

**San José, 18 de setiembre de 2023.
Criterio N° DJ-AJ-C-389-2023.**

**MBA. Ana Eugenia Romero Jenkins
Directora Ejecutiva
Poder Judicial
S.D.**

Estimada señora:

Por medio de la presente se procede a emitir criterio jurídico en relación con la consulta planteada mediante el oficio N° **789-DE-2023**, recibido a través de la cuenta oficial de la Dirección Jurídica el 4 de setiembre de 2023.

I. De la Gestión:

Mediante el oficio N° 789-DE-2023, remitido a esta Dirección Jurídica el 4 de setiembre de 2023, se da traslado de la consulta presentada por la Máster Yorleny Ferreto Solano, Asesora Jurídica de la Unidad de Género del Organismo de Investigación Judicial, a la Dirección Ejecutiva, mediante la cual, remite la consulta planteada por la servidora **Nombre 001**, referente a la aplicación de la hora de lactancia para las personas servidoras judiciales que se desempeñan en una jornada laboral de 12 horas; alegando que, previa consulta realizada a la Comisión Nacional de Lactancia Materna, se le indicó que la licencia de lactancia debe otorgarse de manera proporcional a la jornada de trabajo, adjuntando la siguiente respuesta:

(IMAGEN 001)

En razón de lo anterior, la Dirección Ejecutiva indica que, esa situación constituye un caso atípico para esa Dirección, dado que las solicitudes de licencia para el goce de la lactancia materna tramitadas por esa oficina a la fecha, han sido para mujeres que se desempeñan en horarios ordinarios de 8 horas, por lo que, en aplicación del artículo 95 y 97 del Código de

Trabajo, las licencias se han extendido por una hora; razón por la cual solicita criterio a esta Dirección Jurídica respecto a si, *“en efecto se debe atender este caso considerando la jornada de 12 horas y de este modo asignar el tiempo para el disfrute de la hora de lactancia de manera proporcional, de manera que se supere la hora concedida ordinariamente”*.

II. Análisis:

De previo a la exposición del criterio, se estima oportuno recordar que, en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento de la Dirección Jurídica del Poder Judicial, contenido en la circular N° 251-2017, aprobado por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia en el artículo XXXIII de la sesión N° 47-14, celebrada el día 06 de octubre de 2014, debe entenderse que esta Dirección cumple funciones de asesoría jurídica en términos generales respecto de los alcances de la legislación vigente y no sustituye la valoración de cada caso concreto que legalmente compete al órgano administrativo consultante, en virtud de lo cual, este acto constituye una orientación jurídica general sobre la base de la información y solicitud que plantea esa Dirección, sin que se prejuzgue o sustituya la capacidad de toma de decisiones que le compete como oficina consultante.

Es así como, frente a la presente solicitud de criterio, hay que recordar que la labor de la asesoría legal en materia de criterios jurídicos, es orientar en los alcances legales del ejercicio administrativo, pero un límite legal y ético de quienes ejercen una adecuada asesoría jurídica, es no sustituir a los órganos competentes en el ejercicio de su decisión, sino tan solo ofrecer elementos para su valoración o de lo contrario, los órganos de decisión quedarían vaciados de su autoridad, sus competencias y responsabilidades y quedarían tan solo como simples repetidores o ejecutores de lo que el abogado diga, lo que haría que, en la práctica, sea el asesor jurídico quien ostente el poder institucional, a contrapelo de la decisión de la sociedad expresada en la legislación que otorga y deslinda las competencias públicas.

En lo que respecta al tema de consulta, entiende esta Dirección que se requiere criterio jurídico sobre la aplicación de la licencia de lactancia materna para los casos en que las madres lactantes laboran jornadas de 12 horas.

Al respecto, esta unidad asesora se permite exponer lo siguiente:

1. Sobre la importancia de la lactancia materna y su protección por parte del Estado.

La lactancia materna se encuentra protegida a través de instrumentos jurídicos internacionales como lo es, la Declaración de los Derechos del Niño, la cual dispone en el principio N° 2 que *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda **desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*** (El énfasis es suplido). Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en Costa Rica mediante la Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, precisa en su artículo 24, inciso 1 que *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”* (El énfasis es suplido); del mismo modo, el inciso 2, punto e) de ese mismo artículo establece la obligación de los Estados de asegurar que los padres y los menores conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, así como las ventajas de la lactancia materna. Asimismo, es importante considerar que la Organización Mundial de la Salud indica que la lactancia materna *“ofrece una defensa poderosa contra las enfermedades y todas las formas de malnutrición infantil, incluida la emaciación”*¹. En igual sentido el denominado

¹ Organización Mundial de la Salud. *Declaración conjunta de la Directora Ejecutiva de UNICEF, Catherine Russell, y del Director General de la OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, con motivo de la Semana Mundial de la*

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, regula el derecho que tienen las personas a una nutrición adecuada que le permita un alto nivel de desarrollo intelectual, emocional y físico,² también protege el derecho a la constitución y protección de la familia mediante la obligación del Estado de garantizar a los niños una apropiada alimentación, tanto en la etapa de lactancia como durante la edad escolar;³ razón por la cual, es trascendental que el Estado a través de diversas disposiciones normativas proteja el derecho que tienen los menores de edad a la lactancia materna.

