

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*)

Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres) 1919 (núm. 4)

Sergio MARTÍN GUARDADO*

RESUMEN: El tratamiento jurídico del trabajo nocturno, cuestión genuina de la legislación internacional obrera, encontró su justificación en la situación penosa e insalubre en que mujeres y niños eran empleados en plena efervescencia del capitalismo industrial. En el marco de la OIT se inició una andadura normativa en torno al trabajo nocturno con el Convenio n. 4 de 1919, relativo al trabajo nocturno de mujeres en la industria. Este instrumento, a la luz de una perspectiva de género, puede ser cuestionado ya que la misma estuvo ausente en el proceso de formación de aquellas normas. Su vigencia es discordante con los principios de igualdad de trato y de oportunidades, así como con el principio de no discriminación. La reciente derogación del instrumento objeto de comentario ha puesto de relieve la estigmatización a que ha venido sometiendo a las mujeres. ¿Realmente puede hablarse de una norma protectora? Se pretende dar una visión desde la perspectiva de género en torno a la desigualdad de oportunidades en el acceso al empleo, ofreciendo una respuesta crítica en torno al por qué el trabajo nocturno no puede seguir siendo utilizado como pretexto para la discriminación en las relaciones laborales.

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

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El tratamiento jurídico del trabajo nocturno y su repercusión sobre el género en el contexto histórico. 3. Un Convenio del siglo XX visto desde el siglo XXI. Las razones de su derogación. 3.1. El desarrollo de la legislación laboral nacional e internacional como argumento: un instrumento obsoleto. 3.2. Un Convenio contrario a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo. 4. Excepciones y especialidades aplicativas del Convenio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

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

Night work (women) Convention, 1919 (No. 4)

ABSTRACT: The legal treatment of night work, a genuine issue of international labor legislation, found its justification in the painful and unhealthy situation in which women and children were employed in full effervescence of industrial capitalism. Within the framework of the ILO, a normative approach to night work began with Convention No. 4 of 1919, concerning night work for women in industry. This instrument, in light of a gender mainstreaming, can be questioned since it was absent in the process of forming those norms. Its validity is in disagreement with the principles of equal treatment and opportunities, as well as with the principle of non-discrimination. The recent repeal of the instrument under comment has highlighted the stigmatization to which women have been subjected. Can you really talk about a protective standard? It is intended to give a vision from a gender perspective about the inequality of opportunities in access to employment, offering a critical response about why night work can not continue to be used as an discriminatory pretext in labor relations.

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

1. Introducción

La preocupación por las condiciones de trabajo y sus efectos sobre la salud y la propia vida de los trabajadores hace posible articular una relación causa-efecto, atendiendo a la expresión reactiva del Estado Liberal de finales del siglo XIX y principios del XX ante la “cuestión social”. Con ese objetivo surgirá la aparición de las primeras leyes obreras, germen del Derecho del Trabajo y su propia razón de ser¹. Los primeros atisbos de esas leyes nacionales mostrarán especial atención hacia el trabajo que se presta en las condiciones más severas, como pudiera ser el trabajo realizado durante la noche, con el fin de proteger, preferentemente, tanto a mujeres como a niños². Progresivamente, el trabajo nocturno comenzó a ser objeto de debate y posterior regulación a escala mundial³, en el marco de la OIT donde, de forma cuasi coetánea a su nacimiento, verá la luz el Convenio n. 4 de la OIT sobre el trabajo nocturno de mujeres de 1919, junto a otros textos normativos de igual naturaleza sobre menores. La OIT y su actividad normativa supusieron entonces una respuesta supraestatal a la “cuestión social” global, aunque no sería efectiva en tanto los Estados no aceptasen y adaptasen a su realidad interior la legislación internacional⁴.

Ciertamente, la acción normativa de la OIT ha sido valorada de manera positiva al ofrecer protección frente a los peligros inherentes al trabajo nocturno que se proyectaban especialmente sobre la seguridad y salud de las mujeres y los menores. No obstante, establecería una regulación con un marcado carácter prohibitivo, que alejará pronto a las mujeres del trabajo de las industrias para devolverla a su parcela natural: el trabajo doméstico y de cuidados. Por consiguiente, a la vez que se protege el derecho al trabajo, de acuerdo con los valores de la idea de la dignidad humana, sin embargo, se hará de forma incompleta⁵. Se estigmatizará a las

¹ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología (6ª edición)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 33: “(...) la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación y de institucionalización de un conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de sus protagonistas”.

