

NORMATIVA INTERNACIONAL CONTRA LA EXPLOTACIÓN HUMANA Y LABORAL EN EL TRABAJO DOMÉSTICO: LA ONU Y LA OIT

International Regulations Against Human and Labor Exploitation
in Domestic Work: The UN and the ILO

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social-TSJ/Galicia
Doctor en Derecho / Graduado Social

Orcid: 0000-0002-4629-0539

DOI: 10.1387/lan-harremanak.20083

Recibido: 23-04-2018

Aceptado: 30-05-2018

ABSTRACT

El trabajo doméstico es un trabajo precario con riesgo de derivar en situaciones de explotación humana (esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso; trata de personas) o laboral (incumplimiento de normas laborales). Las situaciones de explotación humana se encuentran prohibidas en los textos universales de derechos humanos y en las convenciones sobre esclavitud de las Naciones Unidas. El Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre formas contemporáneas de esclavitud recomienda un abordaje en dos frentes para erradicar la servidumbre doméstica: tratamiento penal represivo / mejora de la regulación laboral. En esta última línea, la OIT ha aprobado el Convenio 189 y la Recomendación 201 sobre el trabajo decente de las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011). Se analizan los contenidos de estas normas y recomendaciones para poder examinar lo que debe hacer España para mejorar el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Palabras clave: Servidumbre doméstica; regulación laboral del trabajo doméstico.

■ *Domestic work is a precarious job with risk of deriving situations of human exploitation (slavery, servitude, forced labor, trafficking in human beings) or labor (non-compliance with labor standards). Situations of human exploitation are prohibited in the universal human rights texts and in the conventions on slavery of the United Nations. The Report of the UN Special Rapporteur on contemporary forms of slavery recommends a two-pronged approach to eradicating domestic servitude: repressive criminal treatment / improvement of labor regulation. In this last line, the ILO has approved Convention 189 and Recommendation 201 on decent work for domestic workers (2011). The contents of these norms and recommendations are analyzed in order to examine what Spain must do to improve compliance with its international commitments.*

Keywords: Domestic servitude; labor regulation of domestic work.

SUMARIO

1. El trabajo doméstico: razones de su precariedad. 2. Explotación humana y explotación laboral. 3. La protección universal frente a la explotación humana y su aplicación a la servidumbre doméstica. 3.1. La esclavitud doméstica, las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud doméstica, y la servidumbre doméstica. 3.2. La trata de personas con fines de esclavitud o servidumbre doméstica. 3.3. El trabajo doméstico forzoso. 3.4. A modo de recapitulación: la novedosa visibilización conceptual de la ancestral servidumbre doméstica como violencia de género. 4. Las recomendaciones de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud (2010). 5. El Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Doméstico (2011). 5.1. El fundamento en el trabajo decente. 5.2. El enfoque de derechos humanos. 5.3. Situaciones de especial vulnerabilidad. 5.4. La transversalidad de la igualdad de género. 5.5. Garantías de ejercicio de los derechos. 6. Algunas consideraciones finales acerca del ordenamiento español interno. 6.1. La regulación penal de la servidumbre doméstica. 6.2. La regulación contractual y de seguridad social del trabajo doméstico. 6.3. Consideraciones finales.

1. El trabajo doméstico: razones de su precariedad

Que el trabajo doméstico es un trabajo precario con riesgo de derivar en situaciones de explotación es afirmación nada novedosa, y así se ha constatado en informes de instancias internacionales (Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre formas contemporáneas de esclavitud, Sra. Gulnara Shahinian, 2010) y en estudios doctrinales (por todos, Cabeza Pereiro, 2015: 99 y ss). Pero sí es oportuno comenzar nuestro estudio profundizando en esa afirmación para detectar en donde están las causas de la precariedad en un análisis a nivel mundial —pues ese es el contexto en el cual se desarrollan las iniciativas de la ONU y la OIT a que se refiere nuestro estudio—.

(1) Algunas de las causas de la precariedad están íntimamente conectadas con el contenido propio de la relación laboral doméstica, esto es con el trabajo doméstico y con su consideración social, siendo un contenido comprensivo de una multiplicidad de tareas, socialmente asignadas al sexo femenino, y caracterizadas por su baja retribución, por su marcado carácter personal y por una urgencia que no siempre resulta previsible.

Las tareas comprendidas incluyen tanto las domésticas —limpieza y comida— y de cuidado de niños/as o personas dependientes, o de mascotas, como otras que pueden ir más allá de lo estrictamente doméstico —cuidado del jardín, realización de gestiones—. Una indefinición posibilitadora de excesos cuando se asignan al trabajador/a doméstico actividades, de limpieza u otro tipo, en una explotación agraria, industrial o comercial.

El que sean labores socialmente asignadas a las mujeres explica cuantitativamente la composición feminizada del colectivo: a nivel mundial, la feminización del sector se sitúa en más del 80%, fluctuando entre el 66% en Oriente Medio, Europa del Este y los países de la CEI (exURSS), hasta más del 90% en América Latina y el Caribe, y entre ambos extremos los países de Europa Occidental.

El que sean labores socialmente asignadas a las mujeres no solo explica cuantitativamente la composición feminizada del colectivo; también cuantitativamente lleva asociada una desvalorización del trabajo doméstico que se percibe como poco cualificado y carente de valor a causa de una consideración sexista del mundo laboral según la cual solamente el trabajo no doméstico sería el económicamente productivo.

Vinculado a lo anterior, la consideración de escaso valor económico explica la muy reducida retribución que casi siempre acompaña al trabajo doméstico, provocando una fuerte vulnerabilidad de tipo económico entre las personas que prestan servicios domésticos, la cual se proyecta de modo reflejo sobre otras condiciones de trabajo —así, los bajos salarios conspiran para la prolongación de jornadas más allá de lo razonable—.

Tales tareas se caracterizan además por su marcado carácter personal. Un componente personal que no pocas veces deriva hacia exigencias arbitrarias con situaciones de hostigamiento físico y/o psicológico. Incluso cuando las conductas de la parte empleadora tienden al paternalismo, se produce una desproporción real de poder entre las partes en condiciones que se podrían llegar a catalogar como cuasi feudales.

Se caracterizan también por una urgencia que no siempre resulta previsible, lo que puede afectar al tiempo de trabajo —en particular cuando se trata de trabajo en régimen de internado: prolongación de jornada, horarios fragmentados, prestación de servicios en tiempos inconvenientes, pérdida de autonomía y control sobre todas estas cuestiones y, con relativa frecuencia, un insuficiente periodo de descanso continuado—.

(2) Otras causas de la precariedad están íntimamente conectadas con las circunstancias en las cuales se desarrolla la relación laboral doméstica, a saber en el domicilio de la persona empleadora, lo cual otorga a la relación un componente fiduciario muy significativo en la medida en que el empleador pone su domicilio en manos del empleado/a doméstico, e igualmente el desarrollo de la relación

laboral doméstica en un domicilio determina un aislamiento e invisibilidad del trabajador/a.

El componente fiduciario muy significativo de la relación laboral doméstica presenta efectos sobre la relación laboral, como la especial relevancia de la exigencia de buena fe que obliga, por ejemplo, a que el trabajador/a doméstico no viole la privacidad de la familia que lo emplea. Pero sin duda alguna el más significativo de esos efectos es la facultad concedida al empleador de extinguir la relación laboral *ad nutum*, lo que representan una merma de estabilidad en el empleo frente al contrato de trabajo común.

Además el componente fiduciario tiende a interpretarse de una manera desproporcionada, de ahí que no sea inhabitual que el empleador acabe declinando la razonable exigencia de buena fe en clave de fidelidad cuasi feudal exigiendo al empleado/a una absoluta sumisión a los deseos de la familia y un comportamiento privado supuestamente moralizante —por ejemplo, obligando a las trabajadoras domésticas a mantenerse solteras, a no tener pareja o, en todo caso, a no ser madres—.

Un componente fiduciario que explica asimismo que la parte empleadora no se sienta en la necesidad de formalizar un contrato para prestar una actividad que, aparentemente, se encuentra alejada de la lógica económica del Derecho del Trabajo. Esta informalidad —aparte de que pueda en sí misma suponer una ilegalidad— en ocasiones se acaba proyectando sobre el desarrollo de la relación laboral, sometiéndola a numerosas modificaciones arbitrarias que incrementan la precariedad del trabajador/a.

Igualmente que la relación laboral se desarrolle en el domicilio de la parte empleadora determina un aislamiento e invisibilidad de la parte empleada que dificulta enormemente el control de la normativa laboral por las instancias públicas. También dificulta enormemente la acción sindical, y si a ello le unimos una tradicional despreocupación de los sindicatos respecto a estos trabajadores/as, podemos entender la ausencia total de negociación colectiva y que toda la regulación suele ser heterónoma.

Hay un supuesto concreto en que el aislamiento e invisibilidad incrementa el riesgo de precariedad: el trabajo en régimen interno. Primero, la jornada de trabajo presenta límites más difusos, con el riesgo de prolongación más allá del máximo, o de periodos excesivos a disposición de la familia. Segundo, la valoración del alojamiento y la manutención puede absorber una parte desproporcionada de la retribución. Tercero, se producen más riesgos de abusos, también sexuales. Cuarto, el control es más difícil.

(3) Otras causas de la precariedad, que se pueden considerar externas a la relación laboral doméstica, se derivan de los movimientos transnacionales de trabajadores/as domésticos y de la actuación en ese ámbito de agentes intermedia-

rios, muchas veces legalmente constituidos y actuando dentro de la ley, pero otras veces actuando fuera de la ley o constituidos directamente como mafias, lo que ha generado muchas situaciones de explotación laboral e incluso de explotación humana a través de la limitación de la libertad de movimientos mediante la retención de los pasaportes, o con amenazas de deportación, o exigiéndoles a los propios trabajadores/as cuantías de dinero desproporcionadas supuestamente en pago de adelantos para financiar el viaje.

