
BOLETÍN INFORMATIVO*

SENTENCIA

SALA CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En fecha 30 de noviembre de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Juna José Mendoza Jover, expediente número 16-0103, dictó sentencia en la que establece con carácter ex nunc el régimen de lactancia materna con alimentación complementaria en las jornadas laborales.

La Sala estableció:

IV

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Delimitada como ha sido la competencia para conocer de la solicitud de autos, esta Sala observa que en el presente caso se solicita la revisión de la sentencia dictada el 05 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por el hoy solicitante, inadmisibles la acción de amparo que intentara contra el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Maturín del Estado Monagas, ratificando la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio y del Régimen Procesal Transitorio del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma Circunscripción Judicial, de fecha 20 de agosto de 2015.

Respecto al fallo objeto de revisión, esta Sala observa, en primer lugar, de la revisión de las actas procesales que integran el expediente, que la solicitante actúa representada por el abogado Alfredo Bustamante Baragaña, venezolano, titular de la cédula de identidad V- 5.143.108, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nro. 90.070, según poder que riel a los folios treinta (30) al treinta y dos (32) del expediente y que consignó copia certificada (Cfr. folio 266 al 58) del fallo cuya revisión se solicita.

En relación al asunto se observa que la representación judicial de la solicitante, denunció que la sentencia objeto de revisión vulneró los derechos constitucionales de su representada al juez natural, a la defensa y al debido proceso, al declarar sin lugar el recurso de apelación ejercido, inadmisibles la acción de amparo constitucional interpuesta, ratificando la sentencia del Tribunal

del prenombrado Tribunal Primero de Primera Instancia, fundamentando su decisión en que su representada disponía de recursos ordinarios para tutelar su derecho.

Por su parte, al folio treinta y nueve (39) y siguientes del expediente, corre inserta la copia certificada de la decisión cuestionada por la presente solicitud de revisión, dictada el 05 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, en donde el sentenciador realizó un análisis motivado del asunto planteado por la demandante recurrente, con ocasión al recurso de apelación que ejerció contra la decisión de primera instancia que declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional incoada por la representación judicial de la Sociedad Mercantil PDVSA PETROLEOS, S.A.; por lo que no se desprende que haya incurrido en las violaciones de los derechos y garantías constitucionales delatadas ni de algún criterio vinculante dictado por esta Sala; por el contrario, actuó en resguardo de los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa de las partes en litigio, ajustado al orden público y constitucional; así como a las normas que rigen en materia de amparo constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, la decisión objeto de revisión no quebrantó las normas constitucionales que fueron denunciadas ni los derechos alegados, toda vez que el hoy solicitante defendió los derechos de su patrocinada en primera y segunda instancia judicial en sede constitucional, mediante el ejercicio de una acción de amparo y recurso de apelación respectivamente; en el presente caso, pretende el apoderado judicial de la solicitante la revisión de la materia que ya fue objeto de estudio por las correspondientes instancias, se puede deducir más bien que la solicitante procura con la presente revisión una nueva instancia, donde se replantee lo que ya fue objeto de análisis judicial, cuyo resultado no le fue favorable, lo cual no encuadra en los supuestos de procedencia de la revisión constitucional.

En efecto, esta Sala precisa que la revisión constitucional ha sido concebida como un medio procesal extraordinario destinado para preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o para corregir graves infracciones a sus principios o reglas (al respecto, ver sentencia número 1760, del 25 de septiembre de 2001, caso: *Antonio Volpe González*, criterio reiterado en la sentencia número 939, del 28 de junio de 2012, caso: *Luis de la Hoz Torres*), lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia o no.

Asimismo, en el fallo número 93, del 6 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*, se estableció que la potestad de revisión que prevé el numeral

10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela puede ser ejercida de manera discrecional.

De esta manera, esta Sala estima que, en el presente caso, no hubo quebrantamiento de los derechos constitucionales delatados, ni se contradijo criterio jurisprudencial alguno dictado por esta Sala Constitucional; en consecuencia, se declara que no ha lugar a la solicitud de revisión de la sentencia dictada, el 05 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas. Así se decide.

