

, 12 de junio de 1995.

Honorable Legisladora
HAYDEE MILANES DE LAY
PRESIDENTA DE LA COMISION DE
LOS ASUNTOS DE LA MUJER DE LA
ASAMBLEA LEGISLATIVA.
E. S. D.

Honorable Legisladoras:

Damos contestación a su atenta Nota S/N fechada 15 de mayo de los corrientes, la cual es portadora de una consulta relacionada esencialmente sobre el FUERO DE MATERNIDAD que contempla el artículo 68 de la Constitución Nacional.

El punto en consulta importa la inquietud de que cómo en el caso meritado de una mujer profesional de la educación ha sido destituida de su cargo estando embarazada, y consecuentemente si ello "... es procedente a la luz de las disposiciones constitucionales sobre la protección a la maternidad?"

Al entrar en materia es pertinente que reproduzcamos primeramente el texto íntegro de la garantía constitucional que consagra una protección laboral en favor de la mujer, antes y posterior al parto, lo cual en nuestro sistema jurídico se conoce como fuero de maternidad.

Sobre el particular, el artículo 68 de la Constitución Política, dispone:

"ARTICULO 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 forzoso 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 previstos en la Ley, la cual reglamentará además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez" (El destacado es nuestro).

Como puede apreciarse la disposición anterior contiene el fuero maternal, estableciendo el contenido, extensión y limitaciones que lo configuran, pues el mismo abarca tanto a las mujeres en estado grávido que laboren en el sector público o al privado, por el período de tiempo allí consignado, y reserva a la Ley los casos en que, no obstante estar amparada por fuero de maternidad, una mujer pueda ser separada de su empleo, de allí el carácter no absoluto con que la propia norma superior concibe la garantía o derecho reseñado.

Cabe precisar que la excerta constitucional claramente prohíbe que la mujer embarazada sea removida de su empleo por el hecho objetivo de estar embarazada, lo que "a contrario sensu" significa que una mujer en estado de gravidez sí puede ser removida cuando exista causa legal que justifique tal acción de personal, deducción que se desprende del mencionado artículo 68, a la altura de la expresión recalcada que señala que "La que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa". Asimismo, al reintegrarse la trabajadora a su empleo dentro del término de un año no podrá ser destituida porque durante dicho período se extiende la protección constitucional, "salvo en casos especiales previstos en la Ley". Siendo que tales casos especiales constituyen las causales de destitución por faltas disciplinarias cometidas y comprobadas en que incurra una mujer que goza de fuero.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el fuero de maternidad, por ejemplo: En sentencia de 30 de septiembre de 1985 declaró inconstitucional el Decreto No. 26, de 3 de abril de 1985, por medio del cual se nombró Juez de Tránsito al señor Hermes Alvarado, desconociendo que la persona que ocupaba dicho cargo -señora Celía Daira Bonilla de Duncan- se encontraba dentro del año posterior al alumbramiento del que habla el artículo 68 constitucional. Entre las consideraciones del fallo del Pleno transcribimos los siguientes párrafos fundamentales:

"A folio 1 consta que la Licenciada Celía Daira Bonilla de Duncan fue nombrada Juez de Tránsito

de la Provincia de Colón por medio del Decreto Ejecutivo No. 13, del 12 de marzo de 1984, y a fojas 2 que ella tomó posesión de ese cargo el día 27 del mismo mes y año, según las copias autenticadas de esos documentos públicos.

Igualmente con las constancias de fojas 4 y 5 queda acreditado fehacientemente el hecho que la Juez Duncan recibió Licencia de Gravidéz, para ausentarse temporalmente del desempeño de sus funciones, de conformidad con las disposiciones legales respectivas, y que el 22 de junio de 1984 dió (sic) a luz a su menor hija Larissa Massiel Duncan Bonilla, según copia autenticada del correspondiente certificado de nacimiento, expedido por la Dirección General del Registro Civil, y de la certificación suscrita por Teresa Quiñones L.; Directora Administrativa de la Alcaldía del Distrito de Colón.

El certificado últimamente citado agrega que la Licencia de gravidéz corrió del 9 de junio al 15 de septiembre de 1984.

Por último, a páginas 6 y 17 obra plena prueba de que la Juez Duncan fue destituida (sic) de su cargo el 3 de abril de 1985, mediante el Decreto Ejecutivo No. 26, de esa fecha según las copias autenticadas de dicho Decreto y de la comunicación correspondiente a la afectada.

Los documentos mencionados hacen plena prueba, a tenor de los artículos 870 y 871 del Código Judicial.

El instrumento público de destitución no da razones para ella, pues se limita, en su artículo único, a nombrar al señor Hermes Alvarado como Juez de Tránsito en la Provincia de Colón, en reemplazo de Celia

Daira Bonilla de Duncan, cuyo nombramiento se deja sin efecto (f. 17, subrayas de la Corte).

Así las cosas, ciertamente que la destitución en referencia vulnera la garantía consagrada en el artículo 68 de la Constitución Política, conocida como fuero de maternidad, en favor de toda mujer trabajadora, pública o privada, pues habiéndose la afectada reintegrado a su cargo el 15 de septiembre de 1984, vencida su licencia de gravidez, resulta muy claro que para el 3 de abril de 1985, cuando se produjo su separación, se encontraba dentro del período de protección de un (1) año que a las madres concede dicha pauta constitucional..." (Registro Judicial de septiembre de 1985, p. 123. Parte de lo destacado es nuestro).