Algunas prácticas de trata de personas vinculadas a servidumbre doméstica se han detectado (en Europa) en relación con los servicios *au pair* y con las novias por correo, pues, aunque la mayoría llegan voluntariamente, algunas han sido engañadas por empleadores, agencias o intermediarios, siendo endeudadas e incluso traficadas, y otras, después de llegar, se encuentran aisladas y lejos de sus familias, posibilitando que empleadores o maridos abusivos las sometan a una esclavitud o servidumbre doméstica.

Otra práctica de trata de personas vinculada a servidumbre doméstica (también con incidencia en Europa) se refiere a los trabajadores domésticos —normalmente mujeres y niñas— en residencias de personal diplomático, con la problemática añadida del carácter inviolable de dichas residencias según el derecho internacional público.

(4) Las expuestas causas de la precariedad del trabajo doméstico se encuentran interseccionadas con la discriminación por razón de sexo / género, de manera que la circunstancia de que el trabajo sea ocupado mayoritariamente por mujeres se explica en la discriminación que sufren, y a la vez la refuerza: de un lado, la discriminación de las mujeres marca la senda hacia la servidumbre doméstica, pues sus oportunidades de trabajo en la economía formal se encuentran muy limitadas y, en particular con respecto a las niñas, las familias prefieren muchas veces que los hijos continúen su educación y obligan a las niñas a abandonar la escuela para contribuir a los ingresos de la familia; de otro lado, la servidumbre doméstica se asocia siempre con la infravaloración del trabajo doméstico, y muchas veces con la consideración de las empleadas domésticas como objeto fácil de satisfacción sexual, y con el control de sus derechos reproductivos, pues a menudo los empleadores las despiden injustamente cuando sospechan su embarazo.

No es la discriminación por razón de sexo / género la única causa de discriminación que intersecciona con las causas de la precariedad del trabajo doméstico. El vector de la edad —como ya se ha comprobado a lo largo de nuestra exposición— actúa en particular en relación con las niñas y adolescentes, que son reclutadas para el trabajo doméstico con anterioridad a alcanzar la edad para trabajar. También es habitual en muchos territorios la intersección con estereotipos raciales o étnicos, de manera que unos trabajadores/as domésticos de determinado origen racial o étnico acaban en peores trabajos o cobran menos que trabajadores/as domésticos de otro origen racial o étnico.

(5) Las razones de la precariedad del trabajo doméstico han servido de caldo de cultivo para su entendimiento como relación personal o cuasifamiliar entre la familia situada en un estatus superior por el mero hecho de poder contratar servicio doméstico, y la persona sirviente situada en un estatus inferior dadas sus marcas socioculturales —sexo, edad, etnia, raza, color, casta o nacionalidad—, en virtud de la cual el empleador puede ordenar al empleado —habitualmente mujer— aquello que sea su antojo a cambio de ofrecer una protección —no necesariamente en dinero— dispensada con una cierta magnanimidad —aunque en ocasiones no superaba un nivel mínimo de supervivencia—.

De este modo, se ha construido, en algunos momentos y en algunas sociedades, un ideal de relación doméstica que, en la realidad de las cosas, ha operado como un nuevo factor de precariedad de carácter ideológico que ha interactuado con los demás factores, o en ocasiones ha funcionado de una manera autónoma. Aquí se encuentra una explicación de que, aún en la actualidad en muchos países, la legislación se retrae en la regulación del trabajo doméstico, no considerándolo como relación laboral, o excluyéndolo de la seguridad social. A la vista de la situación en algunos países de América Latina, se ha hablado de «legado colonial» (Romina Lerussi, 2017: 762 y 763).

No debería este entendimiento del trabajo doméstico resultarnos tan lejano pues fue el imperante durante el franquismo. Se consideraba a la empleada doméstica como un miembro más de la familia al que, con un planteamiento paternalista y moralizante, se debía enseñar y tutelar pues su «carácter de niña pueblerina la exponía a toda suerte de riesgos» siendo el ama de casa su «madre y maestra». Un discurso de «reminiscencias tardo-feudales» imbricadas en términos como sirvienta, servidumbre, señor y amo. En la más cruda realidad «miles de jóvenes solteras de provincias empobrecidas fueron explotadas por las clases medias emergentes» (Josep Cañabete Pérez, 2014: 61 y ss).

2. Explotación humana y explotación laboral

Todas estas causas de la precariedad del trabajo doméstico generan situaciones de explotación laboral, e incluso de explotación humana. Una diferencia muy importante. La explotación laboral es un incumplimiento simple de la normativa laboral, lo que se afirma aún sabiendo que, en especial si el incumplimiento es grave y reiterado, ello pueda parecer un tanto frívolo. Pero es que tal incumplimiento nunca supone la cosificación de la persona en que consiste la esclavitud o la servidumbre, ni elimina la voluntariedad en la prestación del trabajo. Si así fuera se produciría un salto cualitativo para pasar a ser trabajo forzoso —si se obliga a trabajar—, servidumbre —si se constriñe la libertad personal— o esclavitud —si sobre la persona se ejercen atributos de la propiedad—.

La doctrina ha alertado precisamente sobre el confucionismo conceptual a la hora de deslindar una situación de esclavitud o servidumbre doméstica, o de trabajo forzoso doméstico, frente a la explotación laboral por incumplimientos legislativos. Así es que algunas de las situaciones que son denominadas por los medios de comunicación o incluso autoridades gubernativas de esclavitud no lo son realmente, sino que se trata de conductas abusivas de notable importancia (Margarita Miñarro Yanini, 2014: 1). De ahí la importancia de un correcto deslinde conceptual si no queremos correr el riesgo de que, por la difuminación de las fronteras, auténticas situaciones de esclavitud y servidumbre doméstica acaben invisibilizadas en demandas basadas en la norma laboral.

3. La protección universal frente a la explotación humana y su aplicación a la servidumbre doméstica

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece, en su artículo 4, que «nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». Más detalladamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece, en su artículo 7, apartado 1, que «nadie estará sometido a esclavitud; la esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas», en el apartado 2, que «nadie estará sometido a servidumbre», y en el apartado 3, que «nadie será consreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio». Queda así completado el listado tradicional de formas de explotación humana comprensivo de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

A los efectos de definir la esclavitud, se estará a la Convención sobre la represión de la esclavitud (Ginebra, 25/9/1926), y a la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7/9/1956). Y a los efectos definir el trabajo forzoso, se estará al Convenio 29 de la OIT (1930) y al 105 (1957). No se define la servidumbre, aunque intuitivamente podemos afirmar que es una forma de explotación humana muy cercana a la esclavitud, y más grave que el trabajo forzoso. En este sentido, la Convención de 1956 califica las servidumbres por deudas y de la gleba como análogas a la esclavitud.

Las formas de explotación humana no se agotan con la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso. Entre las formas contemporáneas de explotación destaca la trata de personas contemplada en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Palermo, 2000), que, a su vez, contiene —artículo 3— una definición de explotación que, como mínimo, exige la inclusión de «la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o

las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos». Pero dado su carácter mínimo, tampoco es un listado exhaustivo —falta, por poner un ejemplo, la mendicidad forzosa—.

Ninguno de estos textos internacionales se refiere *nominatim* a la esclavitud/servidumbre doméstica como una forma de explotación humana. Aunque obviamente esos textos internacionales amparan la lucha contra la esclavitud / servidumbre doméstica. Y documentos de derechos humanos más modernos ya empiezan a utilizar el tópico. El Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, Sra. Gulnara Shahinian, se titula «La servidumbre doméstica: un problema mundial de derechos humanos» (2010). Y la Recomendación 1523 (2001) y la Recomendación 1663 (2004) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ambos son «sobre la esclavitud doméstica: servidumbre, *au pairs* y novias por correo».

3.1. La esclavitud doméstica, las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud doméstica, y la servidumbre doméstica

(1) De acuerdo con la Convención sobre la represión de la esclavitud (Ginebra, 25/9/1926), la esclavitud es «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos» —art. 1—, un concepto que ha motivado dos corrientes interpretativas: una primera —que conduce a la práctica inaplicación de la Convención de 1926 dado que desde 2007, en que se prohibió en Mauritania, la esclavitud ya no es legal en ningún país del Mundo— vincula el concepto a la esclavitud *de iure* (en este sentido, la STEDH de 26 de julio de 2005, Caso Siliadin, niega la existencia de esclavitud porque la definición de la Convención de 1926 «corresponde al sentido clásico de la esclavitud, tal y como se practicó durante siglos»); otra segunda incluye a la esclavitud *de facto* (en este sentido, la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 22/2/2011, Caso Kunarac *et alii*, apreció un delito de esclavitud razonando que «la concepción tradicional de la esclavitud, centrada sobre la noción de propiedad sobre los seres humanos, ha evolucionado de modo que lo que importa considerar hoy en día no es la existencia de un título de propiedad sobre un esclavo, sino el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en una destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano»). No solo esta pugna interpretativa condiciona el concepto de esclavitud, sino que también condiciona el concepto de servidumbre: quienes solo admiten la esclavitud *de iure* tienden a ampliar tal concepto; quienes admiten la esclavitud *de facto* no se encuentran tan conminados a esa ampliación para apreciar explotación humana.

(2) La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7/9/1956). enumera como instituciones o prácticas análogas, «les sea o no apli-

cable» la definición de esclavitud contenida en el artículo 1 de la Convención de 1926, las cuatro siguientes: (a) la servidumbre por deudas, que aparece definida como «el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios»; (b) la servidumbre de la gleba, que se define como «la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición»; (c) «Toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona»; y (d) «toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven».

Así las cosas, la prestación de servicios en un hogar familiar puede ser realizada por una persona sometida a cualquiera de las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud contempladas en el artículo 1 de la Convención de 1956, y en ese caso estaríamos en puridad conceptual ante un práctica análoga a la esclavitud doméstica.

