circunstancias. Veamos:

“Artículo 43: Las aseguradas tendrán derecho, en el curso del embarazo, el parto y el puerperio, a la asistencia prenatal y obstétrica que requiera su estado, independientemente de las prestaciones asistenciales a que puedan tener derecho según el artículo 39 en caso de enfermedad.”

Se colige de lo anterior, que la asegurada, tiene no sólo derecho a la atención del embarazo el parto y el puerperio, sino que además tiene derecho a las prestaciones asistenciales, en caso de que la interrupción o el aborto

¹ CRISTUD, Health Org. “Aborto espontáneo precoz” mayo de 2002, pág. 1 -2

involuntario del embarazo, hubiese sido por cualquiera de las circunstancias anotadas, de acuerdo al artículo 39 de la ley 30 de 26 de diciembre de 1991, tendrá derecho a atención médica, quirúrgica, farmacéutica dental y hospitalización.

Ahora bien, el artículo 112 del Código de Trabajo, sobre este particular, señala lo siguiente:

“Artículo 112. Si se trata de aborto, de parto no viable, o de cualquier otro caso anormal de parto, el descanso forzoso retribuido se fijará de acuerdo con las exigencias de la salud de la interesada, según resulte del certificado médico y de las prescripciones del facultativo que la atiende.”

La norma en comento se refiere a la forma de descanso forzoso retribuido para los casos de los partos no viables, o cualquier caso anormal de parto, como el aborto, en esos casos el descanso se fijará de acuerdo a las exigencias de la salud de la interesada, según resulte del certificado médico y las prescripciones médicas del facultativo que la atiende.²

Como se puede apreciar, en esos casos no previstos, además de la atención médica y prestaciones que pudiera tener la madre asegurada, de acuerdo al Código de Trabajo, también le corresponde un descanso forzoso retribuido debido al estado en que se puede encontrar la afectada, según los exámenes y el certificado médico que lo avale; aunado a las prescripciones que el médico así recomiende.

Aclarado este aspecto, respecto al derecho de que goza la servidora pública, a la atención médica y todo el tratamiento, durante su estado, es menester hacer hincapié en el concepto **fuero de maternidad** y cual es su naturaleza y en caso de contratos cual ha sido la opinión de este despacho.

En primer lugar debemos señalar que el fuero de maternidad constituye el derecho que se le concede a la mujer tanto en el embarazo como después del alumbramiento; consistente en la conservación de su empleo por un período determinado y el pago de un subsidio en ese lapso; con el objeto de proteger

² JOVANÉ, Jaime y RODRÍGUEZ, José Martín. Código de Trabajo, 1ª. Ed. Editorial Nuevo Forum, S.A. 1996, Pág. 119.

su maternidad y sobre todo a la criatura. El derecho fundamental, es reconocido en nuestro ordenamiento positivo y tiene rango constitucional, encontrándose regulado en el artículo 68 de la Carta Política, en los siguientes términos:

“Artículo 68: Se protege la maternidad de la mujer trabajadora. La que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa. Durante un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho que le siguen, gozará de descanso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al reincorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo en casos especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez.”

Nuestra jurisprudencia, se ha referido al concepto de fuero de maternidad reiteradamente, y entre estos pronunciamientos se destaca la Sentencia de 28 de agosto de 1990, y que en su parte medular señaló:

“El denominado fuero de maternidad es una protección de que gozan determinadas mujeres contra el despido que no cumpla con ciertos requisitos legales pero dicha protección no alcanza a otras especies de terminación de la relación de trabajo como lo es la expiración del término pactado, hipótesis que es la que se produjo en este caso. No se puede pues confundir la especie (despido) con el género (terminación del contrato) ya que el fuero de maternidad según lo previsto en el artículo 68 de la Constitución Política y el artículo 106 del Código de Trabajo, protege a la mujer trabajadora sólo contra el despido que consiste en la terminación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador.”

Tanto el artículo 68 de la Constitución Política, como el extracto del Fallo citado, coinciden en que el fuero de maternidad es una garantía de protección a la mujer durante su embarazo y después de éste, que comprende a las

mujeres trabajadoras del sector público y privado. Este fuero o privilegio como se ha podido observar, es una garantía laboral, y por ende de seguridad económica, pero cuya aplicación, no debe ser entendida en términos absolutos, pues ella presenta excepciones.

