



Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)

Extracto

La relevancia de la sentencia analizada, en materia de riesgo durante la lactancia, descansa en la integración de la perspectiva del niño o niña, bajo la consideración primordial del «interés superior del niño», especialmente relevante cuando se sopesan derechos que se contraponen. A la anterior hermenéutica se suma la perspectiva de género y la valoración actualizada del estado biológico de la madre trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres.

Palabras clave: perspectiva del niño; perspectiva de género; lactancia natural.

Fecha de entrada: 23-12-2019 / Fecha de aceptación: 23-12-2019

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2020). Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 109-119.





Judge from a gender perspective, and with a child's perspective, risk benefits during breastfeeding. Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands 1339/2019, of 17 December

Glòria Poyatos i Matas

Abstract

The relevance of the judgment analyzed, in terms of risk during breastfeeding, lies in the integration of the child's perspective, under the primary consideration of the «best interests of the child», especially relevant when weighing rights that are contrasted. To the previous hermeneutics, the gender perspective and the updated assessment of the biological status of the working mother are added, since natural breastfeeding carries with it important hormonal changes in the body of women.

Keywords: child's perspective; gender perspective; natural breastfeeding.

Citation: Poyatos i Matas, G. (2020). Judge from a gender perspective, and with a child's perspective, risk benefits during breastfeeding. Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands 1339/2019, of 17 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 109-119.





Sumario

1. La sentencia recurrida
2. Objeto del recurso
3. Hechos relevantes para la resolución del recurso
4. Normativa internacional, europea y derecho interno aplicable al caso
5. Integración de la perspectiva de género y la perspectiva del niño/a. «Interés superior del menor» como criterio prevalente
6. Conclusiones

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.

Convención sobre los derechos del niño (art. 3.1)

1. La sentencia recurrida

El juzgado de lo social desestimó la demanda planteada por trabajadora en materia de prestaciones por riesgo durante la lactancia materna, por no haberse determinado con claridad los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la lactancia. Específicamente se recoge en la fundamentación jurídica:

[...] porque en el plan de prevención de riesgos laborales que evalúa el puesto de trabajo de la actora animadora sociocultural, «contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, sin precisión alguna sobre los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante. Así, efectivamente se indica que existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la lactancia o que existen agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4 que pueden influir negativamente, pero sin mayores detalles que permitan establecer sus características, composición y alcance de la exposición por inhalación (...). En suma no hay verdadera especificación respecto de esos riesgos y por ello no procede sino la desestimación (...)».

2. Objeto del recurso

La actora formalizó recurso de suplicación que se estima en la [sentencia comentada](#) con base en la fundamentación jurídica que se expone a continuación. El recurso se construye sobre dos motivos, uno de revisión fáctica y el otro de infracción jurídica amparado en normativa interna y de la Unión Europea. La mutua codemandada se opuso mediante escrito de impugnación, reiterando la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

3. Hechos relevantes para la resolución del recurso

- La actora presta servicios como animadora sociocultural en el centro de atención al discapacitado del Ayuntamiento de la villa de Ingenio (Gran Canaria).
- A la demandante se le reconoció en fecha 5 de diciembre de 2017 el derecho a prestación derivada de riesgo durante el embarazo con fecha de efectos 30 de noviembre de 2017. Es madre de dos hijos, uno de ellos nacido el 20 de abril de 2018 que se encuentra recibiendo lactancia materna.
- El puesto de trabajo de la demandante se halla afecto, entre otros, a los siguientes riesgos:
 - Contacto con productos químicos y agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4 (pinturas, barnices, disolventes, etc.), siendo el tipo de exposición inhalatoria.
 - Alto nivel de exposición social (atención a terceros) de forma permanente o muy frecuente sin ayudas suficientes (apoyos, pausas, etc.), que pueda dar lugar a situaciones de tensión, dificultades de control elevadas, estrés, que provoquen perturbaciones o malestar significativo (con agresiones o golpes involuntarios).
 - El plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de puesto de animador sociocultural, establece en el apartado 10 (trabajadores especialmente sensibles): existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la trabajadora embarazada o en la lactancia: Sí.
- No resultaba posible la adaptación del puesto de trabajo de la actora.
- La actora solicitó prestaciones por riesgo durante la lactancia, lo cual fue desestimado por resolución de la mutua de 24 de agosto de 2018, por inexistencia de riesgos específicos para la lactancia natural.
- La operaria demandante percibió prestación de maternidad desde el 20 de abril de 2018 al 9 de agosto de 2018 y ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 31 de agosto de 2018 al 10 de diciembre de 2018.