(3) Como la prohibición de servidumbre se contempla en términos amplios en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención de 1956 se refiere solo a ciertas situaciones —servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, matrimonios serviles y trabajo infantil—, una corriente interpretativa admite situaciones de servidumbre más allá de las catalogadas como instituciones o prácticas análogas a la esclavitud. El Informe de la Relatora Sra. Gulnara Shahinian (apartados 47 a 52) defiende la existencia de una situación de servidumbre en aquellos «casos de explotación económica en que la víctima depende tanto del victimario que no puede abandonar esa situación de explotación». Para verificar esa dependencia se valorarán factores físicos, económicos, sociales, culturales y jurídicos, y se advierte que, «aunque cada uno de estos factores puede no ser lo suficientemente poderoso por sí mismo para crear la aguda dependencia que caracteriza a la servidumbre, pueden reforzarse unos a otros creando una red de factores de dependencia que la víctima no puede sortear».

- Factores económicos —por ejemplo, adelantos de salario fijando intereses excesivos para su devolución, aplazamientos o demoras en el pago de los salarios, salarios por debajo del umbral de pobreza, el pago en especie en una proporción elevada o con productos sobrevalorados o la prohibición de cambiar libremente de empleador—.
- Vulneración de derechos civiles —por ejemplo, restricción de las libertades de circulación o de elección de domicilio, retención del pasaporte, u obligación de vivir con el empleador unida a una situación de aislamiento con el exterior—.
- Vulneración de derechos sociales —por ejemplo, amenaza de no proporcionar a la persona trabajadora alimentos, o una atención médica básica cuando para acceder a ella esa persona depende de una actuación del empleador, como llevarlo a un hospital—.
- Malos tratos físicos o psicológicos —que se pueden reforzar con comportamientos discriminatorios por origen racial o étnico, o género, así como con acosos sexuales, abusos o agresiones, violaciones repetidas o prostitución forzosa—.

Tal corriente interpretativa tiene un importante apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que apreció la existencia de servidumbre (en un caso de servidumbre doméstica) en la emblemática STEDH de 26 de julio de 2005, Caso Siliadin, entendida la servidumbre como «una forma de negación de la libertad particularmente grave» que «engloba además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios, la obligación para el siervo de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición», para concluir que «la servidumbre tal y como la entiende el CEDH es la obligación de prestar servicios bajo el imperio de la coacción y que debe vincularse a la noción de esclavitud que la precede».

Esta jurisprudencia ha sido seguida por la STEDH de 11 de octubre de 2012, Caso C. N. y V. contra Francia, y la STEDH de 13 de noviembre de 2012, Caso C. N. contra Reino Unido (las dos también dictadas en casos sobre servidumbre doméstica).

Hay otra corriente interpretativa que considera perturbadora la interpretación expuesta porque no hay una definición de servidumbre en ningún texto internacional más allá de las catalogadas como instituciones o prácticas análogas a la esclavitud; e innecesaria dado que el concepto de esclavitud no se limita a la esclavitud *de iure* —como ha considerado el TEDH en el Caso Siliadin—, pues ya se contempla la esclavitud *de facto* que en su aplicación práctica debiera subsumir las situaciones de servidumbre.

Aún cabría otra corriente interpretativa —a nuestro juicio la más adecuada— que admitiría la existencia de esclavitud *de iure* y *de facto*, y al mismo

tiempo, un entendimiento amplio de la servidumbre incluyendo, además de la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, los matrimonios serviles y el trabajo infantil, las situaciones de fuerte dependencia en los términos expresados en el Informe de la Relatora Especial, y según la doctrina del Caso Siliadin y de los Casos post-Siliadin.

3.2. La trata de personas con fines de esclavitud o servidumbre doméstica

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Palermo, 2000), define la trata de personas como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación» incluyendo, como mínimo, «la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos» —art. 3.a)—. «El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación ... descrita ... no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados» —art. 3.b)—. Aun cuando no concurra ninguno de los medios enunciados, «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas» —art. 3.c)—, entendiendo por niño «toda persona menor de 18 años» —art. 3.d)—.

La trata de personas puede ser el medio para la esclavitud o servidumbre doméstica. Sin embargo, las fuentes consultadas destacan las dificultades para visibilizar la trata de personas con fines de esclavitud o servidumbre doméstica. Así, la Relatora Sra. Gulnara Shahinian informa (apartados 59 a 61) de que suele producirse al amparo de actividades aparentemente legales y de que suele ser aceptada socialmente, incluso con complicidad de los padres. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación ante el creciente número de niños víctimas de la trata interna en Pakistán, a veces vendidos por sus padres u obligados a contraer matrimonio, ser objeto de explotación sexual o someterse a algún tipo de servidumbre doméstica.

3.3. El trabajo doméstico forzoso

Para completar la aproximación conceptual a la esclavitud/servidumbre doméstica, se deben distinguir del trabajo forzoso. El Convenio 29 de la OIT (1930) lo define —art. 2— como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente», aunque aclara de seguido que no son trabajo forzoso el

servicio militar obligatorio u otras prestaciones públicas obligatorias, la condena a trabajos forzados, las prestaciones en caso de calamidad y los pequeños trabajos comunales. El Convenio 105 de la OIT (1957) completa la regulación enumerando —art. 1— las finalidades que no justificarían adoptar dichas exclusiones. Más reciente, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio 29 se reafirma en la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el mismo.

Teóricamente no es difícil deslindar las diferencias entre esclavitud y servidumbre respecto a trabajo forzoso: la esclavitud supone el ejercicio sobre la persona de los atributos de la propiedad, y la servidumbre supone la sumisión de la persona a un estatus del cual no puede liberarse por su voluntad; mientras en el trabajo forzoso ni se ejercitan sobre la persona los atributos del derecho de propiedad, ni se somete a la persona a un estatus del cual no puede liberarse por su voluntad, sino que, sin haberse ofrecido voluntario, se le obliga a trabajar bajo amenaza de cualquier pena.

Sin embargo, en la práctica deslindar el trabajo forzoso, en especial con la servidumbre, no siempre será una tarea fácil. Y es que la exigencia de amenaza de una pena cualquiera se debe entender en términos flexibles, pudiendo consistir, en un contexto migratorio, en la amenaza expresa o tácita de denuncia a las autoridades si la persona trabajadora es irregular. En estos supuestos, será altamente factible que el empleador someta a la persona trabajadora a una situación abusiva de dominación sin que a esta le quepa otra alternativa real o aceptable excepto la de someterse a ese abuso.

3.4. A modo de recapitulación: la novedosa visibilización conceptual de la ancestral servidumbre doméstica como violencia de género

Tras este recorrido conceptual por la normativa internacional de ámbito universal, nos encontramos en condiciones de hacer una recapitulación en la que la primera conclusión que debemos realizar es la existencia de datos justificativos razonablemente suficientes para considerar la servidumbre doméstica como una categoría sustantiva propia dadas sus propias peculiaridades derivadas del contexto en el cual se desarrolla la prestación de servicios en el hogar familiar (el ámbito privado), la elasticidad del contenido de la prestación (multiplicidad de tareas con tendencia a exceder las tareas propiamente domésticas), el impacto de género, y la vulnerabilidad de las personas prestatarias (personas inmigrantes; edad; pobreza; multidiscriminación).

Que la servidumbre doméstica haya sido objeto de una novedosa conceptualización en modernos informes, documentos o estudios sobre derechos humanos no quiere decir que sea una forma de esclavitud que se pueda calificar como contemporánea en el sentido que a esta expresión se le ha dado en la actuación de Naciones Unidas en la última década del siglo xx y en este siglo xxi. Por el contrario, la servidumbre doméstica se hunde en la noche de los tiempos

en prácticamente todas las sociedades del mundo, sin perjuicio de que en sus manifestaciones adopte sin dificultad las características de las formas contemporáneas de esclavitud —por ejemplo, si camuflada bajo el trabajo *au pair* o en novias por correo—.

Si hemos de buscar la conexión con otras categorías conceptuales es más acertado, a nuestro juicio, vincular la servidumbre doméstica a la violencia de género. En primer lugar, la dimensión de género del trabajo doméstico no presenta demasiadas dudas en todas las sociedades: los trabajadores domésticos son mayoritariamente mujeres (corroboración cuantitativa de la dimensión de género), y el trabajo doméstico está considerado como un trabajo de mujeres (corroboración cualitativa de la dimensión de género). En segundo lugar, la servidumbre doméstica implica, en mayor o menor medida, el ejercicio explícito o implícito de violencia física, sexual, psicológica, o económica, incluso cuando se manifiesta a través de un falso paternalismo protector.

Por ello, la servidumbre doméstica no solo constituye una diferencia de trato entre quien la sufre respecto a quien no la sufre, también constituye una diferencia de estado que coloca a una persona en una situación de subordinación contraria a su dignidad por ser mujer o realizar un trabajo propio de mujeres. La servidumbre doméstica es así una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Ciertamente, el género no es su única clave explicativa, pero sí es la más importante, y además atraviesa a todas las demás claves —inmigración, edad, pobreza, raza...—. En conclusión, la servidumbre doméstica es, sobre todas las cosas, una manifestación más de la violencia de género.

Recapitulando, sería oportuna una declaración normativa —similar a las contenidas en la Convención de 1956— según la cual la servidumbre doméstica, sea o no esclavitud en el sentido de la Convención de 1926, se asimilase a la esclavitud, y se catalogase además como una manifestación de violencia de género. Las ventajas de esa decisión normativa permitirían una mayor visibilización del problema y la mejor identificación de las conductas, facilitando de ese modo su represión. Y el tratamiento jurídico penal se debería acompañar además con una mejora de la regulación sociolaboral para la dignificación del trabajo doméstico y para promover la erradicación de los prejuicios que se encuentran en los cimientos de la servidumbre doméstica.

