



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 22 agosto de 2022
Nota C-136-22

Su Excelencia
Jun Manuel Pino F.
Ministro de Seguridad
Ciudad.

Ref.: Entrada en vigencia de la Ley No.238 de 15 de septiembre de 2021 "Que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre".

Señor Ministro:

En ejercicio de nuestras facultades constitucionales y legales, tengo a bien referirme a su Nota No.0197-OAL-2022 C-12295, mediante la cual consulta nuestro criterio jurídico respecto de: "... la entrada en vigencia de la Ley 238 del 15 de septiembre de 2021, Que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre".

Concretamente señala en su consulta lo que a continuación se transcribe:

" ...

Sobre el particular, la precitada excerta legal establece en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7. Esta Ley comenzará a regir al día siguiente que se levante el estado de emergencia como consecuencia de los efectos generados por la pandemia de la COVID-19.

En atención a lo anteriormente indicado, debemos referirnos a lo establecido en la Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020, por la cual se 'declara el Estado de Emergencia Nacional, como consecuencia de los efectos generados por la enfermedad infecciosa Covid-19, causada por el coronavirus y la inminencia de la ocurrencia de nuevos daños, producto de las actuales condiciones de esta pandemia'.

Además de la declaratoria de esta de emergencia nacional, dicha Resolución 'autoriza la contratación mediante el procedimiento especial de adquisiciones para la ejecución de obras y adquisición de bienes y/o servicios que se requieran, a efectos de conjurar situaciones relacionadas con el estado de Emergencia Nacional declarado en el artículo 1 de la presente Resolución de Gabinete'.

En este mismo orden de ideas, y atendiendo a la posterior emisión de diversas disposiciones legales por las cuales se fueron adoptando medidas preventivas de carácter extraordinario en materia de salud pública, con incidencia en aspectos laborales, sociales, entre otros, podemos colegir que las mismas devienen en la declaración del estado de emergencia nacional realizada mediante la Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020.

Siendo así, y luego de una revisión detallada de los últimos actos emitidos en concordancia con las medidas aplicadas como resultado del Estado de Emergencia Nacional, observamos que mediante la Resolución de Gabinete No. 129 de 29 de diciembre de 2021 se 'declara concluido el término para la utilización del procedimiento especial de adquisiciones de bienes, servicios u obras decretado mediante la Resolución de Gabinete N°11 de 13 de marzo de 2020, que estableció el estado de Emergencia Nacional', por otro lado, la Resolución de Gabinete No. 130 de 29 de diciembre de 2021 'se consolida las cifras autorizadas a las entidades gubernamentales durante los años 2020 y 2021, para hacer frente a las situaciones relacionadas con el estado de Emergencia Nacional originado por la pandemia de la COVID-19 y dicta otras disposiciones', y finalmente, el Decreto Ejecutivo No. 101 de 1 de julio de 2022, por el cual se 'ordena levantar el uso obligatorio de mascarilla por la covid-19 en todo el territorio nacional a partir del 11 de julio de 2022 y dicta otras disposiciones'.

No podemos dejar de soslayar, que ninguno de los instrumentos jurídicos detallados en el párrafo anterior, declara, de manera taxativa, el levantamiento del Estado de Emergencia Nacional, tal como se dispuso en su declaratoria formal mediante la Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020.

Siendo así, somos del criterio que, tomando en consideración que a la fecha no se ha emitido un acto administrativo que declare el levantamiento total del Estado de Emergencia Nacional y por lo tanto no podríamos establecer una fecha cierta para determinar la entrada en vigor de la Ley 238 de 15 de septiembre de 2021, nuestra consulta está dirigida precisamente a conocer su opinión en atención a la vigencia actual o no del Estado de Emergencia Nacional".

Antes de abordar el tema objeto de su interrogante, es necesario explicar, de manera muy breve, que nuestro ordenamiento interno consagra el principio cardinal de legalidad, el cual se encuentra regulado tanto a nivel constitucional como legal.