² En las prácticas nacionales se observa la atención preferente a estos colectivos y se van adoptando normas en este sentido, en España, ve la luz, entre otras normas, la Ley de 11 de julio de 1912 que prohíbe el trabajo nocturno de mujeres y niños en talleres y fábricas.

³ El primer texto internacional al respecto de la cuestión fue el Convenio de Berna de 1906, adoptado en la Conferencia de Berna, anterior a la OIT.

⁴ J. GARCÍA MURCIA, *La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2019, vol. I, n. 116, p. 12.

⁵ G. MARTÍN MARTÍN, *Igualdad en las Relaciones Jurídicas*, en AA.VV., *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, p. 76.

mujeres, perpetuándolas como la fuerza laboral débil, de conformidad con una óptica paternalista y discriminatoria (propia de aquellos tiempos) en relación a la regulación de la materia en cuestión, obstaculizando el libre desarrollo de la personalidad.

Las ideas expuestas, compartidas en la actualidad, sin embargo, no estaban presentes el origen de las primeras normas laborales de ámbito internacional. Será posteriormente, con la Declaración de Filadelfia de 1944 (como anexo a su Constitución), cuando se proclamará, en el seno de la OIT, que todos los seres humanos sin distinción de sexo tenían derecho al desarrollo de su prestación laboral en igualdad de oportunidades (de acuerdo con los valores propios de las ideas de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad)⁶. Transcurridos cien años de la adopción del instrumento y del surgimiento mismo de la OIT es conveniente analizar este Convenio n. 4 sobre trabajo nocturno de las mujeres en la industria desde una perspectiva de género y vislumbrar la ausencia del principio de igualdad de oportunidades en su articulado. Paulatinamente, a lo largo de su primer siglo de historia, la OIT ha ido mejorando y actualizando la regulación del trabajo nocturno, de tal forma que el texto iría siendo sustituido e, incluso, llegando a su mismísima derogación de manera reciente.

Así las cosas, es necesario determinar las razones que han llevado a su derogación, principalmente, el efecto colateral de fijar una norma tan proteccionista hacia las mujeres: su exclusión como fuerza de trabajo de las industrias de la época y su retorno, de nuevo, como históricamente había sido y seguiría siendo, hacia los trabajos domésticos, fundamentalmente el cuidado y la crianza de los hijos⁷. Igualmente, si el trabajo nocturno y las vicisitudes jurídico-laborales que el mismo plantea siguen siendo objeto de estudio y regulación, sería conveniente analizar el concepto jurídico de trabajo nocturno y su evolución hasta nuestros días: ¿podemos hablar de un instrumento obsoleto si nos referimos a este Convenio n. 4 de la OIT?

Aunque, en mayor medida, la derogación encuentra su razón de ser en la constatación de que este instrumento discriminó a largo plazo y de forma directa a la mujer⁸, siendo innegable que, en el corto plazo, libró a muchas

⁶ G. FABREGAT MONFORT, *La discriminación en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 41-45.

⁷ M. COSTA, *Feminismos Jurídicos*, Didet, Buenos Aires, 2016, p. 92: “La división entre lo público y lo privado-doméstico es una distinción política sostenida y que, a la vez, retroalimenta una jerarquía de dominación/subordinación basada en la diferencia sexual”.

⁸ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del*

mujeres de la situación penosa en que se encontraban.

2. El trabajo nocturno y su repercusión sobre el género en el contexto histórico

El concepto y dimensión jurídica del trabajo nocturno adquirirán importancia cuando, con la incorporación de la electricidad a la industria, sea posible incrementar la producción. Para ello será necesario llevar a cabo largas jornadas que, a su vez, obligarán a reorganizar a la fuerza de trabajo: ahora será empleada de forma permanente y continua⁹, por turnos; de tal manera que las industrias funcionarán a todo motor, de día y de noche. Así, empezarán a intensificarse los efectos nocivos del ambiente fabril sobre los trabajadores, que hasta ahora operaban en torno a las leyes de la naturaleza, trabajando de sol a sol. Como es sabido, la incorporación de mujeres y niños a la industria supondrá que tanto los Estados como la OIT presten atención preferente hacia estos colectivos, dedicando las primeras normas internacionales sobre trabajo nocturno les tengan como destinatarios preferentes. Se entiende *a priori* que, ante la reducción de descansos consecuencia del trabajo nocturno, debe protegerse a los trabajadores más vulnerables. Son ellos, mujeres y niños, los mayores perjudicados del ambiente fabril o, al menos, esta era la consideración normativa de partida, lo cual, casaba con la consideración social preestablecida en la época del capitalismo industrial más exacerbado: eran denominados como medias fuerzas, tomando como sujeto de contraste al trabajador varón adulto.