En razón de lo anterior, nuestra Constitución Política contiene una protección especial para las madres y los hijos a través del artículo 51, mediante el cual se establece que *“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, **tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.**”* (El énfasis es suplido). Asimismo, el artículo 71 del mismo cuerpo normativo supra citado dispone que *“Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo”*; de manera que, de la citada norma constitucional y otras legislaciones de carácter nacional, así como instrumentos jurídicos internacionales que resguardan los derechos humanos y que han sido ratificados por Costa Rica, surge el derecho del niño a ser amamantado por su madre, como resguardo del derecho del menor a gozar de una óptima nutrición y salud. ⁴

Lactancia Materna. <https://www.who.int/es/news/item/31-07-2022-joint-statement-by-unicef-executive-director-catherine-russell-and-who-director-general-dr-tedros-adhanom-ghebreyesus-on-the-occasion-of-world-breastfeeding-week>

² Artículo 12, inciso 1 del Protocolo de San Salvador.

³ Artículo 15 ibídem.

⁴ En ese sentido se puede observar la resolución N° 09158-2021 de las nueve horas con cinco minutos del siete de mayo de dos mil veintiuno, mediante la cual se reiteran las sentencias números 1993-06103 de las once horas doce minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres, 2004-12218 de las 14:04 horas del 29 de octubre del 2004, 2011-00635 de las ocho horas y treinta y nueve minutos del veintiuno de enero del dos mil once.

En relación con lo anterior, la **Sala Constitucional** mediante la resolución N° 09158-2021 de las nueve horas con cinco minutos del siete de mayo de dos mil veintiuno, reiteró la resolución N° 2012-002548 de las diez horas con cincuenta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil doce, en donde se abordó la importancia de la lactancia materna, al indicar, lo siguiente:

*“III.- Sobre la lactancia materna. La Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia recomiendan la lactancia materna por ser una de las **formas más eficaces de asegurar la supervivencia infantil y de garantizar a los niños un crecimiento y desarrollo saludables.** Señala la Organización Mundial de la Salud que la leche materna **es el alimento ideal para los recién nacidos y lactantes, pues es inocua, aporta todos los nutrientes que necesitan para un desarrollo sano, y contiene anticuerpos que protegen al infante contra enfermedades frecuentes** como la diarrea y la neumonía. La leche materna, que es el primer alimento natural de los niños, les proporciona toda la energía y los nutrientes que necesitan durante sus primeros meses de vida y sigue aportándoles al menos la mitad de sus necesidades nutricionales durante la segunda mitad del primer año y hasta un tercio durante el segundo año de vida. La leche materna **promueve el desarrollo sensorial y cognitivo de los bebés y los protege de enfermedades infecciosas y crónicas.** La lactancia materna también **contribuye a que el niño mantenga una buena salud durante el resto de su vida,** ya que los adultos que de pequeños tuvieron acceso a la lactancia materna, suelen tener una tensión arterial más baja, menos colesterol y menores tasas de sobrepeso, obesidad y diabetes de tipo 2. **También beneficia a la madre, pues la lactancia materna reduce el riesgo de cáncer de mama y ovario en fases posteriores de la vida, recupera rápidamente su peso anterior al embarazo, y reduce las tasas de obesidad.** La Organización Mundial de la Salud afirma que la lactancia materna **reduce la morbilidad y mortalidad infantil, mejora el desarrollo general del niño, y tiene beneficios sanitarios que llegan hasta la edad adulta.** Por tal razón, tal organismo recomienda la lactancia materna exclusiva durante los primeros 6 meses de vida y a partir de entonces su refuerzo con alimentos complementarios al menos hasta los 2 años.”*

(El énfasis es suplido).