A. Marco Constitucional:

"Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas."

B. Marco legal (Ley No.38 de 31 de julio de 2000):

"Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin

menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad ..." (Lo subrayado es nuestro)

Este principio fundamental de derecho recogido en nuestro ordenamiento jurídico, propone que el mismo, constituye el fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos deben estar sometidos a las leyes; es decir, todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisprudencia. Dicho en otras palabras, el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permita.

Con referencia a lo anterior, resulta oportuno señalar de igual forma que, el *Principio de Legalidad*¹ entraña que los poderes públicos sólo pueden proceder de acuerdo con las normas que fijan sus competencias y actuaciones, contemplando así entre otros elementos, la vinculación positiva de los poderes públicos, en la cual éstos (*los poderes*), solo pueden hacer aquello que se encuentra expresamente permitido, por las normas jurídicas y lo contrario de una vinculación positiva sería obviamente, una *vinculación negativa*, que implica que se puede hacer todo aquello que no prohíban expresamente las normas. Este último tipo de vinculación es el que caracteriza a los ciudadanos.

Sobre el particular, la opinión de esta Procuraduría es que la Ley No.238 de 15 de septiembre de 2021 **aún no ha entrado en vigencia**, puesto que dicha ley comenzará a regir, por mandato de ella misma, al día siguiente a aquel en que se levante el Estado de Emergencia, que se declaró en el artículo 1 de la Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020, y resulta que a la fecha, no se ha emitido el acto administrativo que declare el levantamiento de la referida medida.

Visto lo anterior, procedemos a un análisis prolijo y hermenéutico, de los instrumentos jurídicos que se han emitido en ocasión, de la aparición y propagación a nivel mundial, del brote de Coronavirus de origen asiático (2019-nCoV), en adelante CoViD-19 y, que guardan relación con el tema objeto de su consulta. Veamos:

I. Resolución de Gabinete No.6 de 28 de enero de 2020.

Este primer instrumento normativo, surge ante la amenaza de una situación de emergencia nacional, por el riesgo -- **en aquél momento** -- de propagación del brote de Coronavirus; fue por ello, que se resolvió tomar medidas, facultar y ordenar a las entidades públicas, entre otras cosas lo siguiente:

- a. Autorizar al Ministerio de Economía y Finanzas, para asignar al Ministerio de Salud, una partida presupuestaria para cubrir todos los gastos en que incurriera, la adopción de las medidas sanitarias tendientes a minimizar el riesgo de propagación del brote de CoViD-19;
- b. Autorizar al Ministerio de Salud y a la Caja de Seguro Social, para la contratación mediante el procedimiento especial, para la adquisición de bienes, obras y/o servicios necesarios para hacerle frente a la contingencia sanitaria declarada en el territorio nacional;
- c. Ordenar a todas las entidades públicas, poner a disposición inmediata del Ministerio de Salud, todos los recursos físicos y humanos que dicha institución requiera para la ejecución de los planes de acción contra el brote de CoViD-19.

¹FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo. Manual de Fundamentos de Derecho Público y Privado. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2017, Págs. 41 y 42.

II. Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, “Que declara el Estado de Emergencia Nacional y dicta otras disposiciones.

Aspectos que se destacan de la Resolución:

- a. Se declaró el Estado de Emergencia Nacional, como consecuencia de los efectos generados por la enfermedad infecciosa CoViD-19;
- b. Se autorizó la contratación mediante el procedimiento especial, para la adquisición de bienes, obras y/o servicios necesarios para hacerle frente a la contingencia sanitaria declarada en el territorio nacional;
- c. Se autorizó al Ministerio de Salud y a la Caja de Seguro Social, para la contratación mediante el procedimiento especial, para la adquisición de bienes, obras y/o servicios, requeridos, a efectos de conjugar situaciones relacionadas con el Estado de Emergencia Nacional;
- d. Si bien, dicho instrumento comenzó a regir a partir de su aprobación, el mismo no estableció, hasta cuando estaría vigente el Estado de Emergencia Nacional.

