

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) 1948

Sergio MARTÍN GUARDADO*

RESUMEN: La importancia histórica de la actividad normativa de la OIT y las consecuencias reseñables de aquella no son ajenas a la adopción del Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) n. 89 de 1948. Al margen de que actualmente pueda parecer conveniente enmendarlo en parte, hemos de partir de una premisa: el instrumento técnico que va a ser objeto de comentario supone un antes y un después, un cambio de rumbo en el tratamiento jurídico de la realidad laboral femenina y la asunción de un nuevo paradigma por parte de la OIT. El reexamen acerca de la regulación sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria y, en concreto, del Convenio OIT n. 89, no solo traerá consecuencias para el trabajo nocturno. Respecto al trabajo femenino, se produce un cambio en la visión sobre qué tratamiento jurídico ha de darse a las mujeres en ciertos trabajos, evolucionando de una protección de la mujer *per se* por su pertenencia al sexo femenino hacia una protección articulada en torno a las vicisitudes que, en el contrato de trabajo, generarán la maternidad y todo lo que a ella concierne (embarazo, parto, lactancia, etc.). Ya no se protegerá más a las mujeres (al menos desde la norma) limitando, a su vez, el acceso a determinadas parcelas de empleo por parte de estas; a partir de entonces, la igualdad entre sexos deberá preservarse, introduciendo diferencias de trato justificadas y razonables, en aras de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Ahora, la vista está puesta en la seguridad y la salud en el trabajo, dejando de lado los estereotipos de género socialmente imperantes.

Palabras clave: Trabajo nocturno, mujeres, maternidad, perspectiva de género, legislación laboral internacional.

* Personal Investigador en Formación (USAL-Santander), Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algo más que otro instrumento técnico: un punto de inflexión en la acción normativa de la OIT. 3. Un recorrido a través del Protocolo de 1990. 3.1. Mayor flexibilidad. 3.2. La protección a la maternidad como medida de seguridad y salud en el trabajo. 3.3. Una ratificación poco exitosa. 4. Los principios de igualdad y no discriminación: el camino hacia la igualdad de género en el trabajo nocturno. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised) 1948

ABSTRACT: The historical importance of the normative activity of the ILO and the achievements are published in the Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised) No. 89 of 1948. To amend it in part, we must start from a premise: the technical instrument that is going to be an object of a comment a response before and after, a change of direction in the legal treatment of the labor reality, the reality and the new paradigm on the part of the ILO. The ILO Convention No. 89 does not only have the consequences for night work. Respect for women's work, there is a change in the vision on what legal treatment occurs in women, in work, in the evolution of the protection of women, for example, in the issue of the female sex towards a protection articulated in around the vicissitudes that, in the work contract, will generate maternity and everything a janitor (pregnancy, childbirth, lactation, etc.). Women will no longer be protected, limiting, in turn, access to certain plots of employment by them; thereafter, equality between the sexes must be preserved, the introduction of justified and reasonable differences of treatment, and effective equality between men and women. Now, the view is on safety and health at work, leaving aside the socially prevailing gender stereotypes.

Key Words: Night work, women, maternity, gender mainstreaming, international labor legislation.

1. Introducción

Llegada la década de los noventa del siglo pasado culmina toda una etapa de enmienda y revisión en la hazaña normativa de la OIT respecto al trabajo nocturno de las mujeres en la industria. Si bien ya habían sido revisados los dos convenios adoptados por la OIT hasta entonces¹, tocaba ahora adoptar un Protocolo para enmendar el propio Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) n. 89 de 1948. El argumento primordial descansa en la necesidad de compatibilizar las disposiciones internacionales relativas a la prohibición del trabajo nocturno con los principios de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres hombres en el empleo, cuestión que fue motivo de numerosas denuncias². Se vendrá reclamando establecer protecciones con garantías, esto es, el establecimiento normas que hagan posible la igualdad de trato y de oportunidades a la vez que se salvaguarden su seguridad y salud en el trabajo.

