

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PERÍODO DE LACTANCIA EN EL DERECHO LABORAL VENEZOLANO

Jair De Freitas De Jesús*

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo, tiene por objeto estudiar el régimen jurídico laboral venezolano en cuanto al período de lactancia. Ello en virtud de la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicada en Gaceta Oficial N° 38.426 ordinario, de fecha veintiocho (28) de abril de 2006, que no sólo modificó la duración del mismo, sino que devino en la facultad conferida a los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y al Ministerio de Salud, para que a través de una Resolución Conjunta pudieran acordar su extensión.

A tales fines, se ha estructurado el mismo en tres partes; a saber: (i) Estudio del contexto nacional en el cual se examinan disposiciones no-laborales que han atendido o regulado el tema de la lactancia así como también el contenido, sentido y alcance de las normas respectivas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo y su respectivo Reglamento; (ii) Revisión de los Convenios Internacionales emanados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que regulan dicha materia; y (iii) Revisión y comentarios a la Resolución Conjunta N° 4754 y 271, por la cual se extiende el período de lactancia al que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento, a nueve (9) meses contados desde la fecha del parto.

I. CONTEXTO NACIONAL:

La protección a la maternidad –y en específico al período de lactancia- no es asunto nuevo en el ordenamiento jurídico venezolano, sino que por el contrario data del desarrollo mismo de la legislación laboral impregnada en ese espíritu proteccionista o tuitivo de aquel débil económico que vende su fuerza de trabajo a cambio de un salario.

En efecto, basta con atender a la concepción de Estado Social de Derecho para comprender las dimensiones de su orientación legislativa. En ese sentido, la Sala Constitucional en sentencia de fecha veinticuatro (24) de enero de 2002 (Caso Asodeviprilara) tras señalar que:

Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto antes expresado de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos de personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos

De la anterior cita se desprende, que existen situaciones que demandan la atención del Estado con miras a crear un equilibrio social mediante intervenciones normativas. Para la Sala Constitucional, dichas intervenciones trascienden la esfera del trabajo y seguridad social ya que tal y como lo indica en el fallo antes referido no sólo se procura proteger a los asalariados ajenos al poder económico o político sino también se procura tutelar: *“...la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social”*.

* Lic. en Relaciones Industriales, Abogado Laboralista. Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello en las Cátedras de Administración Laboral Sector Privado y Derecho Colectivo del Trabajo. Presidente del Tribunal Disciplinario del Colegio de Licenciados en Relaciones Industriales y Recursos Humanos del Área Metropolitana de Caracas. Socio de Lablabor.com.

De suerte que el tema de la maternidad –y de la lactancia como una de sus manifestaciones concretas- encuentra una regulación que trasciende la esfera laboral, lo cual no es óbice para pensar que el régimen laboral no deba contenerla¹.

A los efectos de estas breves notas, atenderemos a una definición muy sencilla indicada por el profesor Cabanellas (1998) según la cual se entiende por lactancia a “*Estrictamente, el lapso durante el cual el recién nacido se alimenta de la leche materna o de otra clase*” (343). Dicha definición contiene los siguientes caracteres:

- (i) Se trata de un lapso, en atención a lo cual se infiere que ha de tener una fecha cierta tanto de inicio (nacimiento del lactante) como de culminación (la cual debe ser precisada en atención a factores de naturaleza médica que indubitadamente trascienden la esfera del Derecho del Trabajo);
- (ii) Sugiere como sujeto central al neonato (sujeto ajeno a la relación laboral) antes que su madre, ya que el objetivo primordial es la alimentación de aquel.
- (iii) En consecuencia toda regulación ha de estar orientada a garantizar dicho objetivo y consecuentemente condiciones de salud óptimas para el lactante, a tal punto que Cabanellas presenta con indiferencia la forma de obtención del alimento tras señalar que “...*el recién nacido se alimenta de la leche materna o de otra clase* (el resaltado es de quien suscribe).

Bajo estas premisas, una búsqueda en nuestro ordenamiento jurídico delata la existencia de regulación anterior respecto de la Resolución Conjunta N° 4754 y 271, por la cual se extiende el período de lactancia al que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento, a nueve (9) meses contados desde la fecha del parto (en lo sucesivo “Resolución Conjunta”) la cual ocupa –desde luego- el eje central de las presentes notas.