III. Ley No.238 de 15 de septiembre de 2021 “Que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre”.

Lo relevante de la ley:

- a. Hace extensiva, la eficacia de la prerrogativa de maternidad concedida a la madre; de forma tal que, su alcance sea hasta el padre, concediéndole a este, vacaciones en caso de fallecimiento de la madre;
- b. Dicho beneficio, busca salvaguardar el interés superior del menor, en caso que el mismo, llegase a encontrarse en un estado de vulnerabilidad o indefensión;
- c. La aplicación de la presente ley, se da tanto a los empleados del sector público como del sector privado, bajo dos condiciones específicas:
 - c.1. Por el fallecimiento de la madre durante el parto o hasta dentro de los doce meses posteriores al parto;
 - c.2. Cuando la mujer en estado de gravidez o dentro de los doce meses posteriores al parto, no cuente con trabajo formal;
- d. La ley deberá ser reglamentada y;
- e. La presente ley, comenzará a regir al día siguiente que se levante el “Estado de Emergencia”, como consecuencia de los efectos generados por la pandemia CoViD-19.

IV. Resolución de Gabinete No.129 de 29 de diciembre de 2021 “Que declara concluido el término para la utilización del procedimiento especial de adquisiciones de bienes, servicios u obras decretado mediante la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, que estableció el Estado de Emergencia Nacional.

Aspectos principales a destacar:

- a. La presente Resolución señala que el instrumento anterior (*Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020*), se fundamentó en el Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenado por la Ley No.61 de 2017 (que para ese entonces regulaba la contratación pública, lo que permitió al Estado contratar, a través de

- procedimiento especial, bienes, servicios u obras requeridos para hacer frente a la emergencia nacional);
- b. Que igualmente, actuando con fundamento en la Ley No.66 de 1947, que aprobó el Código Sanitario, se asumieron medidas preventivas de carácter extraordinarias en materia de salud pública;
 - c. Que a pesar que, a la fecha de expedición de la presente Resolución de Gabinete No.129 de 2021, los informes epidemiológicos provenientes de la autoridad sanitaria, acreditaban la presencia en nuestro país de la variante CoVID-19 (Omicron), se decidió, sin perjuicio que se mantuvieron vigentes medidas extraordinarias, DECLARAR CONCLUIDO, a partir del 1 de enero de 2022, el término para la utilización del procedimiento especial de adquisición de bienes, servicios u obras decretado mediante la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, que estableció el Estado de Emergencia Nacional;
 - d. Se mantienen vigentes las medidas extraordinarias de carácter social, económico y sanitario, adoptadas por el Órgano Ejecutivo a consecuencia de la Pandemia de la CoVID-19.
- V. Resolución de Gabinete No.130 de 29 de diciembre de 2021, “Que consolida las cifras autorizadas a las entidades gubernamentales durante los años 2020 y 2021, para hacer frente a las situaciones relacionadas con el estado de Emergencia Nacional originado, por la Pandemia de la CoVID-19, y dicta otras disposiciones.

Se distinguen como importante, los siguientes aspectos:

- a. El Consejo de Gabinete, determinó la necesidad de consolidar las cifras autorizadas previamente, para atender las necesidades originadas por la Pandemia de la CoVID-19, con la finalidad de honrar los compromisos para hacer frente a los requerimientos generados hasta el 31 de diciembre de 2021 y, rendir cuanta de los mismos;
 - b. Se establecieron las sumas máximas autorizadas, para atender la Declaratoria de emergencia Nacional, ocasionada por la presencia de la pandemia de la CoVID-19.
- VI. Decreto Ejecutivo No.101 de 1 de julio de 2022 “Que ordena levantar el uso obligatorio de mascarilla por la CoVID-19, en todo el territorio nacional a partir del 11 de julio de 2022 y dicta otras disposiciones.