Centrándonos en la mujer trabajadora de la época y su papel social en el contexto histórico podrían llegarse a vislumbrar las estigmatizaciones de género en relación al trabajo femenino, asumiendo que recíprocamente, a las mismas, contribuirán las disposiciones contenidas en el Convenio n. 4 de la OIT. Para ello, es indispensable analizar el instrumento con cierta perspectiva de género¹⁰. Dentro de la “cuestión social”, la preocupación

trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n. 15, p. 199.

⁹ A. ODRIOZOLA LANDERAS, *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos*, Universidad del País Vasco, 2008, p. 87: la regulación del trabajo nocturno responde a “la importancia que, históricamente, se ha dado a aquellas (razones) que se refieren a los intereses económicos de la empresa”. Es decir, está fundamentada en una nueva práctica social que exige nuevos ritmos de trabajo, hasta entonces inexistentes y que, a día de hoy, sigue siendo la misma.

¹⁰ D.T. KAHALE CARRILLO, *La responsabilidad social de género*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 16: el género puede entenderse como un deber-ser social, “una construcción histórica

por la situación de las trabajadoras llevó a una prohibición cuasi absoluta (¿por razones de seguridad y salud?). Se les imposibilitó entablar relación alguna con el trabajo industrial de la época si este debiera prestarse durante la noche. Esto no guarda relación alguna con la realidad presente, a día de hoy, está constatado que los efectos del trabajo nocturno en la mujer son los mismos que en los trabajadores del sexo masculino¹¹, fuera de los estados de maternidad, lactancia u otras necesidades de conciliación.

Entonces, ¿cuáles eran las razones que nos llevaron a regular la cuestión de manera tan estricta, rígida y cerrada? Cabe advertir que, si bien se prohibiría el trabajo nocturno en los trabajos considerados como más peligrosos, la exclusión de la mujer del modelo productivo protagonista de aquel tiempo fue prácticamente absoluta y, debido a algunas prácticas nacionales, respondía más bien a eliminar una competencia respecto a la fuerza de trabajo masculina, ya que las mujeres realizaban trabajos auxiliares y de importancia menor pero cobrando salarios mucho más miserables que el de sus homólogos varones¹². Casos como el español, sin embargo, demuestran que era necesario tomar medidas para paliar la situación de mujeres y niños y, paulatinamente, lograr una armonía social que estaba aún en entredicho¹³. Así, el tratamiento jurídico de la cuestión contribuirá a que las mujeres tengan que resignarse a un trabajo propio de la casa y la familia, además, sólo se les permitirá emplearse en industrias dirigidas por el cabeza de familia, lo que producirá la perpetuación del paradigma productivo, bifurcando las funciones sociales y consolidando el género como categoría de distribución¹⁴. Pasaremos de fábricas donde,

que apunta al conjunto de atributos socioculturales establecidos a las personas a partir del sexo, y que convierte la diferencia sexual en desigualdad social”.

¹¹ Informe *Los tiempos de la Organización del Trabajo: incidencia de los riesgos psicosociales en los sistemas de trabajo a turnos*, Observatorio permanente de riesgos psicosociales, Secretaría de Salud Laboral, UGT, Madrid, 2009.

¹² I. Ramos Vázquez, *Derecho Internacional Obrero: origen y concepto*, en *Iuslabor*, 2017, n. 3, p. 346.