4. Las recomendaciones de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud (2010)

El —ya tantas veces citado— Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, Sra. Gulnara Shahinian, «La

servidumbre doméstica: un problema mundial de derechos humanos» (2010), concluye con una serie de recomendaciones construidas sobre un abordaje bifronte penalización de la esclavitud y servidumbre doméstica / regulación laboral del trabajo doméstico basada en estándares de trabajo decente —lo que convierte a este Informe en antecedente inmediato del Convenio 189 de la OIT a analizar en el siguiente epígrafe—. Así se afirma que «la penalización de todas las formas de esclavitud y servidumbre es uno de los aspectos de una respuesta eficaz», y que «este problema forma parte de la tarea más general de garantizar a los trabajadores igual protección de sus derechos laborales». Gráficamente se concluye: «la lucha contra la servidumbre doméstica y la protección de los derechos de los trabajadores domésticos son dos caras de la misma moneda» —apartado 93—.

(1) Un primer grupo de recomendaciones son de carácter general, y en ellas se nos aparece claramente el abordaje bifronte tratamiento penal / regulación laboral.

En cuanto al tratamiento penal, se recomienda a los Estados que (a) adopten disposiciones específicas para penalizar la servidumbre, incluido el trabajo cautivo, los matrimonios infantiles y forzosos y otras prácticas culturales; enjuicien y castiguen a los responsables con la debida diligencia; y vean por que las víctimas obtengan la debida reparación; (b) establezcan mecanismos eficaces y accesibles de información y denuncia (por ejemplo, líneas telefónicas de ayuda con operadores que hablen los idiomas necesarios); (c) den instrucciones a las autoridades de inmigración y otras autoridades competentes para que remitan los casos de presunta servidumbre doméstica a las autoridades policiales y laborales; y (d) proporcionen a todas las personas sometidas a servidumbre doméstica asistencia adecuada e incondicional para su protección, rehabilitación y reintegración, otorgando recursos financieros a las ONG pertinentes.

En cuanto a la regulación laboral, se recomienda a los Estados que (a) prohíban la restricción indebida de la libertad de desplazamiento y comunicación de los trabajadores domésticos; (b) pongan coto a las prácticas que refuerzan la dependencia, entre otras cosas prohibiendo a las agencias de empleo que cobren honorarios a los trabajadores domésticos (en lugar de a los empleadores); (c) extiendan la misma protección prevista en su legislación laboral a los trabajadores domésticos, incluidos los migrantes; (d) exijan que los trabajadores domésticos reciban un contrato por escrito en un idioma que comprendan y que sus salarios se abonen a cuentas bancarias; (e) establezcan un salario mínimo para todos los trabajadores domésticos, incluidos los migrantes; y (f) los pagos adicionales en especie no se deducirán del salario mínimo.

(2) Un segundo grupo de recomendaciones son específicas para los niños —apartado 94, que se redacta en términos imperativos—, los trabajadores do-

mésticos internos —apartado 95, que también se redacta en términos imperativos—, y los trabajadores domésticos migrantes —apartado 96, redactado en términos admonitivos—.

En cuanto a los niños, los Estados deben: (a) prohibir el trabajo doméstico a los menores de 15 años y a los que todavía estén cursando la enseñanza obligatoria si ello interfiere con su escolarización; (b) prohibir el trabajo doméstico en régimen de residencia para los niños menores de 18 años; (c) ayudar a las familias marginadas cuyos hijos se encuentran expuestos a la servidumbre doméstica; (d) ofrecer alternativas viables a los niños solos, incluidos los niños de la calle, los niños abandonados y los huérfanos; y (e) ampliar sus esfuerzos para colaborar con maestros, líderes religiosos y organizaciones comunitarias a fin de acabar con el trabajo doméstico infantil.

En cuanto a los trabajadores domésticos internos, los Estados deben (a) exigir a los empleadores una formación obligatoria de sensibilización antes de emplearlos; (b) obligar a los empleadores a registrarlos; (c) asegurarse de que acudan periódicamente a entrevistas privadas con los inspectores del trabajo; (d) realizar inspecciones en los lugares de trabajo, mediante una orden judicial, en los casos en que existan razones fundadas para creer que ha habido una violación grave de las normas laborales; (e) dar prioridad a la investigación policial de los delitos que afecten a trabajadores domésticos internos; y (f) establecer listas negras por las que se prohíba contratar a otros trabajadores en los hogares en que se haya maltratado o explotado a un interno.

En cuanto a los migrantes, se recomienda a los Estados: (a) eliminar los regímenes de inmigración en los que se conceda el visado bajo el patrocinio de un único empleador; (b) reconocer el derecho de los migrantes a escoger libremente el lugar donde residir; (c) crear una situación especial de residencia legal para los migrantes que presenten una denuncia fundamentada de abusos graves o explotación por los empleadores; (d) promover la cooperación multilateral y bilateral para acreditar y regular a las agencias de contratación y colocación; (e) registrar a todos los migrantes e informarles de sus derechos en idioma que comprendan; y (f) investigar diligentemente denuncias de abusos o explotación por sus diplomáticos y enjuiciar a los responsables.

(3) Un tercer grupo de recomendaciones se refiere a la libertad sindical de los trabajadores/as domésticos, a saber: los sindicatos deberían empeñarse más en incorporar a los trabajadores domésticos, en particular a los migrantes; los Estados deben eliminar todos los obstáculos de jure o de facto que impidan a los trabajadores domésticos ejercer su derecho a la libertad de asociación; las autoridades nacionales deben organizar campañas para informar a los trabajadores actuales y eventuales del servicio doméstico de sus derechos así como el modo de hacerlos valer —apartado 97—.

(4) Un cuarto grupo de recomendaciones se dirigen a los Estados como sujetos internacionales y a los organismos internacionales competentes para que colaboren en la lucha contra la servidumbre doméstica y para que regulen adecuados derechos laborales de los trabajadores domésticos dentro del marco de la OIT, siendo llamativa la de que los Estados colaboren con la OIT para asegurarse de que el futuro convenio sobre el trabajo doméstico se base en los principales tratados de derechos humanos e incluya compromisos concretos para regular todos los aspectos laborales —apartado 98—.

(5) Un último grupo de recomendaciones más genérica pretende socavar los patrones muy arraigados de discriminación por motivo de género y por motivo de raza, etnia y casta, que conducen al «núcleo del problema»: que se infravaloran los servicios prestados en el hogar o para el hogar, estén o no remunerados. En este sentido, se recomienda a los Estados que intensifiquen sus esfuerzos para cumplir los compromisos contraídos en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing y la Conferencia de Examen de Durban. También las autoridades gubernamentales y los líderes religiosos y comunitarios deben reconocer públicamente el valor del trabajo doméstico para la sociedad y hacer hincapié en la dignidad y autonomía de los trabajadores domésticos.

5. El Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Doméstico (2011)

La mejora de la regulación sociolaboral del trabajo doméstico a que hacíamos referencia en las páginas anteriores es la otra cara de la moneda de la represión penal de la servidumbre doméstica, y, a la vez que complementaria, imprescindible para dignificar el trabajo doméstico y para promover la erradicación de los prejuicios que se encuentran en los cimientos de la servidumbre doméstica. Tal mejora de la regulación sociolaboral se ha hecho realidad a nivel internacional con el Convenio 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011), y la Recomendación 201 de la OIT (2011). Hasta entonces, los organismos internacionales, ni los generales de defensa de los derechos humanos ni los específicos de defensa de los derechos laborales, habían conseguido sacar adelante ningún instrumento internacional obligatorio en defensa de los trabajadores domésticos. Por ello, la doctrina científica española ha recibido su aprobación como «un hecho histórico», como «una conquista social» (Rosa Quesada Segura, 2011: 1), o como «un punto de inflexión» (Raquel Vela Díaz, 2017: 283), mediante el cual la OIT «integra a estos trabajadores dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente» (Josefa Romeral Hernández, 2013: 2).

Se aplica el Convenio a «todos los trabajadores domésticos» —art. 2.1—, siéndolo «toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un

trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo» —art. 1.b)—. También se aclara que trabajo doméstico es el «realizado en un hogar u hogares o para los mismos» —art. 1.a)—, y que «una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma accidental o esporádica, sin que ese trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico» —art. 1.c)—. El Convenio habilita a todo Miembro que lo ratifique para excluir total o parcialmente de su ámbito de aplicación —previa celebración de consultas con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores— a (1) categorías de trabajadores para las cuales esté previsto otro tipo de protección que sea por lo menos equivalente; y (2) categorías limitadas de trabajadores respecto de la que se planteen problemas especiales de carácter sustantivo —art. 2.2—.

Ya entrando en el análisis de la regulación laboral contenida en el Convenio, así como en la Recomendación que lo complementa —debiendo las disposiciones de uno y otra considerarse conjuntamente como se afirma en el numeral 1 de la Recomendación—, la vamos a sistematizar alrededor de las claves explicativas de dicha regulación laboral:

- La clave explicativa central del Convenio 189 y de la Recomendación 201 es el concepto de trabajo decente de la OIT. De hecho, su propia denominación delata claramente la conexión con el concepto de trabajo decente. Lo que resulta significativo pues es el único Convenio de la OIT en cuya denominación se alude al trabajo decente.
- Otra clave explicativa asimismo importante se encuentra en el enfoque de derechos humanos que han asumido dichas normas jurídicas, y que se compadece con la actuación de Naciones Unidas en relación con las formas contemporáneas de esclavitud, entre las cuales la servidumbre doméstica ya ha adquirido un *nomen iuris* propio.
- Ambas claves explicativas se manifiestan en el Convenio y la Recomendación de forma intensa y a la vez conjunta cuando se contemplan situaciones donde la vulnerabilidad de las personas trabajadoras suele conducir a la explotación humana y laboral: trabajadores menores de edad; internos; migrantes; y agencias de empleo.
- Y ambas claves interpretativas se encuentran transidas por la perspectiva de género, pues si esto debe ser así siempre que se hable de trabajo decente o derechos humanos, más lo debe ser cuando se trata del trabajo doméstico, que cuantitativamente está feminizado, y cualitativamente es paradigma de la infravaloración de lo femenino.
- Con carácter conclusivo, se recogen dos disposiciones de carácter horizontal, es decir, aplicables a todos los derechos reconocidos en el Convenio, para garantizar precisamente el ejercicio efectivo de dichos derechos por los trabajadores domésticos, tanto en el ámbito de la tutela administrativa, como en el ámbito de la tutela judicial.