En efecto, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente publicada en Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario de fecha dos (2) de octubre de 1998 no sólo establece el derecho de información en materia de salud (ex artículo 43) y de protección a la maternidad sino que indica expresamente en el artículo 46 que: “*El Estado, las instituciones privadas y los empleadores proporcionarán condiciones adecuadas que permitan la lactancia materna, incluso para aquellos hijos cuyas madres estén sometidas a medidas privativas de libertad*”.

El Código Orgánico Procesal Penal ha hecho lo propio y en su más reciente reforma² contiene en su artículo 245 una disposición que conserva de anterior data, la cual es del siguiente tenor:

Artículo 245. Limitaciones:

No se podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de las personas mayores de setenta a de las mujeres en los tres últimos meses de embarazo, **de las madres durante la lactancia de sus hijos hasta los seis meses posteriores al nacimiento**, o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada³.

¹ A título de ejemplo, la propia Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, publicada en Gaceta Oficial N° 5.398 Extraordinario de fecha veintiséis (26) de octubre de 1999, contiene en su artículo 39 la siguiente obligación: “*A los fines de que la mujer logre el libre desenvolvimiento de su personalidad y acceda al desarrollo del país, obviando la doble y triple jornada de trabajo, el Estado y el sector empresarial están obligados a promover los servicios que permitan el cumplimiento de estos objetivos, a través de las acciones siguientes:...* 2. *Establecer un conjunto de servicios sociales en los centros laborales urbanos y rurales, que incluyan: a) Centros de atención integral para los hijos de las trabajadoras que comprendan también la lactancia materna y guarderías infantiles*”.

² Nos referimos a la publicada en Gaceta Oficial N° 38.536 Ordinario de fecha cuatro (4) de octubre de 2006.

³ Éste artículo ha tenido repercusiones en la administración de justicia. Vg. El caso de la ciudadana Ámbar Rosario Campos, que llegó a la Sala Constitucional bajo la vigencia del artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales en virtud del fallo de la Sala Séptima de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas y en el cual se había declarado “...*inadmisible la medida judicial de privación preventiva de libertad solicitada, una vez verificado el supuesto contenido en el artículo 262 del Código Orgánico Procesal Penal, así como uno de los supuestos del artículo 254 eiusdem, el cual establece limitaciones a la procedencia de medidas de coerción personal, específicamente, el de madres durante la lactancia de sus hijos*” (el cambio del número de artículo obedece al Código Orgánico Procesal Penal vigente para la fecha de dicha sentencia).

En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado (el subrayado es nuestro).

Del artículo antes citado, también se desprende la atención del legislador en materia penal, quien tuvo a bien tutelar la lactancia en los procesos penales estableciendo la prohibición de las medidas privativas de libertad de carácter preventivo para el supuesto de madres durante la lactancia, fijando como límite máximo de dicha medida seis (6) meses posteriores a la fecha del parto.

En materia de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal, en Gaceta Oficial N° 37.590 ordinario de fecha doce (12) de diciembre de 2002 se publicaron los *Lineamientos Generales que contienen las orientaciones que deben considerarse en las Entidades de Atención que ejecutan la medida de privación de libertad para Adolescentes en conflicto con la Ley Penal*.

Dichos lineamientos precisan en el numeral 13 del artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6. Derechos de la Ejecución de la Medida

Durante la ejecución de la medida, los adolescentes tienen los siguientes derechos:...

13.- A que una adolescente madre mantenga consigo a su hijo hasta que culmine la etapa de lactancia;

En materia laboral desde la propia Ley del Trabajo de 1936 se encuentra regulación en esta materia que con pocas alteraciones⁴ llevan a la redacción de la actual normativa contenida en los artículos 393 al 395 (ambos inclusive) de la Ley Orgánica del Trabajo vigente (LOT).

En ese sentido, el artículo 393 de la LOT prescribe el deber patronal de conceder a la mujer en período de lactancia la cantidad de dos (2) descansos diarios de media (1/2) hora cada uno. Dichos permisos se conceden con el objeto que la trabajadora pueda amamantar a su hijo en la guardería respectiva, estableciendo el único aparte de la norma que en caso que "...no hubiere guardería, los descansos previos en este Artículo serán de una (1) hora cada uno".

Es necesario destacar que en la práctica y producto de la dinámica propia de las relaciones laborales modernas, la esencia de dicho artículo se diluye mediante convenios verbales entre patronos y trabajadoras por virtud de los cuales se consiente la salida de las trabajadoras en periodo de lactancia con una (1) o dos (2) horas de anticipación (sumatoria de tiempo de los permisos que correspondan según los supuestos del artículo 393 de la LOT)⁵.

