

CAPITULO I

Protección del Trabajo de los Nacionales

Artículo 17.— Todo empleador mantendrá trabajadores panameños, o extranjeros de cónyuge panameño o con diez años de residencia en el país, en proporción no inferior al noventa por ciento del personal de trabajadores ordinarios, y podrá mantener personal especializado o técnico que no exceda del quince por ciento

de salarios o asignaciones en montos menores que los fijados en el

El fuero de maternidad. A 50 años de la vigencia del Código de Trabajo de 1972

Magistrada Margarita Ibets Centella G.

Presidente del Tribunal Superior de Trabajo

Segundo Distrito Judicial

Órgano Judicial de la República de Panamá

Correo electrónico: m.centella@organojudicial.gob.pa

El fuero de maternidad A 50 años de la vigencia del Código de Trabajo de 1972

Recibido: junio 2022

Aprobado: agosto 2022

Resumen

El propósito de este artículo es conocer la evolución constitucional y legislativa del fuero de maternidad y la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia, resultado de la interpretación de las normas que regulan esta figura jurídica. Su importancia es evidente, porque la protección contra la discriminación laboral por razón de la maternidad es esencial para la consecución de una genuina igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el trabajo, siendo imperativo conocer los criterios jurisprudenciales que han dotado de contenido a esta figura jurídica al decidir las causas objeto de acciones de amparos de garantías constitucionales y recursos contencioso administrativo y de casación laboral.

Abstract

The purpose of this article is to know the constitutional and legislative evolution of the maternity jurisdiction and the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, as a result of the interpretation of the norms that regulate this legal figure. Its importance is evident, because protection against employment discrimination on the grounds of maternity is essential for achieving genuine equality of opportunity and treatment for men and women at work, and it is imperative to know the jurisprudential criteria that have given content to this legal figure when deciding the causes that are the object of actions for protection of constitutional guarantees and contentious-administrative appeals and labor cassation.

Palabras Claves

Fuero, maternidad, protección, discriminación laboral, despido.

Keywords

Jurisdiction, maternity, protection, labour discrimination, dismissal.

Introducción

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo impulsó las políticas de protección especial, a causa que debía combinar su trabajo con las tareas domésticas y con la maternidad, prestación de servicios que se extendió no solo al área industrial, sino también a actividades de diferentes géneros.

El incremento del trabajo de la mujer trajo

como resultado la adopción de toda una serie de normas que buscaron su tutela, con el objeto de garantizarle adecuadas condiciones de trabajo y protección contra la discriminación en el empleo.

Al referirse al tema Camaño (2009) afirma que:

“en los inicios del desarrollo de la

legislación laboral comienza a perfilarse una nueva distribución de roles de género en el mercado de trabajo, toda vez que las leyes dictadas como respuesta a las deplorables y abusivas condiciones de empleo que originaron la cuestión social asumieron como una de sus prioridades la creación de mecanismos especiales de tutela para las mujeres trabajadoras, tanto en lo que respecta a la protección de la maternidad, como a la protección de la mujer por el sólo [sic] hecho de ser tal.” (p. 1-2).

Nieto (2020) haciendo alusión a esta protección especial en Panamá anota que:

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), así como los convenios y recomendaciones de la OIT, especialmente el Convenio 183 de 2000, sobre protección de la maternidad, se han ocupado de proteger de diversas formas la maternidad, entre ellas, la licencia de maternidad, protección a la salud de la mujer embarazada, el derecho a prestaciones sociales y económicas, protección del empleo y la no discriminación, entre otras.

El tema es de gran importancia por el rol protagónico de la mujer en la vida laboral y porque uno de los aspectos más trascendentales

del Derecho del Trabajo es el relacionado con las normas protectoras de la maternidad, cuyo derecho más representativo es el fuero de maternidad que impide al empleador despedir a una trabajadora que goza de esta protección y que, en nuestro país, es aplicable a instituciones y empresas tanto del sector público como privado.

Según Staff, se entiende por fuero de maternidad el “Derecho de que goza toda trabajadora desde que empieza su estado de gravidez y hasta por un año siguiente a su reincorporación al trabajo después del parto.” (como se citó en Castillo, 2000, pp. 158-159).