Siendo este, uno de los últimos instrumentos jurídicos emitidos por el Órgano Ejecutivo, el mismo dispuso levantar en todo el territorio nacional, el uso obligatorio de la mascarilla a excepción de:

- a. En las instalaciones de salud pública y privadas;
- b. Personas dedicadas a la manipulación y expendio de alimentos, y;
- c. Medios de transporte público de pasajeros, colectivo y selectivo.

Luego de este breve análisis de los instrumentos jurídicos, que guardan relación con el tema objeto de su consulta, debemos señalar que el **Estado de Emergencia Nacional**, declarado mediante la **Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020**, se mantiene vigente, toda vez que, a la fecha, no se ha emitido ningún instrumento que declare u ordene su levantamiento.

No obstante, este Despacho considera necesario y oportuno abordar, brevemente, un aspecto de suma importancia que subyace en la consulta elevada a esta Procuraduría, es decir, que dentro del contexto de su nota, éste, intrínsecamente aborda dos temas relevantes, pero disímiles al mismo tiempo. A saber:

1. El primero (*respecto de la vigencia del Estado de Emergencia Nacional*), declarado mediante la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, y;
2. El segundo, el derecho otorgado al “Padre”, respecto del otorgamiento del fuero de maternidad ampliado a este, por conducto de la Ley No.238 de 15 de septiembre de 2021.

Con relación a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional, ya fue debatida y definida en los párrafos anteriores; por lo que corresponde ahora, atender el tema y alcance del fuero de maternidad hasta el padre, según la ley. Veamos:

I. Del fuero de maternidad en Panamá:

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 causales de terminación de la relación de trabajo, como lo es la expiración del término pactado. No se puede pues, confundir el despido con la causal de terminación del contrato, ya que el fuero de maternidad según lo previsto en el artículo 72 de la Constitución Política y en el artículo 106 del Código de Trabajo, protegen a la mujer trabajadora sólo, contra el despido que consiste en la terminación unilateral del contrato de trabajo, por iniciativa del empleador.

Características:

- No es un derecho que exime de la destitución;
- Únicamente la ley y nada más, es quien puede establecer casos especiales en los que una mujer que goza de fuero de maternidad pueda ser despedida.

II. Ley 238 de 15 de septiembre de 2021 “Que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre”:

Generalidades:

Con la aprobación y promulgación de la presente ley, tanto del sector público, privado e internacional, se han pronunciado de manera objetiva, respecto de este nuevo derecho que nace a la vida jurídica, dentro del derecho interno panameño (y que igualmente existe en muchos otros países de la región).

- En este sentido, el reconocido Bufete de Abogados **MORGAN & MORGAN**, publicó el 21 de septiembre de 2021, un resumen del contenido de la ley, señalando entre otras cosas que: “*En estos casos, el padre gozará de fuero de paternidad, y no podrá ser despedido por los meses que dure la gestación y luego del parto, por el término de 1 año; y,*

además del beneficio del fuero, el padre tendrá derecho a 15 días de vacaciones, siempre que tenga derecho a las mismas, las que no podrán ser negadas por el empleador².

- **ECIJA**, acreditada firma Economía Digital en Tecnología de la Información, Protección de Datos y Propiedad Intelectual y Privacidad, del mercado español, también se hizo eco de la nueva ley y publicó: “Así como puede leerse en la literalidad del texto legal, a partir del levantamiento del estado de emergencia como consecuencia de los efectos generados por la pandemia de la COVID-19, momento desde el cual, entrará en vigencia y surtirá sus efectos la referida ley, los trabajadores del sector público, así como también los del sector privado...³”.

Sostuvo la firma de referencia en España, que seis (6) son las características de la ley, destacando entre ellas, la que hace alusión a que ésta, será de obligatorio cumplimiento, una vez se levante el Estado de Emergencia Nacional, decretado por el Órgano Ejecutivo.