5.1. El fundamento en el trabajo decente

La inspiración central del Convenio 169 OIT se encuentra en el concepto de trabajo decente que ha venido desarrollando la OIT desde las postrimerías del siglo xx. El nacimiento de ese concepto fue consiguiente a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) según la cual se declara que todos los Estados miembros, aunque no hayan ratificado los convenios reconocidos como fundamentales, tienen el compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la OIT, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, a saber: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Con fundamento en esta Declaración, Juan Somavía, entonces Director General de la OIT, presentó una Memoria sobre el trabajo decente (1999), cuya definición se ha perfilado progresivamente a lo largo de diversas actuaciones, estudios e informes de la OIT para acabar siendo considerado como un trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana: implica oportunidades de trabajo productivo y con un ingreso justo; proporciona seguridad en el lugar de trabajo y protección social para los trabajadores/as y sus familias; ofrece mejores perspectivas para el desarrollo personal y favorece la integración social; da a las personas libertad de expresar sus opiniones, organizarse y participar en la toma de decisiones que inciden en sus vidas; y garantiza la igualdad de oportunidades y trato.

Se encuentra la culminación del concepto de trabajo decente en la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) al situar «el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales», que deberán basarse en cuatro objetivos estratégicos, a saber: (1) la promoción del empleo, creando un entorno institucional y económico sostenible; (2) adoptar y ampliar medidas de protección social —seguridad social y protección de los trabajadores— que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales; (3) promover el diálogo social y el tripartismo como métodos más apropiados para, entre otras cosas, traducir el desarrollo económico en progreso social, y el progreso social en desarrollo económico; y (4) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, sin que su violación pueda constituir ventaja competitiva.

Pues bien, el concepto de trabajo decente ya se nos aparece —y es el único convenio en que tal cosa ocurre— en la misma denominación del Convenio 189 OIT. También la centralidad del trabajo decente en la construcción del Convenio 189 OIT se nos aparece en el mismo párrafo inicial de su preámbulo cuando

se afirma «el compromiso de la OIT de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa». En la medida en que —apenas unos párrafos después— se dice que «el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible», el trabajo decente implícitamente se nos presenta como solución a dicha infravaloración e invisibilidad.

Hay una norma en el articulado del Convenio donde —en consonancia con su propia denominación y con lo expuesto en su preámbulo— se manifiesta a las claras la centralidad del concepto de trabajo decente en la regulación: se trata del artículo 6: «Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad».

La cuestión interpretativa es si estamos ante una norma con contenido propio a llenar con el concepto de trabajo decente elaborado por la OIT, o si estamos ante una norma con contenido relacional a llenar con las demás normas del Convenio. Acaso la interpretación más correcta sea integrar ambas opciones interpretativas, de manera que estamos ante una norma con contenido complejo a llenar con el concepto de trabajo decente elaborado por la OIT y a llenar con las demás normas del Convenio, de ahí que, entre ambos contenidos, siempre se deberá estar al más favorable para el trabajador.

Bajo esta interpretación integradora, se podrían entender todas las normas del Convenio como inspiradas en el concepto de trabajo decente. Con todo, son algunas de ellas las que conectan más directamente con el concepto elaborado por la OIT. Ante todo, las normas sustentadas en el enfoque de derechos humanos —a que se aludirá en breves renglones—. Pero también otras donde se pretende la igualdad de los trabajadores domésticos con los trabajadores en general, lo que se aprecia en las siguientes normas:

(1) La igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas —art. 10.1—. Más detalladamente, la Recomendación aconseja exigir registros horarios —numeral 8—, establecer períodos de descanso adecuados para comidas y pausas —numeral 10—, definir las razones por las cuales se podría exigir a los trabajadores domésticos que presen servicio durante el descanso diario o semanal —numeral 12—, y prohibir contabilizar como periodo de vacaciones anuales pagadas el tiempo dedicado al acompañamiento de los miembros del hogar durante las vacaciones —numeral 13—.

El Convenio establece la exigencia de un período de descanso semanal al menos de 24 horas consecutivas —art. 10.2—. La Recomendación aclara que debería determinarse de común acuerdo entre las partes atendiendo a los requerimientos del trabajo y a las necesidades culturales, religiosas y sociales del trabajador doméstico, sin que, de admitirse su acumulación, sea en periodos superiores a 14 días —numeral 11—.

Deberán considerarse como horas de trabajo los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios —art. 10.3—. La Recomendación aconseja a los Estados reglamentar dichos periodos de disponibilidad laboral inmediata, así como el trabajo nocturno, estableciendo su número máximo, el periodo de descanso compensatorio y la tasa de remuneración —numeral 9—.

(2) El derecho a un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo —art. 11—.

(3) Los salarios deberán pagarse directamente en efectivo —esto es, no en especie salvo lo que se dirá—, a intervalos regulares y como mínimo una vez al mes. A menos que la modalidad de pago esté prevista en la legislación nacional o en convenios colectivos, el pago podrá efectuarse por transferencia bancaria, cheque bancario, cheque postal o giro postal o por otro medio de pago monetario legal, con el consentimiento del trabajador interesado —art. 12.1—. La Recomendación aconseja acompañar con cada paga una relación escrita de fácil comprensión —una nómina, aunque no parece exigible una sujeción estricta a un determinado modelo—, y cuando se ponga fin a la relación de trabajo, se debería abonar inmediatamente toda suma pendiente de pago —numeral 15—.

Se admite el pago parcial en especie aunque en condiciones no menos favorables que los que rigen generalmente para otras categorías de trabajadores, siempre y cuando —además— se adopten medidas para asegurar que los pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador, que se destinen a su uso y beneficio personal, y que el valor monetario que se atribuya a los mismos sea justo y razonable —art. 12.2—. La Recomendación aconseja establecer un límite máximo y los cálculos objetivos de valoración y prohibir el descuento por alojamiento cuando este sea exigido salvo si lo acepta el trabajador —excepción un tanto llamativa si consideramos que la normativa presupone la existencia de una desigualdad de las partes—, así como el descuento por uniformes, herramientas, o equipos de protección, o su mantenimiento —numeral 14—.

La Recomendación aconseja que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en

aquellos supuestos de insolvencia o de fallecimiento del empleador —numeral 16—, lo que debería incluir dada la literalidad de la Recomendación tanto los privilegios crediticios como las prestaciones de garantía salarial a cargo de un organismo público.

(4) El derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, aunque las medidas para su efectividad se podrán aplicar progresivamente en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores —art. 13—. Tales medidas —según la Recomendación, numeral 19— se dirigen a eliminar o reducir al mínimo, en cuanto sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo, a establecer un sistema de inspección con sanciones adecuadas, a recopilar y publicar estadísticas sobre enfermedades y accidentes en el trabajo doméstico, a prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, inclusive sobre los aspectos ergonómicos y sobre el equipo de protección, y a desarrollar programas de formación.

(5) El derecho a condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad, aunque las medidas para su efectividad se podrán aplicar progresivamente en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y los trabajadores —art. 14—. A esos efectos —según la Recomendación, numeral 20— los Miembros deberían facilitar el pago de las cotizaciones a la seguridad social, concertar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para asegurar que los trabajadores domésticos migrantes gocen de la igualdad de trato con respecto a la seguridad social, y valorar los pagos en especie para los fines de seguridad social.

Se complementa todo ello con el reconocimiento del derecho de los trabajadores a ser informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, y de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos, con un contenido mínimo que incluye identificación del empleador, lugar de trabajo, inicio del contrato y en su caso duración, tipo de trabajo, remuneración, horas de trabajo, vacaciones y descansos, alimentos y alojamiento cuando proceda, periodo de prueba, condiciones de repatriación cuando proceda, y condiciones de extinción incluyendo plazos de preaviso —art. 7; la Recomendación, en su numeral 6, incluye otras condiciones de empleo y aconseja un contrato tipo—. Se trata de un derecho de especial pertinencia en el ámbito de una relación laboral caracterizada por la falta de formalidad.

Un apunte final se deriva de lo que no dice ni el Convenio ni la Recomendación: no se establece la igualdad de trato con el contrato de trabajo ordinario en relación con las condiciones de extinción de la relación laboral. Se trata de una ausencia sin duda muy reveladora, pues, al no decir nada, nos está diciendo que no es obligado que en el contrato de trabajo doméstico rijan las garantías frente al despido del contrato de trabajo ordinario. O, dicho de otro modo, que

se admite con naturalidad la extinción sin causa. La única referencia a las condiciones de extinción es —como se acaba de analizar— para que se informe de ellas a los trabajadores/as domésticos, incluyendo plazos de preaviso, pero es evidente que el Convenio no impone a los Estados que fijen esas condiciones ni esos plazos de preaviso, con lo cual se puede tratar de lo que al efecto pacten las partes.