Se trata de una especial protección que otorga la ley a la mujer trabajadora que se encuentra embarazada extensiva hasta un año después de su reingreso al cargo luego de su alumbramiento, de tal manera que solo puede ser despedida si el empleador cuenta con autorización judicial y mediante un proceso de desafuero maternal y que se reconoce por la jurisprudencia panameña como un derecho constitucional fundamental, por lo que el despido de la trabajadora efectuado por causa de su maternidad se considera como un acto discriminatorio y una manifestación clara de transgresión de los derechos a la igualdad y al trabajo, los cuales son derechos fundamentales. (Corte Suprema de Justicia, 2002).

También es un deber que corresponde a los tribunales, cuando existe una señal de la afectación de un derecho fundamental (derecho a la maternidad), que deriva de las normas de protección especial establecidas por el Estado en favor las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, tutelar de forma efectiva el derecho de la mujer embarazada a mantener su plaza de trabajo, sobre todo cuando existen indicios que el derecho fundamental ha

sido vulnerado. Así lo enuncian las 100 Reglas de Brasilia aprobadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana, relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuyo objetivo en este punto en especial, es impulsar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. (Acuerdo, 368-A, 2019).

A 50 años de la vigencia del Código de Trabajo (1972), resulta imperativo un examen a la evolución constitucional y legislativa de este derecho, lo que nos permitirá conocer si la normativa existente es garante de esta protección especial y cuáles han sido las tendencias jurisprudenciales y fallos de tutela sobre el mismo.

1. Evolución constitucional y legislativa del fuero de maternidad.

1.1. Orden Constitucional.

Como anotación histórica, es forzoso mencionar, que las dos primeras constituciones de la era republicana (1904-1941), no hicieron referencia específica al fuero de maternidad. Fue la Constitución Política (1946) que reconoció por primera vez la protección de la maternidad al indicar en su artículo 71 que la mujer embarazada no podía ser separada de su empleo por esta causa, señalando que durante las seis (6) semanas que preceden al parto y las ocho (8) que le siguen, gozaría de descanso forzoso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservaría el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato.

Esta constitución en la disposición antes citada, en su primera oración, estableció que “Se protege la maternidad obrera”, lo que originó la discusión acerca si únicamente se brindaba protección a la trabajadora fabril.

Debate que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, tal como lo señala Fábrega (1987):

Aunque el precepto que preside este artículo sólo [sic] habla como podemos ver de ‘maternidad obrera’, todo indica que el último término no se ha usado en el sentido estricto de trabajadora fabril. En efecto, los incisos específicos que le siguen demuestran que el término ‘obrero’ -como con frecuencia se usa también su equivalente en masculino- no ha sido utilizado en un sentido genérico e, incluso, simbólico, para referirse a toda trabajadora, y más concretamente, a toda mujer empleada, ya sea por el Estado, por la empresa privada o por cualquier particular. (pp. 547-548).

La Constitución Política (1972), corrigió esta desacertada calificación, sustituyendo la frase en el artículo 72 actual así: “Se protege la maternidad de la mujer trabajadora.”

El precepto constitucional mencionado, agregó el derecho de la mujer a no ser despedida desde que se reincorpora a su empleo después del parto y hasta por un año, lo que se reconoce como fuero de maternidad y consagró también como protección a la mujer embarazada, igual que lo hizo la Constitución Política, (1946), la licencia por maternidad de 14 semanas.

1.2. Orden legal.

Un desarrollo importante de la legislación laboral de Panamá en lo atinente a los derechos de la mujer trabajadora, lo representa la Ley 23 (1930), que contempló la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, la licencia por maternidad, el derecho a reintegro y el pago de medio salario.

Se debe hacer mención igualmente a la Ley

40 (1967), que ratificó el Convenio Número 3 de la OIT relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, pues dispuso que la mujer no estaba autorizada para trabajar durante un período de seis (6) semanas después del parto, el deber del Estado de proporcionarle servicios de salud, higiene y alimentación para ella y su hijo y el permiso de descanso para lactancia.