4. Normativa internacional, europea y derecho interno aplicable al caso

En la fundamentación jurídica de la [sentencia comentada](#), la sala recuerda el marco jurídico vertical aplicable a las prestaciones que se reclaman:

- Internacional:
 - Artículos 2, 5 b) y 11 de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer \(CEDAW\)](#)¹ y [Recomendación núm. 33 del Comité CEDAW](#): «principio de diligencia debida» de los poderes públicos del Estado.
 - Artículo 3.1 y 2 de la [Convención sobre los derechos del niño](#)².
 - Párrafo 12 de la [Observación general núm. 16 \(2013\)](#), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, y párrafos 5 y 13 de la [Observación general núm. 14 \(2013\)](#), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
 - Artículos 10 y 11 del [Convenio de la OIT núm. 183, sobre la protección de la maternidad](#) (2000), en relación con el derecho a la lactancia.

- Regional:
 - Artículos 16 y 17 de la [Carta social europea](#) de 1961³, sobre los derechos de las madres y los niños/as a una protección social y económica.

- Unión Europea:
 - Artículo 24.2 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#) (2000), sobre el «interés superior del menor».
 - Artículos 2 y 5.1 y 3 de la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992](#)⁴.
 - Artículos 2 y 19.1 de la [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#)⁵.

¹ Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

³ Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980).

⁴ Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, sobre obligaciones empresariales en materia de evaluación de riesgos laborales.

⁵ Relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), sobre el concepto de discriminación directa e inversión de la carga de la prueba y acceso a la justicia.

- Derecho interno:
 - Artículos [9.2](#) y [39.1](#) de la Constitución española (CE), sobre la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva y sobre la protección social, económica y jurídica de la familia. También, los artículos [10.2](#) y [96](#) de la CE, respecto al control de convencionalidad.
 - Artículos [4](#), [8](#) y [15](#) de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género.
 - Artículos [188](#) y [189](#) del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, que regula la prestación por riesgo durante la lactancia natural.
 - [Artículos 49 a 51](#) del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo⁶.
 - [Artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales, en relación con los apartados 1 y 2, en los que se regula la evaluación de riesgos laborales.
 - [Artículo 45.1 e\) del Estatuto de los Trabajadores](#)⁷.
 - [Artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social⁸.

5. Integración de la perspectiva de género y la perspectiva del niño/a. «Interés superior del menor» como criterio prevalente

Lo más novedoso de la [sentencia analizada](#) radica en la integración, junto a la perspectiva de género, de una segunda hermenéutica de análisis jurídico: la «perspectiva del niño». De este modo, la resolución judicial camina jurídicamente para llegar al fallo sin perder de vista esta doble perspectiva de análisis de la controversia judicial.

En primer lugar, se parte del impacto de género del debate jurídico⁹, lo que motiva que la sala extreme las precauciones en su abordaje integrando la perspectiva de género como

⁶ Por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁷ Incluye entre las causas de suspensión del contrato la situación de riesgo durante la lactancia natural.

⁸ En relación con la carga de la prueba y su inversión, en casos de discriminación.

⁹ Las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural solo pueden ser percibidas por mujeres, por razones biológicas.

metodología de impartición de justicia equitativa, en cumplimiento de la «diligencia debida», tal y como esta misma sala ha venido aplicando en numerosas sentencias (recs. [1027/2016](#), [1237/2016](#), [1596/2018](#), [19/2019](#) y [369/2019](#), entre otros).