Igualmente, los instrumentos anteriores no respondían con certeza a la realidad social en que habían de aplicarse. Con posterioridad a la adopción del primer convenio sobre trabajo nocturno se producirá una incorporación masiva de la mujer al trabajo³ y, en el contexto histórico de la Segunda Guerra Mundial, la industria necesitaba de nuevos modos de organizar la producción. Sobre todo, en algunos trabajos industriales de tipo manual (sobre todo, en la industria textil), las mujeres eran más demandadas que los hombres por los propios patronos, pero no podían implantar la producción durante la noche, lo que para las mujeres con cargas familiares resultaba un obstáculo a su desarrollo profesional al hacerse incompatible el trabajo fabril con el doméstico⁴. La experiencia

¹ Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4), y Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41).

² OIT, *Informe III (1B). Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª Reunión, 2001, § 59.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1993, n. 1, p. 20: «La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, con todas sus sombras y dificultades, es el fenómeno emblemático del cambio profundo que se produce en nuestra sociedad, pero, al mismo tiempo, en esa incorporación se reflejan y detectan las dificultades y límites de la consecución de la igualdad efectiva entre los sexos».

⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Proyecto de informe del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo atinente a la aplicación del Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (núm. 89) y de los Convenios correspondientes de 1934 y 1919, (núms. 41 y 4), 1973, § 146.*

para los Estados más desarrollados económica, social y políticamente, es la de que, ante una prohibición tan rígida, se coartaba el desarrollo profesional de las mujeres; lo cual, en suma, además de contraproducente, resultará discriminatorio. Suponía pues, un obstáculo en aras del progreso económico y social. Entonces, se adoptaría este Protocolo por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo, pero también verá la luz el Convenio n. 171 que, con vocación no discriminatoria y ante unos conocimientos científico-técnicos más avanzados, optará por regular plurisectorialmente el trabajo nocturno, tanto para mujeres como para hombres.

Sólo desde una perspectiva de género puede entenderse la evolución histórica de la regulación internacional del trabajo de las mujeres. De ella ha sido testigo el Protocolo objeto de comentario, expresión privilegiada del cambio de paradigma en el seno de la OIT sobre la adecuada protección de las mujeres frente a los riesgos laborales. No podría negarse que esa es su importancia histórica: marcar un antes y un después acerca de cómo abordar la cuestión, atendiendo a la maternidad y sin generar discriminación. Nunca más debiera ser como fue.

2. Algo más que otro instrumento técnico: un punto de inflexión en la acción normativa de la OIT

Históricamente, pueden delimitarse tres etapas en las normas internacionales sobre trabajo nocturno femenino: una primera etapa de prohibición absoluta con el Convenio n. 4 (salvo casos fortuitos en que se haga necesaria la prestación de trabajo cfr. art. 3); una progresiva apertura a la previsión de excepciones a la prohibición, excluyendo siempre los trabajos manuales, con los Convenios n. 45 y n. 89; y, por último, una etapa en aras de la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación que, sin duda, se inicia por la adopción del Protocolo al Convenio n. 89 y la adopción del Convenio n. 171, que no hará perniciosas distinciones de género en su articulado. Estando inmersos aún en esta última etapa, puede decirse que se inició con este Protocolo una protección en materia de salud y seguridad en el trabajo en pro del trabajo en igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que no desembocara en la discriminación del sexo femenino respecto al trabajo nocturno.

Así, se tomará al pie de la letra lo siguiente: «las mujeres estarán protegidas contra los riesgos inherentes a su empleo y ocupación sobre la misma base y con las mismas normas de protección que los hombres, en función de

los progresos en el conocimiento científico y tecnológico»⁵. La adopción del Protocolo, que por primera vez impondría a Estados y a empresarios adoptar medidas destinadas a proteger la salud de las madres y la vida de los hijos, hace necesario, entonces, dar respuesta a lo siguiente: ¿los anteriores instrumentos internacionales sobre trabajo nocturno respondían más bien a estereotipos de género que a una protección real? Sin lugar a dudas, la respuesta ha de ser afirmativa, eran erróneos, no concordaban con los avances que se produjeron durante más de medio siglo en todos los campos.