Y es que si bien la LOT no precisa cuándo tomar los descansos y además no está expresamente prohibido dicho acuerdo, a tenor de lo cual puede verse como legítimo bajo el axioma propio del derecho privado según el cual lo no expresamente prohibido está permitido, no puede dejar pasar por alto quien suscribe el principio de orden público laboral contenido en la LOT y tantas veces interpretado por la Sala de Casación Social.

En efecto y sin ánimos de entrar a debatir aquí sobre la naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo – cuestión que supondría un examen tan profundo que excedería el objeto del presente ensayo- es necesario referirnos a la sentencia emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha nueve (9) de agosto de 2005 (caso Belsy Silva y otros contra Metalmecánica Yajure, C.A.) la cual precisó que *las normas sustantivas y adjetivas que regulan el Derecho del Trabajo son de eminente orden público y como consecuencia de ello su aplicación no puede ser relajada por la voluntad de los particulares, pues a*

⁴ Zuleta, C. (1999) por ejemplo hace hincapié en que la norma derogada establecía el derecho de la madre a escoger el horario de lactancia (p. 428) lo cual es cierto, ya que su redacción en la Ley derogada era del siguiente tenor: "Durante el período de la lactancia las mujeres tendrán derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos, **y que serán fijados por la lactante**" (el resaltado es de quien suscribe). En descargo hay que decir que el artículo 125 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo derogado (de 1999) precisaba que "La mujer embarazada, finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El empleador sólo podrá imponer una modificación a lo planteado por la trabajadora, cuando a su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente".

⁵ También en la práctica se presenta el mismo caso pero respecto del horario de entrada, en razón de lo cual lo aquí indicado aplica para ambos supuestos, pues en el fondo el debate versa sobre la posibilidad de acumulación de los permisos establecidos en el artículo 393 de la LOT.

juicio del legislador su consagración está dirigida a proteger la circunstancia contingente en la que se encuentra una persona, el trabajador, frente a otra, el patrono, vinculados por una relación de manifiesta desigualdad económica.

En el presente caso, sin duda estamos ante una disposición de eminente orden público y en consecuencia no cabe el concierto de voluntades entre patrono y trabajadora a los fines de alterar su espíritu, propósito y razón.

El hecho que el legislador estableciera en el artículo 393 de la LOT dos (2) descansos diarios y no uno (1) solo por un lapso mayor, debe interpretarse como voluntad expresa por la cual se quiso garantizar el alimento directo del niño por su madre en dos (2) oportunidades distintas durante la jornada de trabajo⁶.

Ello se refuerza en el análisis de la concepción de lactancia expresada por el profesor Cabanellas, la cual presentamos con anterioridad y según la cual se concluye que el sujeto central, protagonista o relevante desde el punto de vista jurídico es el neonato y que el objetivo de la normativa referida a la lactancia estriba en garantizar su alimento, de suerte que mal podría interpretarse como idónea dicha práctica.

Aceptar como legal la práctica por virtud de la cual se negocia la salida de las trabajadoras en período de lactancia con una (1) o dos (2) horas de anticipación, es equiparable a afirmar que el mensaje del legislador es que las trabajadoras en período de lactancia tienen como premio o beneficio una jornada reducida a pago total y con aval de salida temprana de su puesto de trabajo, lo cual no es cierto tal y como se ha demostrado en el presente ensayo.

En cuanto al artículo 394 de la LOT, el mismo presenta el principio de igualdad y no discriminación en materia salarial aplicado a la materia en estudio, indicando que: *“No se podrá establecer diferencia entre el salario de la trabajadora en estado de gravidez o durante el período de lactancia y el de los demás que ejecuten un trabajo igual en el mismo establecimiento”*⁷.

Por fin, el artículo 395 de la LOT precisa que *“El Ministerio del ramo designará en los centros industriales, personal femenino dependiente de la Inspectoría del Trabajo, dedicado especialmente a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de este Título”*.

Longa, J. (1999) comenta -a propósito de este artículo- sobre la el rol de la Inspectoría del Trabajo y añade que entre las funciones de dicho organismo está:

...la de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LOT y de sus reglamentos en la jurisdicción territorial que le corresponda, además, tiene la potestad de inspeccionar, previa identificación, los lugares de trabajo dentro de su jurisdicción, a cualquier hora, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales referentes al trabajo; igualmente puede visitar domicilios, previo consentimiento del jefe de familia o con autorización judicial a los mismos fines. Puede, asimismo, crear o mantener un departamento **ad-hoc** encargado de la vigilancia permanente del trabajo de menores, de las normas protectoras de la maternidad y la familia y del trabajo rural.