En sentido contrario cabe apuntar la Sentencia de 5 de agosto de 1994, dictada dentro del proceso de inconstitucionalidad promovido por Raquel Ng Martínez, a través de apoderado judicial, contra la Resolución No. 010-91, de 24 de enero de 1991, expedida por el Gerente General de la Zona Libre de Colón. En ella se produjo un interesante salvamento de voto, que citaremos posteriormente, por parte de la Magistrada Aura E. Guerra de Villalaz. Conforme quedó expuesto en dicho fallo, que no declaró inconstitucional el acto administrativo impugnado, la destitución de la funcionaria Ng Martínez se fundamentó en el "Decreto de Gabinete No. 1, de 26 de diciembre de 1990" (sic) y en segundo lugar porque "...el fuero de maternidad contemplado en el artículo 68 de la Constitución Nacional, no impide que la mujer trabajadora sea despedida cuando existan justificadas razones previstas en la Ley, pues a lo que se opone esta norma es que el despido sea por causa del embarazo", en tercer lugar "el hecho de que la autoridad nominadora se hubiera abstenido de realizar la destitución -porque quiso reconocer el fuero del artículo 68 arriba citado- antes del año, no lesiona en lo absoluto la garantía a que se ha hecho referencia, porque, como se ha dicho, el fuero de maternidad no es absoluto y puede verse mediatizado cuando exista una causal de despido prevista por la Ley."

El salvamento de voto de la Magistrada Guerra de Villalaz para disentir de la mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia expuso sucintamente razones esenciales basadas en la continuidad de la especie humana, que es lo que principalmente trata de preservar y proteger 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. Literalmente la Magistrada señaló lo siguiente:

"La especial protección que se le ofrece al nasciturus para la preservación de la sanidad de la especie humana, solo (sic) 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 armónico que se le debe ofrecer al nuevo ser. Negar el reconocimiento al fuero 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."
(Las negrillas son nuestras).

De la Nota remitida por su Despacho se lee que la profesional en mención sancionada con la destitución ocupaba el cargo de Directora del Centro de Educación Vocacional Basilio Lakas; posición que conforma al literal c) del artículo 8 de la Ley 25 de 18 de abril de 1978, es de libre nombramiento y remoción por parte del Patronato que rige la Administración del mencionado Centro de Educación Vocacional. El aducido precepto textualmente expresa:

"Artículo 8: El Patronato tendrá las siguientes funciones:

...

...

c) Nombrar y remover libremente al Director del Centro de Educación Vocacional Basilio Lakas;

...

...

... "(Destacado nuestro)."

Lo anterior lleva la importancia de que al ser una posición de libre nombramiento y remoción la autoridad que provee el cargo así mismo tiene la potestad de separar o destituir de manera discrecional, mas no arbitraria, al servidor público que lo ocupa. Ello significa que a pesar de estar embarazada, la misma no gozaba de estabilidad por el tipo de cargo que ocupaba. Sin embargo, es necesario precisar que el Tribunal competente para determinar la legalidad o ilegalidad de la destitución de que fue objeto la Directora del Centro de Educación Vocacional mencionado, es la Sala Tercera -Contencioso Administrativo- de la Corte Suprema de Justicia, previo el agotamiento de la vía gubernativa, lo cual se logra mediante la interposición de los recursos ordinarios que caben o en caso de silencio administrativo. Esto es así porque nos encontramos ante un acto administrativo, y aquel Tribunal conoce del control de la legalidad de los mismos.

Ahora bien, pese a todo lo reseñado este Despacho considera que la norma constitucional que consagra la garantía bajo estudio es de aplicación inmediata y prevalece sobre cualquier excusa de menor jerarquía, pues en el asunto comentado si bien es cierto que el cargo ocupado por la funcionaria destituida es de libre nombramiento y remoción, no podía ser removida pues se encontraba en estado de gravidez, y la trabajadora, salvo mejor opinión, no había incurrido en conducta alguna que diera motivo legal a que se empleara la potestad discrecional del Patronato del Centro de Educación Vocacional para destituirla.

En síntesis, a la luz de la disposiciones constitucionales sobre la materia, la mujer trabajadora goza de estabilidad en el empleo durante el embarazo y dentro del año inmediatamente siguiente a la fecha del alumbramiento. Esta protección se conoce como fuero de maternidad, empero el mismo no está concebido por la propia norma superior de manera absoluta, ya que el artículo 68 constitucional que lo consagra, reserva a la Ley el desarrollo de los supuestos en que una mujer estando amparada por dicha tutela pueda ser removida de su empleo público o privado, a través de las justas causales de destitución en que incurra las cuales deben ser aplicadas, previa comprobación del hecho cometido, como medida disciplinaria. Lo que prohíbe tajantemente la Carta Magna es que el acto de destitución tomado en contra de una mujer embarazada haya sido motivado por la

circunstancia o hecho de su gravedad.

En espera de haber absuelto debidamente la problemática planteada, quedo de Ud. con muestras de mi más distinguida consideración.

Atentamente,

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER.
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN.

20/AMdeF/ichdef.