¹³ J. CUESTA BUSTILLO, *Una España para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

¹⁴ M.E. CASAS BAHAMONDE, *Transformaciones del trabajo, futuro de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1998, n. 1, p. 90: “(...) los hombres se ocuparían de las que se conocen como tareas «productivas», en el ámbito público y público-privado de las empresas, a través de relaciones funcionariales y de trabajo asalariado con unas condiciones contractuales crecientemente reguladas a través del naciente Derecho del Trabajo y a través de la negociación colectiva entre los actores sociales. Por su parte, las mujeres se ocuparían de las llamadas tareas «reproductivas» y comunitarias (no mercantiles), en el ámbito privado de la familia,

fundamentalmente, se empleaba a trabajadoras durante la noche, a industrias que, obligadas a contratar a partir de entonces a los hombres para el trabajo nocturno, so pretexto de paliar la situación de las mujeres perpetuarán, durante unos años, una paz social discutible en términos de justicia. Una paz social que hoy no lo sería, pues, en términos globales, la democracia es más plena, no sin advertir antes que, actualmente, la conflictividad social resurge en las sociedades desarrolladas en torno a la desigualdad de las mujeres en el empleo¹⁵, señalando que no es vía correcta aquella de establecer normas excesivamente protectoras y prohibicionistas¹⁶, sino apostar por normas inclusivas en aras del respeto a la igualdad de trato y de oportunidades¹⁷.

Sin embargo, en un momento económico de expansión, importaba la natalidad y la salud de los niños (futura fuerza de trabajo). A ello respondía la preocupación por las mujeres: la protección de la maternidad por encima de todo, aunque el precio fuese apartar a la mujer del trabajo, perpetuando al hombre en la función productiva. Hoy, la acción normativa de la OIT recorre el camino contrario, dotando de garantías a las mujeres en sus puestos de trabajo, protegiendo la maternidad y no estigmatizándola, articulando descansos obligatorios y promocionando la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3. Un Convenio del siglo XX visto desde el siglo XXI. Las razones de su derogación

La OIT ya había revisado el Convenio n. 4 de 1919 y la regulación del trabajo nocturno de las mujeres en la industria en 1934 (Convenio n. 41) y en 1948 (Convenio n. 89), llegado 1990 (Convenio n. 171), se optaría por una regulación plurisectorial del trabajo nocturno, acorde con los

regidas por el Derecho Civil, muy poco reguladas y con escaso reconocimiento de derechos de las mujeres y de los hijos e hijas”.

¹⁵ S. PERÁN QUESADA, *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 34: llega a identificar que la cuestión social de las sociedades occidentales modernas es la desigualdad entre hombres y mujeres.

¹⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la igualdad de género. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación al Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 62: señala que, un Derecho del Trabajo pensado para el sexo masculino sitúa a las mujeres en una situación de discriminación sistémica, institucional o difusa.

¹⁷ G. FABREGAT MONFORT, *La discriminación en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 45.

principios de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo. Tras cien años, la OIT enmendará parte de esta primera etapa que, sin negar su importancia histórica, ya no casa con la transformación de las formas de producir, que han implantado un nuevo modelo de relaciones laborales a consecuencia del desarrollo y la innovación tecnológica.

Por otra parte, si las prácticas empresariales de los países desarrollados han cambiado, también lo ha hecho la acción legislativa de los Estados y, por ende, la de la OIT. Entre otros factores, se debe, en gran medida, a la sensibilización de los movimientos sindicales y las organizaciones empresariales por las cuestiones de género y una lucha social creciente e incesante por la igualdad y la no discriminación. En aquel entonces, no hubo una oposición significativa frente a normas tan restrictivas para las mujeres, ni por parte del movimiento obrero ni tan siquiera por parte de los patronos, para los cuales, las mujeres constituían una fuerza laboral más barata competitiva, ofreciéndoles la posibilidad de obtener un mayor margen de beneficios. Sin embargo, no se discutiría que las mujeres fueran segregadas hacia su lugar “natural”: el trabajo doméstico, como su *hábitat social*¹⁸. El género representa hoy una parcela de estudio privilegiada para la doctrina *inslaboralista*, sus indagaciones científicas también han puesto en cuestión la pertinencia de normas que, por su excesivo carácter protector, se volvieron en contra de las mujeres y de su desarrollo profesional. Muestra de todo ello son las respuestas y comentarios que la OIT recibe con carácter previo a la toma de la decisión de derogar el Convenio debido a la incompatibilidad de este con el principio de igualdad de trato y de oportunidades. Abiertamente, organizaciones sindicales y empresariales han comparecido para justificar la derogación del convenio en relación a la vulneración de estos derechos fundamentales que hoy, la OIT, reconoce y opta por promocionar a través de su acción normativa.