Aunado a lo anterior, es importante señalar que, la **Sala Constitucional** ha indicado que el derecho a la lactancia materna es irrenunciable. En ese sentido mediante la resolución N°

2021-009158 de las nueve horas con cinco minutos del siete de mayo de dos mil veintiuno, se indicó, lo siguiente: **“el derecho a la lactancia es irrenunciable** y obedece, a su vez, a lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el derecho que tiene todo niño a disfrutar del más alto nivel de salud, lo que incluye una buena nutrición y el reconocimiento de las ventajas de la lactancia materna. Por lo que si: “(...) a la madre debe procurársele la posibilidad de amamantar a su hijo, constituyéndose así un derecho a su favor, este derecho surge precisamente de la necesidad y de ese derecho que tiene todo niño a ser amamantado por su madre según la Convención referida”⁵

Como se puede observar, la lactancia materna aporta grandes beneficios tanto para el niño como para la madre; razón por la cual, el Estado tiene la obligación de proteger este derecho humano, el cual es de suma importancia para el desarrollo integral y saludable del menor lactante. En virtud de lo anterior, el legislador creó la Ley N° 7430 denominada “Ley de Fomento de la Lactancia Materna”, cuyo objetivo es **“fomentar la nutrición segura y suficiente para los lactantes, mediante la educación de la familia y la protección de la lactancia materna**. Para ello se dará el apoyo específico a los programas y las actividades que la promuevan y se regulará la publicidad y la distribución de los sucedáneos de la leche materna, de los alimentos complementarios, cuando se comercialicen como tales, y de los utensilios conexos.” (El énfasis es suplido).

Por otra parte, la Ley N° 5395, denominada “Ley General de la Salud”, también regula la importancia de la lactancia materna, al indicar en lo que interesa, lo siguiente:

“Artículo 12- Toda mujer gestante tiene derecho a los servicios de información materno-infantil, al control médico durante su embarazo, a la atención médica del parto y a recibir alimentos para completar su dieta, o la del niño, durante el periodo de lactancia.

(...)

Toda mujer embarazada, antes, durante y después del parto, tiene derecho a:

⁵ Resolución de la Sala Constitucional N° 2021009158 nueve horas cinco minutos del siete de mayo de dos mil veintiuno.

(...)

f) Mantener el apego posparto con el niño o la niña, salvo determinación médica justificada.

g) Recibir información clara y concisa sobre su condición y los beneficios de la lactancia materna.

(...)” (El énfasis es suplido).

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se determina que el Estado Costarricense tiene la obligación de proteger el interés superior del menor; en consecuencia, debe promover y asegurar las condiciones óptimas necesarias “*para garantizar en la máxima medida posible la supervivencia del menor y su desarrollo, así como adoptar las medidas apropiadas para asegurar su debida nutrición en aras de garantizarle el disfrute del más alto nivel posible de salud y un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículos 3, 7, 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño)*”.⁶

2. Sobre la aplicación de la licencia de lactancia materna para los casos en que las servidoras judiciales laboran jornadas de 12 horas.

La Sala Constitucional mediante la resolución N° 2018-013502 de las trece horas con siete minutos del diecisiete de agosto de dos mil dieciocho, desarrolló el concepto de licencia por lactancia materna, al indicar que corresponde al “*tiempo remunerado dentro de la jornada laboral, que obtiene una madre luego del vencimiento de su licencia por maternidad o a partir de su reincorporación al lugar de trabajo, que tiene como fin lograr el amamantamiento y vínculo oportuno con su hijo o hija.*”

El **artículo 97 del Código de Trabajo**, desarrolla los intervalos que podrá disponer la madre para hacer efectivo el derecho a la lactancia materna. El citado artículo dispone lo siguiente:

⁶ Resolución de la Sala Constitucional N° 2018-013502 de las trece horas con siete minutos del diecisiete de agosto de dos mil dieciocho.

“Artículo 97- Toda madre en período de lactancia deberá disponer, en los lugares donde trabaje y **durante sus horas laborales**, de **un intervalo, al día** a elegir, de:

- a) Quince minutos cada tres horas.
- b) Media hora dos veces al día.
- c) Una hora al inicio de su jornada.
- d) Una hora antes de la finalización de la jornada laboral.
- e) O bien, podrá escoger entrar una hora más tarde o salir una hora más temprano de su sitio de trabajo. Para cualquiera de estas dos opciones, la hora deberá de ser remunerada.

Lo cual comunicará a la parte patronal y si es necesario podrían ponerse de acuerdo en alguna de las anteriores opciones.

Lo anterior, salvo el caso de que mediante un certificado médico se pruebe que solo necesita un intervalo menor.

La persona empleadora se esforzará también por procurar a la madre algún medio de descanso dentro de las posibilidades de sus labores, que deberá computarse como tiempo de trabajo efectivo, al igual que los intervalos mencionados anteriormente, para efectos de su remuneración.

(Así reformado por el artículo 1° de la Ley para combatir la discriminación laboral contra las mujeres en condición de maternidad, N° 10211 del 5 de mayo de 2022)”
(El énfasis es suplido).

De conformidad con la norma anteriormente citada, esta Dirección Jurídica considera aplicable el aforismo “*In claris non fit interpretatio*”, es decir, si el sentido de la norma es claro y refleja sin lugar a dudas la intención del legislador, a ese tenor ha de estarse necesariamente.⁷ En ese sentido, el artículo 10 del Código Civil establece que: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.*”

⁷ En ese sentido véase la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 00359-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del doce de mayo del año dos mil.