El Código de Trabajo (1947) si bien incorporó normas sobre la prohibición de la mujer de ocupar trabajos peligrosos, no reguló el fuero de maternidad, tal como lo adopta la normativa laboral vigente.

Las normas especiales referentes al trabajo de la mujer que se encuentran en la Constitución Política (1972) artículos 70 y 72, se desarrollan, básicamente, en la Sección Primera (Trabajo de las Mujeres) del Capítulo II del actual Código de Trabajo (1972). Estas disposiciones aluden, entre otras cosas, a la protección de la maternidad por parte del Estado, a la protección de la mujer en estado de gravidez contra el despido injustificado y sin autorización judicial y a los mecanismos para hacerla efectiva.

El artículo 105 menciona que “La protección de la maternidad de la trabajadora es un deber del Estado” y, seguidamente, en el 106, el procedimiento que debe cumplir el empleador que desea poner fin a la relación de trabajo de una mujer que se encuentre en estado de gravidez, que es la existencia de causa justa y autorización judicial.

En el artículo 113 se desarrolló el fuero de maternidad, extendiendo esta protección a tres meses luego del reintegro de la trabajadora a su empleo. Esta disposición legal fue declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al ser contraria al contenido del artículo 72 de la actual Constitución Política, que reconoce un período

de protección de un año adicional, luego del reintegro de la trabajadora a su cargo. (Corte Suprema de Justicia, 1973).

Sobre este fallo, juristas como Jorge Fábrega y Rolando Murgas Torrazza sostuvieron en su momento, que la Corte Suprema de Justicia no debió declarar inconstitucional todo el cuerpo del artículo, sino únicamente la frase “tres meses”, pues esta disposición legal hacía alusión a la autorización previa para despedir, que no menciona el artículo 72 de la constitución y que representa los casos especiales de despido que la norma constitucional remite a la ley. Fábrega (1987) refiriéndose a la opinión de Rolando Murgas Torrazza sobre este tema expone:

que el Artículo 106 del Código dispone la exigencia de justa causa y autorización previa durante el estado de gravidez, en tanto que para el periodo [sic] de 8 semanas y el año subsiguiente la norma que establecía igual exigencia desapareció del ordenamiento jurídico por manifestación de la Corte, con la Constitución, a la cual no desmejoraban. Habría bastado, como expresamos, con eliminar la frase “tres meses” para sustituirla por el año. (p. 550).

Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia laboral a través de una interpretación integral de las normas alusivas al tema ha reconocido que el fuero de maternidad (despido con justa causa y autorización judicial) abarca a todos los períodos de protección de la maternidad.

Con ocasión de la pandemia covid-19, se aprobó la Ley 157 (2020) que formó parte de las medidas temporales de protección del empleo en las empresas afectadas y que adicionó de

forma temporal el artículo 116-A al Código de Trabajo, de tal manera que durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo con fundamento en los numerales 8 (caso fortuito o fuerza mayor) y 9 (crisis económicas) del artículo 199, no correría el período del fuero de maternidad. Esta normativa tuvo su sustento en la protección de la maternidad.

Especial mención en este estudio lo constituye la Ley No. 238 (2021) que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre. Este fuero aplica para los trabajadores con esposa o pareja en estado de embarazo, tanto en el sector público como en el privado.

El padre tendrá derecho a acogerse a este amparo cuando la madre haya fallecido durante el parto o dentro de los doce (12) meses siguientes al alumbramiento o cuando la madre no cuente con un trabajo formal durante la etapa de gestación o durante los doce (12) meses siguientes al parto. De consiguiente, el padre no podrá ser despedido de su empleo por los meses que dure la gestación y luego del parto hasta por el término de un (1) año, siempre y cuando la madre del menor continúe cesante. Se consagra que este fuero entrará en vigor al día siguiente que se levante el estado de emergencia como consecuencia de los efectos generados, producto de la pandemia covid-19.

2. Tratamiento jurisprudencial

La jurisprudencia sobre la materia objeto de este ensayo está constituida por los fallos de la Sala Tercera Contencioso Administrativo y Laboral, en su condición de Tribunal de Casación Laboral, con ocasión de la interpretación de las normas que regulan la figura jurídica objeto de análisis. Su importancia es evidente, en la medida que la interpretación de la norma realizada por nuestro más alto tribunal al decidir los casos

sometidos a través de las acciones de amparo de garantías constitucionales y del recurso de casación laboral, es obligatoria para las partes y puede constituir doctrina probable, la segunda, cuando se ha sentado un criterio jurisprudencial, una vez que una misma opinión se ha reiterado en diversos fallos o sentencias.