En efecto, como indicamos, la relación entre el empleador y la mujer trabajadora mantiene su pretendido equilibrio, con la figura del fuero de maternidad, entre otras; ya que mediante la garantía de la conservación del empleo que se le dispensa a la madre, se le está amparando de la posibilidad de un despido injustificado, que podría tener lugar en razón de su preñez. Sin embargo, frente a la justificación de la terminación laboral, legalmente configurada, no puede aducirse la protección del fuero de maternidad, como sería por ejemplo el caso de la comisión por parte de la trabajadora de una falta de sus deberes como servidora, o de delito, que previa comprobación, conllevaría su despido.

Como quedó expresado, entre la terminación de la relación laboral, y el despido, existe una relación de género y especie. El despido es una forma de terminar la relación laboral, pero existen otras como la decisión unilateral del empleador, el mutuo consentimiento, la muerte del trabajador, la conclusión de la obra objeto del contrato y la expiración del término pactado, que se sumarían a la descrita en el párrafo precedente. A esta última modalidad nos referimos a continuación.

Los contratos por tiempo definido, si fuere el caso presente, constituye una especie de convenio, en los que lógicamente la relación laboral se dará por un lapso predeterminado, fijado de común acuerdo por las partes quienes al suscribirlo manifiestan su voluntad de contraer las obligaciones y gozar de los derechos que de él se derivan.

Debemos tener presente que cuando una persona es contratada mediante un contrato de este tipo, por tiempo definido, la relación está supuesta a terminar el día de su vencimiento, de allí que su prórroga o extensión, sólo es posible mediante acuerdo bilateral, o sea de ambas partes contratantes, más no mediante el amparo del fuero de maternidad, que supone la garantía de la conservación del empleo de la mujer trabajadora por el lapso de un año, posterior al alumbramiento, lo que implicaría una prórroga de hecho de la relación laboral.

Como puede observarse, hay dos aspectos relevantes en el fuero de maternidad, uno el pago del subsidio a la mujer trabajadora, y el otro, el derecho a conservar su puesto de trabajo, pero por la condición del fuero. Sin embargo, cuando hablamos de su reconocimiento, hablamos de pagar a la madre el mencionado subsidio, y de respetar su empleo, pero éste debe existir; ya que no puede conservarse un empleo que no existe por haber desaparecido el contrato o el convenio que lo constituyó legalmente. El contrato en ese sentido, es la base de la relación laboral, es la fuente generadora de derechos y obligaciones, pero en sus términos literales, ley entre las partes, por tanto es imposible que el fuero de maternidad lo desconozca.

Por otro lado, como sostiene la ex Magistrada Dra. Aura Emérita Guerra de Villaláz, en un salvamento de voto, para disentir del resto de la mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, lo que se busca con ese derecho constitucional, es preservar la continuidad de la especie humana, que es lo que principalmente trata de proteger y preservar el **Fuero de Maternidad**. En tal sentido; la tutela del nasciturus o no nacido justifica la estabilidad (fuero) en el empleo de la mujer en estado grávido. Veamos los señalamientos:

“La especial protección que se le ofrece al nasciturus para la preservación de la sanidad de la especie humana, sólo trasciende a la mujer trabajadora dada su calidad de garante de la vida humana dependiente. Esa tutela, ni siquiera es un privilegio para la madre, opera en función del cuidado, atención y desarrollo económico que se le debe ofrecer al nuevo ser. Negar el reconocimiento de maternidad de la señora Ng; es desconocer la obligada protección que la sociedad y el Estado deben garantizar a las nuevas generaciones desde su etapa embrionaria.”³

Del anterior señalamiento, podemos concluir, que lo que se pretende con el Fuero de Maternidad concretamente, es proteger y preservar la especie humana y que sólo trasciende a la madre trabajadora, dada su calidad de garante de la vida humana dependiente. Como quiera que en la presente situación se produjo un aborto involuntario por las razones que fuesen, la garantía constitucional del fuero de maternidad, desaparece, toda vez que, con

³ Sentencia de 5 de agosto de 1994. Proceso de Inconstitucionalidad. Promovido por Raquel Ng. Martínez contra Gerente General de la Zona Libre de Colón.

esta se pretende brindar el cuidado, atención y desarrollo de la criatura, hecho que no se ha producido en el caso planteado.

En conclusión, podemos decir, que el reconocimiento del fuero de maternidad a la mujer trabajadora que preste servicio público por contrato es improcedente.

Por último, la garantía constitucional del fuero de maternidad se extiende a la madre trabajadora, en razón del cuidado, atención y desarrollo que le pueda brindar al nuevo ser; de manera que al no producirse esa condición, no prospera, la tutela constitucional comentada en este caso. En ese sentido, sólo le corresponderá a la afectada los derechos de atención médica y prestaciones respectivas que dispone la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social.

En esos términos, dejo contestada su interesante consulta me suscribo de usted, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.