Aún cuando quien suscribe comparte a plenitud lo expresado por el autor precitado, no puede dejarse pasar por alto el divertido desatino legislativo en cuanto a que los dependientes asignados por la

⁶ Aunque en una forma no tan explícita, Zuleta, C. (1999) reconoce que la función del 393 de la LOT es –básicamente- alimentaria, tras afirmar lo siguiente: *“Aunque la Ley –a diferencia de la derogada- no establece el derecho de la madre a escoger el horario de lactancia, se entiende que hay un reconocimiento tácito del mismo, porque de no ser así, **se correría el riesgo de hacer nugatoria la función alimentaria para el menor, que cumple el derecho de lactancia**”* (p.428) –el resaltado es de quien suscribe-.

⁷ Baste con referir sobre el particular a la sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha primero (1º) de febrero de 2006 (caso Wilfredo Noguera contra CANTV) en la cual la Sala dictaminó CON LUGAR el Recurso de Control de Legalidad interpuesto por la empresa demandada por verificar que: *“en el caso que se examina no existe por parte de la empresa demandada un trato desigual o discriminatorio contra el demandante, tal como lo estableció la recurrida, pues, como se indicó, existían varias categorías de cargos en el Plan Único Especial, y dependiendo de la ubicación del trabajador se establecía de manera proporcional la bonificación a percibir por los interesados en acogerse al mismo; y, además, como se constató, él manifestó expresamente su voluntad de solicitar el P.U.E.; por todo ello, se considera que la recurrida incurrió en infracción de los artículos 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 26 de la Ley Orgánica del Trabajo y 13 del Reglamento de la citada ley, al no existir en el caso bajo estudio discriminación alguna”*.

Inspección del Trabajo para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre maternidad y lactancia contenidas en la LOT deben ser “*personal femenino*”.

En cuanto a las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo vigente (RLOT) debemos indicar que sólo un (1) artículo hace referencia a la lactancia, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 100.- Período de lactancia:

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.** (los resaltados son de quien suscribe, a los fines de indicar las diferencias entre esta norma y el artículo 125 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999.

Lo primero que resalta en el artículo antes reproducido, es que el período de lactancia contiene un tiempo mínimo al decir que el mismo “...no será inferior a seis (6) meses”, por contraposición al Reglamento derogado de 1999 que establecía que “*El período de lactancia, a que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, no excederá de seis (6) meses contados desde la fecha del parto*”.

Pero el propio artículo fija la posibilidad que dicho período puede ser superior siempre que ello se haga mediante una Resolución Conjunta entre los Ministerios del Trabajo y de Salud, lo cual trae a debate el tema sobre la validez de ésta disposición.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución vigente, los Reglamentos no pueden alterar el espíritu, propósito y razón de las leyes. Si bien es cierto que la LOT no precisa el período de lactancia y por lo tanto que lo haga el RLOT no puede ser considerado un acto *contra legem*; también es cierto que la ni la Constitución vigente⁸ ni la LOT delegan en una Resolución Ministerial conjunta la potestad de instrumentar la duración del mismo.

En contra de éste argumento existen quienes afirman que dicha Resolución sería válida, para lo cual refieren al maestro Eloy Lares Martínez (2001) quien en su obra intitulada Manual de Derecho Administrativo cita al profesor español García-Trevijano Fos, a los fines de plantear el tema de la autoreserva legal de la siguiente forma:

...no solo por disposición constitucional, sino también por mandato legal, existen materias reservadas al dominio de la ley. En efecto, siempre que una materia ha sido regulada por ley queda automáticamente incorporada a la reserva legal. La observación es cierta. Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y en consecuencia, si una materia no comprendida en la reserva legal, que pudo hasta ese momento ser objeto de regulación por vía reglamentaria, es regida por una ley, en lo sucesivo no podrá ser regulada sino por otra ley (p. 68).

En el presente caso, la materia no se encuentra comprendida expresamente como reserva legal y tampoco es regida por la LOT ya que la misma no precisa el lapso que duraría el período de lactancia. Pero ello sólo permite justificar que la precisión emane del Ejecutivo Nacional por la vía reglamentaria. No así despeja la duda sobre la potestad del Ejecutivo Nacional de crear la competencia ministerial mediante un Reglamento para que en forma conjunta y con efectos generales determinen mediante Resolución la duración del período de lactancia a que refiere el artículo 393 de la LOT.