Para el análisis de la jurisprudencia, tomaremos en cuenta el tema central de ellas, luego abordaremos el problema jurídico que plantean, para luego realizar algunas consideraciones complementarias.

Es así, que el tema central de la jurisprudencia sobre este punto está dirigido al reconocimiento de este derecho como un derecho constitucional fundamental, por lo que el despido de la trabajadora efectuado por causa de su embarazo se considera como un acto discriminatorio y una manifestación clara de transgresión de los derechos a la igualdad y al trabajo, los cuales son derechos fundamentales.

2.1. Es un derecho fundamental.

La jurisprudencia, como explicamos, desarrolla el tema tomando en cuenta la naturaleza de derecho fundamental de la protección de la maternidad. En tal sentido señala:

Frente a este escenario jurídico, es preciso reiterar, que ‘la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral, pues, una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. ‘La mujer

embarazada tiene el derecho fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa de embarazo', en relación con el despido de la mujer encinta, que presentaba una manifestación clara de transgresión de los derechos a la igualdad y al trabajo, los cuales son derechos fundamentales. (Corte Suprema de Justicia, 2003).

Este carácter de derecho fundamental y de no discriminación en el empleo, ha sido el soporte de las decisiones judiciales de la Sala que se transcriben a continuación. De acuerdo con lo expresado, ha hecho hincapié en que el desconocimiento por parte del empleador del estado de embarazo de la trabajadora no es motivo para que el fuero no se reconozca. De esta manera subraya:

Por otro lado, es necesario señalar que, aún en el caso de que la empresa no hubiese tenido conocimiento del estado de gravidez de la señora Gibbs cuando le notificó su despido, la empresa estaba en la obligación de reintegrarla a su puesto tan pronto tuvo conocimiento de dicho estado y luego solicitar la autorización de despido. (Corte Suprema de Justicia, 1997).

Sobre este mismo tema, la Sala aclara que el fuero de maternidad se extiende a las trabajadoras con menos de dos años de servicios en el empleo, de tal suerte que su despido debe efectuarse mediante justa causa y autorización judicial con base a lo señalado en el artículo 106 del vigente Código de Trabajo (1972):

En este sentido, se advierte que el artículo 106 del Código de Trabajo prohíbe la terminación de la relación laboral con las

mujeres embarazadas por despido, sin causa justificada, y exige que esta causa sea probada previa y fehacientemente ante la autoridad jurisdiccional.

En consecuencia, pese a que el artículo 212 (numeral 1) del Código de Trabajo faculta al empleador a terminar la relación de trabajo por tiempo indefinido sin que medie alguna causa justificada prevista en la Ley y sus formalidades, cuando se trate de trabajadores con menos de 2 años de servicio continuos; en el caso de una trabajadora en estado de gravidez, como la señora Vaughan no sólo [sic] es necesario que exista una casual justificada de despido sino que dicho despido esté previamente autorizado por la autoridad competente. (Corte Suprema de Justicia, 2003).

Esta interpretación que tiene como base la categoría de derecho fundamental de la protección de la maternidad, no se acoge cuando el despido de la trabajadora se realiza durante el período probatorio, pues en estos casos, la jurisprudencia ha advertido que el empleador de forma unilateral puede terminar la relación de trabajo durante el período de prueba, aunque la trabajadora se encuentre amparada por el fuero de maternidad con la excepción que ella demuestre que el despido obedeció a un acto discriminatorio por razón de su estado de gravidez. Es decir, que se traslada a la trabajadora la carga de probar que su despido no obedece a que carece de las habilidades o destrezas para el desempeño del cargo, sino por su condición de gravidez.

