



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/K(1001)2019 / E.38820(2140)2019
E.40633(2191)2019

5947 036

DICTAMEN N°: _____

ACTUACION:

Fija doctrina.

MATERIA:

Ley N°21.155 de protección a la lactancia materna.

RESUMEN:

Fija sentido y alcance de la ley n° 21.155.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 10.10.2019, de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Necesidades del Servicio.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículo 2°.

SANTIAGO,

31 DIC 2019

DE : DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN (S)

Por necesidades del Servicio, se ha estimado procedente fijar el sentido y alcance de la ley n° 21.155 que "Establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio", únicamente en cuanto a sus implicancias laborales, específicamente sus artículos 2° y 11, al tratarse de una normativa que también abarca materias ajenas a la competencia de este Servicio.

1. Aspectos generales de la ley n° 21.155

El fin perseguido por el legislador con esta nueva normativa, según se desprende de su texto y de la historia fidedigna de su establecimiento, es reconocer el valor fundamental para la sociedad de la maternidad, establecer la lactancia materna como un derecho de la infancia y el derecho de las madres a amamantar libremente a sus hijos, garantizando el libre ejercicio de la lactancia materna y del amamantamiento, sancionando cualquier discriminación arbitraria que cause privación, perturbación o amenaza a tales derechos.

En lo que respecta a su entrada en vigencia, la ley n° 21.155 no establece un plazo especial, por lo cual ésta rige desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, esto es, a contar del 2 de mayo de 2019.

2. Artículo 2º de la ley nº 21.155

El artículo 2º de la ley N°21.155 establece:

“Derecho al amamantamiento libre. Toda madre tiene el derecho a amamantar a sus hijos libremente en toda clase de lugares o recintos en que se encuentren o por el que transiten legítimamente, conforme sea el interés superior del lactante, con el apoyo y colaboración del padre cuando fuere posible, sin que pueda imponérseles condiciones o requisitos que exijan ocultar el amamantamiento o restringirlo. En ningún caso los recintos podrán imponer cobros a las mujeres que deseen ejercer libremente el derecho a amamantar.

El uso de salas especiales de amamantamiento existentes al interior de un recinto será siempre voluntario para las madres. Dichas salas deberán presentar condiciones adecuadas de higiene, comodidad y seguridad.

El derecho establecido en este artículo también se extenderá a los procesos de obtención de leche materna distintos del amamantamiento directo.

Las madres trabajadoras ejercerán este derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo. El empleador deberá otorgar las facilidades a la madre para que extraiga y almacene su leche.”

Para facilitar el análisis del citado artículo, se dispondrá el estudio de sus tres primeros incisos, para luego abocarse a su inciso final, por requerir este último mayores precisiones y comentarios que los incisos anteriores.

2.1. Inciso primero, segundo y tercero del artículo 2º de la ley nº 21.155

El primer inciso del artículo 2º de la ley nº 21.155 establece el derecho al amamantamiento libre, en virtud del cual las madres pueden amamantar a sus hijos en aquellos lugares en que se encuentren, sin que resulte ajustado a nuestro ordenamiento jurídico el imponerle a la madre condiciones para ejercer ese derecho, como el tener que ocultarse mientras se amamanta, circunstancia la cual se encuentra expresamente prohibida por la ley nº 21.155.

Desde la perspectiva laboral, la consecuencia que trae lo expresado en el párrafo anterior es que las madres trabajadoras son libres de amamantar a sus hijos en su lugar de trabajo, no pudiendo el empleador prohibir o restringir este derecho a un determinado espacio o recinto dentro de la empresa. En este sentido, si bien la ley nº 21.155 establece que los empleadores pueden disponer de salas especiales de amamantamiento para sus madres trabajadoras, aun existiendo estas salas, las madres trabajadoras conservan en todo momento la facultad de utilizar estas salas especiales para amamantar; o bien, utilizar algún otro espacio común al interior de la empresa, toda vez que una interpretación distinta sería contraria al derecho de amamantamiento libre que consagra la ley nº 21.155, así como también al tenor literal del inciso segundo del artículo 2º de la ley referida.