No obstante, detrás del progreso experimentado por la normativa de la OIT está el desarrollo de las normas antidiscriminatorias de la ONU que influyeron en ella, surgiendo una normativa atenuada respecto de la prohibición absoluta del trabajo nocturno para las mujeres⁶. Entre estas normas cabe destacar la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que, en su artículo 11, apunta a las siguientes ideas, comprometiendo la acción normativa de la OIT, desde entonces:

- el derecho a las mismas oportunidades de empleo y a la aplicación de los mismos criterios selectivos que a los hombres: el derecho a la libre profesión u oficio. Paliando la discriminación se conseguirá el derecho al trabajo entre mujeres y hombres en condiciones de igualdad;
- el derecho a la igualdad de trato, en este sentido, en cuanto a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, incluso poniendo a salvo su función reproductiva. Obligando, para ello, a los Estados a impedir el despido fundado en el embarazo, la maternidad, etc. La implantación de permisos pagados o, en su defecto, una prestación comparable;
- por último (y no menos importante): atender específicamente a la mujer embarazada en aquellos trabajos que, por las especiales circunstancias del embarazo, requieren de mayor protección hacia la mujer. Para ello se establece el deber de examinar periódicamente la protección ofrecida a la luz de los mayores avances científicos y técnicos y, correlativamente, la obligación de enmendar (revisar, derogar o ampliar) la normativa en que aquellas se asientan.

En definitiva, es tarea obligada calificar como punto de inflexión al Protocolo, dado que introduce un nuevo método de producción de normas internacionales del trabajo, que atenderá con énfasis a la función

⁵ Art. 9.2 de la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de la OIT (hoy, comúnmente, Declaración sobre igualdad de género).

⁶ M.E. CASAS BAHAMONDE, *Normas laborales internacionales, Derecho Social Europeo y derechos fundamentales*, en *Relaciones Laborales*, 1996, n. 1, p. 66.

reproductiva de la mujer, objetivando los riesgos en atención a la misma y no a su mera condición femenina. No obstante, quedaría mucho camino por recorrer hasta la visión actual sobre igualdad y no discriminación⁷.

3. Un recorrido a través del Protocolo de 1990

El objetivo, al adoptar el protocolo, fue el de flexibilizar la regulación tan rígida que existía en los Convenios n. 4 (derogado)⁸, n. 45 y n. 89, que introducía la prohibición, con carácter general, de emplear mujeres en la industria durante la noche (artículo 3 de los Convenios n. 4, n. 45 y n. 89), con la salvedad de ciertas excepciones como las de las mujeres directivas, introducidas a lo largo de sucesivas revisiones. Centrándonos pues, en el Convenio n. 89 y el protocolo de 1990, relativo al mismo, recorreremos su articulado de tal manera que se comparen uno y otro instrumento.

3.1. Mayor flexibilidad

En su artículo primero, dota de flexibilidad a los Estados para que, a la hora de regular el período *noche*⁹ y, previa consulta de aquellos con sus respectivos interlocutores sociales, introduzcan modificaciones.

A su vez, posibilita introducir excepciones a la prohibición del artículo 3 del convenio por parte de las autoridades nacionales competentes, del siguiente modo: en profesiones determinadas o concretas ramas de actividad (art. 1.1.a), así como también, en establecimientos determinados fuera de los supuestos anteriores (art. 1.1.b). Para la implantación de tales

⁷ OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, 2008, p. 206: «a excepción de las normas y prestaciones relacionadas con la protección de la maternidad, todas las demás medidas de protección no sirven a los objetivos de la igualdad de oportunidades y de trato entre los hombres y las mujeres. Si algunas mujeres no toleran el trabajo nocturno al igual que los hombres, ello no se debe a diferencias biológicas, sino al agotador yugo de la doble tarea del hogar y del trabajo remunerado, respecto del cual, una respuesta más estratégica e igualitaria desde el punto de vista de género es promover la redistribución del trabajo doméstico».

⁸ En 2017, por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 106ª Reunión.

⁹ *Cfr.* art. 2 del Convenio OIT n. 89: «[...] once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo [...] de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana; la autoridad competente podrá prescribir intervalos diferentes para las distintas regiones, industrias, empresas o ramas de industrias o empresas, pero consultará a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores antes de fijar un intervalo que comience después de las 11 de la noche».

excepciones en la normativa nacional deben darse las siguientes condiciones: 1) que medie acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores de la empresa o el establecimiento concreto; 2) que, en el marco del diálogo social, se haya acordado entre las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores.