Conforme a lo anterior, es indudable entonces que, cuando el texto desarrollado en la norma es claro, su interpretación es innecesaria. También debe mencionarse el **principio general del derecho** que señala que no se puede distinguir donde la Ley no distingue, lo que da lugar a que no se pueda interpretar el contenido del artículo 97 del Código de Trabajo, dado que del texto de ese artículo, claramente se desprende que, la madre deberá elegir un intervalo de tiempo al día para disfrutar de la licencia por lactancia materna; es decir, el intervalo de tiempo que seleccione será para gozarlo de manera diaria, independientemente de la jornada de trabajo que desempeñe, no existiendo norma legal que faculte a la Administración para que pueda brindar un intervalo de tiempo diario mayor a los establecidos. De manera que, no existe sustento normativo para hacer una diferencia de trato basada en la jornada.

En virtud de lo anterior, resulta necesario tener presente que, conforme al **Principio de Legalidad Administrativa**, establecido en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración únicamente puede realizar aquellos actos o actuaciones previamente autorizadas en el ordenamiento jurídico, no pudiendo arrogarse facultades que la ley no le concede. De manera que, el límite a la actuación de los poderes públicos lo constituye el bloque de constitucionalidad y de legalidad. En ese sentido el numeral 6 de la **Ley General de la Administración Pública**, regula la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo estableciendo el siguiente orden:

- a) La Constitución Política.
- b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana.
- c) Las leyes y los demás actos con valor de ley.
- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes y los de los otros Supremos Poderes den la materia de su competencia.
- e) Los demás reglamentos del Poder ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados.
- f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

En razón de lo anteriormente expuesto, se determina que la autorización legal existe para que la madre escoja uno de los intervalos de tiempo desarrollados en el numeral 97 del Código de Trabajo con la finalidad de gozar de una licencia por lactancia materna, la cual será **aplicable de manera diaria**.

Asimismo, en relación con el tema sometido a análisis legal, respecto a la aplicación de la licencia de lactancia materna para los casos en que las madres lactantes laboran jornadas de 12 horas, la Sala Constitucional mediante la resolución N° 04289-2015 de las nueve horas con treinta minutos del veintisiete de marzo de dos mil quince, analizó un recurso de amparo cuyo objeto se desarrolla a continuación *“La recurrente alega que la amparada está nombrada en una plaza de Administrativo Municipal 1 en la Municipalidad de Heredia y realiza monitoreo de cámaras de vigilancia de seguridad, por lo que no puede incluirse dentro de la jornada de excepción del artículo 143 del Código de Trabajo, propio de funcionarios policiales. Dice que, sin embargo; se le aumentó el número de horas a laborar diariamente y que debe trabajar en un horario nocturno, sin tomar en cuenta que tiene un bebe que amamantar, y que las jornadas de 12 horas, como jornada ordinaria en trabajadores administrativos, es inconstitucional”*.

En razón de lo anterior, la **Sala Constitucional** resolvió lo siguiente:

“(…) no es propio que, primeramente, determine si la labor que realiza la tutelada corresponde o es equiparable a la función policial y en virtud de lo cual le sea aplicable el régimen especial que rige para los policías. Así como que luego defina la procedencia de la ampliación y cambio de jornada laboral objetada tomando en cuenta esa valoración inicial. En consecuencia, si la recurrente cuestiona -en atención a las particulares labores que desarrolla la amparada en la Municipalidad de Heredia- la conveniencia, necesidad o procedencia del mencionado cambio en la jornada de trabajo, lo que corresponde es que presente sus reproches en la vía de legalidad respectiva, pues ello hace referencia a un conflicto de legalidad ordinaria propio de analizarse y resolverse en tal sede. Bajo esas estimaciones, el recurso es improcedente en cuanto a este extremo y así se declara.

(…)

En autos, se encuentra plena e idóneamente acreditado que la amparada disfrutó de un periodo de lactancia hasta que su hijo cumplió dos años de edad, el cual venció el 9 de marzo del 2015, pero el médico recomendó que se le extendiera el

permiso por 6 meses más. Que, por ello, mediante acción de personal No. 034-2015 del 10 de marzo del 2015, se le otorgó licencia para lactancia de su hijo por una hora por día, del 10 de marzo al 10 de setiembre del 2015. Además, según informó el alcalde de Heredia –bajo la solemnidad del juramento y con las consecuencias legales que implica-, se acordó con la amparada que la hora de lactancia la tomaría los días que se encuentra de día de 06:00 a.m. a 07:00 a.m., por lo que entra a laborar a las 07:00 a.m. y los días de noche de las 05:00 a.m. a las 06:00 a.m., por lo que se retira de las labores a las 5:00 a.m. Así, **se tiene que pese al cambio de horario laboral aquí objetado, lo cierto del caso es que la amparada continúa disfrutando de su derecho a la lactancia (informes y prueba aportada)**. A mayor abundamiento, no consta de modo alguno que dicha variación horaria le impida a la amparada alimentar a su hijo (...).”