El carácter obsoleto del Convenio es indiscutible si atendemos a la realidad política, económica y social de los países desarrollados, sin embargo, como se advierte, en aquellos Estados en que las condiciones de desarrollo son todavía escasas, está en entredicho que las mujeres cuenten con una protección adecuada ante los abusos de la deslocalización productiva a la que sirven de destino estos países con su derogación. Así se pronunciaron algunos Estados contrarios a la derogación, manifestando la necesidad de mantener garantías en relación a aquellos países cuya legislación nacional no aborde la cuestión ofreciendo una protección

¹⁸ J.M. Borrás Llop, *Los límites del primer intervencionismo estatal en el mercado laboral: la Inspección del Trabajo y la regulación del empleo de las mujeres (Cataluña, 1900-1930)*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2009, vol. 1, p. 176.

adecuada al respecto. Ello, unido a una regulación más actual en ámbito internacional así como la aprobación, por parte del legislador nacional, de normas que abordan de forma más adecuada y precisa la cuestión del trabajo nocturno, hace que sea necesario plantearse la vigencia del instrumento¹⁹.

En definitiva, es posible vislumbrar, entre otras razones, las siguientes:

- 1) El desarrollo normativo nacional e internacional que, en sintonía con el desarrollo y evolución de las formas de producir, ha hecho que el Convenio n. 4 devenga como un instrumento obsoleto y desfasado.
- 2) Por otra parte, la estigmatización social de las mujeres y su discriminación²⁰, de partida, han llevado a reconsiderar la vigencia del Convenio por no respetar principios y derechos fundamentales como lo son la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

3.1. El desarrollo de la legislación laboral nacional e internacional como argumento: un instrumento obsoleto

No sería posible comprender la acción normativa de la OIT y su evolución sin traer a colación el impacto en ella de importantes cambios que se producen a lo largo de todo un siglo en las relaciones de producción, debido una nueva realidad social y política que, aunque diversa, va en sintonía con el crecimiento económico experimentado en los distintos Estados. Ello, junto a la producción científica, ha hecho replantearse el tratamiento jurídico de diversas instituciones a escala nacional e internacional, como es el caso del trabajo nocturno.

Tanto el Convenio n. 4 (1919) como el Convenio n. 41 (1934) o el Convenio n. 89 (1948), ambos relativos al trabajo nocturno de las mujeres, se dirigen únicamente a establecer una prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria articulada en torno a los términos de *industria* y *noche* y, con carácter general. Sin embargo, en el Convenio n. 41 se exceptuará de la misma a las mujeres directivas que no lleven a cabo, normalmente, trabajos manuales, según su artículo 8, algo que no preveía el Convenio n. 4. En definitiva, a pesar de ese primer atisbo en pro de la igualdad de oportunidades, los términos *noche* e *industria* seguirán el mismo tenor literal que en el convenio originario. Tanto el ámbito objetivo como

¹⁹ Informe VII (2), *Derogación de cuatro convenios internacionales del trabajo y retiro de otros dos convenios*, Conferencia Internacional del Trabajo, 106ª reunión, 2017.

²⁰ S. PERÁN QUESADA, *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 28: una discriminación por razón de género por ofrecer un trato “desigual y peyorativo hacia la mujer por el hecho de serlo”.

el subjetivo, en ambos instrumentos, se articula en torno a estos términos: la fuerza de trabajo femenina que esté empleada durante la noche en la industria; entendiendo por *industria* la minería u otras actividades industriales extractivas, la industria manufacturera, naval, energética o mecanizada así como la construcción de obras públicas, civiles telecomunicaciones y todo acto relacionado con aquellas, incluso todo acto preparatorio como la cimentación (artículo 1, Convenios n. 4 y n. 41). Prácticamente, toda actividad se consideraba industria si se alejaba del comercio o la agricultura (artículo 1.2, Convenios n. 4, n. 41 y n. 89). La primera conceptualización jurídica del trabajo nocturno giró en torno al término *noche*, entendiendo por esta el período de diez u once horas consecutivas que, al menos, media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana (o las 6, en el Convenio n. 41 y hasta las 7 en el Convenio n. 89) cfr. artículo 2, Convenios n. 4, 41 y 89.