5.2. El enfoque de derechos humanos

El enfoque de derechos humanos que acomete el Convenio 189 —y que, como veremos seguidamente, se manifiesta tanto en su preámbulo como en su articulado— es novedoso en la actuación de la OIT porque, según el reparto clásico de competencias con la ONU, el ámbito de actuación de esta son los derechos humanos y el de aquella son los derechos laborales. Ahora bien, hay muchos derechos que son a la vez humanos y laborales, y en todo caso, la mejora de unos repercute en la de los otros, de ahí que cada vez más se fomente la interacción entre ambos. Una interacción muy pertinente cuando se han detectado importantes vulneraciones de derechos humanos dadas las situaciones de esclavitud y de servidumbre doméstica detectadas en todo el Mundo. Por todas estas razones, el acervo sobre derechos humanos tiene una gran potencialidad para contribuir a la mejora de las condiciones de los trabajadores domésticos y a la eliminación de muchas de las causas que explican su situación precaria y vulnerable.

En el preámbulo del Convenio 189 OIT, el enfoque de derechos humanos se manifiesta con evidencia cuando se citan diversos «instrumentos internacionales pertinentes» sobre derechos humanos que no han sido aprobados bajo el mandato de la OIT, sino bajo el mandato de la ONU, algunos generales —como la DUDH, el PIDCP y el PIDESC—, otros referidos a la lucha contra la discriminación —las Convenciones Internacionales sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y contra la mujer—, o a la protección de colectivos vulnerables —la Convenciones sobre los derechos del niño y sobre los trabajadores migratorios y sus familiares—, y otros —que debemos aquí enfatizar— relativos a la lucha contra la explotación humana —la Convención de las NNUU contra la delincuencia organizada transnacional, su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire—.

En el articulado del Convenio 189 OIT asimismo encontramos diversas referencias a los derechos humanos de las personas trabajadoras, una que se realiza con carácter general, y otras varias referidas a concretos derechos humanos. Referencias todas ellas —y es oportuno ahora destacarlo— sistemáticamente situadas antes del reconocimiento del trabajo decente en el artículo 6, con lo cual

queda clara la intención normativa de destacar la trascendencia de aquellos derechos catalogables de humanos: estos se sitúan en los artículos 3 a 5, mientras los derechos laborales en el 6 y siguientes.

Donde con carácter general se plasma el enfoque de derechos humanos es en el artículo 3, en cuyo apartado 1 se dice que «todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, en conformidad con las disposiciones del presente Convenio».

Hay igualmente otros artículos donde se garantizan algunos concretos derechos humanos —en conexión en gran medida con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo—: la libertad de asociación y la libertad sindical de trabajadores y empleadores domésticos y el reconocimiento efectivo de su derecho de negociación colectiva —art. 3.2.a)—, obligando en particular a los Miembros a la protección del derecho de los trabajadores domésticos y de los empleadores de trabajadores domésticos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y, con la condición de observar los estatutos de estas organizaciones, a afiliarse a las mismas —art. 3.3—; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio —art. 3.2.b)—; la abolición efectiva del trabajo infantil, debiendo la edad de acceso al trabajo doméstico no ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general —art. 3.2.c) y 4.1—; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación —art. 3.2.d)—; y el goce de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia —art. 5—.

Además de la regulación del Convenio 189, en la Recomendación 201 hay tres aspectos con una especial incidencia sobre los derechos humanos de trabajadores/as.

Primero, cuando se aconseja a los Miembros identificar y suprimir las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos al ejercicio del derecho de los trabajadores domésticos a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que estimen convenientes, y al derecho de las organizaciones de trabajadores domésticos a afiliarse a organizaciones, federaciones y confederaciones de trabajadores; y contemplar la posibilidad de adoptar o apoyar medidas destinadas a fortalecer la capacidad de dichas organizaciones —numeral 2—.

Segundo, cuando se aconseja respetar el principio de confidencialidad de los datos personales y la privacidad de los trabajadores domésticos en relación con el sistema de reconocimientos médicos relativos al trabajo; prevenir toda discriminación en relación con dichos reconocimientos médicos; y asegurar que no se exija que los trabajadores domésticos se sometan a pruebas de detección del

VIH o de embarazo, o revelen su estado serológico respecto del VIH o su estado de embarazo —numeral 3—.

Tercero, cuando se aconseja a los Estados Miembros establecer mecanismos para proteger a los trabajadores domésticos del abuso, el acoso y la violencia, tales como: a) crear mecanismos de queja accesibles con el fin de que los trabajadores domésticos puedan informar de esos casos; b) asegurar que todas las quejas se investiguen y sean objeto de acciones judiciales, según proceda; y c) establecer programas para la reubicación y la readaptación de los trabajadores domésticos víctimas, proporcionándoles alojamiento temporal y atención de salud —numeral 7—.

5.3. Situaciones de especial vulnerabilidad

El Convenio 189 y la Recomendación 201 contienen normas específicas dirigidas a aquellos trabajadores/as domésticos en situación de especial vulnerabilidad, que iremos analizando según el orden de su aparición en el articulado del Convenio.

(1) Trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo. Se obliga a todo Miembro a adoptar medidas para asegurar que el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional —art. 3.2—. Entre las posibles medidas a adoptar, la Recomendación 201 incluye: limitar estrictamente sus horarios de trabajo, a fin de asegurar que dispongan del tiempo adecuado para el descanso, la educación o la formación profesional, las actividades de esparcimiento y el contacto con sus familiares; prohibir que trabajen por la noche; limitar el trabajo excesivamente agotador, tanto en el plano físico como psicológico; y establecer y reforzar mecanismos de vigilancia de sus condiciones de trabajo y de vida —numeral 5—.

(2) Trabajadores que residen en el hogar para el que trabajan. Hay dos vectores en la regulación de especial significación. El primero tiende a garantizar la privacidad al obliga a todo Miembro a adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos disfruten, si residen en el hogar para el que trabajan, «de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad» —art. 6 in fine—. Lo que conecta con la Recomendación 201 cuando en la misma se aconseja a los Estados Miembros prever, en los casos de alojamiento y alimentación y atendiendo a las condiciones nacionales, una habitación separada, privada, convenientemente amueblada y ventilada, y equipada con un cerrojo cuya llave debería entregarse al trabajador doméstico; el acceso a instalaciones sanitarias, comunes o privadas, que estén en buenas condiciones; una iluminación suficiente y, en la medida de lo necesario, calefacción y aire acondicionado en función de las condiciones prevalecientes en el hogar; y comidas de buena calidad y

cantidad suficiente, adaptadas, cuando proceda y en la medida de lo razonable, a las necesidades culturales y religiosas de los trabajadores domésticos de que se trate —numeral 17—.

Otra precisión de interés se contiene en la Recomendación 201: «en caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves, a los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan se les debería conceder un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento» —numeral 18—. Sin embargo, se echa en falta una previsión de mantenimiento del alojamiento en ciertos casos de suspensión de la relación laboral —una enfermedad o la licencia de maternidad—.

El segundo de los vectores tiende a garantizar la voluntariedad del trabajo en régimen interno, y de ahí las medidas para asegurar que los trabajadores domésticos: a) puedan alcanzar libremente con el empleador o empleador potencial un acuerdo sobre si residirán o no en el hogar para el que trabajan; b) que residen en el hogar para el que trabajan no estén obligados a permanecer en el hogar o a acompañar a miembros del hogar durante los períodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales; y c) tengan derecho a conservar sus documentos de viaje e identidad —art. 9—.

(3) Trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país: se les garantizará que reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo ejecutorio en el país donde prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo señaladas en el artículo 7, antes de cruzar las fronteras nacionales con el fin de incorporarse al empleo doméstico al que se refiere la oferta o el contrato, salvo cuando se trata de trabajadores que tengan libertad de movimiento con fines de empleo en virtud de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales o debido a organizaciones de integración económica regional —art. 8.1/2—. En esta misma línea de garantizar una migración con seguridad jurídica, la Recomendación aconseja a los Estados de origen contribuir a la protección efectiva de los derechos de estos trabajadores, informándoles acerca de sus derechos antes de que salgan de su país, creando fondos de asistencia jurídica, servicios sociales y servicios consulares especializados y adoptando toda medida que sea apropiada —numeral 21—.

Igualmente el Convenio añade que «los Miembros deberán adoptar medidas para cooperar entre sí a fin de asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio a los trabajadores domésticos migrantes» —art. 8.3—. La Recomendación —numeral 26— (a) concreta las materias en que se debería cooperar, a saber la prevención del trabajo forzoso y de la trata de personas, el acceso a la seguridad social, el seguimiento de las actividades de las agencias de empleo privadas, la difusión de buenas prácticas y la recopilación de estadís-

ticas relativas al trabajo doméstico, (b) realiza una invocación a la ayuda mutua, incluyendo el apoyo al desarrollo social y económico y la puesta en práctica de programas de erradicación de la pobreza y de enseñanza universal, y (c) hace un llamamiento en el contexto de la inmunidad diplomática para la adopción de políticas y códigos de conducta para el personal diplomático destinados a prevenir la violación de los derechos de los trabajadores domésticos, y la cooperación entre sí a nivel bilateral, regional y multilateral con el fin de abordar las prácticas abusivas contra los trabajadores domésticos y prevenirlas.

También se establece que todo Miembro deberá especificar, mediante la legislación u otras medidas, las condiciones según las cuales los trabajadores domésticos migrantes tienen derecho a la repatriación tras la expiración o terminación del contrato de trabajo en virtud del cual fueron empleados —art. 8.4, una repatriación que la Recomendación aconseja se realice sin costo para el trabajador, numeral 22—.

La otra referencia a los trabajadores migrantes contenida en el articulado del Convenio es para aclarar que se les aplicarán las medidas previstas para los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, cuando estén en esas situaciones —art. 15—. En la misma línea aclaratoria, hay varias referencias en la Recomendación en relación con la seguridad social —numeral 20—, con la protección efectiva —numeral 22— o de nuevo con las agencias privadas de colocación —numeral 23—.