Leídas estas pequeñas, pero significativas reseñas, veamos un poco más sobre el derecho concedido al padre mediante la citada Ley No.238 de 2021.

III. Marco referencial de los instrumentos sometidos a consideración:

El aspecto más relevante de este importante instrumento jurídico (*la ley*), evidentemente lo constituye el hecho de hacer extensivo el alcance del fuero de maternidad al padre; no obstante, el legislador patrio condicionó tal beneficio y/o derecho en el tiempo, es decir, la propia ley en su artículo 7, introdujo una **vacatio legis** de carácter indefinida, hasta tanto no se levante el *Estado de Emergencia Nacional*, como consecuencia de los efectos generados por la pandemia de la CoVID-19. Por lo tanto, no podrá acceder el Padre al beneficio de que trata la misma.

Es así, como nos encontramos ante dos instrumentos de jerarquías distintas, donde por un lado, tenemos una Resolución de Gabinete que declara el Estado de Emergencia Nacional (*un acto administrativo*), mientras que por otro lado, tenemos una Ley (*instrumento jurídico, norma o regla que se aprueba a través de procedimientos específicos por la autoridad de un Estado y que contiene regulación determinada de ciertos ámbitos de la vida de las personas*), la cual reconoce un derecho que, tiene sus raíces y/o sustento, en la Constitución Política de la República; instrumentos estos, que debemos confrontar y analizar jurídicamente hablando, para poder comprender sus verdaderos alcances y efectos (cual debe prevalecer entre los dos). Siendo a juicio de esta Procuraduría, el derecho que le asiste al padre de obtener y alcanzar el beneficio del fuero de maternidad (*es decir, el consagrado en la ley*).

Frente a esta situación, hay una marcada diferencia de jerarquías y es este aspecto, al que debemos prestar nuestra atención, pues pareciera que el acto administrativo de inferior jerarquía, ha condicionado el nacimiento a la vida jurídica la Ley 238 de 2021 y, con ello el derecho intrínseco al que debería acceder el padre, sin necesidad de que sea levantado el Estado de Emergencia Nacional, ello tomando en consideración que el alcance del fuero de

² <https://morimor.com/es/nueva-ley-que-crea-el-fuero-de-paternidad-en-panama/>

³<https://ecija.com> Nota informativa: Informe de la Ley 238 del 15 de septiembre de 2021. El nuevo alcance del fuero de maternidad hasta el padre.

maternidad hasta el padre, derivado tanto al empleado del sector público como privado, se puede producir tan solo, por el fallecimiento de la madre durante el parto o hasta dentro de los doce meses posteriores al parto; así como también, cuando la mujer en estado de gravidez o dentro de los doce meses posteriores no cuente con trabajo formal.

Estos dos escenarios advertidos por el legislador patrio, no son excluyentes y muy bien pueden sobrevenir indistintamente el uno del otro durante el término que se mantenga vigente el Estado de Emergencia Nacional, es decir, que no debió condicionarse dicho beneficio (*el fuero de maternidad*) a una situación futura e incierta.

- Del acto administrativo:

Reiteramos pues, que un acto administrativo no deja de ser siempre aquella declaración de voluntad celebrada, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que, en algún aspecto, queda regida por el derecho administrativo⁴. Ahora bien, lo importante que debemos considerar, es saber ante qué tipo de acto estamos (*nos referimos a la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Nacional*); ello, por cuanto que los actos administrativos se clasifican en: 1) Actos definitivos y actos de trámite; 2) Actos que agotan la vía gubernativa y los que no; 3) Actos discrecionales y actos reglados; 4) Actos firmes y consentidos y actos confirmatorios; 5) Actos favorables y de gravamen; 6) Actos unilaterales, bilaterales o plurales; y 7) Actos expresos y presuntos.