Obsérvese:

Una lectura de las normas relativas a la protección de la maternidad (fuero de maternidad), nos hace percatarnos que no contemplan la situación de protección

cuando esta trabajadora se encuentra en período de prueba, lo que es perfectamente compatible con el contenido del artículo 78 del Código de Trabajo; aplicado en este caso por el empleador en concordancia con la cláusula contractual en la cual las partes contratantes acuerdan que si procede la terminación de la relación de trabajo dentro de ese período, por cualquiera de las partes, no conlleva responsabilidad para ninguna de ellas.

Esto significa una excepción al fuero de maternidad, siempre y cuando la terminación de la relación de trabajo sea motivada por el ámbito de aplicación de la norma. Es decir, por la aptitud de la trabajadora para el empleo que requiere habilidad o destreza especial. Bajo esta premisa, la Corte en casos similares resueltos con anterioridad ha establecido que si la trabajadora llega a acreditar que la decisión es motivada por un acto de ilegítima [sic] discriminación, cualquiera que esta fuera; que en este caso sería por el estado de gravidez, dicha excepción deviene en inoperante.

En el caso que nos ocupa, la trabajadora no ha acreditado que la terminación obedeció a una situación de discriminación respecto a su estado de gravidez, y entendiendo que esta situación específica no se contempla dentro de las presunciones *iuris tantum* que rigen a favor del trabajador, no es dable al Tribunal presumir ni asumir que ocurrió un acto discriminatorio de tal magnitud, por lo que, debemos concluir que no es operante el fuero de maternidad dentro de este contexto. (Corte Suprema de Justicia 2015).

La jurisprudencia tampoco ha reconocido el fuero de maternidad en los casos de aborto o parto no viable. En fallo de doce (12) de diciembre de dos mil once (2011) expresó:

tratándose de una trabajadora en estado de gravidez, el bien jurídico protegido es la “maternidad,” que se traduce en la imposibilidad de poner término al contrato de trabajo de la mujer trabajadora que tiene derecho a esta prerrogativa, asegurando, de esta forma, su fuente de ingresos que le permiten resguardar el normal desarrollo de su estado de embarazo y, posteriormente, solventar los gastos de alimentación y crianza de su hijo durante el lapso que comprende el referido fuero.

De lo anterior, se colige que la trabajadora que interrumpe su estado de embarazo por un aborto espontáneo o provocado o, para el caso que nos ocupa, sufre la pérdida de su hijo recién nacido o cuyo parto fue no viable, no tiene derecho a gozar del fuero maternal luego de la ocurrencia de tan lamentable evento, habida consideración de que, en tales circunstancias, no existe un hijo a quien cuidar, presupuesto jurídico que hace a la mujer acreedora de una especial protección en materia de permanencia en el empleo. (Corte Suprema de Justicia, 2011).

2.2. Situaciones en que no se vulnera este derecho fundamental.

También ha expresado el Tribunal de Casación que no es una violación a este derecho fundamental cuando la causa de terminación de la relación de trabajo obedece al mutuo consentimiento, renuncia o expiración del término pactado en el contrato de trabajo.

Refiriéndose al mutuo consentimiento comenta:

En este sentido, resulta de importancia señalar que la Sala ha expresado en reiteradas ocasiones que la mujer embarazada no renuncia al fuero de

maternidad si decide terminar la relación de trabajo por mutuo consentimiento y, que el artículo 106 del Código de Trabajo sólo [sic] prohíbe la terminación de la relación laboral con las mujeres embarazadas por despido, sin causa justificada, exigiendo que en caso de que haya causa justa, ésta [sic] sea probada previa y fehacientemente ante la autoridad jurisdiccional; sin embargo no prohíbe la terminación de la relación de trabajo por alguna de las otras causas señaladas en el artículo 210 del Código de Trabajo, siendo una de ellas, el mutuo consentimiento. (Corte Suprema de Justicia, 2003).

Así se pronuncia cuando la causa de rescisión del nexo laboral es la expiración del período de duración del contrato de trabajo:

El Tribunal de Casación estima, que la empleadora ha acreditado la necesidad temporal del servicio que legitimó la contratación por tiempo determinado de la trabajadora, y en ese sentido, la trabajadora no logró desvirtuar la ineficacia del pacto de duración temporal del contrato de trabajo, tal como lo dispone el párrafo segundo, del artículo 981-A, del Código de Trabajo.