No será hasta el Convenio n. 171 cuando se articule la protección del trabajo asalariado frente al trabajo nocturno con vocación general, incluyendo a todos los trabajadores salvo aquellos que presten sus servicios en la agricultura, la ganadería, la pesca, el transporte marítimo o la navegación interior (artículo 2.1, Convenio n. 171) que encontrarán su regulación en Convenios especializados por razón de la materia, pero no se limitará a la industria. Además, no solo se incluirá a las mujeres en la protección otorgada por el Convenio n. 171 sino a todos los trabajadores, hombres y mujeres.

Hoy, la regulación internacional del trabajo nocturno gira en torno a los conceptos de *trabajo nocturno* y *trabajador nocturno*, incrementando la protección, aunque dejando en manos de los Estados la consideración final sobre tales extremos pues se dispondrá, simplemente, que *trabajo nocturno* es el período de, al menos, siete horas consecutivas que abarquen el intervalo que media entre la medianoche y las cinco de la mañana y que se determinará por la legislación nacional a través del diálogo social o en convenio colectivo por vía de negociación colectiva (artículo 1, Convenio n. 171). *Trabajador nocturno* es una expresión que designa al asalariado que, sustancialmente, realice trabajo en horario nocturno superando el límite de un número de horas, establecido también por las legislaciones nacionales o por vía de la negociación colectiva. Siendo así, se establecen garantías otorgando protección que responden, ciertamente, a la preservación de la salud, articulando, a modo medidas de seguridad y salud en el trabajo, en sus arts. 4 a 10, descansos obligatorios.

En tanto que el trabajo nocturno se considera riesgo laboral psicosocial, deberá hacerse atendiendo a necesidades conciliatorias,, ofreciendo mayor protección a aquellos trabajadores y trabajadoras que desempeñen *trabajo*

nocturno o sean considerados, a los efectos del convenio, *trabajador nocturno* y se encuentren en estas situaciones, relacionadas, en la mayor parte de las ocasiones, con la paternidad o la maternidad. Esto supondrá un importante cambio de paradigma, con una regulación encaminada hacia una mayor atención a la seguridad y salud en el trabajo, con vocación universal: hacia casi todos los sectores y, prácticamente, a la totalidad de los trabajadores (con excepciones importantes).

3.2. Un Convenio contrario a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo

La Declaración de Filadelfia de 1944 proclamaba la igualdad de oportunidades compensando la ausencia del principio en la Constitución de la OIT y, anexionándose a esta, pondría ya en entredicho el instrumento objeto de comentario. El Convenio n.º 4, anterior a la Declaración y coetáneo a la Constitución, establecía la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en las industrias extractiva, manufacturera, naval, energética, así como de las actividades de construcción, telecomunicaciones y obra civil, entre otras. Se excluiría a las mujeres del trabajo durante la noche, pues no podrían ser empleadas en ninguna empresa industrial o en sus dependencias (artículo 3) (lo que englobaría todas las actividades económicas anteriores, de conformidad con su artículo 1), independientemente de que estuvieran en estado de embarazo, maternidad o lactancia (o razones encaminadas a la crianza y el cuidado de sus hijos). Es decir, atendiendo simplemente al sexo, por ser considerada la fuerza de trabajo débil y más vulnerable, vinculándolo a su rol de madres-cuidadoras y a la minusvaloración social de las labores y tareas que estas llevaban a cabo, situadas en terreno de lo informal.

Ya en la octogésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, tal como refleja el Informe III(1B) de la Comisión de Expertos, en 2001, se revela que la tendencia de las prácticas nacionales más avanzadas es la de apostar por regular el trabajo nocturno de las mujeres de tal forma que, su protección, no degenera en una vulneración de sus derechos de igualdad de trato y de oportunidades. De tal forma que aquella regulación cuasi absoluta quedaba fuera del tiempo presente, cuando ya es imposible obviar que el trabajo nocturno es igualmente asimilable por hombres que por mujeres y que el sexo no es concebible como “un factor que afecte a la tolerancia del trabajo nocturno circadianos de los hombres y las mujeres parecen reaccionar de la misma manera la inversión de las fases de trabajo y de sueño vinculada en el

trabajo nocturno”²¹, sin obviar la posibilidad de una mayor influencia y repercusión sobre la salud de las mujeres el estado de embarazo, maternidad o las excesivas cargas familiares que tienen que sobrellevar las mujeres todavía en el tiempo presente.