V

OBITER DICTUM

No obstante a la decisión anterior, le corresponde a esta Sala Constitucional, dada la progresividad de los derechos que han ido evolucionando de manera acelerada desde la promulgación de nuestra Carta Magna de 1999, así como la trascendencia colectiva nacional tanto en materia laboral como de familia, teniendo como norte la necesidad de establecer una regulación uniforme de la materia que conlleve a la disminución y posterior eliminación de la discriminación laboral femenina (sobre todo en edades reproductivas) en la selección de personal así como internamente en las instituciones laborales, aclarar el alcance de la norma prevista en el artículo 2 de la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna.

En este sentido, el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé la protección tanto a la paternidad como a la maternidad, estableciendo la garantía de que Estado brindará los medios para garantizar la asistencia y protección de la maternidad.

Asimismo el artículo 78 *eiusdem* desarrolla lo relativo al interés superior del niño, entendiéndose éste como un principio fundamental que orienta todo lo relacionado a la niñez. En este sentido esta Sala se pronunció al respecto en la sentencia número 1917, de fecha 14 de julio de 2003, estableciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

El “interés superior del niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Dentro de este ámbito de protección, por el hecho mismo de la maternidad, tanto el padre como la madre tienen el deber de mantener, educar e instruir a sus hijos menores de edad. De estas obligaciones se desprende tácitamente el deber de alimentar el hijo menor de edad por parte de los padres.

Con el cumplimiento de dicha obligación se garantiza derechos esenciales para el desarrollo integral del niño y del adolescente, tales como: Nivel de vida adecuado (artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), salud y servicio de salud, educación y recreación (artículos 4, 53 y 61*iusdem*). (Héctor R. Peñaranda. Derecho de Familia, Apuntes Luz, 2013).

Consecuente con la garantía de protección general de la maternidad y del devenir correcto del niño a través del interés superior de éste, establecidos a partir de la promulgación del Texto Constitucional de 1999, el Estado ha realizado un arduo trabajo desde diferentes ámbitos buscando consolidar el desarrollo efectivo los derechos antes mencionados.

En este sentido, en el año 2007 el Poder Legislativo dictó la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna, la cual tiene como objeto promover, proteger y apoyar la lactancia materna a fines de garantizar la vida, salud y desarrollo integral de los niños y niñas.

Asimismo de la exposición de motivos de dicha ley, se desprende, entre otras cosas, lo siguiente:

Es de suma importancia contar en nuestro país con una Ley, que garantice la práctica adecuada de la lactancia materna y la alimentación complementaria oportuna y debidamente administrada. Asimismo este instrumento jurídico permite garantizar los derechos de las madres trabajadoras en el periodo de amamantamiento, promover prácticas éticas en la comercialización de los alimentos infantiles y establecer las sanciones en casos de infracción.

La lactancia materna exclusiva o complementada con otros alimentos es concebida y reconocida científicamente como el método ideal y la estrategia nutricional por excelencia requerida por los niños y niñas durante los primeros seis meses de vida y hasta los dos años.

El periodo entre el nacimiento y los dos años de edad es considerada como "ventana de tiempo crítica" para la promoción del crecimiento, la salud y el desarrollo óptimo de los niños.

Se ha comprobado científicamente que ésta es la edad en la que ocurren fallas de crecimiento, deficiencia de ciertos micronutrientes y enfermedades comunes de la niñez.

La práctica de la lactancia materna le brinda al niño y niña todos los requerimientos nutritivos en sus primeros seis meses de vida; lo protege e inmuniza de enfermedades y contribuye al buen desarrollo de su capacidad respiratoria y gastrointestinal, ayudando a la formación de niños y niñas sanos, fortaleciendo el vínculo filial madre- hijo/a. (Subrayado de este fallo).

De lo anterior se desprende que con dicha ley se busca fijar la lactancia materna como el alimento primordial para los niños en edad de lactancia, ello en virtud de los múltiples beneficios que conlleva dicha práctica en la fase inicial del desarrollo del niño.

Ahora bien, el artículo 2 *eiusdem* prevé lo siguiente:

Artículo 2: Todos los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna en condiciones adecuadas que garanticen su vida, salud y desarrollo integral. Asimismo, las madres tienen derecho a amamantar a sus hijos e hijas, con el apoyo y colaboración de los padres.