Lo cierto es, que hasta tanto no sea declarada la invalidez de dicho acto administrativo (Resolución Conjunta) el mismo continúa vigente y con plenos efectos en cuanto a su obligatoria observancia –dotada del

⁸ Está claro que la obligación alimentaria a que refiere *in fine* el artículo 76 constitucional, refiere a la llamada así por el Derecho Civil y no al período de lactancia. Sin embargo, la garantía contenida en dicha norma para el puerperio no indica la apertura a su positivización mediante una Resolución Conjunta Ministerial.

principio de ejecutividad y ejecutoriedad claro está⁹ en razón de lo cual el contenido de dicha Resolución Conjunta será analizado en el presente ensayo.

El siguiente cambio que presenta el artículo 100 del RLOT respecto del Reglamento derogado de 1999 es el término “empleador” el cual ha sido suprimido para incluir el término “patrono o patrona” lo que si bien es cierto para un sector de la doctrina implica diferencias sustanciales, actualmente es aceptado como términos sinónimos.

En ese sentido, Cabanellas (1999) precisa ambos términos y acaba por reconocer la sinonimia en la forma siguiente:

La palabra empleador, española sin duda, se ha tomado en lo laboral del francés *employeur* y ha obtenido difusión en Sudamérica. La Academia, que se resistió mucho tiempo a incorporarla, señala esta preferencia americana y la equipara sin más a patrono como persona que emplea a obreros manuales... (p.222).

Patrono: Persona física (aunque el concepto también cabe aplicarlo a las personas jurídicas) que, en el contrato laboral, da ocupación retribuida a los trabajadores que quedan en relación subordinada. Es pues, el propietario de la empresa y quien la dirige personalmente o valiéndose de otras personas. Es llamado también empleador y empresario (p.425).

Finalmente, añade el artículo 100 del RLOT una instrucción en caso de desacuerdo entre las partes –no contenida en el Reglamento derogado de 1999- la cual es del siguiente tenor: “*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*”.

Desde luego la LOT, tras eliminar la frase que confería a la lactante la potestad de fijar el momento de descanso dejó un vacío sobre dicha materia que vino a atender el artículo 125 del Reglamento derogado de 1999 y que mantuvo el RLOT cuando indica expresamente que *culminado el período postnatal, la trabajadora notificará al patrono la oportunidad de disfrute de los descansos diarios con ocasión de la lactancia*.

Cierto es también, que tanto el Reglamento derogado de 1999 como el RLOT vigente, confirieron la potestad patronal de objetar dicha decisión de la trabajadora en aquellos casos que se demuestre fehacientemente la afectación al normal desenvolvimiento de la unidad productiva.

La diferencia estriba en que el Reglamento derogado de 1999 no resolvía cómo conciliar o zanjar la diferencia entre trabajadora lactante y empleador cuyo juicio le indicaba que la notificación de oportunidad de descanso por lactancia afectaba el proceso productivo, cosa que si atendió el RLOT.

Ahora bien, decir –como lo hace el RLOT vigente- que en caso de desacuerdo el Inspector del Trabajo va a decidir si hay o no desmejora y que para ello va a utilizar el procedimiento contenido en el artículo 454 de la LOT resulta bastante impreciso y objetable por lo siguiente.

Cuando se habla de desmejora, se hace referencia a la existencia de una condición que está siendo cumplida y que producto de la voluntad unilateral y arbitraria por parte del patrono se ve afectada, modificada o alterada en modo peyorativo.

El supuesto del artículo 100 del RLOT no es ese, toda vez que lo que subyace es una diferencia de criterios entre la trabajadora lactante y el patrono con ocasión de la notificación del período de descanso, hecho que ocurre en forma inmediata una vez incorporada la trabajadora al puesto de trabajo tras haber concluido el período postnatal.

Por lo que, en el supuesto no existe una negación patronal del descanso por lactancia sino que se manifiestan diferencias derivadas de la oportunidad de ejecución del mismo (hecho que no es posible

⁹ En ese sentido, Eloy Lares Martínez (2001) indica que: “*La doctrina y la jurisprudencia afirman pacíficamente la presunción de validez de los actos administrativos. Esto es, en tanto no se demuestre la invalidez de un acto administrativo, tendrá pleno valor y producirá todos sus efectos, como si realmente estuviere perfectamente ceñido a las normas legales. Se trata, pues, de presunción juris tantum, es decir, que mantiene su vigor hasta que se comprueben los vicios de que el acto adolezca*” (p.181).

calificar como desmejora). Además de ello, pretender ventilar tal diferencia mediante el procedimiento contenido en el artículo 454 de la LOT no es más que continuar hinchando un procedimiento (ya bastante inflamado por las continuas remisiones de normas especiales y reglamentarias) que inicialmente no estaba pensado para casi ninguno de los supuestos que hoy cobija.