De lo anteriormente citado, se desprende que la Sala Constitucional avala que el período de una hora diaria para el goce de la licencia por lactancia materna es acorde a la legalidad, para las personas que laboran durante una jornada de 12 horas.

Ahora bien, ¿Cómo debe aplicarse el período de lactancia en embarazos múltiples, para las madres que laboran jornadas de 12 horas?

Sobre el particular, la **Sala Constitucional** ha manifestado lo siguiente:

*“Bajo esa inteligencia, es claro que la interpretación que debe hacerse del artículo 97 del Código de Trabajo consiste en que el lapso de una hora está referido a aquellos casos en que el parto haya sido de un solo menor de edad. En efecto, tal disposición es precisa en señalar que el tiempo reconocido es “(...) de media hora dos veces al día durante sus labores, con el objeto de amamantar **a su hijo**” (lo destacado no corresponde al original). Ergo, **en el supuesto de que se tenga más de un hijo, deberá multiplicarse esa hora diaria por cada recién nacido por amamantar**. Ciertamente, no se refiere expresamente al caso de los partos múltiples; sin embargo, si se efectúa una interpretación finalista de la norma (búsqueda de la finalidad verdadera de las leyes), concretamente del permiso de lactancia, es evidente que la respuesta a la cuestión debe ser positiva a la pretensión de la amparada. Una interpretación en esta línea es conforme al espíritu y finalidad de la disposición, habida cuenta que **la lactancia es protegida como derecho esencial de la persona menor de edad, cuyo disfrute es individual para cada recién nacido, esto es no debe verse limitado**”*

compartiéndolo con varios menores en caso de un parto múltiple. En efecto, el titular del derecho a la lactancia no solo es la madre sino también la persona menor de edad, lo que **implica que cada recién nacido tiene derecho a una hora completa de lactancia, de modo que en los casos donde se da más de uno, dicha hora no se debe compartir sino multiplicar de manera proporcional al número de recién nacidos.**

La lógica de la tesis expuesta se demuestra aún más con el siguiente argumento: si se sostuviera que el permiso de lactancia es, ineludiblemente, una hora diaria, a pesar de que se hubiera verificado un parto múltiple, por ejemplo de cuatrillizos, esto significaría que para poder alimentar a cada uno de los cuatro recién nacidos, la madre tendría que dividir una sola hora diaria entre ellos, correspondiéndole entonces a cada menor de edad apenas 15 minutos diarios de lactancia, escenario que definitivamente resulta absurdo e insuficiente, atendiendo a la finalidad de la norma legal así como a los diversos principios e instrumentos internacionales citados para fundamentar esta decisión.

El Principio del Interés Superior del Menor dicta, necesariamente, una interpretación finalista en esta línea, a fin de que los patronos incrementen las horas de lactancia en el caso de partos múltiples, en atención al número de recién nacidos involucrados. Ahora bien, resulta necesario advertir que debe existir una conexión entre el uso del permiso y los fines para los que este se concede; así, **el tiempo que por el permiso se resta a la actividad laboral, ha de dedicarse al cuidado y alimentación del menor** (o de los menores, como sucede en el sub lite), no implica que la trabajadora pueda aumentar su tiempo libre en detrimento de los derechos fundamentales del menor (o menores) de edad.” (El énfasis es suplido).⁸

Asimismo, mediante el criterio jurídico N° DJ-AJ-2790-2018 del 21 de agosto de 2018, esta Dirección Jurídica se refirió a la aplicación de la lactancia materna para los casos en que las madres servidoras judiciales tienen dos o más hijos lactantes. Al respecto, se concluyó lo siguiente:

“Igualmente, cada niño o niña, independientemente de los hijos e hijas que la servidora judicial tenga, posee un derecho de alimentación que debe de otorgársele y respetársele a cada uno, como individuos que son, pues el interés primordial del menor a la salud y alimentación es lo que prevalece. En este orden de ideas, debe entenderse que el titular del derecho es cada niño o niña y no tanto

⁸ Resolución N° 13194-2021 de las nueve horas con treinta minutos del once de junio de dos mil veintiuno.

la madre, por lo que cada uno de ellos tiene derecho al disfrute de la respectiva hora, en tanto que el acto de amamantar tiene connotaciones naturales y psicológicas que se incorporan como parte de la esfera jurídica de cada persona menor.”

