



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Magistrado Ponente: **JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER**

EXP. 16-0103

El 26 de enero de 2016, 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, en su carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil **PDVSA PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A.**, filial de la sociedad mercantil **PETRÓLEOS de Venezuela S.A.**, presentó ante la Secretaría de esta Sala, solicitud de revisión constitucional de la sentencia dictada el 05 de Octubre de 2015, por el Tribunal Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por el hoy solicitante, inadmisibles las acciones de amparo que intentara contra el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Maturín del Estado Monagas, y ratificó 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.

El 29 de enero de 2016, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente al Magistrado Juan José Mendoza Jover, quien, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

El 13 de octubre de 2016, el abogado Alfredo Bustamante, actuando en su condición de apoderado judicial de **PDVSA PETRÓLEOS, S.A.**, formuló alegatos.

El 17 de febrero de 2017 el abogado Alfredo Bustamante, actuando en su condición de apoderado judicial de **PDVSA PETRÓLEOS, S.A.**, ratificó la diligencia *supra*.

El 19 de junio de 2017, el abogado Alfredo Bustamante, actuando en su condición de apoderado judicial de **PDVSA PETRÓLEOS, S.A.**, solicitó pronunciamiento a la Sala.

Efectuado el estudio de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala pasa a decidir la solicitud de revisión interpuesta, previas las consideraciones siguientes:

I DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

El apoderado judicial de la sociedad mercantil **PDVSA PETRÓLEOS DE VENEZUELA S.A.** fundamentó la presente solicitud de revisión constitucional sobre la base de los motivos de hecho y de derecho siguientes:

Identificó la sentencias dictada el 05 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción del Estado Monagas, como objeto de la presente solicitud de revisión.

Adujo, que la referida sentencia declaró inadmisibles la acción de amparo ejercida por su representada contra *“los hechos, actos y omisiones llevadas a cabo por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Maturín del Estado Monagas...”*, con ocasión al recurso de apelación interpuesto contra la decisión dictada el 20 de agosto de 2015, por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la aludida circunscripción judicial, en el marco del procedimiento iniciado por denuncia de la ciudadana Carmen Dayana González Lozada, titular de la cédula de identidad Nro. 13.923.252, fundamentada en que su patrono no le otorgaba los dos (2) años de permiso para amamantar a sus hijos *“morochos”*, solo se le estaba otorgando el lapso de un (1) año, conforme a la Resolución Nro. 271, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.528 del 22 de septiembre de 2006, la cual dispone en su artículo 2 que el periodo de lactancia se extiende hasta doce (12) meses, contados desde la fecha del parto, de acuerdo a los supuestos contenidos en dicho artículo.

Que, una vez admitida la denuncia, el mencionado Consejo de Protección obvió en dicho auto notificar a su representada y subvirtió el trámite del procedimiento administrativo establecido para tal fin en los artículos 297 y subsiguientes de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, toda vez que –a su decir- no se sustanció, el referido Consejo de Protección se limitó a dictar medida cautelar innominada, informándole a su mandante que contra la misma podía ejercer los recursos establecidos en el artículo 305 de la Ley, como si se tratara de un pronunciamiento de fondo del procedimiento administrativo y no en cuanto a la posibilidad de interposición del recurso de oposición a la medida, de conformidad con lo previsto en el artículo 588 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, lo cual estimó era lo procedente en el caso de marras.

Que, además de la subversión del procedimiento en que incurrió el Consejo de Protección, *“...existe una total y absoluta incertidumbre...”* en relación al órgano competente para dirimir los conflictos que devengan de las controversias respecto al otorgamiento del permiso a la madre trabajadora para la lactancia materna y el lapso de duración por el cual se debe otorgar el mismo, toda vez que el artículo 345 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras, en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento, prevén que la competencia para conocer de dichos conflictos le corresponde a las Inspectorías del Trabajo y no a los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; que, en el artículo 160 de la Ley Especial de Protección no existe disposición alguna que les otorgue la competencia para conocer de este tipo de conflictos del trabajo, lo que en su opinión conllevaría a una usurpación de funciones de los referidos Consejos de Protección, planteamiento que se expuso en ambas instancias judiciales y no fue resuelta.