II. CONTEXTO INTERNACIONAL (REVISIÓN DE CONVENIOS OIT)

En el presente acápite se atenderá –básicamente- a los Convenios Internacionales emanados de la Organización Internacional del Trabajo que contienen disposiciones relativas al período de lactancia. A los fines del rango normativo de dichos convenios así como también de su naturaleza jurídica, remitimos al lector al artículo publicado en la Revista N° 41 sobre Relaciones Industriales y Laborales del 2005 intitulado *La huelga en los servicios esenciales: perspectiva de la OIT y del régimen jurídico laboral venezolano* (p.21 y sig.).

Solo resta agregar en apoyo de nuestra postura, la referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual en su artículo 25 precisa que:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

De suerte que, si bien no expresamente hace mención a la lactancia, si la refiere en forma indirecta en el segundo aparte cuando indica que *la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales*, lo que sin duda contribuye a determinar la naturaleza jurídica de dicho derecho.

Pero más temprano, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) venía delimitando la protección a la maternidad mediante el Convenio N° 3 sobre la protección a la maternidad del año 1919 (ratificado por Venezuela el veinte (20) de noviembre de 1944).

Dicho Convenio, dispone en el literal d) de su artículo 3 lo siguiente:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

De la anterior cita se desprende un condicional para la correspondencia de los períodos de lactancia; a saber: que la madre amamanta a su hijo. Y llama la atención, porque da la impresión que colisiona con la definición del profesor Cabanellas en la que existía indiferencia sobre este particular cuando afirmaba que por lactancia se entendía "*Estrictamente, el lapso durante el cual el recién nacido se alimenta de la leche materna o de otra clase*" noción que ya fue analizada *ut supra*.

En realidad se trata de dos visiones complementarias: De un lado Cabanellas aborda el fenómeno teniendo al neonato como sujeto protagonista y a quien está destinada la lactancia; y de otro lado la OIT teniendo en la mira la protección de la maternidad en el puesto de trabajo, genera el derecho de la madre a contar con dos descansos que le permitan cumplir con dicha función de alimentación.

La duración de dicho período está limitada no en fecha cierta, sino en la medida que la madre amamanta a su hijo, lo cual sin duda dota de mayor flexibilidad a dicha norma.

Dicho Convenio es revisado en el año 1952, mediante el Convenio N° 103 sobre la protección a la maternidad, también ratificado por Venezuela en fecha diez (10) de agosto de 1982 y denunciado posteriormente el veintiocho (28) de octubre de 1985 y cuyo artículo cinco (5) establece lo siguiente:

Artículo 5

1. Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional.

2. Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella; en los casos en que la cuestión esté regida por contratos colectivos, las condiciones deberán reglamentarse por el contrato colectivo correspondiente.

De dicho artículo se desprenden los siguientes aspectos:

- (i) Permanencia del condicional “si una mujer lacta a su hijo” a los fines de la procedencia del período de lactancia.
- (ii) Se indica que puede ser uno o varios períodos y que la duración de los mismos está supeditada a lo que indique la legislación de cada país.
- (iii) Se incorpora un numeral completo destinado a precisar el cómputo de dichas interrupciones como tiempo efectivo de la jornada de trabajo, debiendo en consecuencia ser remunerados de conformidad con la legislación nacional y/o por los convenios colectivos de ser el caso.

Finalmente, el Convenio OIT número 183 sobre la protección a la maternidad del año 2000 (aún no ratificado por Venezuela) es aún más desarrollado en su contenido y alcance.

Así las cosas, precisa el artículo 3 que:

Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

Sin duda, este artículo es la base para la regulación establecida en la Resolución Conjunta N° 4754 y 271, la cual será analizada en el próximo acápite, ya que ocurre una extensión al período de lactancia en cuanto a la tutela de no ejecución de trabajos que puedan significar un perjuicio a la salud de la trabajadora y/o de su hijo. Es decir, se supera la concepción tradicional de protección durante el embarazo y se extiende con acierto al período de lactancia.