De conformidad con lo anterior, queda claro entonces que, a las servidoras judiciales que posean dos o más hijos o hijas menores lactantes, se les debe otorgar una hora por cada uno de ellos o ellas, toda vez que, esto resulta esencial para garantizarle a los menores una alimentación adecuada en igualdad de condiciones, a la luz del principio del interés superior del niño.⁹

Finalmente, resulta importante aclarar que los criterios emitidos por la Comisión Nacional de Lactancia Materna **no son vinculantes**. Se debe recordar que, para que los dictámenes o recomendaciones de los órganos o entes administrativos tengan efecto vinculante, debe estar autorizado en la Ley; es decir, es reserva de ley.

En ese sentido, el artículo 303 de la **Ley General de la Administración Pública** dispone que *“Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley”*; razón por la cual, queda claro que solo el legislador puede dar la atribución de vinculante; sin embargo, para el caso que nos ocupa, tal y como se desprende del artículo 3 de la Ley de Fomento de la Lactancia Materna, mediante la cual se crea la Comisión de la Lactancia Materna como un órgano adscrito al Ministerio de Salud, se indica que esta es la encargada de recomendar las políticas y normas que se daban promulgar sobre la lactancia materna; motivo por el cual, la Comisión Nacional de Lactancia Materna únicamente tiene la facultad expresa de **recomendar**.

⁹ El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, indica que *“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

3. Sobre la protección de la licencia de lactancia que debe brindar la Administración a las madres lactantes trabajadoras.

Mediante el oficio N° 789-DE-2023 suscrito por la Dirección a su cargo, se solicitó criterio jurídico respecto a la forma en que se debe aplicar la licencia de lactancia materna para los casos en que las madres lactantes laboran jornadas de 12 horas; sin embargo, de la seguidilla de correos que remiten, se desprende que, la servidora **Nombre 001**, también consulta lo siguiente: *“Además quisiera saber en casos en que la jornada laboral se extiende más de las doce horas, y la trabajadora no puede salir al finalizarse las doce horas del rol, si se pierde el derecho a la hora de lactancia o en ese caso se podría tomarse en la jornada siguiente, ya que también es usual que las jornadas laborales se extiendan por más de las doce horas del rol, hasta por 16 o 18 horas siendo extenuante para la mujer en periodo de lactancia y lo que ello implica”*

Con la finalidad de brindar respuesta a lo anterior, es necesario considerar lo siguiente:

Los investigadores que laboran en la Sección de Inspecciones Oculares y Recolección de Indicios del Departamento de Investigaciones Criminales del Organismo de Investigación Judicial, tienen fijada una jornada de doce horas, esto en virtud de que así lo dispuso la **Corte Plena** en la sesión N° 51-92 celebrada el 19 de octubre de 1992, artículo XXX, al indicar: *“La jornada ordinaria de trabajo de los investigadores es de doce horas, incluido dentro de ella el descanso mínimo de una hora y media”*. Lo anterior, fue acordado de esa manera, al considerar que los servidores que se desempeñan como investigador judicial en el Organismo de Investigación Judicial, se encuentran excluidos de la limitación de la jornada de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 del Código de Trabajo.¹⁰

Ahora bien, el artículo 143 del **Código de Trabajo** establece lo siguiente:

¹⁰ En igual sentido se puede observar el criterio N° DJ-AJ-1862-2016 del 16 de agosto del 2016, conocido en la sesión del Consejo Superior 82-2016 celebrada el 1 de setiembre de 2016, artículo CVII.

“ARTICULO 143.-

Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata: los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo.

*Sin embargo, estas personas **no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo** y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.”*

De conformidad con lo anterior, resulta necesario comprender que los investigadores se encuentran sometidos a lo establecido en el artículo supra citado, el cual claramente estipula que este grupo de personas trabajadoras “*no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo*”; motivo por el cual, la Administración está en la obligación de organizar cualquier situación para que la servidora judicial pueda hacer efectiva la licencia de lactancia, que, como se detalló en el primer punto del presente criterio jurídico, corresponde a un derecho fundamental que debe ser respetado y protegido, dado que resguarda el derecho a la salud, tanto del menor como de la madre, y, además, contribuye al desarrollo integral del menor otorgándole una alimentación óptima.

En relación con lo anterior, la **Sala Constitucional** mediante la resolución N° 06103-1993 de las once horas con doce del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres, determinó que cuando una madre se encuentra gozando de una licencia por lactancia materna, la Administración debe tomar las medidas del caso para no afectar el servicio público.