(4) Trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos trabajadores domésticos migrantes: todo Miembro deberá determinar (a) las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, (b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas, (c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos, (d) considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y (e) asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos —art. 15—. La Recomendación 201 —numeral 23— llama a los Miembros a promover buenas prácticas de las agencias de empleo privadas en relación con trabajadores domésticos, inclusive trabajadores domésticos migrantes, teniendo en cuenta los principios y enfoques contemplados en el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y en la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188).

5.4. La transversalidad de la igualdad de género

Tanto el trabajo decente como elemento central de la regulación, como el enfoque de derechos humanos contemplados en el Convenio 189 OIT, se encuentran transidos por la igualdad de género. No podía ser de otra manera a la vista de la transversalidad de la dimensión de género en el cual se sustenta la Declaración de Beijing-Plataforma para la Acción emanada de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (1995). Así es que la OIT —en línea con la ONU— ha calificado la igualdad de género —dentro de la política de trabajo decente— como una «nueva acción normativa preferente» (OIT: Memoria sobre el trabajo decente, 1999).

El Convenio 189 quiere dejar clara en su misma denominación la existencia de una —por lo demás evidente— dimensión de la igualdad de género, pues habla de «las trabajadoras y los trabajadores domésticos». Igualmente en su preámbulo se reconoce que «el trabajo doméstico ... lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos». También es significativa en el preámbulo la referencia a algunos instrumentos internacionales básicos sobre los derechos de las mujeres —como son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños—.

Ya en el articulado del Convenio, «la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación» se erige en uno de los principios y derechos fundamentales en el trabajo que los Miembros deben «respetar, promover y hacer realidad» —art. 3.2.d)—. Se trata de una declaración general que, aplicada en el ámbito de la igualdad de género, debería proteger frente al acoso sexual y sexista, la discriminación por embarazo, o las represalias por ejercicio de derechos de conciliación. Más aún frente a las situaciones de explotación humana con componente discriminatorio de género —matrimonios serviles, compra de esposas, trata de niñas—.

Al lado de esta declaración general, en el Convenio existen varias previsiones de un más que evidente interés desde la perspectiva de igualdad entre mujeres y hombres:

Primera, el Convenio obliga a los Miembros de adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia —art. 5—, lo que presenta un fuerte impacto de género dadas las situaciones de abuso, acoso y violencia sexual a veces sufridas por mujeres y niñas.

Segunda, el Convenio exige que «la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo» —art. 11 in fine— en una norma cuya efectividad dependerá en gran medida de la elección del módulo de comparación —que, a nuestro juicio, debiera elegirse entre los sectores de la economía más formalizada— y en el establecimiento de unos elementos neutros de valoración del trabajo —en consonancia con el concepto de trabajo de igual valor recogido en el Convenio 100 de la OIT—.

Tercera, el Convenio impone a los Miembros la obligación —a desarrollar de una manera progresiva— de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad —art. 14—, lo que beneficiará a las mujeres tanto en lo que se refiere a la exigencia de igualdad en general como en el inciso final sobre derechos de maternidad.

Se echa en falta una referencia en el Convenio a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, aunque estos afloran tímidamente en su preámbulo cuando se destaca la especial pertinencia que tiene para los trabajadores domésticos el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156). Más claramente, la Recomendación 201 aconseja a los Miembros formular políticas y programas a fin de (a) fomentar el desarrollo continuo de las competencias y calificaciones de los trabajadores domésticos, incluyendo, si procede, su alfabetización, a fin de mejorar sus posibilidades de desarrollo profesional y de empleo; (b) atender las necesidades de los trabajadores domésticos en cuanto a lograr un equilibrio entre la vida laboral y la vida personal; y (c) asegurar que las preocupaciones y los derechos de los trabajadores domésticos se tengan en cuenta en el marco de los esfuerzos más generales encaminados a conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares —numeral 25—.

Hemos de acudir de nuevo a la Recomendación 201 para encontrar otras previsiones adicionales de interés como la de asegurar no se exija a los trabajadores domésticos que se sometan a pruebas de detección del VIH o de embarazo, o revelen su estado serológico respecto del VIH o su estado de embarazo —numeral 3.b) y c)—.

Más allá de estas previsiones concretas, la transversalidad de la dimensión de género que adopta el convenio 189 obliga, incluso cuando falten esas previsiones concretas en la norma a aplicar, a integrar la dimensión de la igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres al interpretar y aplicar todas y cada una de sus normas.

5.5. Garantías de ejercicio de los derechos

El Convenio establece garantías judiciales y administrativas para los derechos de los trabajadores/as domésticos a que se ha aludido a lo largo de la exposición, a saber:

(1) Tutela judicial: Todo Miembro deberá adoptar medidas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de asegurar que todos los trabajadores domésticos, ya sea en persona o por medio de un representante, tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general —art. 16—. Se trata del reconocimiento de un auténtico derecho a la tutela judicial efectiva.

(2) Tutela administrativa: Todo Miembro deberá establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores domésticos. En particular, la inspección del trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico, en conformidad con la legislación nacional. En la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en dichas medidas se deberán especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar con debido respeto a la privacidad —art. 17—.

La Recomendación —numeral 21— aconseja establecer un servicio público de asistencia para informar a los trabajadores domésticos, en idiomas que estos comprendan, sobre sus derechos, sobre la legislación pertinente, sobre los mecanismos de queja y de recurso disponibles, tanto en lo relativo a la legislación en materia de empleo como a la legislación sobre inmigración, y sobre la protección jurídica contra delitos como los actos de violencia, la trata de personas y la privación de libertad, y que les proporcione otros datos que asimismo puedan necesitar. También aconseja establecer una línea telefónica nacional de asistencia, prever un sistema de visitas antes de la colocación a los hogares que emplearán a trabajadores domésticos migrantes, crear una red de alojamiento de urgencia y sensibilizar a los empleadores en sus obligaciones.

6. Algunas consideraciones finales acerca del ordenamiento español interno

Nuestra intención no es analizar en su totalidad el régimen jurídico del trabajo doméstico en el derecho español, sino solo, a la vista de lo expuesto en las páginas anteriores, si se ajusta a nuestros compromisos internacionales, tanto en la vertiente de adecuada penalización de la servidumbre doméstica, como en la

vertiente de adecuada regulación sociolaboral del trabajo doméstico para dignificar el trabajo doméstico y para promover la erradicación de los prejuicios que se encuentran en los cimientos de la servidumbre doméstica. Es decir, no se estudiará aquí lo que hay en el derecho español, sino aquello que no hay y debería haber según nuestros compromisos internacionales.

6.1. La regulación penal de la servidumbre doméstica

A consecuencia de los compromisos internacionales asumidos por España en virtud del Protocolo de la ONU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Palermo, 2000), y del Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 2005), quedó desfasada la regulación entonces vigente del Código Penal pues en ella no se establecía una distinción clara entre los conceptos de tráfico ilícito de inmigrantes (*smuggling of immigrants*) y trata de personas (*trafficking in human beings*), lo que motivó, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la introducción, dentro del Libro II del Código Penal, de un nuevo Título VII bis «de la trata de seres humanos», integrado por un solo artículo, el 177 bis, según el cual —y en lo que ahora nos interesa destacar— la captación, transporte, intercambio o recepción de una persona incluyendo el intercambio o transferencia de su control (acción típica), con empleo de intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, o sin más si es menor (medios comisivos), es trata de seres humanos cuando su finalidad (elemento subjetivo del injusto penal) sea —entre otras varias legalmente previstas— la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

El Código Penal castiga como reos de delitos de lesa humanidad a quienes, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, «sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella», definiendo la esclavitud como «la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque» —artículo 607 bis del Código Penal—.

Fuera de ese caso tan singular, el Código Penal no tipifica de manera autónoma el delito de sumisión a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, con lo cual se produce la paradoja de que la trata de personas con esa finalidad es delito que, por ser de mera actividad, se consuma sin resultado —es decir, aunque luego no se produzca la sumisión a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso—, pero luego si se produce ese resultado, este no está tipificado de manera autónoma, lo cual supone una llamativa laguna punitiva.

Naturalmente, siempre se podrían aplicar los delitos relativos a la explotación laboral, y, en particular el artículo 311 —serán castigados los que, me-

diante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual; imponiéndose la pena superior en grado si hay violencia o intimidación—. Pero esto supone equiparar la explotación humana y laboral, no resultando adecuada «la equiparación de las conductas de mera imposición de condiciones laborales ilícitas (no pagar las horas extra, por ejemplo) con las situaciones que suponen la cosificación e instrumentalización del ser humano hasta el punto de disponer completamente de la víctima, que, por tanto, tienen desvalor añadido» (Ana Belén Valverde Cano, 2017: 88).

Considerando esta laguna del Código Penal, y a la vista de los Casos Siliadín y post-Siliadín del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aprecia una opinión común en la doctrina española acerca de la necesidad de introducir en la legislación penal de un delito específico de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso a los efectos de dar cumplimiento al artículo 4 del CEDH. Se ha dicho al respecto que los actuales delitos contra los derechos de los trabajadores «no cumplen los estándares exigidos por el TEDH y, por ende, España incumple sus obligaciones derivadas del artículo 4 del CEDH» (Ana Belén Valverde Cano, 2017: 91). Así es que «crear un tipo delictivo específico de servidumbre doméstica ... pudiera ser una opción legislativa recomendable (y) seguramente (sería) la más idónea» (Jordi Bonet Pérez, 2017: 203).

Incluso se ha realizado una propuesta *de lege ferenda* según la cual, en un nuevo título bis sistemáticamente colocado —dentro del Libro II del Código Penal— antes de los delitos contra la libertad —pues se trata de proteger una condición mínima del ser humano como estadio previo al ejercicio de otros derechos y libertades—, se debería regular la trata de personas —trasladando el artículo 177 bis con algunas mejoras técnicas—, y seguidamente el delito de sometimiento a trabajo forzoso, el delito —con mayor pena— de sometimiento a servidumbre, y el delito —con mayor pena— de esclavitud donde quepan la de derecho y la de hecho (Esteban Pérez Alonso, 2017: 364 y 365).