En el caso de tratarse de un establecimiento determinado cuya actividad económica no se ha exceptuado de la prohibición (art. 1.1.a), a falta de acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empleador, pueden establecerse excepciones cuando (art. 1.1.c): 1) haya mediado consulta a los representantes de los trabajadores de dicho establecimiento o de la empresa a que este pertenezca y, también, a las organizaciones de representantes de trabajadores y empleadores más representativas en el concreto sector de actividad o profesión en que se encuadre dicho establecimiento; 2) una vez la autoridad competente haya comprobado que existen medidas de seguridad y salud en el trabajo, así como el establecimiento de garantías en relación a servicios sociales e igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras; 3) la regulación que exceptúa la prohibición se aplique de forma periódica, siendo necesario para su renovación el trámite previsto en el artículo 1.1.b (acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores en la empresa o el establecimiento, así como el acuerdo por vía del diálogo social con las organizaciones sindicales y patronales más representativas). Por lo demás, cabe señalar, además, que hay una referencia en el artículo 1.1.2. a lo que debe entenderse por *representantes de los trabajadores*: tanto los representantes nombrados por un sindicato o sus afiliados como aquellos que representan a los trabajadores en la empresa conforme a la legislación nacional¹⁰.

Con el objetivo de dotar a los Estados de una mayor flexibilidad, a fin de adecuar las disposiciones internacionales sobre trabajo nocturno a sus respectivas realidades nacionales, se opta por dejar en manos del legislador nacional la configuración definitiva sobre las modificaciones permitidas. Esto es, legislación interna deberá delimitar las excepciones concretas a que se supeditarán las mismas; en suma, cuál será la duración y transcurso del período nocturno, qué actividades económicas o, en su defecto, qué establecimientos pueden atenerse a esa mayor flexibilidad, así como las condiciones que deban darse para que puedan ser adoptadas (art. 1.2).

Sin embargo, parece ser que no responde la adopción del Protocolo, al menos, en principio, a un objetivo de acceso de la mujer en igualdad de oportunidades al trabajo nocturno. Sino que, como se ha apuntado

¹⁰ *Cfr.* el art. 3 del Convenio OIT n. 135.

anteriormente, respondía más bien a poder emplear a las mujeres en trabajos industriales en que eran demandadas y que eran contemplados en el Convenio n. 89 como industrias prohibidas para las mujeres, con el ejemplo de la industria textil manufacturera.

3.2. La protección a la maternidad como medida de seguridad y salud en el trabajo

En virtud de proteger de abusos que pudieran ser resultado de la adopción por parte de los Estados de estas medidas flexibilizadoras, se optará por proteger a la mujer en relación a la maternidad. Ello responde a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (que responde tanto al interés de la madre como del hijo): no supone un tratamiento discriminatorio, como el previsto en anteriores convenios.

Para ello, se establece la imposibilidad de aplicar las excepciones a la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria (art. 3 Convenio OIT n. 89), antes y después del parto: durante dieciséis semanas¹¹, de las que al menos ocho deberán ser antes de la fecha prevista para el parto, tal como establece el artículo 2.1 del Protocolo. Esto ha de entenderse con la siguiente salvedad: en el supuesto de que la mujer trabajadora solicite continuar con su prestación de trabajo, las legislaciones nacionales podrán eximirla de la prohibición a las excepciones adoptadas por los Estados en caso de que no exista peligro para la madre ni para el hijo (art. 2.1 *in fine*). Además, en el supuesto de que, ante necesidades derivadas del estado de salud de la madre o del hijo, la mujer trabajadora requiera de una mayor protección, con la presentación de un certificado médico y con carácter previo, se podrá ampliar la protección.

Así, si durante el embarazo o en el puerperio si médicamente se certifica que es necesario un descanso mayor, operaría la prohibición del art. 2.1 del Protocolo a las excepciones introducidas por las normas nacionales a la prohibición absoluta del trabajo femenino en la industria del Convenio n. 89, de partida, discriminatoria.