Al respecto, este Servicio entiende que las únicas limitaciones legítimas que podrían realizar los empleadores al derecho de amamantamiento libre dentro de un lugar de trabajo serían los espacios personales de otros trabajadores y aquellos espacios comunes no aptos para el amamantamiento por razones de seguridad y/o salud, ya que en este último caso debe primar el interés superior del niño, así como la obligación del empleador de velar por la vida y salud de sus trabajadores, conforme al artículo 184 del Código del Trabajo.

El inciso segundo del artículo 2º de la ley nº 21.155 confirma lo señalado en los párrafos anteriores, respecto a que las madres trabajadoras no pueden ser obligadas a utilizar salas especiales de amamantamiento, de éstas existir al interior de la empresa. Sobre este punto, es importante clarificar que la ley nº 21.155 no establece obligación para los empleadores de tener una sala especial de amamantamiento. Sin perjuicio de lo anterior, la ley nº 21.155 sí establece que en caso de que un empleador decida implementar una sala especial de amamantamiento, la misma deberá presentar condiciones adecuadas de higiene, comodidad y seguridad.

Sobre este último punto, excedería la competencia de este Servicio el establecer cuáles son las condiciones adecuadas de higiene, comodidad y seguridad que una sala especial de amamantamiento debe tener, por lo que en esta materia, deberá estarse a lo que disponga al efecto el Ministerio de Salud, el que ha establecido una "Guía de Implementación de Salas de Lactancia a Nivel Local", la cual es posible descargar en el siguiente link: <http://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2018/01/Guia-de-implementacion-sala-de-lactancia-2017.pdf>

Finalmente, el inciso tercero del artículo 2º de la ley nº 21.155 establece que el derecho de amamantamiento libre se hace extensivo a aquellos procesos de obtención de leche materna distintos del amamantamiento directo, lo cual es concordante con que la lactancia materna y el acceso a la leche humana son considerados como un derecho de la niñez, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de la ley en análisis.

2.2. Inciso final del artículo 2º de la ley nº 21.155

El inciso en cuestión establece que *"Las madres trabajadoras ejercerán este derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo. El empleador deberá otorgar las facilidades a la madre para que extraiga y almacene su leche"*.

Para un mejor entendimiento y análisis de la disposición, resulta conveniente distinguir la primera parte de este inciso -que refiere al artículo 206 del Código del Trabajo-, de su segunda parte y final, que alude a las facilidades que debe otorgar el empleador a la madre para que extraiga y almacene su leche.

Sobre la primera parte de este inciso, el artículo 206 del Código del Trabajo, establece:

"Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.*
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.*
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.*

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203.

Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203, el período de tiempo a que se refiere el inciso primero se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre".

En caso que el padre y la madre sean trabajadores, ambos podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Esta decisión y cualquier modificación de la misma deberán ser comunicadas por escrito a ambos empleadores con a lo menos treinta días de anticipación, mediante instrumento firmado por el padre y la madre, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo.

Con todo, el padre trabajador ejercerá el referido derecho cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él.

Asimismo, ejercerá este derecho la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la ley N° 19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en los incisos anteriores".

Conforme a la norma legal precedentemente transcrita, la madre trabajadora tiene derecho a disponer de una hora al día, a lo menos, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, lo cual ciertamente incluye el amamantamiento materno. Dicho tiempo se considera trabajado para todos los efectos legales, debiendo el derecho de alimento ejercerse conforme a las diversas modalidades contenidas en el artículo 206 del Código del Trabajo, no pudiendo este derecho ser renunciado en forma alguna, siéndole aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna a que hace referencia el artículo 203 del Código del Trabajo.

La segunda parte del inciso final del artículo 2º de la ley nº 21.155 establece que el empleador deberá otorgar las facilidades a la madre para que extraiga y almacene su leche, debiendo este Servicio precisar cuál es el sentido y alcance del término "facilidades".

Siguiendo en esta materia el mandato interpretativo del artículo 20 del Código Civil acerca de que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, la Real Academia Española establece distintas acepciones para el término "facilidades", siendo la más adecuada para estos efectos el entender dicha palabra como: "condiciones especiales que permiten lograr algo o alcanzar un fin con menor esfuerzo". Como claramente se desprende de la definición, el énfasis está puesto en la falta de esfuerzo para alcanzar un determinado objetivo; en este caso, la extracción y almacenamiento de leche materna.