Todo lo cual debería repercutir en la protección de las víctimas de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, pues deberían ser consideradas, no como víctimas de explotación laboral, sino como víctimas de explotación humana y, por ello, asimiladas en protección a víctimas de trata de personas (Ana Belén Valverde Cano, 2017: 93 ss).

6.2. La regulación contractual y de seguridad social del trabajo doméstico

El trabajo doméstico está considerado, de conformidad con el artículo 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, como una relación laboral de carácter especial que, siempre con respeto a los derechos básicos establecidos en la Constitución —art. 2.2 del ET—, se desarrolla reglamentariamente, como así en efecto se

hace a través del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que sustituyó al antes vigente —y ahora derogado— Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con la finalidad —reconocida en el preámbulo de la norma actualmente vigente— de «la dignificación de las condiciones de trabajo de las personas que realizan la prestación de servicios en el hogar familia», proyectándose tal dignificación a través de (1) «el establecimiento de mayores y mejores derechos de los trabajadores, aplicando, en lo que resulte factible, la regulación general contemplada en el ET y normativa complementaria», (2) «una mayor estabilidad en el empleo, a través de la supresión del contrato temporal anual no causal y la sujeción a las reglas del ET en materia de contratación temporal», y (3) «la introducción de mecanismos de reforzamiento de la transparencia, que se despliega en asuntos como el de prohibición de la discriminación para el acceso al empleo y en las obligaciones del empleador en materia de información al empleado de hogar respecto a las condiciones de trabajo». Una lectura de estas palabras del preámbulo nos delata —aunque no se reconozca— la influencia del Convenio 189 de la OIT —aprobado unos meses antes—.

Nos encontramos, en consecuencia, con una situación en la cual apenas se vislumbran lagunas de protección normativa con el Convenio 189, aunque esas lagunas sí aparecen (1) si la comparativa se realiza con la Recomendación 201, y (2) cuando se toman en cuenta las exigencias de política proactiva del Convenio y la Recomendación.

(1) Si la comparativa se realiza con la Recomendación 201, hay dos lagunas de protección normativa de los trabajadores/as domésticos especialmente significativas:

- el registro con exactitud de las horas de trabajo realizadas, inclusive las horas extraordinarias y los periodos de disponibilidad laboral inmediata —numeral 8—, una obligación establecida con carácter general en el ordenamiento laboral español solo para los trabajadores a tiempo parcial, aunque incluso tal obligación de registro se encuentra excluida cuando se trata de trabajadores/as domésticos —art. 9.3. bis RD 1620/2011—; y
- la aplicación de las garantías del salario en condiciones no menos favorables que las aplicadas a los demás trabajadores en general en caso de insolvencia o fallecimiento del empleador —numeral 16—, lo que no plantea problemas en el ordenamiento laboral español en relación con los privilegios salariales, pero sí en relación con las prestaciones de garantía salarial que no se contemplan para el trabajo doméstico en tanto no se disponga en su normativa reguladora —artículos 11.2 y 13 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA—.

Hay otras previsiones contenidas en la Recomendación 201 que, aunque no se recogen en el ordenamiento laboral español —y sería bueno que se recogieran en aras a la seguridad jurídica—, sin mucho esfuerzo se podrían deducir, bien de la normativa constitucional, como la consideración de las necesidades culturales, religiosas y sociales del trabajador doméstico para la fijación de común acuerdo del descanso semanal —numeral 11—, o las condiciones de dignidad y privacidad del alojamiento —numeral 17—; bien de los principios tuitivos generales del ordenamiento laboral español, como la prohibición de considerar retribución en especie el alojamiento si al trabajador se le exige la residencia en el hogar familiar salvo aceptación del descuento, o los uniformes, herramientas o equipo de protección, y su limpieza y mantenimiento —numeral 14—.

(2) Asimismo se observan lagunas de protección cuando se toman en consideración las exigencias de política proactiva contenidas en el Convenio 187 y en la Recomendación 201. Lo que se proyecta sobre tres materias clave: derechos colectivos, derecho a salud laboral y Seguridad Social (Guillermo García González, 2017: 83 y ss).

En cuanto a los derechos colectivos de los trabajadores/as domésticos, en principio no encuentran ninguna limitación expresa en el ordenamiento laboral español, y, si alguna duda hubiese, el RD 1620/2011 —en un trasunto del art. 3.1 ET— enumera «los convenios colectivos» entre las fuentes de esta relación laboral —art. 3—. Pero se habrá de convenir la dificultad teórica de aplicar a este colectivo sin ninguna adaptación normativa la regulación establecida con carácter general sobre libertad sindical o negociación colectiva, así como la dificultad práctica de la negociación colectiva en una relación laboral con una tendencia marcadamente individualizada, lo que nos permite comprender algunas de las causas de que no haya ningún convenio colectivo de sector estatal, autonómico o provincial aplicable a este colectivo —aunque esto sí ocurre ya en Francia, Italia o Alemania—. Y es aquí donde se echa en falta la política proactiva que se exige en el Convenio 187 —arts. 3.2.a) y 3.3— y en la Recomendación 201 —numeral 2—.

En cuanto al derecho a salud laboral, el ordenamiento laboral español, aunque ha excluido al trabajo doméstico de la normativa general sobre prevención de riesgos laborales —art. 3.4 de la LPRL, siguiendo en este aspecto las directrices de la normativa comunitaria—, sí obliga al titular del hogar familiar a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene a través de medidas eficaces teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico —art. 3.4 LPRL en relación con art. 7.2 RD 1620/2011—. Pero —como pasaba con los derechos colectivos— el problema no está en el reconocimiento normativo, sino —de nuevo— en la ausencia de desarrollos normativos de un inconcreto reconocimiento general, unido a las dificultades prácticas de aplicar las normas en hogares privados. Justamente

por ello el Convenio 187 no impone a los Miembros una aplicación inmediata del derecho a seguridad y salud laboral, sino una aplicación progresiva en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores —art. 13—, lo que, en conexión con la Recomendación 201 —numeral 19—, les obliga a adoptar determinadas medidas que —salvo error u omisión involuntaria— no se han adaptado de manera suficiente en nuestras políticas públicas sobre prevención de riesgos laborales —como establecer un sistema de inspección con sanciones adecuadas, recopilar y publicar estadísticas de enfermedades y accidentes en el trabajo doméstico, prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, inclusive sobre los aspectos ergonómicos y el equipo de protección, y desarrollar programas de formación—.

En cuanto a la Seguridad Social, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, acometió la esperada integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, a través de la creación de un Sistema Especial, lo que justifica especialidades en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación —art. 11 de la LGSS—, pero no debería justificarlas en materia de protección, y aún así no se ha reconocido la protección por desempleo. De nuevo no hay una frontal e inmediata contradicción con el Convenio 189, dado que, si bien en este se reconoce el derecho de a la protección social en términos no menos favorables que los trabajadores en general, las medidas para su efectividad se pueden aplicar de manera progresiva en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y los trabajadores —art. 14—. Ahora bien, sí resulta claro que la equiparación se debe de producir en algún momento.

6.3. Consideraciones finales

La normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico se bifurca en dos frentes: la punición penal y la regulación laboral. Vaya por delante que, en ambos frentes, el derecho español ya ha realizado un importante recorrido hacia la dignificación del trabajo doméstico en particular dadas las reformas penales de 2010 y laborales de 2011. Pero es cierto que aún no hemos llegado a la meta.

En el plano penal, se ha tipificado la trata de personas con fines de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, pero no la situación consiguiente de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, de manera que, como la situación constituiría en todo caso un delito contra los derechos de los trabajadores, se castigaría la situación como explotación laboral, pero quedaría impune el desvalor referido a la explotación humana.

En el plano laboral, los avances alcanzados —mejora en la regulación de la relación laboral e integración del colectivo en el Régimen General— aún pre-

sentan campo para nuevas mejoras que seguramente se irán haciendo realidad de manera progresiva —en especial en el ámbito de derechos colectivos, la salud laboral, el control de la jornada, las prestaciones de garantía salarial, y las prestaciones de desempleo—.

Sin duda alguna, la ratificación por España del Convenio 189, aunque por sí misma no obligaría a cambios normativos inmediatos, sí debería ser el pistoletazo de salida para establecer un programa de actuación, con compromisos políticos y presupuestarios, para abordar, en plazo razonable, la reforma en lo que sea necesario de la normativa penal y laboral, y su efectiva implementación. Ratificación que ya tarda.

Bibliografía

- BONET PÉREZ, Jordi (2017), «La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional», en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (dir.: Esteban Pérez Alonso), Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo (2017), «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», *Revista de Derecho Social*, número 77.
- LERUSSI, Romina (2017), «Servidumbres domésticas en contextos latinoamericanos: aproximaciones socio-jurídicas», en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (dir.: Esteban Pérez Alonso), Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIÑARRO YANINI, Margarita (2014), «Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas», *Relaciones Laborales*, número 10.
- QUESADA SEGURA, Rosa (2011), «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio n.º 189 OIT, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Iustel*, número 27.
- PÉREZ ALONSO, Esteban (2017), «Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud», en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (director: Esteban Pérez Alonso), Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa (2013), «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Aranzadi Social*, número 7.
- SHAHINIAN, Gulnara (2010), «La servidumbre doméstica: un problema mundial de derechos humanos – Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud», documento A/HRC/15/20, accesible en www.acnur.org.
- VALVERDE CANO, Ana Belén (2017), *La protección jurídico-penal de las víctimas de las formas contemporáneas de esclavitud a la luz del derecho internacional, europeo y nacional*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- VELA DÍAZ, Raquel (2017), «La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social-Derecho Social Internacional y Comunitario*, número 127.