Pero, además, existe otro impacto sobre el niño/a lactante, que puede verse privado de su derecho a la alimentación natural en condiciones de salubridad, en una fase esencial en su corta vida, en la que el recién nacido precisa no solo una aportación de nutrientes adecuada a sus necesidades, sino también el contacto emocional derivado del vínculo afectivo que se establece entre la madre y su bebé a través de la lactancia materna. Por ello, en esta resolución se aplica el principio internacional del «interés superior del niño» como criterio jurídico hermenéutico derivado del artículo 3.1 de la [Convención internacional de derechos del niño](#), vinculante para los Estados firmantes, que establece:

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.

A mayor abundamiento, la [Observación general núm. 16](#) (2013), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño:

Los derechos del niño son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí [...]. La obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial es especialmente importante cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen [...] (párr. 17).

También la [Observación general núm. 14](#) (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1 convención):

La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana [...] (párr. 5).

Todos los Estados parte deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivo este derecho (párr. 13).

El anterior mandato, dirigido a las autoridades públicas, también se reproduce en el artículo 24.2 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#)¹⁰.

¹⁰ «En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial».

Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño en su integridad e insta a los Gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la [Convención sobre los derechos del niño](#). Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la convención (art. 4) y entre tales derechos se incluye el cuidado que sea necesario para asegurar el bienestar del niño/a. Un bienestar que, en el presente caso, conecta con el derecho a la lactancia materna natural sin ningún peligro para su salud infantil y como una manera singular de obtener nutrientes adecuados para el desarrollo físico y psicosocial del bebé.

La aplicación de ambas perspectivas al caso de autos lleva a la sala a estimar el recurso planteado. Los tres pilares jurídicos de la sentencia son los siguientes:

1.º Carga de la prueba

En primer lugar, se parte de la existencia de riesgos para la lactancia natural, porque está reconocida en el propio plan de prevención de riesgos de la empresa (ayuntamiento), donde expresamente se refiere a la existencia de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la lactancia de la trabajadora. Constatado lo anterior, por lo que respecta a la carga de prueba en materia de riesgos que pueden redundar negativamente en la lactancia natural, se recuerda la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017 \(asunto C-531/15, Otero Ramos\)](#)¹¹.

En el caso de autos, se efectuó la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de la actora a través del plan de prevención de riesgos, pero de forma global, abstracta y no individualizada; además, tal valoración se llevó a cabo en el año 2014 (4 años antes), no actualizándose la valoración para tener en cuenta «los peligros específicos» derivados del nuevo estado biológico de la actora, madre lactante, al tratarse, como el embarazo, de una situación dinámica que requiere un análisis específico, siguiendo la jurisprudencia europea. Por tanto, la evaluación de riesgos realizada por la mutua para denegar el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia no cumplió, según la sala, las directrices que sirven de guía a la [Directiva 92/85/CEE](#) y que, a tenor de la sentencia referida, exigen un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional. En la misma línea se cita también la [Sentencia de 19 de septiembre de 2018 \(asunto C-41/17, González Castro\)](#)¹².

¹¹ Esta sentencia resuelve cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, en la que se cuestionaba la aplicación de las reglas relativas a la carga de la prueba previstas en el artículo 19 de la [Directiva 2006/54/CE](#) para demostrar la existencia de riesgo durante la lactancia natural, en el sentido del artículo 26.3 de la Ley 31/1995, que traspuso el artículo 5.3 de la [Directiva 92/85/CEE](#) al derecho interno. La resolución europea declara aplicable el citado artículo 19.