Dentro de este contexto, es preciso advertir que la trabajadora no estaba amparada por el fuero de maternidad para permanecer en el trabajo más allá del tiempo pactado, puesto que la relación de trabajo se extinguió al vencerse el término

contractual. (Corte Suprema de Justicia, 2002).

Otro de los supuestos donde este amparo no aplica es en los casos de renuncia (voluntaria o imputable al empleador). En esta jurisprudencia el Tribunal de Casación aclara que el fuero solamente puede ser violentado a través del despido y no así, por otras formas de terminación de la relación de trabajo. Obsérvese:

Luego entonces el referido caso jurisprudencial traído al proceso para ilustrar la situación de la señora DEL PINO FERRUFINO DE HERRERA, no se compadece con la realidad de ésta [sic] última pues, es claro el hecho de que la tesis jurídica interpretativa, en aquel entonces utilizada, ha variado considerablemente. En este sentido la recurrente renunció por asuntos personales, sin precisar en su carta ninguna otra situación distinta a la decisión libérrima y natural de su proceder. La misma no sustentó con documentación, ni por ningún otro medio, la coacción a que hizo referencia para lograr ser reintegrada a su puesto de trabajo. Las Resoluciones de 19 de julio de 1997, 21 de junio de 1993 y 14 de diciembre de 1990, hacen especial énfasis en que el fuero de maternidad sólo [sic] puede ser violentado vía despido, mas no por otras circunstancias de terminación de la relación laboral. Por ello no prosperan los cargos de ilegalidad. (Corte Suprema de Justicia, 2001).

Conclusiones

Cincuenta años después de aprobado el Código de Trabajo, (1972), puede decirse que la evolución legislativa vinculada a las mujeres está caracterizada por un conjunto de normas dirigidas, principalmente, a la protección desde su posición reproductora (maternidad). La legislación laboral aborda los temas relacionados a la situación de la mujer trabajadora, en gran medida, desde la perspectiva de la protección a la maternidad.

Nuestras normas laborales, al igual que la de muchos países, mantiene el esquema tradicional de imposición de obligaciones al empleador en atención a la contratación de mujeres, sin la adopción mecanismos de coerción eficaces para evitar su incumplimiento, lo que tiende a desalentar el empleo femenino.

El problema que se constata, es que a pesar de la existencia de diversas normas que apuntan a reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales de la mujer trabajadora en el desempeño del cargo, nuestro orden jurídico presenta un evidente déficit en la existencia de instrumentos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresa, precisamente, en la ausencia de procedimientos idóneos y específicos para su reconocimiento, pues la vía estándar para restaurar el derecho que ha sido vulnerado cuando se desconocen las normas protectoras de la maternidad a través del despido, únicamente es el proceso de reintegro.

Sin embargo, las lesiones de los derechos fundamentales de la madre trabajadora no solo se dan a través del despido, sino también en la contratación y durante la ejecución del contrato de trabajo, comúnmente encubiertas en descensos de categorías, traslados, retraso

en pagos, etc., por razón de hostilidad o discriminación, sin que se cuenten con las vías procesales adecuadas para su adecuada protección.

La jurisprudencia laboral, por su parte, busca restablecer los derechos vulnerados de la madre trabajadora a través del proceso de reintegro o del proceso por despido, que son los mecanismos procesales señalados por la ley para restaurar este derecho y, en este sentido, mantiene el criterio que el fuero de maternidad es un derecho fundamental y como tal, procura su adecuada protección.

No es otra la razón por la cual el Tribunal de Casación ha resuelto el problema jurídico que surge cuando la trabajadora que goza de este derecho es despedida con fundamento en lo señalado en el artículo 212 del código vigente, que permite el despido de los trabajadores o trabajadoras que tengan menos de dos años en el empleo sin causa justificada mediante el pago de una indemnización. Claro ejemplo que esta excepción al principio constitucional de estabilidad en el empleo no es oponible a la trabajadora que goza de fuero de gravidez.