Los padres y demás integrantes de las familias deben alentar y brindar todo el apoyo necesario para que las madres puedan ejercer el derecho humano previsto en este artículo en beneficio de sus hijos e hijas.

El Estado, con la participación solidaria de las comunidades organizadas, promoverá, protegerá y apoyará la lactancia materna exclusiva a libre demanda de los niños y niñas hasta los seis (6) meses de edad y, la lactancia materna con alimentación complementaria oportuna, adecuada, inocua y debidamente administrada hasta los dos (2) años de edad. El ministerio con competencia en materia de salud podrá incrementar esta edad mediante resolución especial. (Subrayado de este fallo).

Se vislumbra del artículo citado que el Estado deberá promover, proteger y apoyar la lactancia materna **con alimentación complementaria** hasta los dos años de edad.

La **alimentación complementaria** se encuentra definida en el artículo 5.1 de la Ley en cuestión, la cual establece que por alimentación complementaria deberá entenderse *“El proceso mediante el cual se introducen nuevos alimentos en la dieta del niño o niña lactante, sin abandono de la leche materna a partir de los seis (6) meses de edad, la cual deberá ser oportuna, adecuada, inocua, debidamente administrada y preparada en base a alimentos disponibles en la localidad.”*

De modo pues que el Estado brindará el apoyo y protección a la madre lactante, por hasta dos años, siempre y cuando el niño/a se encuentre amamantando de forma exclusiva a los 6 primeros meses de edad, y con

alimentación complementaria desde ese momento hasta los dos años después de nacido.

Ahora bien, en el ámbito laboral la promoción, protección y apoyo de la lactancia materna con **alimentación complementaria** debe entenderse como una licencia prevista legalmente para la madre trabajadora hasta que el lactante cumpla los dos años, que es distinta al permiso que se otorga para el descanso pre y post natal.

En este sentido el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo del año 2006, en su artículo 100 establece que:

El período de lactancia, a que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, no será inferior a seis (6) meses contado desde la fecha del parto, sin perjuicio de que los Ministerios del Trabajo y Salud puedan extender este período mediante Resolución conjunta.

La mujer trabajadora, finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono o patrona la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El patrono o patrona sólo podrá imponer modificaciones a lo planteado por la trabajadora, cuando a su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente. En caso de desacuerdo entre las partes, el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá si existe o no desmejora de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 454 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En igual orden de ideas, el artículo 345 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es específico al prever que:

Durante el período de lactancia, la mujer tendrá derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno, para amamantar a su hijo o hija en el Centro de Educación Inicial o sala de lactancia respectiva.

Si no hubiere Centro de Educación Inicial con sala de lactancia, los descansos previstos en este artículo serán de una hora y media cada uno.

Se desprende de lo anterior que la protección a la lactancia con alimentación complementaria consiste en una serie de permisos otorgados a la madre trabajadora destinados a la lactancia del niño, de modo pues que si el lugar de trabajo cuenta con un centro de educación inicial o en el mismo se ha destinado una sala para la lactancia, el descanso será por dos (2) veces al día por un lapso de treinta (30) minutos, mientras que si el lugar de trabajo no cuenta con el centro de educación inicial o la referida sala, el descanso se concederá por un lapso de una hora y treinta minutos dos (2) veces al día.

Ahora bien, resulta fundamental esclarecer que en los casos en los cuales el lugar de trabajo no posea centro de educación inicial o sala de lactancia, los referidos permisos serán utilizados al inicio y final del horario de trabajo, es decir, si una madre empieza su jornada laboral a las 8:30am ésta podrá llegar una hora y media más tarde, esto es, a las 10:00am, de igual forma hará uso de su segundo lapso de permiso al finalizar su jornada, por lo que podrá retirarse de su sitio de trabajo una hora y media antes de lo pactado, en garantía del interés superior de su niño o niña.

De igual forma, esta Sala Constitucional no se encuentra ajena a las realidades sociales y aquellas que devienen de las relaciones laborales, por lo que apunta que en el caso de disfrutar del descanso atinente al lapso de una hora y treinta (30) minutos dos (2) veces al día, en virtud de las razones expresadas *ut supra*, tendrá la trabajadora la posibilidad de plantear al patrono la solicitud de acumular ambos permisos, lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo podrá ser posteriormente modificado por el patrono en el supuesto de que afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva, advirtiendo que tal modificación deberá estar fehacientemente demostrada toda vez que, reitera esta Sala Constitucional, se garantiza indubitablemente la estructura para ejercer los derechos en beneficio de las generaciones de relevo.