En consideración a lo anterior, y teniendo presente que la discusión legislativa no permite desprender cuál fue la intencionalidad específica por parte del legislador en esta materia, no cabe sino concluir que las facilidades para la extracción y almacenamiento de la leche deben ser entendidas como un deber de tolerancia y cooperación que recae sobre el

empleador para permitir la realización de un proceso de vital importancia para el desarrollo de los lactantes. En términos prácticos, lo dispuesto con anterioridad se traduce en el que el empleador no está obligado a adquirir ningún producto en específico para facilitarle a la madre trabajadora la extracción y almacenamiento de leche materna, pero sí debe permitir que los bienes que ya dispone puedan ser utilizados para cualquiera de estos dos procesos, sea permitiéndole utilizar un refrigerador o equipo similar disponible en las dependencias de la empresa, un enchufe para conectar un extractor de leche eléctrico, un espacio al interior del establecimiento para que la madre trabajadora pueda guardar determinados productos, entre muchísimos otros ejemplos que no resulta posible delimitar en forma taxativa, recalcando y reiterándose que es obligación del empleador el cooperar con la madre trabajadora, lo cual implica el permitir que la madre trabajadora use los bienes de la empresa para extraer y almacenar su leche materna.

Finalmente, y como consecuencia lógica de la obligación de cooperación que la ley n° 21.155 le impone al empleador, la madre trabajadora puede extraer y almacenar su leche materna dentro de la jornada de trabajo, no siendo ajustado a derecho que el empleador considere como no trabajado el tiempo que la madre trabajadora demore en la realización de ambas labores.

La interpretación realizada en el párrafo precedente se sustenta en el hecho de que la lactancia materna apunta a un fin social de crucial importancia, cual es, el óptimo desarrollo de los lactantes del país, finalidad cuya concreción resultaría injusta, e inclusive discriminatoria, imponérsela únicamente a las madres trabajadoras, más aun cuando es la propia ley la que impone al empleador un deber de cooperación, y que se trata de procesos que no causan una pausa significativa en el desempeño de la jornada diaria de trabajo.

En consecuencia, la madre trabajadora puede extraer y almacenar su leche materna dentro de la jornada de trabajo, debiendo las propias partes de la relación laboral acordar la forma de realizar ambos procesos, en la medida que estos acuerdos se ajusten al ordenamiento jurídico laboral y a la normativa vigente en materia de salud, higiene y seguridad en los lugares de trabajo.

3. Artículo 11 de la ley n° 21.155

El artículo 11 de la ley n° 21.155 establece que:

"Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, a continuación de la expresión "sexo," la frase: "maternidad, lactancia materna, amamantamiento,"."

Conforme a lo dispuesto en el nuevo inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, y según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la citada ley N°21.155, el objetivo de la modificación legal no es otro que asegurar el derecho de la mujer trabajadora a no ser discriminada por causa de la maternidad y la lactancia.

Sobre la materia, es necesario hacer presente que la doctrina institucional contenida, entre otros pronunciamientos, en dictamen N°3704/134 de 11.08.2004, precisa que el concepto de no discriminación exige una equivalencia en el trato, admitiendo solo excepciones expresas con fundamento constitucional, por ejemplo, exigencia de nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. El mismo pronunciamiento ratifica que la única motivación legítima en materia laboral para establecer diferenciaciones son la capacidad y la idoneidad personal, únicas causales de diferenciación lícitas. En tal sentido, se advierte que nuestro ordenamiento jurídico contempla un modelo antidiscriminatorio abierto y residual, es decir, sanciona conductas

discriminatorias, aun cuando el motivo de ellas no se encuentre señalado expresamente en la norma.

En concordancia con lo anterior, la nueva normativa propende a refrendar la intención del legislador de que la maternidad, la lactancia materna y el amamantamiento no sean objeto de un trato discriminatorio a consecuencia de dichas circunstancias, y que vean por ello mermadas las oportunidades en el empleo las madres trabajadoras.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúmpleme en informar que el sentido y alcance de los artículos de la ley N°21.155, con implicancias laborales, es el que se señala en el cuerpo del presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,



[Handwritten signature]
MAURICIO PEÑALOZA CIFUENTES
DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO



DOB/MBA/MOP

Distribución:

- Jurídico,
- Partes,
- Boletín
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- Sr. Subsecretario del Trabajo
- XV Regiones
- Mauricio Ripetti Silva (mauricio.ripetti@ug.uchile.cl)
- Felipe Pávez Carrillo, Av. El salto N° 5450, Huechuraba.