Esta interpretación de la Sala no se extiende al despido de la trabajadora protegida por el fuero maternal durante el período probatorio, en el entendimiento que en este lapso de tiempo, el empleador tiene la libertad de evaluar bajo su propio criterio, sus expectativas, elementos, variables y puntos de vista, respecto si la trabajadora debe o no permanecer en su cargo y porque la causa de terminación del vínculo laboral no es el despido, que es la forma en que el fuero de maternidad puede ser violentado. Se trata, de acuerdo con la jurisprudencia, de una forma

de conclusión del vínculo laboral por la falta de aptitud de la trabajadora para el desempeño de la labor contratada.

Posición distinta a países como España y Colombia, entre otros, que reconocen esta protección durante el período probatorio, básicamente, porque sus efectos jurídicos no deberían tener un rango superior a los de la figura jurídica objeto de examen (protección de la maternidad), pues esta última se encuentra dentro de la categoría de derechos fundamentales que para su eficacia requiere como límite el respeto del empleador de esta garantía constitucional, en especial cuando a través de la aplicación del período de prueba, aquél puede vulnerar los principios de igualdad y no discriminación que derivan de ella.

Finalmente, es importante destacar, que la configuración de las normas de

protección a la maternidad contenidas en nuestra legislación laboral, si bien pretenden evitar la discriminación laboral de la mujer trabajadora, entre otros fines, tienden a desconocer la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al empleo y la familia, pues la consideración social es que la conciliación del trabajo y familia suele ser un asunto exclusivamente femenino. (Camaño, 2009).

Con el objeto de avanzar hacia una integración más activa, nuestro país perfecciona las normas de protección a la maternidad cuando hace partícipe al hombre en su rol de padre, haciéndole parte de sus responsabilidades familiares al ampliar el fuero de maternidad al progenitor a través de la Ley 238 (2021).

Recomendaciones

Una de las principales innovaciones procesales que introdujo la legislación laboral fue el establecimiento de procesos de diversa naturaleza, como lo son los procesos de conocimiento, un único proceso de ejecución denominado proceso ejecutivo, el proceso arbitral y el proceso de juzgamiento de faltas. Dentro de los llamados procesos de conocimiento sistemáticamente se pueden distinguir las siguientes modalidades: el proceso común, el proceso de reintegro, el proceso de nulidad y el proceso abreviado.

Al regularse el proceso laboral, se procuró que el mismo fuese rápido, por lo que se simplificaron los trámites, se dio mayor concentración al proceso, se aumentaron los poderes del Juzgador, se incorporó la sana crítica y la figura de lista abierta en

materia probatoria. Con esta idea también se establecieron procesos especiales para las causas que requerían de una mayor rapidez en su tramitación.

Uno de estos procesos especiales fue el proceso de reintegro, que se conoce como proceso monitorio documental y que en el tema objeto de análisis, constituye el instrumento eficaz aprobado para restaurar el derecho fundamental de la maternidad que se ha desconocido o violado.

No obstante, su gran inconveniente está en su limitado ámbito de operatividad, en virtud que solo se aplica, en la mayoría de los casos, a un acto concreto: el despido.

De esta manera, cuando la lesión al

derecho fundamental ocurre a través de la contratación y durante la ejecución del contrato de trabajo, comúnmente encubiertas en impedimentos para el ascenso, descensos de categorías, traslados, retraso en pagos, hostilidad o discriminación, no se cuenta con las vías procesales adecuadas para la protección de este derecho fundamental.