¹² Esta sentencia resuelve cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, en relación con trabajadora, vigilante de seguridad, que desempeñaba su trabajo a turnos rotatorios, a la que se le denegó el acceso

2.º Estado biológico de la madre trabajadora en periodo de lactancia natural

El famélico informe médico aportado por la mutua en el que descansa su denegación, en el que literalmente se dice: «valoradas las fichas técnicas de los productos que manipula (enviados por el servicio de prevención), ninguno de ellos supone riesgo para la lactancia, por lo que se deniega la prestación», es calificado por el tribunal de abstracto y, además, se destaca que no tuvo en cuenta el estado biológico actual de la trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres, como es la liberación de la oxitocina que se inhibe por el estrés, el dolor o cualquier situación que active el sistema nervioso (riesgos psicosociales), con la consiguiente liberación de adrenalina y noradrenalina, aspecto que debe por tanto tenerse en cuenta en la vida de una mujer lactante, al igual que el mayor desgaste metabólico de las madres durante la lactancia.

3.º Impacto en el niño/a lactante

Por último, se insiste en el impacto nocivo que tiene la denegación injustificada de las prestaciones reclamadas respecto al bebé lactante, lo que exige a los órganos judiciales integrar esta perspectiva y dar prevalencia al «interés superior del niño» para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño/a, bajo la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivo este derecho.

Con base en todo ello se da la razón a la trabajadora recurrente, al no haberse probado por la mutua que en su puesto de trabajo no existía ningún riesgo químico, biológico, físico o psicosocial que pudiera influir negativamente en la lactancia natural a través de la salud de la madre o de su bebé. Se recuerda, además, por la sala que este tipo de prestaciones parte de un bien jurídico protegido que no es solo la integridad física y psicológica de la mujer trabajadora, sino también la del menor, por lo que este se convierte en sujeto protegido a través de la salud de su madre¹³.

6. Conclusiones

La relevancia de la [sentencia analizada](#) radica en la integración de la perspectiva del niño/a, derivada de la [Convención internacional de derechos del niño](#), como hermenéutica

a las prestaciones por riesgo durante la lactancia, sin realizarse valoración alguna de riesgos y, por tanto, sin tenerse en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar si su salud o la de su hijo/a estaban expuestas a un riesgo.

¹³ Sentencias del TSJ de Canarias/Las Palmas de 20 de junio de 2016 (rec. 506/2019), 26 de octubre de 2018 (rec. 701/2018) y 7 de junio de 2019 (rec. 223/2019).

jurídica de obligado cumplimiento por los poderes públicos de los Estados firmantes, lo que incluye al poder judicial español en su actividad jurisdiccional.

De igual modo se proyecta y concreta en la prestación por riesgo durante la lactancia reclamada el principio internacional del «interés superior del niño», como consideración primordial especialmente relevante cuando se sopesan derechos que se contraponen, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño/a lactante. Así, se da cumplimiento al principio internacional de la «debida diligencia» y a la obligación de evaluar y adoptar todas las medidas necesarias expresas y concretas, esto es, reales, para hacer plenamente efectivo este derecho, evitando que el mismo se convierta en un espejismo formal. Tal y como ha reiterado el Comité de derechos del niño: «Lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la convención»¹⁴.

Y a la anterior hermenéutica se suma la perspectiva de género, que también es desplegada y aplicada al caso, en el que, recordando la jurisprudencia europea sobre carga de la prueba en la materia, se pone el foco en el estado biológico de la madre trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres que no fueron tenidos en cuenta por la mutua en su denegación de prestaciones, omitiendo su obligación de valorar los riesgos de forma actualizada, específica y personalizada.

Esta [sentencia](#) abre un camino interpretativo acorde con los derechos humanos y las obligaciones internacionales asumidas por España, en aquellos casos, como son las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, donde el bien jurídico protegido trasciende de la salud de la madre trabajadora afectando también a la del niño/a, a través de la lactancia materna, que no es solo un proceso de aportación de nutrientes adecuados a las necesidades del recién nacido, sino también catalizador de un potente vínculo afectivo entre la madre y su bebé, que constituye una experiencia única, singular y necesaria para el desarrollo físico y psicosocial del niño/a.

¹⁴ Párrafo 61 de la [Observación general núm. 13 del Comité de derechos del niño](#) (2011), sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0