En este sentido, es significativo el tenor literal del artículo 3 del instrumento, donde a la prohibición absoluta se añade la excepción de que las mujeres podrían trabajar en aquellas industrias que, incluidas en el ámbito objetivo delimitado por el artículo 1, emplearan únicamente a los miembros de una misma familia. Es decir, el precepto, tal y como expone la Confederación Nacional de las Profesiones Liberales de Brasil, al ser preguntada sobre la pertinencia de derogar el convenio: esconde un humillante objetivo para las mujeres, el precepto “indica que el objetivo no era evitar que las mujeres trabajasen, sino proteger su reputación”. Una reputación fruto de la construcción social externa que las mujeres no buscaron nunca y les apartó de su desarrollo profesional. En estos términos se pronunciará otra organización patronal, el Consejo Hondureño de la Empresa Privada, que lo considerará “discriminatorio para las mujeres”. Es significativo que los empresarios se muestren reacios mantener el Convenio n. 4 con fundamento en la no discriminación de la mujer y demuestra que, el empresariado ha evolucionado hacia las ideas actuales de igualdad de oportunidades²². Una razón más para la enmendar el instrumento.

4. Excepciones y especialidades aplicativas del Convenio

Las líneas que preceden han servido de comentario de un instrumento centenario surgido de la actividad centenaria de una organización que también lo es. En suma, los ya cien años de producción normativa de la OIT han sido testigos de un cambio de rumbo en el tratamiento jurídico del trabajo nocturno y, en términos generales, del trabajo femenino. Echando la vista atrás, conviene señalar que el Convenio ha sido ratificado por cincuenta y ocho Estados Miembros y denunciado en treinta y tres ocasiones. Su importancia histórica es innegable: sacó a las

²¹ Informe III (1B), *Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89) y al Protocolo, 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión, 2001, p. 153.

²² Informe VII (2), *Derogación de cuatro convenios internacionales del trabajo y retiro de otros dos convenios*, Conferencia Internacional del Trabajo, 106ª reunión, 2017, p. 6.

mujeres de una situación precaria y, en numerosas ocasiones, insalubre. Sin embargo, conviene hacer un recorrido por el resto del articulado del instrumento objeto de análisis. Y, en concreto, a las excepciones a la prohibición de emplear mujeres en las industrias determinadas por el artículo primero del convenio, durante la noche (vid. art. 2).

En relación a las excepciones, junto a la ya mencionada de las industrias y dependencias de aquellas que emplearan únicamente a miembros de una misma familia, sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres durante la noche en industria alguna, cabe señalar que: 1) no opera en supuestos de interrupción del trabajo -no periódico e imposible de prever- por causa de fuerza mayor en la empresa y, 2) “en caso de que el trabajo se relacione con materias primas, o materias en elaboración que puedan alterarse rápidamente, cuando sea indispensable para salvar dichas materias de una pérdida inevitable” (artículo 4, Convenio n. 4).

También, podemos apreciar que en India y Siam (actual Tailandia) podía suspenderse la prohibición por parte de las autoridades nacionales salvo en las *factories* definidas por la ley nacional (artículo 5, Convenio n. 4). No obstante, y, con carácter general, se establece la obligación de extender las disposiciones del Convenio a las colonias y protectorados dependientes (art. 9, Convenio n. 4).

En relación a la consideración del tiempo de trabajo, se podría reducir el trabajo nocturno de una consideración cuantitativa de once horas (artículo 2) a diez, durante sesenta días al año, en empresas industriales sujetas a la influencia de las estaciones (artículo 6). E incluso, la posibilidad de reducir el período nocturno por debajo de los límites de los artículos 2 y 4 del Convenio cuando por condiciones endémicas del país se haga singularmente penoso el trabajo diurno, ello si, compensándolo por descansos (artículo 7). Estableciendo una opción de reserva de que las condiciones locales imposibiliten su aplicación o que se introduzcan modificaciones con el fin de adaptarse a dichas condiciones (artículo 9).

Por lo demás, el resto del artículo se refiere a cuestiones formales tales como el proceso de ratificación (artículo 8), notificación (artículo 9), entrada en vigor (artículo 11), aplicación (artículo 12), denuncia (artículo 13) y revisión (artículo 14).