Visto lo anterior, la pregunta que debemos hacernos es, ¿qué tipo de acto constituye la ut supra citada Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Nacional? Se advierte así, del número plural de los tipos de actos citados en el párrafo anterior, que en el caso que nos ocupa, estamos en presencia de un **acto definitivo** (pues dentro del procedimiento administrativo se producen muchos pasos conducentes a obtener el acto final; y estos pasos intermedios suelen dar lugar a actos de trámite. El final, es el acto definitivo que se plasma en una Resolución⁵. También debemos tener presente, que estamos en presencia de un acto de naturaleza impersonal, y que produce efectos erga omnes.

- La Ley:

Como lo mencionáramos en párrafos anteriores, la ley, es la norma o regla que se aprueba a través de procedimientos específicos, por la autoridad de un Estado y que contiene la regulación de ciertos ámbitos de la vida de las personas, es decir, el procedimiento se encuentra establecido en la Constitución Política.

⁴ Cfr. Numeral 1, del Artículo 201 de Ley No.38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones".

⁵ Miguel, Alia Plana. Breve aproximación al acto administrativo y su regulación en el derecho español. Págs... 3 a 5; citado por Víctor Leonel Benavides Pinilla. Compendio de Derecho Público Panameño. Ediciones Andrés Morales. Colombia. 2012.

Esta debe cumplir dos (2) aspectos a saber:

- a. **Formal:** La ley, debe cumplir con el correspondiente procedimiento establecido en la Constitución, para que se entienda una ley válida;
- b. **Material.** La ley, debe cumplir con las características establecidas, para su contenido que veremos a continuación.

Características principales:

1. **Impersonales:** Las leyes no son nominales, es decir, no van dirigidas a personas en concreto; sino que se dirigen a la sociedad en conjunto;
2. **Obligatorias:** Las leyes tiene carácter vinculante. Es decir, tienen fuerza obligatoria para con los ciudadanos. Es obligatorio respetar y cumplir con la ley;
3. **Abstractas:** Las leyes no recogen supuestos concretos, sino que hablan de un supuesto general donde se pueden entender dentro de los demás casos concretos y sus particularidades;
4. **Generales:** Las leyes son dictadas para que sean cumplidas por toda la población a la que hace referencia, la misma ley en su regulación; y,
5. **Públicas:** Las leyes deben ser publicadas para que sean de posible conocimiento por toda la población, sin lo cual no se podría exigir su obligatorio cumplimiento⁶.

En fin, las leyes regulan todo lo relacionado al estilo de vida que una determinada tasa de población pueda experimentar; para mantener un estado cívico en un país, es necesaria la creación de una constitución que contempla leyes generalizadas de respeto y consideración en el país. Las leyes nacieron con el objetivo de **limitar el libre albedrío** de los seres humanos, que viven insertos en una Sociedad y es el principal control que ostenta un Estado, para vigilar que la conducta de sus habitantes no se desvíe, ni termine perjudicando a su prójimo. El respeto es la ordenanza por excelencia en la humanidad, en eso se debería basar cada ley aprobada.

El origen de este término nace del latín «lex», cuyo significado hace alusión a una **regla, orden o norma**.

- De la jerarquía de las normas dentro de nuestro ordenamiento interno:

En este mismo orden cronológico, corresponde ahora atender brevemente, un aspecto también de importancia concordante, tanto con la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Nacional (el acto administrativo) y la Ley No.238 de 15 de septiembre de 2021 que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre (norma reguladora).