Por consiguiente, la mujer embarazada o que, dando ya a luz, se encuentre en el post-parto, no podrá ser despedida sino por causas justificadas, nunca vinculadas al embarazo o al parto (art. 2.3.a). En suma, se establece la obligación de adoptar medidas por parte de los Estados que posibiliten

¹¹ Incrementando, respectivamente, las seis o doce semanas de los Convenios n. 3 de 1919 y n. 103 de 1952 sobre protección de la maternidad.

el mantenimiento de un nivel de ingresos adecuado y suficiente de cara a poder que mujer e hijo se sustenten en unas condiciones de vida adecuadas. Estas medidas pueden ir desde la asignación de un trabajo diurno, pasando por la prórroga del permiso de maternidad, hasta llegar a las prestaciones de seguridad social, siendo posible articular una combinación entre todas ellas y establecer otras que sean adecuadas para garantizar el fin de mantener un nivel de ingresos adecuados para madre e hijo (art. 2.3.b). Como puede apreciarse, también se dota de una gran flexibilidad al instrumento para establecer medidas de protección de la maternidad y, el único límite que parece apreciarse es el siguiente: tales medidas no pueden redundar en una reducción de la protección y las prestaciones ligadas al permiso de maternidad (artículo 2.4).

Por último, se contempla que las medidas de excepción previstas por parte de los Estados y adoptadas en ejecución de las previsiones del presente Protocolo, habrán de remitirse mediante memorias anuales a la Oficina Internacional del Trabajo y se referirán a los extremos delimitados por el Consejo de Administración (art. 3; *vid.* art. 22 Constitución OIT).

3.3. Una ratificación poco exitosa

Respecto a la ratificación del Protocolo, en relación al Convenio n. 89, bien podía ratificarse al mismo tiempo que el Convenio, o bien en, un momento posterior a haber ratificado este. Independientemente de una ratificación doble y simultánea o simple y sucesiva del Protocolo, se notificarán formalmente al Director de la Oficina para que se proceda a su registro y, transcurridos doce meses desde la fecha de este último, tendrá efectos para el Estado Miembro que prestó su consentimiento (art. 4.1). Igualmente, se notificarán todas las ratificaciones al resto de Estados miembros por parte del Director General de la Oficina (art. 4.2), que también lo comunicarán al Secretario General de la ONU (art. 4.3).

En relación a la ratificación del Protocolo, como se ha dicho, el mismo prevé que no puede ratificarse el Protocolo sin ratificar previa o simultáneamente el Convenio. Teniendo presente la temprana denuncia del Protocolo por parte de los Miembros más pioneros, República Checa y Chipre y, dado que el Protocolo cuenta con un número insignificante de ratificaciones (tan sólo, cinco), puede decirse que el Protocolo fue visto por muchos Estados como una solución incompleta, debido a lo siguiente: la igualdad de trato de mujeres y hombres no puede ser objeto de consecución a través de un instrumento que parte del principio general de prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria del

artículo 3 del Convenio n. 89¹².

Además, la adopción del Protocolo no tendría mucho sentido para aquellos países que ya se encaminaban a la ratificación del Convenio n. 171, de adopción coetánea al Protocolo y con una regulación genérica: para todos los trabajadores independientemente de la actividad económica o sector en que se encuadren (con matices) e indiferentemente de la pertenencia a uno u otro sexo. Un convenio más comprometido con la igualdad de género y de marcado enfoque en materia de seguridad y salud en el trabajo¹³.

4. Los principios de igualdad y no discriminación: el camino hacia la igualdad de género en el trabajo nocturno

El respeto a los principios de igualdad y no discriminación que, a su vez, despliegan los derechos de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres deben ser la vía hacia el establecimiento de unas relaciones laborales plenamente democráticas en términos de justicia social.