Así las cosas, incorpora el Convenio N° 183 de la OIT otras disposiciones relativas a la lactancia, tales como:

- (i) La prohibición patronal de despido –inamovilidad por fuero maternal entre nosotros y que abarca el período de lactancia- salvo que los motivos no estén relacionados con: “...*el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia*” (artículo 8), estableciendo al patrono la carga de probar que el despido no está relacionado con ninguna de las situaciones antes descritas;
- (ii) La prohibición relativa de exámenes pre-empleo a los fines de determinar el estado de gravidez. Atención que decimos relativa, porque dichos exámenes –a tenor de lo establecido por el propio Convenio- pueden ser exigidos en dos supuestos donde los trabajos: “... *a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo*”.

Finalmente, el artículo 10 del precitado Convenio indica lo siguiente:

- 1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.

2. El período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.

Es necesario comentar, el segundo numeral de dicho artículo 10, ya que por primera vez figura la posibilidad de establecer como modalidad la reducción diaria del tiempo de trabajo como forma de cumplimiento del descanso con ocasión de lactancia.

En efecto, tradicionalmente el (los) descanso(s) intrajornada con ocasión de la lactancia han sido el mecanismo por excelencia de cumplimiento de la función alimentaria del neonato, siendo que al margen de la Ley (en el caso venezolano) los actores laborales suelen acordar reducciones en la jornada para acumular ambos descansos contenidos en el artículo 393 de la LOT permitiendo la salida temprana del sitio de trabajo de la trabajadora lactante.

No obstante ello, el numeral 2, del artículo 10 del Convenio N° 183 de la OIT, reconoce como válida la modalidad de reducción diaria del tiempo de trabajo siempre que sea fijado por la legislación y práctica nacional.

En consecuencia, de aprobar Venezuela dicho Convenio N° 183 de la OIT estaría legitimando dicha modalidad, y como no, asumiendo el compromiso de adecuar el ordenamiento jurídico a la misma.

III. RESOLUCIÓN CONJUNTA N° 4754 y 271:

Habida cuenta el análisis del contexto nacional e internacional, corresponde atender a la Resolución Conjunta N° 4754 y 271, por la cual se extiende el período de lactancia al que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento, a nueve (9) meses contados desde la fecha del parto (en lo sucesivo Resolución Conjunta).

Como antesala vale la pena destacar que ya en Gaceta Oficial N° 38.503 ordinario de fecha dieciocho (18) de agosto de 2006 se publicó también una Resolución¹⁰ por la cual se daba inicio al proceso de consulta pública del Proyecto de Resolución Conjunta del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio de Salud, sobre la extensión del período de lactancia, cuyo último considerando por cierto ha sido objeto de algunas observaciones las cuales no son atendidas por quien suscribe en el presente ensayo.

En definitiva se abrió un lapso de quince (15) días para recibir observaciones, propuestas, opiniones y comentarios relativos al entonces proyecto, luego de lo cual ambos Ministerios¹¹ podían realizar reuniones consultivas con las organizaciones sociales, especialistas y funcionarios designados por los organismos y entes competentes.

Corolario de lo anterior, se publicó en Gaceta Oficial número 38.528 ordinario, de fecha de veintidós (22) de septiembre de 2006 la Resolución Conjunta N° 4754 y 271 cuyas características relevantes se describen a continuación.

Carácter:	Contenido
Objeto:	La extensión del período de lactancia a nueve (9) meses contados desde la fecha del parto y hasta doce (12) meses contados desde la fecha del parto en circunstancias especiales que así lo ameriten y que el propio artículo 1º indica en forma taxativa ¹² .

¹⁰ la Resolución Conjunta N° 4711 y 219

¹¹ Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud

¹² Según el propio artículo 1º de dicha Resolución, la extensión del período de lactancia a doce (12) meses se produce: "1. Cuando el patrono o patrona no mantenga una guardería infantil o un servicio de educación inicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 391 de la Ley Orgánica del Trabajo; o 2. Cuando se trate de un parto múltiple o la madre, su hijo o hija presente alguna de las condiciones de salud que se indican a continuación: prematuridad; trastornos de alimentación; síndrome de malabsorción intestinal; déficit nutricional en cualquiera de los estadios; retardo de crecimiento intrauterino; bajo peso al nacer; síndrome diarreico; síndrome de down; errores innatos del metabolismo; fibrosis quísticas; síndrome Pierre Robín; labio y paladar fisurado (labio leporino y paladar hendido); cardiopatías congénitas;