5. Conclusiones

Obviamente, distan más de cien años entre la realidad presente y la aprobación del Convenio n. 4 de la OIT sobre la prohibición del trabajo nocturno de mujeres en la industria. Sin embargo, sirven cien años para

advertir el cambio de rumbo en el tratamiento jurídico de instituciones jurídico-laborales. Hoy, su acción normativa se orienta en aras de la igualdad de género como eje central del trabajo decente potenciando la igualdad de mujeres y hombres en el empleo. En base a esto, se puede concluir en base al análisis realizado que:

- Resulta evidente que aquellas experiencias prohibicionistas son extrañas a la realidad social presente y futura. Resulta ambiguo que la norma internacional del trabajo otorgue protecciones que, a su vez, discriminan. Lo que discrimina injustificadamente no puede proteger, *per se* sólo ofrece desprotección. Muestra de esta primera conclusión tan paradójica es y ha sido la experiencia de la actividad normativa de la OIT y el nuevo enfoque de aquella sobre las cuestiones aquí abordadas y, en particular, el trabajo nocturno. Cabe subrayar pues, el error de esta disciplina en el tratamiento de la realidad de las mujeres trabajadoras a las que, por proteger, coarto de emplearse en la industria cuando los trabajos nocturnos eran oportunidades de empleo reales. A su vez, sirvió para consagrar a la mujer como cuidadora y madre.

- El trabajo nocturno es un riesgo laboral a tener en cuenta tanto para hombres como para mujeres sin que ello sea incompatible con desarrollar garantías específicas encaminadas a posibilitar la maternidad y la conciliación de la vida familiar, personal y laboral²³. Sólo la articulación de descansos igualitarios y medidas de seguridad y salud en el trabajo no discriminatorias servirán como garantía frente al trabajo nocturno.

Sirva el comentario de este Convenio para reafirmar el Derecho del Trabajo en aras del trabajo decente, que sólo es posible en igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

²³ El tratamiento jurídico que le otorga el ordenamiento jurídico español en el art. 36 ET es el de riesgo laboral, siguiendo el principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 36.5 ET): como en el caso de las normas preventivas, obliga a actuar sobre el agente nocivo (trabajo nocturno), sobre el medio (la empresa y, en concreto, la organización de los turnos de trabajo) y sobre el receptor (trabajador nocturno). Debiéndose garantizar un nivel de protección adecuado en materia de seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, sin distinción alguna, con evaluaciones encaminadas a determinar si la incidencia del trabajo nocturno produce efectos adversos en dichos trabajadores, en cuyo caso tendrán derecho a ser reubicados en el trabajo diurno (art. 36.4 ET). Además, se establecen garantías específicas: retribuciones específicas por vía de la negociación colectiva o, en su defecto, descansos (art. 36.3 ET); rotación de turnos para aquellos trabajadores nocturnos que lleven dos semanas consecutivas en turno de noche, salvo adscripción voluntaria al mismo (art. 36.3 ET); ocho horas diarias como promedio de jornada o la prohibición de no realizar horas extra (art. 36.1 ET). Todo ello se encamina a compensar retributivamente la realización del trabajo nocturno, conceptuándolo como un trabajo más penoso, al menos, que el diurno en las mismas condiciones.

6. Bibliografía

BORRÁS LLOP J.M., *Los límites del primer intervencionismo estatal en el mercado laboral: la Inspección del Trabajo y la regulación del empleo de las mujeres (Cataluña, 1900-1930)*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2009, vol. 1, pp. 149-191

CASAS BAHAMONDE M.E., *Transformaciones del trabajo, futuro de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 1998, n. 1, pp. 90-102

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

CUESTA BUSTILLO J., *Una España para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994

FABREGAT MONFORT G., *La discriminación en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

GARCÍA MURCIA J., *La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2019, vol. I, n. 116, pp. 9-16

KAHALE CARRILLO D.T., *La responsabilidad social de género*, Aranzadi, Navarra, 2013

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: revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n. 15, pp. 195-233

LOUSADA AROCHENA J.F., *El derecho fundamental a la igualdad de género. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación al Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

MARTÍN MARTÍN G., *Igualdad en las Relaciones Jurídicas*, en AA.VV., *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009

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

PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derecho del Trabajo e ideología (6ª edición)*, Tecnos, Madrid, 2002

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

RAMOS VÁZQUEZ I., *Derecho Internacional Obrero: origen y concepto*, en *Iuslabor*, 2017, n. 3, pp. 336-372

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