El jurista panameño Edgardo Molino Mola, en su obra: *“La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado”* (1er. Ed. Edit. Dike. Colombia, 1998. Pág. 110), basado en la jerarquía de las normas, señala que:

“...la pirámide del ordenamiento jurídico panameño es la siguiente: 1. La Constitución, 2. Los Tratados o convenios internacionales, 3. **Las**

⁶ <http://www.scielo.org.co/scielo>.

leyes formales-decretos leyes-decretos de gabinete. Decretos de gabinete sobre aranceles y tasas aduaneras -jurisprudencia obligatoria, 4. Reglamentos constitucionales, 5. Decretos ejecutivos-decretos de gabinete **-resoluciones de gabinete**-estatutos reglamentarios ordinarios-reglamentos autónomos. Acuerdos del Órganos del Estado-acuerdos de instituciones autónomas-resueltos ministeriales-resoluciones generales, 6. Acuerdos municipales-decretos alcaldicios-reglamentos alcaldicios, 7. Decisiones administrativas-sentencias judiciales-contratos-actos de autoridad-órdenes-laudos arbitrales y 8. La doctrina constitucional-reglas generales de derecho. Costumbre conforme a la moral cristiana." (El resaltado es nuestro).

En este sentido, las decisiones y demás actos que profieran, celebre o adopten las entidades públicas, en orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos o con valor de ley y los reglamentos⁷. Es decir, el ordenamiento jurídico de la República de Panamá contempla disposiciones de rango constitucional, legal y reglamentario, que se refieren a los conflictos de intereses que puedan surgir en la función pública. Por lo que, el **ordenamiento jurídico** es fundamental para la construcción de una sociedad en paz, con Estado de derecho, capaz de regirse a sí misma mediante una serie estructurada y coherente de normas.

En síntesis, el ordenamiento jurídico **contiene las normas que regulan la creación de nuevas normas, las cuales determinan y confieren a ciertos actos la virtud de crear nuevos preceptos**. Estos actos a los cuales se les reconocen tal capacidad o virtud, constituyen las fuentes del derecho.

- Del Principio Pro homine:

Hablar del principio pro homine, implica hablar de la interpretación jurídica, la cual siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos⁸.

Por otra parte, el principio pro homine, se puede ubicar en la categoría de los Derechos Humanos, ya que estos son prerrogativas que se han otorgado a todo sujeto, que tenga la condición de ser humano, a fin de que se desarrolle plenamente en sociedad. Así mismo, el principio pro homine, se encuentra incorporado en múltiples Tratados Internacionales, por lo que se le considera un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los Derechos Humanos, por virtud de cual debe estarse siempre a favor de la persona, e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva.

Una de las formas que el principio pro homine, tiene para su aplicación, es en los casos en los cuales está en juego, la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, en donde se debe aplicar aquella que contenga mejores protecciones o más favorables para el individuo. Como conclusión podemos decir que el principio pro homine debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable al ser humano, en el que establece un orden de preferencia normativo e interpretativo, pues se debe acudir a la norma o la interpretación

⁷ Cfr. Artículo 35 de la Ley No.38 de 2000.

⁸ <https://www.ijj-unach.mx>

más amplia, e inversamente, a la norma más restringida cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos.

Para la autora CONSTANZA NÚÑEZ D⁹, en su monografía titulada: “UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL PRINCIPIO PRO PERSONA DESDE LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”, sostiene que:

“
...

3. Concepto y fundamento.

Una definición clásica del principio pro persona se encuentra en el ámbito latinoamericano en la obra de Mónica Pinto, quien señala: “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre¹⁰” (Lo subrayado es nuestro).

A nivel del derecho comparado, la Corte Constitucional Colombiana se ha referido a este principio, de la siguiente manera:

“El principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional¹¹”

En relación al fundamento de la existencia de este principio interpretativo, en el ámbito del DIDH, la jurisprudencia internacional ha vinculado el principio pro persona, a las reglas de interpretación de Tratados en general. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹² indica que un Tratado deberá interpretarse, atendiendo a su objeto y fin. Considerando que el fin de los Tratados sobre Derechos Humanos (cuya

⁹Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile. Docente instructora en Facultad de Derecho Universidad de Chile. Alumna de postgrado del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.