Requisitos de aplicación:	“La madre trabajadora” debe presentar mensualmente al patrono el certificado de consulta de control de salud del hijo expedido por un centro de salud, en el cual se deje constancia de: (i) la asistencia oportuna a la consulta; y (ii) del amamantamiento. En caso que aplique la extensión a doce (12) meses, debe dejarse constancia también de la condición de salud de la madre y/o de su hijo. <i>Es necesario destacar que dicha precisión es novedosa entre nosotros.</i>
Tipos de descanso:	Remunerados e imputables a la jornada de trabajo.
Cantidad y duración del período de descanso:	Son dos (2) períodos de descanso cuya duración es equivalente a media (1/2) hora cada uno. En caso que no exista guardería o servicio de educación inicial, la duración se extiende a una (1) hora ¹³ .
Protección especial:	Dicha Resolución Conjunta precisa (en evidente exceso de la ya cuestionada facultad Ministerial) que la mujer trabajadora durante el embarazo y hasta doce (12) meses después del parto tiene derecho a no realizar tareas que pongan en riesgo su vida, salud o seguridad en el trabajo, así como la de su futuro hijo, sin que ello implique un menoscabo de sus condiciones de trabajo. <i>Desde luego, nadie duda la conveniencia social de dicha disposición ni de su concordancia con las demás normas ya vigentes en el régimen jurídico laboral venezolano, pero ello no es óbice para no rebatir o cuestionar su validez, ya que existiendo fundadas dudas –como en efecto existen para un sector de la doctrina- en cuanto a que pueda extenderse el período de lactancia vía Resolución Conjunta como la aquí analizada, lo que si no da espacio a cuestionamientos es que la facultad contenida al artículo 100 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo NO genera ninguna competencia conjunta para determinar casos de negativa a la prestación de servicios por razones de salud¹⁴.</i>
Sanciones:	Entre uno (1) y cuatro (4) salarios mínimos de conformidad con el artículo 632 de la LOT y 236 del RLOT vigente.

espina bífida; mielomeningocele; trastornos convulsivos; hidrocefalia; parálisis cerebral; trastornos hemorrágicos del recién nacido por déficit de vitamina K; madre diabética con trastorno de hipoglucemia; enfermedades infecciosas tales como enterocolitis necrotizante, varicela congénita, síndrome de TORCHS (toxoplasmosis, rubéola, citomegalovirus - virus Epstein Barr, hepatitis, herpes, sífilis); sepsis; hemofilia, y, rehabilitación post-hospitalización / post enfermedad.”

¹³ Es necesario destacar que el único aparte del artículo 5 de la Resolución Conjunta aclara que: “...se entiende que no existe guardería o servicio de educación inicial cuando la misma no se encuentra ubicada dentro del centro de trabajo donde la mujer trabajadora presta servicios o, cuando se ha optado por otra modalidad de cumplimiento de este beneficio, en forma voluntaria con los trabajadores y trabajadora.”

¹⁴ En ese sentido, existe ya en la LOT (ex artículo 69) disposición expresa sobre la materia, cuando se señala que el trabajador está obligado a desempeñar servicios que sean “...compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición...” en virtud de lo cual una trabajadora en estado de gravidez debe ejecutar labores acordes a dicha situación. Adicionalmente, el literal b) de dicho artículo 69, indica lo siguiente: “Cuando la labor ordenada no sea, a juicio del trabajador, de las que está obligado a ejecutar, deberá cumplirla, **siempre que no sea manifiestamente improcedente y no ponga en peligro al propio trabajador** o a la actividad de la empresa, establecimiento o explotación del patrono, consignando ante éste o su representante su no conformidad, sin que el haber cumplido la orden implique su aceptación de las modificaciones de las condiciones de trabajo, si fuere el caso” (el subrayado es nuestro). Esta norma aunada a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, constituían piso jurídico suficiente para sostener la negativa de la trabajadora embarazada a ejecutar labores que pongan en riesgo su vida o salud, así como también la de su hijo. Por ello, quien suscribe considera que la norma redactada en el artículo 6º de dicha Resolución Conjunta, brillante en su espíritu pero empañada en legitimidad, debe ser incorporada en la futura reforma de la Ley Orgánica del Trabajo dejando abierta –vía legislativa- la posibilidad que mediante regulaciones especiales se precisen los supuestos en que se entiende como legítima dicha negativa (y que ahora figuran en el primer aparte del artículo 6 de la Resolución Conjunta en examen).