La antigua y obsoleta regulación internacional del trabajo nocturno supuso una pérdida de oportunidades de empleo para las mujeres, sacándolas de la fábrica hacia las tareas familiares y hogareñas en torno al cuidado y, en mayor parte, la crianza de hijos. En este sentido, el convenio será un avance controvertido, si bien se encamina a flexibilizar la regulación del trabajo nocturno estableciendo excepciones a la regla general de prohibición absoluta de emplear mujeres durante la noche en la industria, por otra parte, la mantiene como regla general. ¿Esto supone un avance hacia la igualdad? Si es así, se vuelve pernicioso, dado que la norma internacional sigue presuponiendo que la mujer no es apta para emplearse en la industria durante la noche por su condición femenina. Si ya está constatado que el riesgo laboral psicosocial representado por el trabajo nocturno incide de forma idéntica en mujeres que, en hombres, ¿qué sentido tiene seguir manteniendo esta regla general?

Si es cierto que los estados relacionados con la maternidad (embarazo, parto y lactancia) y que están predispuestos de manera biológica inciden en las mujeres y no en los hombres y se requiere para estas una especial protección en atención a estas vicisitudes cuando se producen en

¹² OIT, *Informe III (1B). Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, cit., § 179.

¹³ OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, 2011, § 28.

ejecución del contrato de trabajo¹⁴. No obstante, el desarrollo económico, social y político (en términos globales), junto al establecimiento de políticas igualitarias y a la producción científica comprometida con la igualdad de género, ha hecho que el tratamiento jurídico del trabajo nocturno gire, hoy, en torno a la asunción equilibrada de responsabilidades laborales, familiares y personales. Entonces, ¿cómo debiera orientar la OIT su política en torno al trabajo nocturno femenino? Al menos, eliminando diferencias de género presentes aún en el articulado de todos los instrumentos que han venido regulando el trabajo nocturno hasta el Convenio n. 171 y, por tanto, hay que incluir en la crítica al Protocolo objeto de análisis. Una comparativa no exhaustiva sobre uno y otro instrumento nos anticipa lo siguiente: el Convenio n. 171 opta por el género gramatical masculino neutro (*trabajador nocturno*), lo cual ya es un avance en el modo de articular dichas regulaciones, lo que resulta lejano tanto al Protocolo como a los tres anteriores instrumentos que se venían ocupando de regular la materia hasta 1990 que parecieran discriminar a las mujeres por el mero hecho de serlo.

La vía actual de la OIT es y debe seguir siendo la de avanzar en aras de la igualdad de género, exigencia solo a través de la cual puede comenzar a entenderse el trabajo como decente¹⁵. Así, debe articularse una regulación del trabajo nocturno que únicamente introduzca diferencias estrictas en ámbito de aquellas causas ligadas a la maternidad, haciendo posible que los cuidados y el trabajo, realidades que coinciden en el tiempo, sean compatibles de modo que se asuman forma equitativa por parte de mujeres y hombres para acabar con la discriminación.

En definitiva, la igualdad compele a la vigencia permanente de un derecho a la diferencia. Hoy, está constatado: se sabe que cuando se produce una mayor incidencia en la salud de las mujeres que en la de los hombres a causa del trabajo nocturno esta es consecuencia directa de la maternidad; esto hace que, superado embarazo, parto y post-parto, no tenga sentido seguir manteniendo regulaciones que establezcan diferencias de trato entre hombres y mujeres que, a su vez, limitan el acceso al empleo de estas últimas y, por ende, las discriminan vulnerando su derecho a la igualdad de oportunidades. Entonces, teniendo presente el principio de igualdad, sólo tendrá sentido articular una protección en pro de que las mujeres

¹⁴ J.F. LOUSADA AROCHENA, *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 3, p. 704.

¹⁵ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, p. 196.

mantengan su empleo y no en favor de que lo pierdan¹⁶, normas favorables y no tan rígidas. Esto hace necesario un reexamen más exhaustivo de la regulación internacional del trabajo nocturno que el realizado hasta ahora que lleve a la mesa de la Conferencia Internacional del Trabajo la posible derogación tanto del Protocolo como del Convenio n. 89.

5. Conclusiones

Transcurridas casi dos décadas de la adopción del Protocolo relativo al Convenio n. 89 de la OIT, es obvio que, a pesar de haberlo calificado como punto de inflexión, por introducir una flexibilización cuanto menos importante del régimen jurídico internacional en materia de trabajo nocturno, es necesario sintetizar el comentario crítico que se ha venido realizando en las siguientes conclusiones.