Elo así, en la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho, nuestro ordenamiento jurídico apuesta por obtener como fin teleológico de nuestra sociedad la suprema felicidad, situación por la cual establece parámetros para el efectivo disfrute de los derechos sociales, sin que ello niegue la posibilidad de convenios entre partes para regular las diversas situaciones fácticas que esta Sala Constitucional no limita en atención a los derechos del niño o niña que se beneficia de tal licencia.

Asimismo, para acceder al goce del descanso para el amamantamiento en el período de la alimentación complementaria, la madre deberá consignar al patrono los requisitos establecidos en el artículo 3 de la resolución conjunta n° 271, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, de fecha 22 de septiembre de 2006 y publicado en Gaceta Oficial n° 38.528, la cual desarrolla de manera puntual y objetiva los requisitos necesarios para disponer de dicho permiso, ya que por el tiempo que el mismo se ha estipulado en aras de la progresividad de los derechos a los que expresamente alude la Constitución, el mismo debe otorgarse cumpliendo las exigencias antes establecidas que permiten el equilibrio entre la prestación del servicio y la efectiva garantía y goce de tal beneficio.

Tal resolución establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Para disfrutar de los descansos para amamantar a su hijo o hija, la madre trabajadora deberá presentar mensualmente ante el patrono o patrona un certificado de consulta de control de salud del hijo o hija, expedido por un centro de salud, en el cual se deje constancia de la asistencia oportuna a la consulta, del amamantamiento y, de ser el caso, de la condición de salud de la madre, su hijo o hija de conformidad con el numeral 2 del artículo 1 de esta Resolución. (Subrayado de este fallo).

Toda madre lactante que cumpla con los requisitos *supra* señalados en la resolución precitada, y que formule tal solicitud, debe obtener de manera **obligatoria**, por parte de su patrono, el permiso para realizar el amamantamiento en los términos establecidos en el presente fallo. El hecho de que dicha licencia sea de obligatorio cumplimiento por parte del patrono, **no significa que opere de pleno derecho**, pues debe previamente ser requerido en forma expresa por parte de la madre lactante y en cada caso variará el tiempo de duración de la licencia de alimentación complementaria, de acuerdo a la situación particular en relación con la posibilidad de amamantar de la madre.

Asimismo, debe recalcar la Sala que la licencia en cuestión, como se dijo antes, no es de obligatoria solicitud por parte de la madre lactante, ello en virtud de que puede que ésta no pretenda amamantar o no pueda por sus condiciones hacerlo, y por ende no es una licencia obligatoria y necesaria por parte de la madre.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta válido señalar que la presente licencia no necesariamente debe ser por el lapso de los dos (2) años establecidos *supra*, ya que esto dependerá del caso en concreto y se demostrará mediante los exámenes mensuales que deberá consignar la madre lactante a los fines de validar el permiso, visto que puede ocurrir que una madre deje de amamantar cumplido el año del niño o menos, es decir, esta licencia no posee un término específico pues puede culminar de un momento a otro, sólo que el tiempo máximo es de dos (2) años.

Con fuerza en las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen *supra*, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es

garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último se establece que la presente decisión tendrá efectos *ex nunc* en el tiempo. Así se establece.

En consecuencia, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que establece con carácter ex nunc el régimen de lactancia materna con alimentación complementaria en las jornadas laborales*”. Y así se ordena.

VI DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: Que **NO HA LUGAR** a la solicitud de revisión de la sentencia dictada, el 05 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.

SEGUNDO: Se **ORDENA** la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que establece con carácter ex nunc el régimen de lactancia materna con alimentación complementaria en las jornadas laborales*”.

Para ver el contenido completo de la decisión pulse [aquí](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/205884-991-301117-2017-16-0103.HTML) o siga el siguiente vínculo:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/205884-991-301117-2017-16-0103.HTML>

30 de noviembre de 2017

**El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su propósito es difundir información de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.*