Indicó que no existe antecedente jurisprudencial que interprete o resuelva cual es en definitiva el órgano competente para conocer de solicitud o denuncia que interponga o ejerza una madre trabajadora contra el patrono respecto al permiso de lactancia o sobre el lapso de extensión del mismo, aun cuando existe la mencionada Resolución N° 271 que establece que el periodo de lactancia se extiende hasta doce (12) meses, contados desde la fecha del parto, de acuerdo a los supuestos contenidos en dicho artículo, en contradicción con lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna, respecto al cual señaló que aunque no establece el lapso de duración de la licencia por lactancia materna, dispone un tiempo de

protección de la misma por un periodo de dos (2) años, contados a partir del alumbramiento, pero que en su opinión no es de obligatoriedad del patrono al otorgamiento del permiso por ese lapso de tiempo.

Refirió que en la oportunidad de la audiencia constitucional el aludido Consejo de Protección manifestó que era cierto que a la empresa PDVSA PETRÓLEOS de Venezuela S.A., no se le notificó del inicio del procedimiento administrativo, conforme al artículo 297 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y que con ello efectivamente se le había violado el derecho a la defensa a la misma, por lo que a su consideración el amparo debió ser declarado con lugar. Que, de igual manera, tanto la representación fiscal como la jueza constitucional admitieron que a su representada se le violaron el derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, tal y como quedó establecido en la sentencia del Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.

Que, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma Circunscripción Judicial, en la decisión dictada el 05 de octubre de 2015, fundamentó su decisión en que el querellante, hoy solicitante en revisión, dejó de recurrir a las vías ordinarias declarando inadmisibles las acciones de amparo ejercidas, siendo que la misma estuvo motivada en primer lugar, en la usurpación de funciones en la que – a su decir- incurrió el mencionado Consejo de Protección, conculcando el derecho a su representada del juez natural, que fue resuelta de negativamente por el *a quo* y obviada por el *a quem*; y en segundo lugar, en la violación del derecho a la defensa y al debido proceso de su representada la empresa PDVSA PETRÓLEOS de Venezuela S.A., razones por las que –en su opinión- no debió declararse la acción de amparo inadmisibles como lo dictaminaron ambos tribunales constitucionales.

Que el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, incurrió en contradicción al señalar expresamente que la querellada violó el derecho a la defensa de su representada y sin embargo declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional considerando que su representada disponía de una vía ordinaria no agotada; que, en su opinión la empresa no disponía de dicha vía ordinaria por cuanto no fue notificada del inicio del procedimiento administrativo, toda vez que el mismo no existió, no se sustanció, y no se dictó una decisión de fondo contra la cual se pudieran ejercer los respectivos recursos administrativos y judiciales.

Que el Tribunal Constitucional de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, desacató el criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 1.316 de fecha 08 de octubre de 2013, en relación a la nulidad de los actos que se dicten sin la participación del administrado lo que genera una vulneración al derecho a la defensa y al debido proceso, toda vez que se consideran nulos los actos dictados con prescindencia del procedimiento, con lo cual el referido tribunal atentó –en su opinión- contra los principios de seguridad jurídica y expectativa plausible.

Finalmente, solicitaron sea admitida la presente solicitud de revisión de la sentencia objeto de la misma, y declarada ha lugar.

II DE LA SENTENCIA CUYA REVISIÓN SE SOLICITA

El contenido de la decisión dictada el 05 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del

Estado Monagas, es del siguiente tenor:

PRIMERA DE LA RECURRIDA

La Jueza fundamento (sic) su decisión de la siguiente forma (Folios 194 al 202 de la pieza principal del presente expediente):