En virtud de lo anterior, la Administración ha emitido una serie de circulares para proteger el derecho a la lactancia materna. En ese sentido, mediante la circular N° 143-2013 denominada “*Lineamientos generales para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia*”, publicada en el Boletín Judicial N° 27 del 07 de febrero de 2014, la cual fue reiterada

recientemente mediante la circular N° 077-2023 publicada en el Boletín Judicial N° 75 del 02 de mayo de 2023, se comunica los lineamientos aprobados por el **Consejo Superior** en la sesión N° 74-13, celebrada el 24 de julio de 2013, artículo XCII, entre los cuales se destacan los siguientes:

- “-Velar porque se cumpla a cabalidad la normativa nacional e internacional aplicable a trabajadoras embarazadas y en período de lactancia.*
- Evitar presiones que impidan a las compañeras que cuentan con permiso de lactancia hacer uso de ese derecho y no enviarlas a giras que les impidan hacer uso efectivo del tiempo asignado para ese efecto.”*

Asimismo, la circular informa que *“serán las jefaturas las responsables de aplicar y cumplir estos lineamientos”*.

Del mismo modo, mediante la circular N° 03-DG-2012 de la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, la cual fue dirigida a la Jefatura del Departamento de Investigaciones Criminales, Jefes de Sección, Jefes de Delegación, Subdelegación, Oficinas y Unidades Regionales, se comunicó que *“En lo que respecta a las servidoras que se encuentren en período de lactancia, las jefaturas deberán velar porque se respete la normativa laboral aplicable en el Poder Judicial”*. Asimismo, mediante la circular interna N° 49-DG-2018 de esa misma Dirección, la cual se dirigió a todas las jefaturas de ese Organismo, se indicó que *“Ante cualquier situación laboral priva el interés superior del menor y de la madre en periodo de lactancia; escenario que deben anteponer ante acontecimientos que se presenten en la oficina y que ustedes como Jefatura deben resolver”*.

En razón de lo anteriormente expuesto, resulta importante comprender que, el límite a la actuación de los poderes públicos lo constituye el bloque de constitucionalidad y de legalidad; razón por la cual, a las madres que se encuentren en licencia por lactancia materna se les debe respetar el derecho fundamental a brindar alimento a su hijo; para lo cual, la Administración deberá tomar las medidas necesarias con el fin de evitar que este derecho sea vulnerado.

III. Conclusiones.

De conformidad con todo lo expuesto, y con fundamento en el **Principio de Legalidad Administrativa** desarrollado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, así como, con fundamento en la siguiente normativa: principio N° 2 de la Declaración de los Derechos del Niño; artículos 3.1, 24, inciso 1 e inciso 2, punto e) de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en Costa Rica mediante la Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990; artículos 12, inciso 1 y 15 del Protocolo de San Salvador; artículos 51 y 71 de la Constitución Política; Ley N° 7430 denominada “*Ley de Fomento de la Lactancia Materna*”; artículo 12 de la Ley N° 5395, denominada “*Ley General de la Salud*”; artículos 97 y 143 del Código de Trabajo; artículo 10 del Código Civil; numerales 6 y 303 de la Ley General de la Administración Pública; resoluciones N° 09158-2021 de las nueve horas con cinco minutos del siete de mayo de dos mil veintiuno, N° 2018-013502 de las trece horas con siete minutos del diecisiete de agosto de dos mil dieciocho, N° 04289-2015 de las nueve horas con treinta minutos del veintisiete de marzo de dos mil quince, N° 13194-2021 de las nueve horas con treinta minutos del once de junio de dos mil veintiuno y N° 06103-1993 de las once horas con doce del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 00359-2000 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del doce de mayo del año dos mil; así como la circular N° 143-2013 denominada “*Lineamientos generales para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia*”, publicada en el Boletín Judicial N° 27 del 07 de febrero de 2014, la cual fue reiterada mediante la circular N° 077-2023 publicada en el Boletín Judicial N° 75 del 02 de mayo de 2023; la circular N° 03-DG-2012 de la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial y el criterio jurídico N° DJ-AJ-2790-2018 del 21 de agosto de 2018; se concluye lo siguiente:

1. La **lactancia materna** constituye un **derecho fundamental** irrenunciable, que resguarda el derecho a la salud tanto del menor como de la madre, y, además, contribuye al desarrollo integral del menor otorgándole una alimentación adecuada; razón por la cual,

es obligación del Estado brindar protección especial a la madre y al niño que se encuentra gozando de este derecho, protegiendo a su vez, el interés superior del menor.