Es por esta razón, que se recomienda

una reforma procesal para que se incorpore el proceso de tutela que existe en otros países (Chile, Colombia, Perú, España) y que tiene como objeto la efectiva restauración del derecho fundamental violentado, pues los procesos laborales que se desarrollan en el actual Código de Trabajo (1972) no fueron pensados para casos donde exista esta una afectación constitucional.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo No. 368-A de 2019 (Corte Suprema de Justicia). Por el cual se adopta en el Órgano Judicial la versión actualizada de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Julio 8 de 2019. (Panamá).
- Camaño, E. (2009). Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo, *Revista Electrónica de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXXIII. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200004>.
- Castillo, R., (2000), Aspectos procesales del fuero de maternidad. Libro: *Contratos y Regímenes Especiales de Trabajo*. Editorial: Juris Textos Editores.
- Código de Trabajo (1972). Decreto de Gabinete, 252, diciembre 30 de 1971. J. Gaceta No. 17,040. (Panamá).
- Código de Trabajo (1948). Ley 67, noviembre 11, J. Gaceta 10459. (Panamá).
- Constitución Política (2004), 8 de noviembre de 2004, J. Gaceta N° 25176, (Panamá).
- Constitución Política (1946), 4 de marzo de 1946, J. Gaceta N° 9938, (Panamá)
- Constitución Política (1972), 11 de octubre de 1972, J. Gaceta No. 17210, (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Ramón Palacios; noviembre 16 de 1973).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Arturo Hoyos; mayo 19 de 1997).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Adán Arnulfo Arjona; diciembre 12 de 2001).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral (M.P. Arturo Hoyos; marzo 6 de 2002).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Arturo Hoyos; marzo 22 de 2002).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral.

- (M.P. Winston Spadafora; abril 15 de 2003).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral. (Arturo Hoyos; junio 18 de 2003).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Winston Spadafora; junio 26 de 2003).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Víctor Benavides; diciembre 12 de 2011).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Contencioso-Administrativo y Laboral. (M.P. Abel Augusto Zamorano; marzo 30 de 2015).
- Fábrega, J., (1987) Estudios de Derecho Constitucional Panameño, Editora Jurídica Panameña.
- Ley 23, 1930. Por la cual se protege la maternidad y se establecen las casacunas. J. Gaceta N°. 5857. (Panamá).
- Ley 40, 1967. Por la cual se aprueba el convenio número 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. J. Gaceta N°. 15.816. (Panamá).
- Ley 157, 2020. Que establece medidas temporales de protección del empleo en las empresas afectadas por el COVID-19 y dicta otra disposición. J. Gaceta N°. 29082-A. (Panamá).
- Ley 238, 2021. Que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta al padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre. J. Gaceta N° 29377-A. (Panamá).
- Nieto, D., (2020, noviembre, 12). ¡El fuero de maternidad es constitucional!, La Estrella de Panamá, <https://www.laestrella.com.pa/nacional/201112/fuero-maternidad-constitucional#>.

Magistrada Margarita Ibets Centella González

Magistrada del Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial de Panamá, (1996-a la fecha), con anterioridad Juez de Trabajo (1983-1996). Posee estudios de maestrías y postrados en Derecho del Trabajo. Ha sido catedrática del Derecho del Trabajo en la Universidad de Panamá y Universidad Santa María La Antigua y es formadora en el Instituto Superior de la Judicatura (ISJU) de Panamá.

Ha publicado diversos artículos en libros científicos y revistas especializadas sobre temas del Derecho del Trabajo (Procesos laborales, negociación colectiva, contratos especiales de trabajo, fuero de maternidad, fuero por enfermedades crónicas, involutivas y degenerativas, acoso laboral, estabilidad laboral, empresas multinacionales, flexibilidad laboral) e impartido numerosas conferencias tanto nacionales como internacionales en esta especialidad a la que ha dedicado su vida profesional.

Fue Presidente del Consejo de Administración de la Carrera Judicial en el Órgano Judicial de Panamá (2016-2021), miembro de la Junta Directiva de la Asociación Internacional de Mujeres Jueces (IAWJ) y Presidente de la

Asociación de Magistradas y 2 Juezas del Órgano Judicial de Panamá. Como Presidenta de este organismo gremial impulsó proyectos de capacitación a servidores judiciales del Órgano Judicial y del Ministerio Público sobre la introducción de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales.

En la actualidad, es la Presidente de la Academia Panameña de Derecho del Trabajo (APADETRA) y miembro del Comité Ejecutivo Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS).

Como Presidente de APADETRA, que es una asociación que tiene por objeto el estudio científico del derecho laboral, en sus aspectos teóricos y prácticos, así como desarrollar actividades adecuadas para el progreso institucional de esta rama jurídica, ha realizado, entre otras actividades, jornadas académicas presenciales y virtuales de temas de sumo interés sobre los aspectos más importantes de las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro de esta rama jurídica y se ha publicado la edición N°. 5 de la Revista Trabajo y Seguridad Social.