“Omissis...Se observa que la parte querellante alega en primer lugar que el Consejo de Protección usurpo funciones al momento de dictar la medida en relación a la extensión del permiso de lactancia materna por cuanto el mismo corresponde a las Inspectoría Laboral y a los Tribunales Laborales, así mismo indica que el Consejo de Protección violo el derecho a la defensa, debido proceso y la tutela judicial efectiva por cuanto no aplico el procedimiento establecido en el artículo (sic) 297 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y como consecuencia de esto solicita sea ANULADO todo el procedimiento administrativo sustanciado por el Consejo de Protección de Niños, Niña y Adolescentes del Municipio Maturín. Ahora bien a los fines de esta Juzgadora pronunciarse sobre lo alegado es necesario traer a colación lo relacionado a la Competencia de los Consejos de Protección la cual está establecida en el artículo 158 el cual establece: “Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son los órganos administrativos que, en cada Municipio y por mandato de la sociedad, se encargan de asegurar la protección en cada caso de amenaza o violación de los derechos y garantías de uno o varios niños, niñas o adolescentes individualmente considerados. Estos Consejos son permanentes y tendrán autonomía en el ejercicio de sus atribuciones previstas en la ley y demás normas del ordenamiento jurídico. Por otro lado el artículo (sic) 296 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece las Medidas provisionales de carácter inmediato: “Dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento del hecho, el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes competente, constatará la situación de ser posible, escuchará a las partes involucradas, al niño, niña o adolescente, y si la urgencia del caso así lo requiere, dictará las medidas provisionales de carácter inmediato que sean necesarias, para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el caso bajo estudio, de la lectura del libelo de la demanda y de los alegatos expuestos oralmente por la parte querellante así como lo alegado por la parte querellada en la Audiencia Constitucional, esta Juzgadora observa que el Consejo de Protección en ningún momento usurpo funciones por cuanto de las normas antes transcritas se evidencia claramente que dicho organismo dictó la medida de conformidad con las Atribuciones conferidas en la ley, sin embargo igualmente se observa que al momento de dictarse dicha medida, el Consejo de Protección, no siguió el procedimiento de conformidad con el artículo 297 el cual establece la notificación de la parte cuyo derecho subjetivos pudieren resultar afectados y en consecuencia ser oído y presentar sus pruebas, quedando evidentemente en un estado de indefensión, y en consecuencia violándosele el derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Por otro lado la parte Querellada solicita que se declare la NULIDAD del Procedimiento administrativo llevado por el Consejo de Protección, para lo cual es necesario indicar que la empresa PDVSA como parte accionante disponía de una vía ordinaria o medios adjetivos disponibles, la cual fue agotada, por lo cual este Tribunal deberá declarar inadmisibles la pretensión de amparo interpuesta, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6, en concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en virtud de que el agotamiento previo de la vía ordinaria constituye un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo. Así pues con fundamento a la doctrina jurisprudencial vinculante, la cual es compartida totalmente por este Órgano jurisdiccional y en atención a lo establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con los hechos alegados, este Tribunal concluye que el mismo debe declarar la INADMISIBILIDAD de la acción propuesta. Y así se declara. (...)”.-

SEGUNDA

MOTIVA

Cabe hacer mención que el Amparo Constitucional está consagrado en el Artículo 27 de nuestra Carta Magna que preceptúa:

“...Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren

expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales...”.

Dada la presente acción de amparo constitucional vale hacer mención y decir que, el acceso a la justicia está claramente delineada en la normativa constitucional que la ha elevado a la condición de principio fundamental de la estructura jurídica venezolana, instituyéndolo como un derecho humano inalienable.

Interpuesta como ha sido la presente acción de amparo constitucional, este sentenciador considera relevante traer a los autos, cual es el objeto del proceso de amparo constitucional, así el mismo es la protección de derechos y garantías constitucionales. Esta es la finalidad de esta institución, pues se trata de consagrar en el ordenamiento jurídico un proceso autónomo y algunos otros remedios adicionales para los procesos ordinarios (medidas cautelares) con la intención de agilizar la tutela judicial de los principios elementales de las personas. Dicha institución procesal habilita al ciudadano afectado para recabar ante un órgano jurisdiccional, la tutela de un derecho o libertad conculcado por los poderes públicos. Ahora bien, una vez entendido que la acción de amparo protege todos los derechos y garantías constitucionales contenidos o no en nuestra Carta Magna, corresponde tratar de precisar como debe ser la vulneración o infringimiento constitucional que haría proceder un mandamiento de amparo constitucional.

Dentro de este mismo contexto y en primer lugar, este Tribunal declara su competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional, en virtud de que guarda relación con la materia que está facultado para que este Juzgado pueda conocer de conformidad con lo dispuesto en el artículo (sic) 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En segundo lugar, una vez realizadas las consideraciones que anteceden este Tribunal de Alzada estima necesario antes de entrar a decidir acerca de la apelación en la referida acción de Amparo Constitucional, traer a colación el criterio establecido por nuestro Máximo Tribunal en su Sala Constitucional, en sentencia del 6 de julio del 2001, caso Distribuciones Caselle, C.A. amparo, en cuanto a la procedencia de la acción de amparo sin haberse agotado la vía ordinaria, al respecto estableció:

“La acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, cuando se desprenda de que el uso de los medios procesales ordinarios resultan insuficientes. De cara al segundo supuesto relativo a que la acción de amparos puede proponerse inmediatamente, esto, es sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, procede cuando se desprenda de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resultan insuficientes al restablecimiento (sic) del disfrute del bien jurídico lesionado. Alguna de tales circunstancias podría venir dada cuando por ejemplo: la pretensión exceda del ámbito intersubjetivo para afectar gravemente al interés general o el orden público constitucional, en caso de que el recurrente pueda sufrir una desventaja inevitable o la lesión devenga irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa (lo que no puede enlazarse al hecho de que tal vía sea costosa o menos expedita que el procedimiento de amparo), cuando no exista vía de impugnación contra el hecho lesivo o ésta sea de imposible acceso; cuando el peligro provenga de la propia oscuridad o complejidad del ordenamiento procesal, ante dilaciones indebidas por parte los órganos judiciales, tanto en vía de acción principal como vía de recurso (debe recordarse, no obstante que el concepto de proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto deberá ser obtenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Podrían identificarse, como ejemplo, de tales criterios objetivos la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración

de los litigios del mismo tipo, la conducta procesal del interesado y de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora podrían derivar para los litigantes. Así pues, criterios de razonabilidad pesaran sobre la decisión que se tome en cada caso concreto)”.

Ahora bien, dados los hechos que anteceden y en total apego al criterio antes transcrito, este Tribunal de alzada pasa a pronunciarse sobre la admisibilidad o no de la presente acción de amparo en los términos que a continuación se circunscriben:

Observa quien aquí decide, tomando en cuenta que la parte querellante no optó por la vía idónea, para satisfacer sus pretensiones y siendo el caso que posteriormente recurre a la vía extraordinaria mediante la referida acción de amparo, sin justificar el motivo por el cual decidió acudir al amparo y omitir tal como se expresó *supra* la vía idónea para obtener lo que a través de la referida acción se pretende, no evidenciando quien aquí decide que efectivamente se desprenda del escrito libelar las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que hagan presumir que el uso de los recursos pertinentes al caso resultasen insuficientes al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado, tal y como lo estipula la jurisprudencia precedentemente transcrita. Y así se decide.-

Con base a los razonamientos que anteceden, este Sentenciador estima necesario destacar la Sentencia N° 1093 de fecha 5-6-2002 con Ponencia del Magistrado JOSÉ DELGADO OCANDO, en la cual se señala: “...la acción de amparo constitucional será ejercida en los siguientes casos: a) Una vez que la vía judicial ordinaria haya sido instada y que respecto de la decisión recaída en dicho juicio hayan sido agotados los medios recursivos procedentes (siempre y cuando la invocación formal del derecho fundamental presuntamente vulnerado, en la vía o a través del medio correspondiente, no haya sido satisfecha); o b) Ante la evidencia de que el uso de las vías judiciales o los recursos procesales ordinarios, en el caso concreto de y en virtud de la urgencia de la restitución, no diera satisfacción a la pretensión deducida (Subrayo de este Tribunal).

Acogiendo igualmente este Tribunal el criterio jurisprudencial sostenido por la Sala Constitucional, en sentencia No. 2.369 del 23 de Noviembre de 2.001, (Caso MARIO TÉLLEZ GARCÍA), que precisó:

“...La acción de amparo es inadmisibile cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por argumento a contrario es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso el Juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria constitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la Jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente. De otro modo, la antinomia interna de dicho artículo autorizaría al Juez a resolver el conflicto de acuerdo con las técnicas integrativas de que dispone el intérprete (H. KELSEN. Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1953, trad, de MOISÉS NILVE)” (Negrillas de la Sala).

En consideración a lo anterior, estima este Tribunal que existiendo otras vías idóneas que les ofrece el Ordenamiento Jurídico a los accionante para impugnar o atacar resoluciones que consideren lesivas a sus derechos, resulta inadmisibile la acción de amparo, toda vez que esta acción esta reservada únicamente para restablecer las situaciones que provengan de violaciones de derechos y garantías fundamentales, pero de ninguna forma de las regulaciones legales que se establezcan, aún cuando las mismas se fundamenten en tales derechos y garantías. En razón a ello, la presente acción resulta inadmisibile por cuanto el accionante recurrió a una vía extraordinaria sin agotar la vía ordinaria, con lo cual se perdería la razón para la cual fue creada esta acción, aunado al hecho que lo que se persigue con el presente amparo es que se declare nulo todo el procedimiento administrativo sustanciado por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Maturín del estado Monagas, resultando a todas luces improcedente los fines perseguidos por el querellante, por cuanto tal y como quedó precedentemente establecido el alcance y finalidad de la acción de amparo es restablecer violaciones de normas constitucionales y no de rango legal es decir no se puede pretender atacar con dicha acción la nulidad de actos. Y así se decide.-

En consecuencia, basándonos en los razonamientos que anteceden y por la decisión citada, este Sentenciador considera que mal podría declarar la admisibilidat de la demanda bajo estudio, si el

hoy querellante dejó de recurrir a las vías ordinarias, resultando INADMISIBLE la presente acción de Amparo Constitucional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6º, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Y así se decide.

Dados los planteamientos que anteceden este Juzgador estima la improcedencia de la apelación planteada, quedando en consecuencia ratificada la decisión recurrida. Y así se decide.

TERCERA

DISPOSITIVA

Por los razonamientos que anteceden este Tribunal Superior Primero, impartiendo justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 242 declara SIN LUGAR la apelación ejercida por el abogado ALFREDO JOSE BUSTAMANTE BARAGANA, up supra identificado, actuando en su carácter de co-apoderado judicial de la Sociedad Mercantil PDVSA PETROLEOS, S.A., parte accionante en la presente causa y en tal sentido se declara INADMISIBLE la demanda que por AMPARO CONSTITUCIONAL, intentara en contra del CONSEJO DE PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DEL MUNICIPIO MATORIN DEL ESTADO MONAGAS, representado por los consejeros de Protección abogados JHONNY POITO, DAYSELYS CARDIEL, KARELYS GONZALEZ, YVON SALAZAR y HORACIO CUADRA. En consecuencia, se RATIFICA en todas sus partes 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 Circunscripción Judicial del estado Monagas, de fecha 20 de agosto de 2015.

III DE LA COMPETENCIA

El artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le atribuye a esta Sala Constitucional la potestad de *“Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”*.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes, abarca fallos que hayan sido emitidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, conforme al artículo 25, numeral 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como por los demás tribunales de la República, de acuerdo al artículo 25, numeral 10, *“eiusdem”*, pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

Ahora, por cuanto fue propuesta ante esta Sala la solicitud de revisión constitucional de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas el 05 de octubre de 2015, esta Sala se declara competente para conocer de dicha solicitud. Así se declara.

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 la acción 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 *eiusdem*). (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.

Ello 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*”.

Publíquese, regístrese y archívese el expediente. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 30 días del mes de Noviembre de dos mil diecisiete (2017). Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

Juan José Mendoza Jover

Ponente

El Vicepresidente,

Arcadio Delgado Rosales

Los Magistrados,

Carmen Zuleta de Merchán

Calixto Ortega Ríos

Luis Fernando Damiani Bustillos

Lourdes Benicia Suárez Anderson

René Alberto Degraes Almarza

La Secretaria,

Mónica Andrea Rodríguez Flores

**EXP. N.º 16-0103
JJMJ**