2. Conforme al Principio de Legalidad Administrativa (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), así como, a lo establecido en el artículo 10 del Código Civil, según el cual, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras y al principio jurídico que dispone que, no se puede distinguir donde la Ley no distingue, para justificar un trato diferente, en cuanto al tema bajo consulta en el presente criterio, **debe estarse a lo dispuesto en el artículo 97 del Código de Trabajo**. De esta norma, claramente se desprende que, la madre deberá elegir de un intervalo de tiempo **al día** para disfrutar de la licencia por lactancia materna; es decir, el intervalo de tiempo por el cual opte la madre, será para gozarlo de manera diaria, independientemente de la jornada de trabajo que desempeñe, no existiendo norma legal que faculte a la Administración para que pueda brindar un intervalo de tiempo diario mayor a los establecidos. En síntesis, **la madre lactante que labore una jornada de doce horas al día, tendrá derecho al goce de una licencia por lactancia materna de una hora al día**, conforme al intervalo que elija, de acuerdo sus necesidades y las del menor.
3. La Administración debe otorgarles a **las servidoras judiciales que tienen dos o más hijos o hijas menores lactantes**, una licencia por lactancia materna que abarque **una hora por cada uno (a) de los niños o niñas**; toda vez que, esto resulta esencial para garantizarle a los menores una alimentación adecuada en igualdad de condiciones, a la luz del principio del interés superior del niño.
4. Las personas investigadoras que laboran en la Sección de Inspecciones Oculares y Recolección de Indicios del Departamento de Investigaciones Criminales del Organismo de Investigación Judicial, tienen fijada una jornada de doce horas, conforme a lo dispuesto por la Corte Plena en la sesión N° 51-92 celebrada el 19 de octubre de 1992, artículo XXX, al considerar que los servidores que se desempeñan como investigador

judicial en el Organismo de Investigación Judicial, se encuentran excluidos de la limitación de la jornada de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 del Código de Trabajo. El artículo 143 del cuerpo normativo anteriormente indicado, estipula que este grupo de personas trabajadoras “*no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo*”; motivo por el cual, **la Administración está en la obligación de organizar cualquier situación para que las servidoras judiciales puedan hacer efectiva la licencia de lactancia**, como derecho fundamental que debe ser respetado y protegido, para el óptimo desarrollo del menor, y así evitar que este derecho sea vulnerado, para lo cual se debe tener presente que la **licencia por lactancia materna** corresponde al **tiempo remunerado dentro de la jornada laboral** con el fin de lograr el amamantamiento y vínculo oportuno de la madre con su hijo o hija; lo que implica que, para el caso que nos ocupa, la servidora deberá laborar una jornada máxima de once horas diarias. Esto por cuanto, la hora de lactancia diaria debe respetarse y, lógicamente, debe remunerarse como trabajo efectivo.

5. Conforme al **Principio de Legalidad Administrativa**, establecido en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración únicamente puede realizar aquellos actos o actuaciones autorizadas previamente en el ordenamiento jurídico. De manera que, **el límite a la actuación de los poderes públicos lo constituye el bloque de constitucionalidad y de legalidad**; de modo que, la autorización legal existe para el tiempo establecido en el artículo 97 del Código de Trabajo, es decir, a que la madre escoja una de las opciones que contiene dicha norma, para gozar de la licencia por lactancia materna, la cual será de **una hora diaria por cada menor lactante**, independientemente del tipo de jornada.
6. Se debe considerar que, los criterios emitidos por la Comisión Nacional de Lactancia Materna **no son vinculantes**; dado que su vinculatoriedad no se encuentra autorizado por Ley. Únicamente posee la facultad de recomendar.

De esta manera, se deja evacuada la solicitud de criterio.

Advertencias:

- Se les recuerda a los requirentes que los criterios de la Dirección Jurídica **no son vinculantes**.
- El presente criterio se funda en un razonamiento técnico jurídico con base en la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo y el supletorio aplicable a la materia, cualquier valoración de oportunidad y conveniencia que sea necesario realizar, es competencia de las unidades decisoras y ejecutoras correspondientes.
- El presente criterio se emite con base en la información suministrada por la Dirección Ejecutiva mediante el oficio N° 789-DE-2023, recibido a través de la cuenta oficial de la Dirección Jurídica el 4 de setiembre de 2023. Por lo anterior, no le corresponde a esta unidad asesora la responsabilidad por la veracidad de dicha información.
- Cualquier traslado del presente criterio a terceros no involucrados en los procesos de análisis y toma de decisiones con respecto al objeto del mismo, deberá ser realizado previa despersonalización de cualquier dato sensible que se haya consignado en dicho documento.
- No se advierte incompatibilidad o conflicto ético para la emisión del presente criterio, en tanto que los temas indicados no inciden en los derechos subjetivos de los suscribientes, ni hay vínculos de ningún tipo con la persona sobre la cual gira el análisis del informe.
- El presente criterio se emite con base a la consulta realizada, por lo que es responsabilidad de la unidad requirente precisar y delimitar la o las consultas formuladas a esta Dirección.

Atentamente,

Elaborado por:
Licda. Fabiola Ríos Cerdas
Asesora Jurídica a. i.

Revisado por:
Licda. Silvia E. Calvo Solano
Jefa a. i.

Autorizado por:
M. Sc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico a. i.

Ref.: 978-2023