¹⁰PINTO, M. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.), La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, p.163.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171-2009. En el mismo sentido, véase: Sentencia C-438- 2013.

¹² Artículo 31 “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

naturaleza es diferente de los demás Tratados sobre Derechos Humanos)¹³, es la protección de los derechos de las personas, de ello se deriva que su interpretación no se debe apartar de este objetivo¹⁴. En este mismo sentido, la doctrina también ha interpretado el fundamento normativo de este principio interpretativo en relación al DIDH¹⁵.

- Conclusiones de la Procuraduría:

1. Tanto la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, "Que declara el Estado de Emergencia Nacional y dicta otras disposiciones, como la Ley 238 de 15 de septiembre de 2021 "Que amplía el alcance del fuero de maternidad hasta el padre y concede vacaciones en caso de fallecimiento de la madre", son actos que gozan de presunción de legalidad y, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento.
2. Este Despacho, comparte el criterio jurídico sostenido por el señor Ministro de Seguridad, cuando sostiene que, a la fecha, no se ha emitido un acto administrativo que declare el levantamiento total del Estado de Emergencia Nacional y, por lo tanto, no se puede establecer una fecha cierta para determinar la entrada en vigor de la Ley 238 del 15 de septiembre de 2021.
3. A pesar que, tanto la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020 como la Ley 238 de 15 de septiembre de 2021, gozan ambas de presunción de legalidad, somos del criterio jurídico que no puede, ni debe estar una Ley (de mayor jerarquía), subordinada o supeditada a un acto administrativo de inferior rango (la Resolución).
4. El principal objetivo de la Ley 238 de 2021, no es el alcance del fuero de maternidad hasta el padre, sino, salvaguardar el interés superior del menor protegiéndolo cuando se encuentre en estado de vulnerabilidad o indefensión, garantizando en su primer año de vida las condiciones de estabilidad que permitan su desarrollo adecuado.

¹³ Sobre la diferente naturaleza que poseen los tratados de derechos humanos en relación a los tratados sobre derechos humanos en general, ha sostenido la Corte IDH: "La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes [...]" Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr.29. En el mismo sentido, véase: Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.104.

¹⁴ Por ejemplo, la Corte IDH en el caso 19 Comerciantes vs. Colombia, indicó: "El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que "[... u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. "En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona [...]" Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrs. 172 y 173.

¹⁵ Véase: AMAYA, A., "El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado", cit., pp.342-46 y NASH, C., "El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en NOGUEIRA, H. (ed.) Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, pp.166-171.

5. En el evento que, por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, se cumplan las condiciones establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 238 de 2021, manteniéndose vigente el actual Estado de Emergencia Nacional, podría verse afectado el interés superior del menor, lo que evidentemente lo colocaría en un abierto estado de vulnerabilidad e indefensión.
- Recomendación de la Procuraduría:
 1. Este Despacho recomienda de la manera más responsable, se proceda conforme la ley lo permita, a la modificación de la Ley 238 de 15 de septiembre de 2021, en el sentido que se elimine el artículo 7, que condiciona la entrada en vigencia de la misma, hasta que sea levantado el Estado de Emergencia Nacional, declarado mediante la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020.

De esta manera, si la madre del menor falleciere durante el parto o hasta dentro de los doce meses posteriores al parto; así como, si estando la mujer en estado de gravidez o dentro de los doce meses posteriores al parto, no cuente con trabajo formal, estando vigente la Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, pueda el menor, tener la protección del padre a quien se le ha hecho extensivo el alcance del fuero de maternidad.

Debemos tener presente en todo momento, que una de las cualidades de toda Ley, es que esta sea honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y la costumbre de la patria, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria y útil para la utilidad común de los ciudadanos.

De esta manera, dejamos expuesta nuestra opinión, expresándole que la misma no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante de la Procuraduría de la Administración, en cuanto al tema consultado.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/jabsm
C-116-22