1) Un primer apunte sobre el estudio comparado del Protocolo con otros instrumentos técnicos anteriores y ulteriores sobre trabajo nocturno le coloca como expresión de un cambio paradigmático en el seno de la OIT. Como se ha dicho, comienza a dar a apertura a las mujeres para que participen en trabajos industriales prestando atención a la maternidad, relacionando la incidencia del trabajo nocturno en aquella. Supuso el inicio de la búsqueda de razones que justificaran un tratamiento diferenciado de las mujeres, eventual, limitado y no permanente, no coartando su acceso al empleo a fin de remover discriminaciones presentes en normas estereotipadas como los Convenios n. 4 y n. 41 (ya derogados) y el Convenio n. 89 sin su adaptación al Protocolo. No obstante, el Protocolo ha tenido poco éxito, quizá debido a la adopción coetánea del Convenio n. 171 al que se adherirán más países que al Protocolo, pero también al desarrollo de las legislaciones nacionales que, aun no ratificando los Estados el Convenio n. 71, optan por acercarse al mismo, con una regulación interna que gira en torno a los conceptos de *trabajo nocturno* y *trabajador nocturno*. Igualmente, es significativa la ausencia de las ratificaciones de la mayor parte de países de la Unión Europea y ello es debido al desarrollo de una normativa supranacional estableciendo un derecho de mínimos impuesto a sus Estados Miembros¹⁷.

¹⁶ M.A. BALLESTER PASTOR, *Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino*, en AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016, p. 101.

¹⁷ Como ejemplo, la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003.

2) En este sentido, aunque sería pertinente la revisión y/o derogación tanto del Protocolo como del Convenio n. 89. Sin embargo, hay que preservar el mantenimiento de garantías para las mujeres en aquellos Estados en que no ha habido un desarrollo tan expansivo de las normas nacionales sobre tiempo de trabajo dado que, a muchos de ellos, sólo les queda la referencia del Convenio n. 89 y ni siquiera han adoptado el Protocolo.

3) La protección de la mujer debe regirse por la plena vigencia del principio de igualdad, tanto la igualdad de trato como la igualdad de oportunidades han de abrirse paso en futuras revisiones de estos instrumentos obsoletos de acuerdo con la mayoría de prácticas nacionales. Sólo merecerá una atención diferenciada la mujer en relación a la maternidad y siempre que se articule de manera que no vislumbre posibilidad de discriminación alguna. Este es el paradigma a que abre paso el Protocolo junto con el Convenio n. 171, eso es, actualmente, innegable.

6. Bibliografía

AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016

AA.VV., *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, 2009

BALLESTER PASTOR M.A., *Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino*, en AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016

CASAS BAHAMONDE M.E., *Normas laborales internacionales, Derecho Social Europeo y derechos fundamentales*, en *Relaciones Laborales*, 1996, n. 1, pp. 66-72

COSTA M., *Feminismos Jurídicos*, Didet, 2016

LÓPEZ AHUMADA J.E., *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, pp. 195-233

LOUSADA AROCHENA J.F., *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 3, pp. 703-726

MARTÍN HERNÁNDEZ M.L., *El tratamiento por la OIT de la protección de los trabajadores frente a los peligros derivados del trabajo a lo largo de sus cien años de historia*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9 extra

NUÑO GÓMEZ L., *El tratamiento de la diferencia sexual en las democracias formalmente igualitarias*, en *Revista de Estudios Políticos*, 2016, n. 174, pp. 113-141

ODRIOZOLA LANDERAS A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos*, Universidad del País Vasco, 2008

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Proyecto de informe del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo atinente a la aplicación del Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (núm. 89) y de los Convenios correspondientes de 1934 y 1919, (núms. 41 y 4)*, 1973

OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, 2011

OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, 2008

OIT, *Informe III (1B). Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª Reunión, 2001

PERÁN QUESADA S., *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, 2014

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1993, n. 1, pp. 19-25

VALDÉS DAL-RÉ F., *La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931), entre la protección y la restricción*, en *Relaciones Laborales*, 2009, n. 1, pp. 275-310

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo