

TUTELA PENAL LABORAL DEL TRABAJO DOMÉSTICO

Sergio Pérez González

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad de La Rioja

Title: Criminal labor protection of domestic work

Resumen: Este trabajo considera la necesidad de tutela reforzada en la prestación del trabajo doméstico. Para ello, se atiende a la situación social en la que se encuentra el colectivo y, posteriormente, se valora cómo esta situación apunta indiciariamente a potenciales situaciones delictivas. Se intenta mostrar cómo la situación de las empleadas del hogar puede colmar las exigencias típicas de ciertos elementos que, en el marco de los delitos laborales, restringen, por lo general, la eficacia de esta tutela.

Palabras clave: Delitos laborales; servicio doméstico; empleadas del hogar; situación de necesidad; vulnerabilidad; tutela reforzada.

Abstract: *This paper considers the need for reinforced protection in the provision of domestic work. We pay attention to the situation of the collective and, later, we assess whether criminal situations may occur. We try to show how the situation of domestic workers complies the legal requirements of certain elements that, in the context of labor crimes, generally restrict the effectiveness of the law.*

Keywords: *Labor crimes; domestic work; domestic employee; in need; vulnerability; legal protection of penal system.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Situación social de las trabajadoras domésticas. – 3. Atención jurídica hacia el trabajo doméstico. – 4. Sentido de la protección penal-laboral. – 5. ¿Debe y puede tutelarse penalmente la prestación del trabajo doméstico? – 5.1. Abuso de situación de necesidad. – 5.2. Imposición de condiciones que perjudiquen o restrinjan derechos. – 6. Indicios criminales e inacción penal. – 7. Conclusiones. – 8. Bibliografía.

1. Introducción

El ordenamiento jurídico atiende las situaciones diferenciales necesitadas de especial tutela en muy distintos planos y con estrategias diversas¹. En el plano social, históricamente se ha atendido esta diferencia en relación con el colectivo de las personas trabajadoras asalariadas por razón de asimetría con sus empleadores². En este marco relacional emergió, primero, el Derecho laboral, como variante tuitiva del Derecho civil, y, después, el Derecho penal laboral, que tuteló a las personas trabajadoras frente a las «maquinaciones o procedimientos maliciosos» primero y frente a los abusos de «situación de necesidad» después. Pero es evidente que en las últimas décadas el mercado de trabajo ha reequilibrado las asimetrías, de modo que la baliza jurídica que identifica a la persona empleada y a la persona empleadora no determina por completo una situación de vulnerabilidad: hay personas empleadas poco o nada vulnerables social y económicamente y, a la inversa, hay personas empleadoras muy vulnerables social y económicamente. Por esta razón, la «situación de necesidad» no puede considerarse implícita en toda persona empleada, sino que, en el marco de las relaciones laborales, la doctrina penal ha debido modular el alcance de las situaciones de necesidad para apuntar, por tanto, a personas empleadas especialmente vulnerables en lo material, más allá de la asimetría formal que transita cualquier relación asalariada.

Nuestra hipótesis de trabajo apunta a un colectivo muy concreto en el que puede sustanciarse esta realidad, necesitada, incluso, de tutela penal: las empleadas del hogar que prestan servicio doméstico. Para ello, pretendemos, en primer lugar, señalar los factores sociales ampliamente evidenciados que sitúan a las trabajadoras del hogar en una situación social especialmente desfavorecida (§2); posteriormente, recogemos el reconocimiento jurídico de esta situación, tanto en el nivel internacional como nacional (§3); a partir de estas constataciones, apuntamos, en abstracto, el sentido de protección jurídico penal de los delitos laborales (§4) para, de modo más concreto, recoger las posibilidades de aplicación de estos delitos en el contexto del servicio doméstico (§5); seguidamente, esbozamos, a través de la información estadística, no ya la vulnerabilidad social del colectivo, sino un cuadro general de desprotección jurídica como indicio de inacción penal en este ámbito (§6); por último, concluimos con unas breves notas que puedan apuntar hacia ciertas estrategias de eficacia de la norma penal ante esta realidad (§7).

¹ Solo en el plano penal, la heterogeneidad de esta tutela es de difícil sistematización (DE LA MATA BARRANCO, N.J., «La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», *Revista penal*, 50, 2022, pp. 64 y ss.).

² PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Sentido dogmático del Derecho penal del trabajo desde la evolución histórica de la ordenación jurídica laboral*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

2. Situación social de las trabajadoras domésticas

En las últimas décadas, la sociología del trabajo ha señalado con insistencia cómo las nuevas lógicas del mercado laboral generan identidades laborales precarias. Se trata de «un capitalismo que hace de la nuda vida una fuente directa de ganancia»³, en el que el sujeto trabajador resulta desterrado del *tiempo lineal* y de los *logros acumulativos* propios del viejo empleo⁴. En esta clave, la *individualización de riesgos* rompe la continuidad biográfica del sujeto trabajador⁵. Solo a través de una «subjetividad ‘flexible’» se formula operativamente al «sujeto activ(ad)o»⁶.

En estas coordenadas de ordenación laboral pueden identificarse algunos perfiles especialmente expuestos a los riesgos que, de concretarse, causarían un daño o perjuicio tangibles, así como una situación de dependencia notable; perfiles, como decíamos, vulnerables que podemos caracterizarse así:

Que el sujeto sea mujer, ya que estas son doblemente precarias y flexibles; a su condición histórica de trabajadoras no remuneradas se añade la de trabajadoras que, arrastradas en la inercia cultural de roles por género, deben conciliar la vida familiar y laboral. Hay quien caracteriza los empleos del capitalismo tardío como una suerte de *devenir mujer*⁷, ya que *el trabajo históricamente reservado a ellas* se ha transformado en un estándar, transversal a buena parte de los nuevos empleos: trabajo de repro-

³ MARAZZI, C., «La violencia del capitalismo financiero», en FUGAMALLI, A., LUCARELLI, S., MARAZZI, C., MEZZADRA, S., NEGRI, A. y VERCELLONE, C., *La gran crisis de la economía global*, Traducción de Ezequiel Gatto, Madrid: Traficantes de sueños, 2009, p. 36.

⁴ SENNETT, R., *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Traducción de D. Najmías, Barcelona: Anagrama, 2000, p. 14; SUPLOT, A. (Coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 136 y ss.

⁵ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Traducción de J. Navarro, Barcelona: Paidós, 2002, pp. 95 y ss.; BECK, U., BECK-GERNSHEIM, E., *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Traducción de Bernardo Moreno, Barcelona: Paidós, 2003; SENNETT, ob.cit., p. 20; ALONSO, L.E., «La sociedad del trabajo: debates actuales. Materiales inestables para lanzar la discusión», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 107, 2004, p. 23 y pp. 67 y ss.

⁶ CRESPO SUÁREZ, E., REVILLA CASTRO, J.C., SERRANO PASCUAL, A., «Del gobierno del trabajo al gobierno de las voluntades: el caso de la activación», *Psicoperspectivas*, VIII (2), 2009, p. 99; también CRESPO SUÁREZ, E., SERRANO PASCUAL, A., «Regulación del trabajo y el gobierno de la subjetividad. La psicologización política del trabajo», en OVEJERO, A. (Coord.), *Psicología social crítica*, Madrid: Biblioteca nueva, 2011, p. 255.

⁷ MARAZZI, C., *El sitio de los calcetines: El giro lingüístico de la economía y sus efectos sobre la política*, Traducción de Marta Malo de Molina Bodelón, Madrid: Akal, 2003, pp. 51 y ss.

ducción, de gestión de recursos, trabajo de prestación de afectos, trabajo psicológico y aun manutención directa de los cuerpos dependientes⁸.

Que la mujer sea migrante⁹, ya que la ausencia de arraigo o amparo comunitario, así como la carencia, en muchas ocasiones, de formación específica, limita notablemente los recursos para la subsistencia.

Que el objeto de trabajo sea especialmente volátil, como lo es, señaladamente, el de los cuidados domésticos. El envejecimiento de la población y el acceso de la mujer al empleo —su abandono paulatino de las funciones domésticas— procuran la *valorización* progresiva de esta mercancía intangible de los cuidados. La intangibilidad de este producto laboral dificulta un marco de negociación diáfano, ya que las exigencias en el perfeccionamiento de su producción son inagotables (cómo de bien se debe cuidar un hogar o a una persona).

Estas características que atraviesan el mercado laboral parecen converger, así, en la figura de la empleada del hogar, cuyo perfil es, por lo común, el de una mujer migrante que no produce un objeto tangible, sino que *sirve*, en su sentido más volátil e inconcluso: epítome del trabajo postfordista, un trabajo desreferenciado, de difusos marcos de negociación de condiciones, que implica presiones psíquicas y físicas difícilmente gestionables, en cuyas inercias se ha conformado históricamente un aislamiento social de la mujer, más aún si esta es migrante¹⁰.

⁸ Sobre el papel de la mujer en estas pautas laborales postfordistas en las que la mujer pasa a ser doblemente precaria y flexible puede consultarse PRIETO RODRÍGUEZ, C., *Trabajo, género y tiempo social*, Madrid: Hacer-Universidad Complutense, 2007, pp. 1 ss.; también PRIETO RODRÍGUEZ, C., RAMOS TORRE, R., CALLEJO GALLEGOS, M.J., *Nuevos tiempos del trabajo. Entre la flexibilidad competitiva de las empresas y las relaciones de género*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2008, pp. 1 ss.; FUDGE, J., «Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour Protection», en FUDGE, J., OWENS, R., *Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 1 ss., y CAAMAÑO ROJO, M.J., «Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora», *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34, 2010, pp.179-209.

⁹ Sobre la especial necesidad de tutela de las personas trabajadoras migrantes, puede verse, señaladamente, la Resolución 45/158 de la Asamblea General de la ONU, de 18 de diciembre de 1990: Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers> (fecha de consulta, 30-11-2022). Véase, también, MONTESINO PARRA, N., «Migración como discapacidad social: Trabajo Social con migrantes en Suecia», *Trabajo social global — Global Social Work: Revista de investigaciones en intervención social*, Vol. 6, 10, 2016, pp. 27-49.

¹⁰ OFFENHENDEN, M., «Cuerpos para el trabajo. Una mirada sobre la gestión de los trastornos de la salud de las trabajadoras domésticas migrantes», *Arxiu d'etnografia de Catalunya: Revista d'antropologia social*, 13, 2013, pp. 137 y ss. También, BREY, E., «La persistente vulnerabilidad social y residencial de las mujeres migrantes trabajadoras de hogar», *Documentación social*, 9, 2021, pp. 1 ss.

Son numerosos los estudios y las sistematizaciones estadísticas que han puesto el foco en esta realidad y que revelan que, en la figura de las empleadas del hogar, se concentran muchos de los factores que caracterizan, en abstracto, el trabajo vinculado a una globalización radical. La Organización Internacional del Trabajo ha señalado, por ejemplo, la desproporcionada vinculación del trabajo doméstico con el sesgo de género¹¹. Más en concreto, entre los documentos de Política de Protección Social emitidos por la Oficina Internacional de Trabajo¹², merece un especial reconocimiento el Documento 16, de 2016, sobre Protección social del trabajo doméstico. Se detallan en el mismo las circunstancias que dificultan, en algunos países, el reconocimiento jurídico en sí de la actividad laboral en el hogar ajeno y, en otros, la eficacia de este reconocimiento cuando se da: «La actividad laboral es realizada en un hogar privado y con frecuencia para más de un empleador; se caracteriza por una alta rotación laboral, el salario en especie es muy frecuente, ingresos irregulares y relaciones laborales que usualmente no se establecen mediante un contrato de trabajo». Asimismo, el Informe Mundial sobre la Protección Social (2020-2022) de la OIT indica que «muchos trabajadores migrantes, especialmente mujeres, trabajan en sectores económicos que suelen caracterizarse por una cobertura de seguridad social relativamente baja, como el trabajo doméstico, la agricultura o la construcción, donde es muy común el trabajo a tiempo parcial, temporal o estacional»¹³.

Estas circunstancias de la prestación laboral interactúan con un cuadro de condiciones vitales caracterizado por la «privación material» e incluso la pobreza¹⁴ (lo conforman, pero también son consecuencia de ello, ya que la situación de necesidad debilita, como es lógico, la capacidad negociadora). GÓMEZ RUFÍAN lo refleja en un estudio estadístico pormenorizado¹⁵, donde recoge situaciones concretas socialmente insoporta-

¹¹ *World Employment and Social Outlook, Trends 2020*: «occupational segregation remains a significant feature of the labour market in the subregion: women are disproportionately engaged in domestic work». Disponible en <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2020/lang--en/index.htm> (fecha de consulta, 29-11-2022).

¹² «La Oficina Internacional del Trabajo es la secretaría permanente de la Organización Internacional del Trabajo [...] La Oficina también cuenta con un centro de documentación e investigación, y como casa editora publica estudios especializados, informes y revistas»; en <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/international-labour-office/lang--es/index.htm> (fecha de consulta, 29-11-2022).

¹³ Puede consultarse el informe completo en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@soc_sec/documents/publication/wcms_842103.pdf (fecha de consulta, 29-11-2022).

¹⁴ «Ese régimen precario en un sector, además, profundamente informal se traduce en unas condiciones vitales considerablemente negativas para quienes se encuentran ocupadas en el mismo» (GÓMEZ RUFÍAN, L., «Condiciones socioeconómicas en el empleo doméstico en España: Estudio a través de los microdatos de la Encuesta de Condiciones de Vida», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, N.º 2, 2019, pp. 155 y 156).

¹⁵ GÓMEZ RUFÍAN, L., «Condiciones socioeconómicas...», cit. Se trata de un estudio a partir de los microdatos de la Encuesta de Población Activa. «Los ficheros de microdatos

bles. A modo de «visión panorámica final», puede señalarse, por ejemplo, que las empleadas del hogar sufren más del doble de privación material que otras profesiones; acumulan también retrasos en pagos de compras, hipotecas, alquileres, etc. en una ratio superior al doble que en el resto de profesiones; sufren, incluso, más problemas de salubridad en el hogar, así como mayor incapacidad de uso energético en el hogar¹⁶.

3. Atención jurídica hacia el trabajo doméstico

En el ámbito internacional, puede constatarse en los últimos años una especial preocupación por la situación de las empleadas del hogar¹⁷. Esta atención puede enmarcarse entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible; de modo colateral, en muchas de sus metas, pero quizá de modo más localizado esta preocupación emerge en el intersticio de las marcas para el objetivo 5 (*Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas*), en las que se hace mención expresa a «los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados», y el objetivo 8, entre cuyas metas debe reseñarse la de «proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios».

Debe destacarse, especialmente, el Convenio 189 de la OIT, de 2011 —y la subsiguiente Recomendación 201—, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, en el que se destaca que «el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que 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 en el plano internacional, la Unión Europea ha reconocido, por explícita Resolución del Parlamento Europeo de 28 de abril de 2016 (2015/2094[INI]) que el de las empleadas del hogar es un escenario de trabajo con mayor riesgo de explotación laboral. Por ello, el Parlamento «opina que es necesario que por parte de la Unión haya un reconocimiento común del trabajo doméstico y de atención asistencial como un verdadero trabajo, ya que es probable que el reconocimiento de este

contienen los datos individuales de una estadística, convenientemente anonimizados, con el fin de preservar la confidencialidad de la información» (véase <https://www.ine.es/prodyser/microdatos.htm>, fecha de consulta 30-11-2022).

¹⁶ GÓMEZ RUFÍAN, L., «Condiciones socioeconómicas...», cit., pp. 170 y 171.

¹⁷ LOUSADA AROCHENA, F., «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 39, 2018, pp. 152 y ss.

sector profesional reduzca el trabajo no declarado y promueva la integración social, y pide, por ello, a la Unión y a los Estados miembros que establezcan normas comunes en materia de trabajo doméstico y atención asistencial».

En el ámbito nacional español, debe destacarse un particular demérito¹⁸ que no se ha corregido hasta 2022; y es que solo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20, ha conseguido que el Estado español asuma la Recomendación 201 de la OIT, ya que ha indicado rotundamente la incompatibilidad de las normas de Seguridad Social que situaban a las trabajadoras en desventaja particular y sin ninguna justificación con el ordenamiento de la Unión Europea.

Ya antes de esta Sentencia, el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas (Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social) recogía este demérito y su, entonces, necesidad de pronta corrección: «conviene resaltar que hay víctimas que, por la peculiar regulación y características de sus sectores de actividad, son más vulnerables que otras. Entre otras, podemos destacar el sector del trabajo en el hogar, en el que está previsto reforzar la protección de las personas trabajadoras en el marco de la próxima ratificación del Convenio OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos».

Así, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, atiende la Recomendación 201 y dispone una equiparación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social con las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena. Y no deja de resultar sorprendente que una norma que equipara en mínimos sea el punto de llegada de un largo recorrido regulatorio: el ordenamiento jurídico español reconoce desde hace décadas la situación de las trabajadoras domésticas. Lo hace, en primer lugar, a través de su asunción genérica en el Estatuto de los Trabajadores, pero encauzado en el art. 2.b sobre relaciones laborales de carácter especial. Tal régimen se concretó en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto; y, más recientemente, en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que estableció una equiparación progresiva del sistema de cotización de las empleadas de hogar¹⁹. Desde 2011, por

¹⁸ SALCEDO BELTRÁN, M.C., «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la ‘esclavitud moderna’», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 2020, pp. 35 y 36.

¹⁹ Debe destacarse también el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social, así como el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de

tanto, se fija de manera específica el contenido de la relación laboral, tanto en lo concerniente a los derechos y deberes concretos, como a las retribuciones (que se remiten al salario mínimo interprofesional o a lo que pueda pactarse individual o colectivamente) y al tiempo de trabajo. Resulta especialmente relevante, por los efectos penales que esto puede desplegar, que la obligación de regularizar la situación laboral de las empleadas del hogar recae, desde 2011, sobre las personas empleadoras. En concreto, señala la Disposición adicional primera del Real Decreto 1620/2011: «La comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal del contenido de los contratos de trabajo que se celebren conforme a lo previsto en el presente real decreto, así como su terminación, se entenderá realizada por el empleador mediante la comunicación en tiempo y forma del alta o de la baja en la Seguridad Social ante la Tesorería General de la Seguridad Social, acompañada, en su caso, del contrato de trabajo, cuando este se haya formalizado por escrito».

El reciente Real Decreto-ley 16/2022 opera en varios ámbitos: el del sistema extintivo de la relación laboral, el de la prestación por desempleo y el de la seguridad y salud en el empleo. Así, la nueva norma suprime la previsión que, en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, excluía expresamente de su ámbito de protección la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Del mismo modo, incorpora el Real Decreto-ley a este colectivo al catálogo de beneficiarios de indemnizaciones del Fondo de Garantía Salarial en caso de despido o extinción de contrato (extremo muy relevante dada la vía excepcional de despido que se contemplaba en este ámbito, así como de las muchas extinciones sobrevinidas por personas empleadoras de edad avanzada que fallecen). Asimismo, la norma que implementa el Convenio 189 de la OIT también atiende la necesidad de cobertura por desempleo, de modo que las empleadas del hogar dejan de ser el único colectivo profesional sin derecho a la misma.

Durante estas últimas décadas, el incumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social relativa a las trabajadoras domésticas ha sido reiterado²⁰. La atención jurídica renovada estos últimos años nos coloca ante un escenario normativamente más exigente en el que deberá valorarse la necesidad, o no, de activación de la *ultima ratio* jurídica a través de la norma penal para un colectivo aún vulnerable²¹. A continuación, lanzamos algunas especulaciones sobre ello.

diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

²⁰ Véase BORÓ HERRERA, F., «¿Es adecuado el control administrativo del trabajo de las personas empleadas del hogar?: actuación en la materia de la inspección de trabajo y seguridad social española en el periodo de 2006 a junio de 2020», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 11, 1, 2021, pp. 587 y ss.

²¹ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 11, 2, 2021, pp. 594 y ss.

4. Sentido de la protección penal-laboral

Es evidente que la situación de muchas de las trabajadoras del hogar es insostenible. Lo es, sin duda, en las variantes esclavistas de prestación laboral que puedan producirse²²: ello afectaría a bienes jurídicos esenciales emparentados directamente con el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad, la dignidad o aun la vida. Pero hay una dimensión antijurídica menos palmaria que resulta igualmente insoportable; una dimensión que relaciona el ejercicio de esta profesión con el ciclo reproductivo del capital y que, en ocasiones, resulta indiferenciable de un régimen de explotación laboral con restricciones severas de los derechos reconocidos o reconocibles. Es de esta dimensión de la que debe ocuparse el Derecho penal del trabajo, con las consiguientes consecuencias concursales que se deriven de su distinto ámbito tuitivo.

La atención del Derecho penal por el entorno laboral se encabalga a una lógica de preocupación por la economía²³. Ello se desprende de una genealogía básica de los delitos laborales, que ya en los códigos penales fascistas y en el Código Penal español de 1928 procuraban la protección de la economía nacional a través de la seguridad de las personas trabajadoras²⁴. En España, la tución penal laboral se ensancha en un sentido

²² Aunque de modo expreso el Código Penal solo castiga la esclavitud en sí misma (no ya como finalidad de otras conductas) en el marco del artículo 607 bis CP, referido a los delitos de lesa humanidad como ataques generalizados a una población o parte de ella, lo cierto es que la doctrina recoge bajo la idea de «esclavitud moderna» otras manifestaciones equiparables. Véase, especialmente, PÉREZ ALONSO, E.J. (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

²³ La preocupación penal por la economía, a su vez, excede el ámbito laboral. Cabe hablar del Derecho penal del trabajo como parte del Derecho penal económico. Y son numerosas las aportaciones doctrinales que, en las últimas décadas, analizan este fenómeno expansivo general del Derecho penal. En España, podemos conformar una perspectiva suficientemente amplia a partir, por ejemplo, de las siguientes publicaciones: SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires: BdeF, 2011; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2022; TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid: Trotta, 2004; BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2001; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Valladolid: Lex Nova-Thompson Reuters, 2013; BOIX REIG, F.J. (Dir.), *Diccionario de derecho penal económico*, Madrid: Iustel, 2008; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Buenos Aires: B de F, 2016; y DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018.

²⁴ ARROYO ZAPATERO, L., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Tesis doctoral dirigida por M. Barbero Santos, Universidad Complutense, 1979, p. 24; también BAYLOS

liberal a partir del Código Penal de 1995, pero ya encauzada en la lógica de protección del orden socio-económico. De hecho, el proyecto de Código contemplaba la inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el Título referido a los delitos contra el orden socio-económico; una enmienda de Izquierda Unida propiciaría, finalmente, su autonomización en el Título XV del Código Penal.

Este «nuevo» derecho penal de trabajo democrático²⁵ se iniciaría en 1980 con el Proyecto de Ley Orgánica del Nuevo Código Penal y culminaría, al menos en lo que nos interesa a efectos de analizar sus bases dogmáticas, en 1995. Paulatinamente, se irían localizando derechos laborales dignos de protección reforzada (sindicación, huelga, además del de seguridad en el trabajo) que remozarían por completo las estrategias tuitivas penales del trabajo en España. Así, el Proyecto de 1980 incorporaría dos artículos que, enmarcados entre los delitos contra el orden socio-económico, harían las veces del anterior art. 499 bis. El Proyecto, sin embargo, no prosperaría. Sería la Ley Orgánica 8/1983 la que introduciría sendos delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga. El Proyecto de 1992 incorporaría precisiones en relación con la discriminación laboral, así como con los ataques a los derechos de sindicación y huelga. El Proyecto de 1994 incorporaría también la especificidad de los delitos contra el orden socio-económico, aunque, de modo definitivo, los delitos contra los derechos de los trabajadores acabarían por ocupar un título propio²⁶.

Para DE VICENTE MARTÍNEZ estas «caóticas reformas» han culminado en «un catálogo de delitos carente de sistematización y orden»²⁷. El Código Penal de 1995 castiga, en primer lugar, la imposición de condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales, así como la contratación de una pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o sin permiso de trabajo. Posteriormente, reprueba el Código el empleo irregular de ciudadanos extranjeros y menores para, a renglón seguido, sancionar por el tráfico ilegal de mano de obra y migración fraudulenta. Castiga también la discriminación laboral y protege la libertad sindical y el derecho de huelga, así como la libertad de no ejercerla, en un artículo (315.3) un tanto descuadrado en relación con un hipotético bien jurídico común (y derogado en 2021). Por último, regula el Código el delito contra la seguridad y la salud en el trabajo, incluso en su modalidad im-

GRAU, A., TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo*, Madrid: Trotta, 1991, p. 22.

²⁵ BAYLOS GRAU, A., TERRADILLOS BASOCO, J.M. ob. cit., pp. 27 y ss.

²⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Derecho penal del trabajo», *Revista penal*, 1, 1998, p. 77; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc./Mes 1, 2004, p. 22; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal Del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 45 y ss.

²⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., ob.cit., pp. 48-49.

prudente, relacionando su contenido con la normativa sobre prevención de riesgos²⁸.

La doctrina española ha abordado con perspectiva crítica y mucho acierto esta disposición de la tutela penal laboral. De este modo, LASCURAÍN SÁNCHEZ valora «lo que sobra y lo que falta» en estos delitos y denuncia el automatismo protector de lo penal a partir de lo administrativo, así como una serie de imprecisiones, indeterminaciones y desproporciones²⁹. HORTAL IBARRA se pregunta si, tras las sucesivas reformas, no estamos ante el «ocaso» del Derecho penal del trabajo, ya que se estaría produciendo un desmantelamiento de la protección real³⁰. Más recientemente, debe destacarse la aportación de TERRADILLOS BASOCO, donde evalúa el resultado de las reformas implementadas bajo un título revelador: «Veinticinco años de política legislativa errática»³¹.

Estamos, por tanto, ante un capítulo polémico del Código Penal; por su génesis, su eficacia e incluso el sentido de su protección. Hay, así, cierta división doctrinal en torno al bien jurídico protegido por estos delitos. De este modo, MUÑOZ SÁNCHEZ señala tres variantes³². En primer lugar, hay quien considera —él mismo— que el bien jurídico protegido en estos delitos es colectivo: «con el paso del Estado liberal a una concepción social del Estado», se asume que debe «preocuparse por las disfunciones en la estructura económica que llevan aparejada esa desigualdad y falta de libertad real»³³. Así, el ámbito laboral se comprende como «marco de referencia» que toma sentido jurídico penal solo en la medida en que debe protegerse en orden a garantizar la entereza de los individuos.

²⁸ Las modificaciones ulteriores de estos delitos han sido varias: en 2000 se modificaría el artículo 312 por la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; en el año 2003 el artículo 318 sería reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; en 2012 se crearía el artículo 311.2 por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social; en 2015 se crearía el artículo 311 bis por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; finalmente, la Ley Orgánica 5/2021 de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal suprime de los delitos laborales el de coacciones para iniciar o continuar una huelga.

²⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores...», *ob.cit.*

³⁰ HORTAL IBARRA, J.C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del trabajo?», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, 2018, pp. 67 y ss.

³¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 2021.

³² MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 33 y ss.

³³ *Idem*, p. 30.

En segundo lugar, puede distinguirse una variante doctrinal que defiende la heterogeneidad de bienes jurídicos, que pasarían a depender de los tipos laborales concretos; así, los delitos laborales defenderían tanto bienes jurídicos individuales como colectivos³⁴. FARALDO CABANA apunta que resulta de «escaso interés» buscarle un «bien jurídico categorial común» a las tipicidades que componen este Título³⁵. MUÑOZ CONDE aboga por que la heterogeneidad típica del Título XV no puede apelar a un solo bien jurídico, sino que, en función de las distintas afectaciones, se defiende una pluralidad de bienes jurídicos personales, «aunque la dimensión social y colectiva de estos derechos les dé unas connotaciones que permiten considerarlos también como delitos de carácter social o colectivo»³⁶.

En tercer lugar, otra parte de la doctrina sostiene la tesis por la que, mediante estos delitos, se defienden exclusivamente bienes jurídicos individuales. Indica MUÑOZ SÁNCHEZ que, desde esta posición, solo se atendería el interés concreto de la persona trabajadora³⁷. Así, ORTUBAY FUENTES aboga por el carácter individual de la protección de estos delitos, de modo que solo sería relevante su sentido colectivo como *ratio legis*³⁸.

Tanto por la razón genealógica como sistemática, sin embargo, parece razonable entender los delitos laborales en una clave colectiva y economicista, de modo que no tiene sentido defender derechos laborales en sí mismos, como parte de una incierta dignidad personal (dimensión ya defendida en otras partes del Código Penal). Por esto, en las realidades laborales como las del trabajo doméstico no solo debe considerarse el agravio a la dignidad de la víctima —esclavizada o no—, sino que también debe atenderse su estricta dimensión económica, ya que las situaciones de desmerecimiento severo de los derechos laborales no afectan solo a los sujetos trabajadores, sino a toda la sociedad. Esta dimensión se reconoce expresamente por el Documento 16 de Protección social del trabajo doméstico de la OIT, que indica que «el trabajo doméstico es un sector altamente relevante, debido tanto a su importancia cuantitativa

³⁴ *Idem*, p. 36.

³⁵ FARALDO CABANA, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 35.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 21.ª Ed. (con la colaboración de Carmen López Pelegrín), Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 311 y ss.

³⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *ob.cit.*, p. 38. AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, donde defiende también que, en relación con los delitos contra la seguridad en el trabajo, se trataría de delitos de peligro que protegen el bien jurídico individual de la vida o la salud de los concretos sujetos trabajadores. También en HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo: una aproximación a la configuración del Derecho penal en la «sociedad del riesgo»*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 56. Véase también DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob.cit.*, pp. 125 y ss.

³⁸ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Leioa: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2000, pp. 146 y ss.

en términos del volumen relativo de oferta de trabajo que la actividad aporta a la economía, como a su significativa contribución social y económica en prácticamente todas las sociedades modernas. Sin embargo, se trata de un grupo tradicionalmente excluido del derecho humano a la seguridad social». Del mismo modo, el Convenio 189 de la OIT reconoce «la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad, y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país y entre países».

Desde esta perspectiva sobre lo que se pretende proteger con estos delitos, por tanto, puede modularse el juicio de subsunción en relación con situaciones concretas en un contexto de trabajo doméstico; juicio determinado por la letra de la ley y condicionado en su interpretación por aquello que se pretende salvaguardar.

5. ¿Debe y puede tutelarse penalmente la prestación del trabajo doméstico?

Sin duda el Código Penal prevé tipicidades concretas formalmente capaces de atender esta cuestión social³⁹: en el escenario del trabajo doméstico cabría reconocer una casuística, excepcional, relacionada con la captación y traslado de mujeres con tal finalidad. El delito de trata de seres humanos, por tanto, podría recoger en parte el desvalor de ciertas conductas en este contexto⁴⁰. Pero no solo debe reprobarse la afectación a la integridad moral que puede producirse en estas situaciones por la finalidad de «imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre» previstas en el artículo 177bis CP⁴¹, sino que también los delitos laborales deben atender el desvalor causado en términos economicistas⁴². De este modo, puede

³⁹ Véase BONET ESTEVA, M., «El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación laboral severa», en ESPUNY TOMÁS, M.J., GARCÍA GONZÁLEZ, G. (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 279 y ss.

⁴⁰ Señaladamente en relación con la finalidad de explotación laboral. Véase, para ello, el completo estudio de BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L., *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas. Especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022.

⁴¹ PÉREZ ALONSO, E.J. (Dir.), ob.cit.; y PÉREZ ALONSO, E.J., OLARTE ENCABO, S. (Dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

⁴² Más aún, en los delitos de trata de seres humanos puede sobrar esta finalidad, ya que el desvalor frente a la integridad moral se produce con la trata misma, sin que

comprenderse la reprobación de la esclavitud —o de las restricciones severas de derechos laborales⁴³— como un modo intolerable de gestión económica en el escenario de la globalización.

En este sentido, algunos supuestos de gestión de la potencia laboral migrante pueden encauzarse en los artículos 313 y 318bis del Código Penal. En el artículo 313 CP se pretende impedir la determinación o el favorecimiento de «la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante». Paralelamente, aunque protegiendo ya un bien jurídico distinto —sustanciado en el interés del Estado por controlar los flujos migratorios⁴⁴— el artículo 318bis CP castiga la ayuda que implique vulneración de «la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros». Sin duda, estas conductas pueden producirse en un contexto amplio de la gestión de la mano de obra migrante como paso previo a su determinación como empleadas del hogar subyugadas; pero no necesariamente es así, de modo que podemos considerar estos supuestos como poco representativos de la vulnerabilidad generalizada del colectivo.

Hay, sin embargo, otros delitos laborales en los que podrían subsumirse, sin hipótesis añadidas de comercialización de la fuerza de trabajo, conductas relacionadas con las empleadas del hogar en el estricto marco de la prestación laboral. Se trata de los de los artículos 311.1.º y 312.2, segundo inciso, del Código Penal, que prevén la imposición y el empleo en, respectivamente, «condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual». Si bien el análisis de los elementos típicos de estos delitos es mucho más complejo, en relación con la situación de las empleadas del hogar focalizaremos nuestro estudio en los dos que más pueden condicionar su aplicación: la situación de necesidad prevista en el art. 311.1.ºCP y el perjuicio de derechos previsto en ambos tipos:

5.1. *Abuso de situación de necesidad*

El artículo 311.1.º CP prevé dos medios determinados para la imposición⁴⁵ de condiciones de trabajo reprobables; debe realizarse «mediante

deba constatar un objetivo económico en la intención del sujeto activo; cfr. DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 23, 2021, p. 30.

⁴³ POMARES CINTAS, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

⁴⁴ DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «Trata de personas...», ob.cit., pp. 19-20.

⁴⁵ «La opinión dominante en la doctrina entiende que el verbo imponer debe ser concebido dogmáticamente como un resultado, sin extenderse a los modos o características

engaño o abuso de situación de necesidad». No abordaremos en estas líneas las circunstancias del engaño, ya que no parece que se aprecie ningún margen interpretativo particular en relación con la realidad del trabajo doméstico. Pero sí debemos abordar el abuso de situación de necesidad, ya que se dan en el ámbito del empleo en el hogar unas circunstancias que tensionan el alcance de este elemento típico.

La doctrina más temprana consideraba que la asimetría propia del mercado laboral era situación bastante para notar la situación de necesidad⁴⁶. Sería la heterogeneidad sobrevenida a las relaciones laborales asalariadas la que, paulatinamente, restringiría este criterio hasta exigirse una específica situación de asimetría⁴⁷, en la medida en que no puede considerarse afectado el bien jurídico si la situación de necesidad (jurídica, digamos) de un sujeto asalariado puede no ser tal en términos sociales⁴⁸.

A partir de esta consideración por recoger un especial desvalor asociado a la situación de necesidad, más allá de la propia de las relaciones laborales, cabe cuestionarse si la situación de necesidad es una circunstancia objetiva o subjetiva. Tratándose en cualquier caso de un elemento objetivo del tipo, esta objetividad puede entenderse respecto de la situación del sujeto pasivo (o sujetos pasivos) concreto sobre quien recae el perjuicio laboral o si debe comprenderse respecto de la situación social o del colectivo al que pertenezca el sujeto pasivo, independientemente

de la acción, es decir, el término 'imponer' es un elemento de la conducta referido al resultado, que consiste en el ponimiento de determinadas condiciones de trabajo, sin conectar la imposición de condiciones con los medios empleados para hacerlo» (DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob.cit.*, p. 136). Recientemente, el Tribunal Supremo, en Auto de 18 de febrero de 2021, indica: «en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término imposición al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro es claro que eso no es fruto de una opción libre».

⁴⁶ Así, por ejemplo, BAYLOS GRAU, A., TERRADILLOS BASOCO, J.M., *ob.cit.*; ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis CP)», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, 15, 1983, p. 362.

⁴⁷ De este modo, dice DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob.cit.*, p. 158: «Parece más plausible defender una interpretación restrictiva del precepto y que guarde concordancia con el principio de intervención mínima, restringiendo lo punible a situaciones caracterizadas por una cierta nota de gravedad en la actuación empresarial puesto que carece de sentido penalizar lo que constituye regla en el mercado laboral actual, esto es, la superioridad del empresario». Así, «más recientemente, el abuso de la situación de necesidad que se exige en el artículo 311.1 es interpretado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 2017, como algo más que la consustancial desigualdad entre el empresario o el trabajador» (*idem*, p. 165).

⁴⁸ Dice la STS 247/2017, de 5 de abril: «El abuso de estado de necesidad debe tener más consistencia que la derivada de la ínsita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, porque, de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal».

de las particularidades en que se encuentre este⁴⁹. Entre la doctrina, hay posiciones que abogan por ambas opciones⁵⁰, aunque la mayoritaria, así como sucede entre la jurisprudencia, es la de proyectar la situación de necesidad sobre la situación concreta del sujeto afectado. Así, por ejemplo, la STS 494/2016, de 9 de junio, absuelve, entre otras razones, porque «no existe la más mínima referencia a la situación patrimonial de las empleadas» (Fundamento Jurídico Primero, punto 4), de tal modo que no puede precisarse así la situación de necesidad de las víctimas. De hecho, la Sentencia descarta, como hacía la recurrida, que «la situación de paro generalizado» verifique el abuso de esa situación de necesidad. Y esta es una interpretación que se ha mantenido en ulteriores decisiones del Tribunal Supremo, como en la STS 247/2017, de 5 de abril: «Por lo que se refiere al abuso de situación de necesidad en que se halle el trabajador, habrá de analizarse caso por caso, ya que esta situación de abuso de necesidad puede revestir múltiples variantes».

Esta interpretación mayoritaria ha variado los requisitos que integrarían tal necesidad subjetiva: así, por ejemplo, la misma STS 494/2016, de 9 de junio, remite muy desafortunadamente al concepto de necesidad recogido en el artículo 20.5.º CP para extrapolarlo y conformar una interpretación supuestamente sistemática, aunque relativa a una sistemática del todo forzada, ya que el estado de necesidad valora la situación del sujeto activo que realiza una acción típica, mientras que la situación de necesidad valora la vulnerabilidad del sujeto pasivo. Esta interpretación de la STS 494/2016 conduce a fórmulas de extrapolación del concepto de necesidad completamente absurdas: «la magnitud del segmento social en el que cabe ubicar a los que se encuentren en similares condiciones, de suerte que a más generalización de tal situación menos justificación de la relevancia penal por incidencia de la misma [...]»; de modo que, proyectando esta interpretación sobre el elemento típico, se evitaría la tipicidad, precisamente, de la situación que más debería perseguirse: aquella en la que el colectivo al que se pertenece sufre una especial necesidad generalizada. Afortunadamente, la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo ha corregido esta interpretación⁵¹.

Sin embargo, en algunos pasajes jurisprudenciales se ha mostrado, colateralmente, cierta sensibilidad hacia la tesis objetivista; por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 52/2018, de 1 de febrero, asume la fundamentación sobre este asunto de la recurrida en alzada, que dice que hay una situación de necesidad en concreto de

⁴⁹ Véase, por ejemplo, MUÑOZ SANCHEZ, J., ob.cit., p. 80, especialmente nota 184.

⁵⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., ob.cit., pp. 80 y ss. Véase, con mucho detalle, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., ob.cit., pp. 156 y ss.

⁵¹ Así, por ejemplo, la STS 247/2017, de 5 de abril, indica que «se trata de dos expedientes —la eximente de estado de necesidad del C.P. y el abuso de situación de necesidad del art. 311 CP— de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas».

los trabajadores, pero también verificable «por [...] una situación económica difícil en España en los años 2011 a 2013, con una tasa de paro generalizada»; a lo que la Audiencia Provincial añade que, tratándose de inmigrantes ilegales, «la inmigración ilegal, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en un país que no es el suyo». También en la STS 639/2017, de 28 de septiembre, se construye el concepto de vulnerabilidad en un delito laboral a partir de su perfilamiento como «temerosos de no poder establecerse definitivamente, con desconocimiento del idioma y desarraigados del país», circunstancias deducidas de su «condición de inmigrantes».

A nuestro juicio, esta última variante interpretativa sería la más acertada cuando el contexto colectivo puede definirse con la precisión que puede hacerse con el servicio doméstico. De lo expuesto en el §2 cabe inferir que la situación del colectivo de las empleadas del hogar es una situación de necesidad. Casi incluso puede deducirse, con el margen de error que implica toda deducción: el método deductivo, como es sabido, colige de una premisa una conclusión lógica basada sobre la verdad de aquella, por lo que cabría deducir, en un sentido extenso del término, que cualquier empleada del hogar (dimensión particular o subjetiva del elemento objetivo) se encuentra en situación de necesidad, como el colectivo. Puede suceder que, en un proceso penal, la verdad quede hipotecada por la probabilidad de error de esta proposición y, por tanto, se desestime la conclusión para corroborarla en cada caso concreto, con los problemas de prueba que esto conlleva. Así, por ejemplo, en la STS 494/2016, de 9 de junio, referida *supra*. Esta desafección respecto de la estadística solo puede comprenderse en el marco de la valoración libre de la prueba que en nuestro ordenamiento procesal remite, finalmente, al íntimo convencimiento o a la ausencia de duda razonable frente a estándares de prueba⁵².

Sin embargo, al margen de que, en términos de verificación de la realidad, pueda resultar acertado renegar del juicio probabilístico⁵³, lo cierto es que la antijuridicidad material que se pretende atender en este delito, por las razones apuntadas en el §4, no descansa sobre la situación de la persona concreta, sino sobre la situación del colectivo que com-

⁵² Una aproximación elemental a esta cuestión puede verse en LAUDAN, L., «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 95 y ss.; y en TARUFFO, M., «Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 115 y ss.

⁵³ SÁNCHEZ RUBIO, A., «Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, 1, 2018, pp. 183 y ss.

prende al individuo en el plano económico de un modo relacional más complejo y completo, y cuya realidad solo puede describirse con datos agregados. Es en este punto, por tanto, donde la prueba estadística deslegítima por completo un juicio subjetivo que reniegue de la misma, pero no por la relación deductiva que lleva del colectivo al individuo. Como indican la doctrina y la jurisprudencia actual, la situación de necesidad debe trascender la mera asimetría ínsita a la relación laboral⁵⁴, pero de ello no debe inferirse, a nuestro juicio, que la situación de necesidad deba proyectarse sobre el sujeto concreto⁵⁵, porque no se protege en estos delitos la situación laboral de los sujetos concretos, sino un modelo de relaciones laborales conforme a una cierta sostenibilidad socio-económica. Esta dimensión socio-económica de los delitos laborales suele velarse por primacía de la tutela de los derechos concretos; sin embargo, el componente colectivo del bien jurídico protegido debe trascender una interpretación individual también del elemento típico «situación de necesidad», que solo si es entendido en un sentido colectivo alcanza a recoger el desvalor de imponer condiciones perjudiciales. Así, si el sujeto pasivo sufre esta imposición, el sistema socio-económico lo sufre, incluidas otras personas trabajadoras del mismo ámbito, que concurrirán al mercado laboral condicionadas y, como señalaba ya ARROYO ZAPATERO en los años 80 del siglo XX⁵⁶, incluidos también otros sujetos empleados, que se deben enfrentar a una competencia desleal⁵⁷.

Por lo tanto, la pertenencia del sujeto pasivo a un colectivo caracterizado del modo en que lo hemos hecho es, de suyo, más definitoria de la posición de las personas trabajadoras en el entramado económico que otros datos quizá más coyunturales, como su renta incluso. En esa pertenencia se sustancian muchas otras circunstancias definidoras del sujeto trabajador, como su acceso a la acción colectiva mediante las herramientas clásicas de autotutela, señaladamente la sindicación y la huelga. Es evidente que el colectivo de las empleadas del hogar, por razones que trascienden subjetividades concretas, no puede hacer uso eficaz de ellas. Y esa debe ser, por tanto, la baliza que marca la sustanciación del bien jurídico protegido en este precepto.

⁵⁴ En el mismo sentido de la STS 247/2017, de 5 de abril, se incardina la opinión actual. Por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob.cit.*, p. 158.

⁵⁵ El literal de la norma refiere la imposición mediante abuso de situación de necesidad. Encaja en ello, sin forzar el sentido de las palabras, que se abuse de una situación de necesidad objetiva, más allá del sujeto pasivo, pero idónea para la imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos.

⁵⁶ ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de derecho penal del trabajo*, Barcelona: Praxis, 1988, p. 6.

⁵⁷ Así, notándole también el componente supraindividual, indica MUÑOZ CUESTA, F.J., «Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2018, p. 5: «El empleador actúa con desprecio no solo a la dignidad del empleado, sino de las normas legales, acordadas o contractuales que rigen la relación laboral».

5.2. *Imposición de condiciones que perjudiquen o restrinjan derechos*

Conjura las especulaciones anteriores, ya que las hace innecesarias, la previsión del artículo 312.2 CP, en su segunda parte: «y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual». Como puede comprobarse, este precepto evita referir ninguna «situación de necesidad», ya que, entendemos, el legislador considera que una persona extranjera sin permiso de trabajo se encuentra en tales circunstancias⁵⁸. Por tanto, a nuestro juicio, la imposición de (o el empleo en) condiciones laborales en perjuicio de derechos reconocidos para las personas empleadas del hogar es, casi sistemáticamente, típica, sea por la vía del abuso de situación de necesidad o por la vía del sujeto pasivo extranjero sin permiso de trabajo. Sin embargo, siguen cabiendo interpretaciones sobre el sentido del perjuicio de derechos como elemento común a ambos preceptos.

La doctrina plantea que el perjuicio de derechos puede ser meramente formal y, por tanto, producirse con la mera fijación, por cualquier medio impositivo en el art. 311 CP, de unas condiciones que no respeten el marco normativo debido. Otra parte de la doctrina —y parece esto más garantista— exige el perjuicio material, de modo que no bastaría la formalización de las condiciones, sino que sería necesaria su sustanciación⁵⁹ (no bastaría, por tanto, con imponer, siquiera verbalmente, una jornada laboral de 16 horas, sino que se debería llevar a cabo). Y esta sustanciación exigiría una cierta sistemática recogida en la expresión «imposición de condiciones», de modo que, como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, no bastaría un incumplimiento puntual, sino que debería sostenerse el incumplimiento en el tiempo⁶⁰. Desde esta perspectiva, y esto será crucial

⁵⁸ Resulta intuitivo trazar la identidad entre «súbditos extranjeros sin permiso de trabajo» y «situación de necesidad», aunque lo cierto es que hay matices en la tipicidad que pueden hacer más grave un elemento que otro: en el art. 311 CP se exige la imposición de «condiciones que perjudiquen [...]», mientras que en el 312.2 CP basta con emplear «en condiciones que perjudiquen [...]». Asimismo, las penas varían, aunque con difícil ordenación de gravedad. «De seis meses a seis años y multa de seis a doce meses» en el primer supuesto y «de dos a cinco años y multa de seis a doce meses» en el segundo. En caso de solapamiento de normas, parece lo más lógico que la segunda absorba la primera, por la mayor especificidad (o la especificidad más fácilmente delimitable) de la condición de extranjería. Asimismo, desde una perspectiva material parece también más grave el segundo precepto, ya que la pena mínima comienza en dos años, de modo que se impide la posibilidad de suspensión.

⁵⁹ Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *ob.cit.*, pp. 101 y ss.

⁶⁰ «[...] el criterio objetivo determinante para distinguir estos supuestos es el del desenvolvimiento normal de la relación laboral. Si el trabajador acepta, por engaño o abuso de una situación de necesidad, que la negación del derecho es una condición para

para nuestra hipótesis *infra*, la no regularización por parte de la persona empleadora en el régimen de la Seguridad Social compondría un contexto idóneo de incumplimiento típico, ya que sería un modo sistemático de imponer condiciones si, en esa situación, se perjudican derechos que, de otro modo, serían reconocibles⁶¹.

También interesan especialmente en nuestro campo de estudio específico las limitaciones concretas que la jurisprudencia propone para interpretar restrictivamente este perjuicio⁶², de modo que debe basarse en condiciones sensiblemente abusivas en relación con el marco normativo para, de este modo, recoger en sede penal un desvalor añadido al mero incumplimiento laboral. Pero sucede en este punto que, de nuevo, en relación con el bien jurídico que se pretende proteger (según nuestra tesis en el §4), no puede relativizarse constantemente este desajuste entre las condiciones que causan el perjuicio y el marco normativo que las delimita. Porque la afectación material al bien jurídico se produce a partir de la insostenibilidad de ciertas posiciones laborales especialmente vulnerables. La hipótesis relativista que exige, en cada caso, unas condiciones sensiblemente desfavorables en relación con las previstas por el marco normativo específico, solo puede comprenderse si el marco normativo no es, de suyo, sensiblemente desfavorable en relación con el resto de marcos normativos laborales. Y este es el caso del servicio doméstico.

Es cierto que la evolución regulatoria en este ámbito ha sido notable, como veíamos en el §3. Sin embargo, esta evolución no evita que la ac-

prestar la relación laboral que se prolongará en el desenvolvimiento de esa relación, se realiza el tipo de lo injusto; si, por el contrario, se trata de hechos excepcionales, aunque reiterados, constituye infracción laboral» (*idem*, p. 108).

⁶¹ Y esta opinión doctrinal confronta muy justificadamente, a nuestro juicio, con la STS 540/2006 de 17 de mayo, que, precisamente a propósito del servicio doméstico, indica: «La Sala sentenciadora parece deslizarse hacia la toma en consideración de las condiciones laborales impuestas por la acusada por lo que acude al contenido del actual artículo 312 imputándole tener a la persona contratada para el servicio doméstico en condiciones que supriman o reduzcan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Incuestionablemente la cantidad de cien euros como retribución, es realmente leonina, sin embargo, nada se dice sobre las condiciones de trabajo. Estos hechos, en sí mismo, no son constitutivos de delito alguno ya que, no dar de alta a una persona, que presta servicios domésticos, en la Seguridad Social no forma parte del ilícito penal». Contra esta interpretación, y afirmando la noción material del sujeto trabajador como sujeto pasivo, véase la STS 270/2016, de 5 de abril. En este sentido, como indica DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob.cit.*, p. 141, «El artículo 311 parece especialmente pensado para los casos de trabajo negro o irregular, esto es, lo que viene a llamarse economía sumergida. Estas situaciones generan el comportamiento típico por antonomasia de imponer condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales al excluir a los trabajadores sumergidos de todos los standards mínimos de tutela legal o convencional». Y esto suele ser también el perjuicio prototípico que sufren las empleadas del hogar.

⁶² Así, por ejemplo, la STS 208/2010, de 18 de marzo, refiere la necesidad de «un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas resultan notoriamente perjudiciales para el trabajador».

tual situación de las trabajadoras domésticas sea aún vulnerable en los términos expresados en el §2 y en relación con el resto de sectores profesionales. Como hemos visto *supra*, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, consigue, de modo muy elemental, equiparar la profesión con los mínimos de lo que el Convenio 189 de la OIT consideraba un «trabajo decente». Con todo, la situación económica y la persistencia de la irregularidad en el sector, que, especulativamente, puede incluso aumentar tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley, debido a las exigencias añadidas a las personas empleadoras, mantiene a los profesionales del servicio doméstico en una posición de vulnerabilidad más aguda que la del resto del mercado laboral⁶³.

La atención jurídica descrita en el §3 genera, por tanto, un doble efecto en el ámbito penal, aparentemente contradictorio. Por un lado, la mejora de las condiciones formales en las que debe ejercerse el servicio doméstico relativiza la vulnerabilidad de las empleadas del hogar, pero no acaba con ella, ya que, como veíamos, sus condiciones siguen siendo de las menos favorables del mercado laboral. Por otro lado, la mejora de las condiciones formales amplía notablemente las posibilidades de cometer este delito, ya que perjudicar los derechos reconocidos por disposiciones legales resulta ahora más probable. Y es que no se pueden perjudicar derechos que no existen. Con la ampliación de su catálogo de derechos laborales y de Seguridad Social, el ordenamiento normaliza la labor de las empleadas del hogar; reconoce su función social, la tutela y, con ello, activa la posibilidad de la tutela reforzada en el plano penal, motivada por una vulnerabilidad persistente en la que se condensa la triple condición que proyecta Moya Guillem: un mayor riesgo de sufrir delitos, de defenderse de la acción lesiva y de sobreponerse a la misma⁶⁴.

Por esta razón, el más mínimo incumplimiento —aunque sostenido, como señalamos *supra*— que genere un perjuicio efectivo a los derechos laborales de las empleadas del hogar sería típico, ya que, además de responder a una interpretación literal de la letra de la norma, el plus de antijuridicidad penal en relación con el incumplimiento laboral vendría marcado por la situación de necesidad, que no se contempla en la legislación laboral de modo particular; así como en el perjuicio comparativamente reseñable con el resto de colectivos de personas trabajadoras que generaría cualquier horadación de sus derechos. Por tanto, el perjuicio no debe

⁶³ Sobre algunas circunstancias persistentes que mantienen en un contexto de vulnerabilidad a la profesión, véase RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., *ob.cit.* y SALCEDO BELTRÁN, M.C., *ob.cit.*

⁶⁴ MOYA GUILLÉN, C., «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 24 (Tercera época), 2020, pp. 17 y ss.

valorarse respecto de lo reconocido formalmente, sino respecto de lo que sería reconocible si las trabajadoras estuvieran en situación regular⁶⁵.

Deben atenderse, en cualquier caso, los problemas de un sistema sancionador dual administrativo y penal. En esta dualidad, «no todos los tipos penales establecen un criterio para deslindar el ámbito penal del administrativo-laboral»⁶⁶. Los artículos 311 y 312.2 (primer inciso) del Código Penal, sin embargo, pueden distinguirse suficientemente en la medida en que las infracciones (leves, graves o muy graves) previstas en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) no prevén un contexto específico de situación de necesidad, del mismo modo que no prevén la sistematización de las condiciones perjudiciales en una proyección duradera. Se trata, por tanto, de elementos típicos de la norma penal no compartidos por la norma administrativa-laboral que añaden un desvalor específico, respetando así el principio de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal.

6. Indicios criminales e inacción penal

Recorrida la información sociológica más elemental que sitúa a las empleadas del hogar en el contexto de las relaciones laborales (§2), analizada la adecuación potencial a las tipicidades penales (§4 y §5), procedemos a continuación a esbozar un escenario criminológico más situado: una de cada cuatro mujeres extranjeras empleadas del hogar es irregular. En total, en España serían unas 70000 mujeres según un reciente informe de Oxfam⁶⁷. Un 35% de las empleadas del hogar no están dadas de alta en la Seguridad Social por sus empleadores (casi 200000 mujeres) y una de cada tres trabajadoras en este sector se encuentra en situación de pobreza. Más en concreto: a partir de los estudios de GÓMEZ RUFÍAN y BORÓ HERRERA⁶⁸, podemos extraer algunas consideraciones —especulativas—

⁶⁵ En este sentido, la STS 348/2017, de 17 de mayo, es contundente: «es indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas. Es necesario que las condiciones del contrato supongan un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados de su situación de ilegalidad, de la que resulta la inexistencia de permiso de trabajo y ausencia de alta en la seguridad social».

⁶⁶ FUENTES OSORIO, J.L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, 36, 2016, pp. 553 y ss.

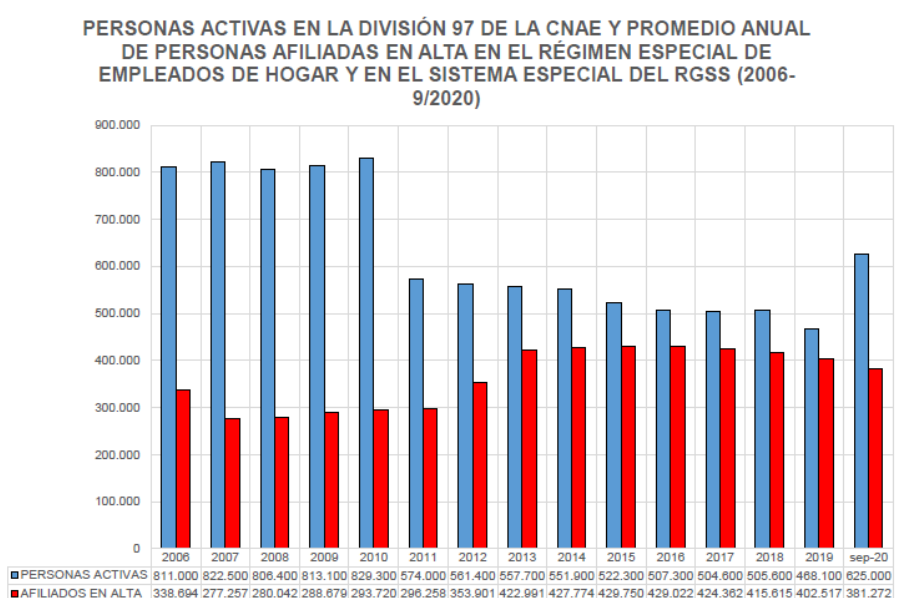
⁶⁷ Informe de Oxfam *Esenciales y sin derechos. O cómo implementar el Convenio 189 de la OIT para las trabajadoras del hogar*. Puede consultarse en <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/esenciales-sin-derechos-informe-completo.pdf> (fecha de consulta 30-11-2022).

⁶⁸ GÓMEZ RUFÍAN, L., «Características personales y condiciones jurídico-laborales del empleo doméstico en España: Estudio a través de los microdatos de la Encuesta de

sobre la criminalidad subyacente en el sector del servicio doméstico. Una hipotética criminalidad, así, que estaría construida típicamente sobre la situación de necesidad sistemática de las empleadas del hogar —por lo visto en el §5.1—, así como por un perjuicio de derechos elemental que se deriva de la ausencia de regularización en la Seguridad Social (§5.2) que, desde 2011, es responsabilidad de la persona empleadora.

El histórico que presenta BORÓ HERRERA a partir de uno anterior, más desagregado, de GÓMEZ RUFÍAN⁶⁹, desvela que la evolución de la afiliación al Régimen Especial de empleadas del hogar aumenta ligeramente a partir de 2012, como se ve en el gráfico 1⁷⁰. Sin embargo, es mucho más reseñable el descenso que, desde 2011, se produce en relación con las personas activas (según la Encuesta de Población Activa) en este sector.

Gráfico 1



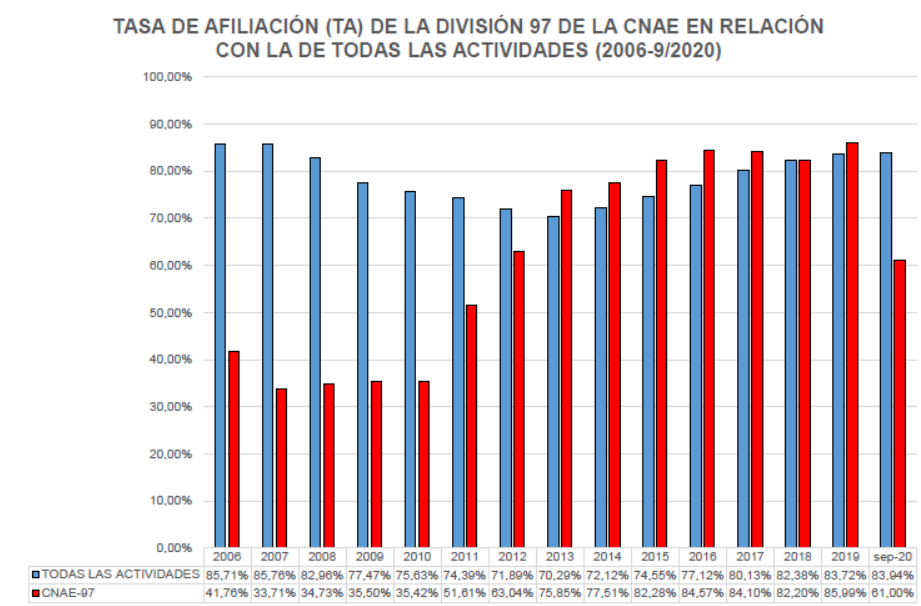
Población Activa», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, N.º 2, 2019, pp. 115 y ss.; BORÓ HERRERA, F., ob.cit.

⁶⁹ «El estudio se ha construido a través del estudio en profundidad de los microdatos de la Encuesta de Población Activa (en adelante, EPA), los cuales, a efectos académicos, poseen un nivel de desagregación superior a los que habitualmente se ponen a disposición del público por parte del INE» (GÓMEZ RUFÍAN, L., «Características personales...», ob.cit., p. 117).

⁷⁰ Los tres gráficos aquí incluidos son reproducciones de los elaborados por BORÓ HERRERA, F., ob.cit., pp. 592, 593 y 595.

El gráfico 2 recoge la tasa de afiliación, esto es, la relación entre personas activas y afiliadas a la Seguridad Social. Resulta curioso que, desde 2013, el sector de las empleadas del hogar (y hasta la irrupción pandémica) tenga tasas de afiliación superiores a las del resto de actividades laborales.

Gráfico 2



Quizá la extraña conclusión que arroja el gráfico 2 pueda explicarse, en parte, por lo recogido en el gráfico 3: que las actuaciones inspectoras en la división 97 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (epígrafe relativo al servicio doméstico) desciende continuamente desde, precisamente, 2013.

Si bien GÓMEZ RUFÍAN asocia el descenso de la prestación de servicios domésticos con la crisis económica⁷¹, cabe una interpretación compatible que, indiciariamente, explicaría estas evoluciones en un sentido que apuntase a escenarios de relevancia criminal. Y es que, por la información del gráfico 1, debe asumirse que, en 2011, año en que se aprueba el Real Decreto 1620/2011 que traslada la obligación de la regularización a las personas empleadoras, las empleadas del hogar en la práctica caen de

⁷¹ GÓMEZ RUFÍAN, L., «Características personales...», ob.cit., p. 118.

Gráfico 3

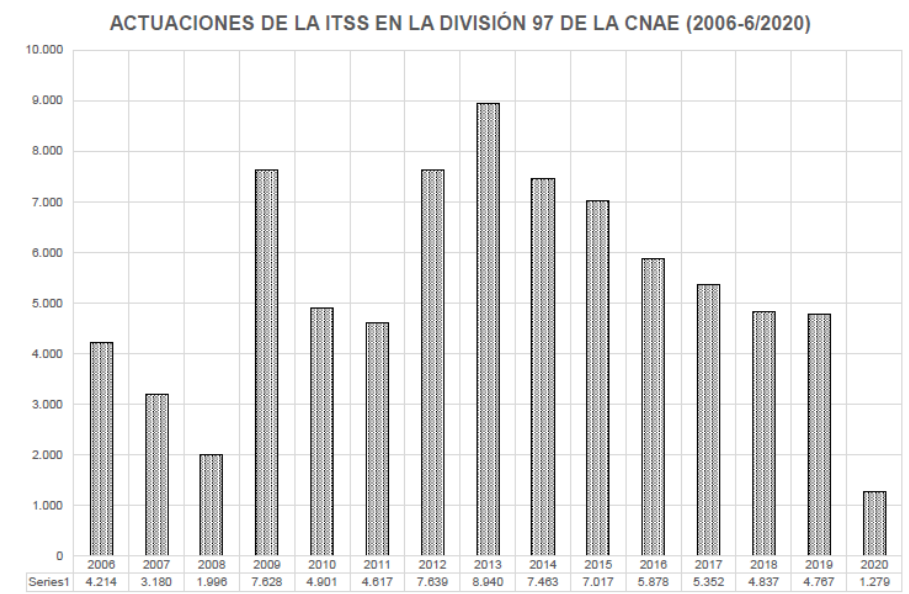


Gráfico 3

más de 800000 a menos de 600000. La fuente de información de este desfase es la Encuesta de Población Activa, esto es, información proveniente de entrevistas, por lo que cabe inferir que, desde 2011, se da un importante incremento de la cifra negra de trabajadoras del hogar, ya que puede que no reconozcan serlo en sus respuestas por saberse irregulares en su relación con la Seguridad Social. Por otro lado, la cifra de afiliación crece, pero no es capaz de recoger, ni mucho menos, todo el trabajo doméstico que, supuestamente, se seguiría prestando. No es demasiado aventurado concluir que en la última década siguen desempeñándose un importante número de trabajos domésticos irregulares que no se detectan ni por la Encuesta de Población Activa ni por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social —entre otros motivos, por el descenso de sus actuaciones, como apunta el gráfico 3⁷²—. Así, el propio

⁷² En el año 2020, en materia de empleo en el hogar (CNAE 97 y 98) se llevaron a cabo 1991 actuaciones, detectando 135 infracciones por un importe total de 382688,14 euros. (Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2020, disponible en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020_.pdf, fecha de consulta 30-11-2022). En 2021, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha puesto en marcha un Plan de Actuación para regularizar los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social del sector de las empleadas de hogar. Sin embargo, sus objetivos se

GÓMEZ RUFÍAN indica: «Por todos es conocido, a su vez, que éste es uno de los ámbitos de actividad en que con mayor intensidad el trabajo se realiza en condiciones paralelas a la legalidad o sin cobertura de la misma, lo que agrava el ya de por sí desproporcionado poder de disposición de los empleadores. Así, posee una extraordinaria informalidad manifestada en porcentajes de afiliación a la Seguridad Social que oscilan entre el 43,33% de 2008 y el 75,90% de 2017»⁷³.

Y, ante esta realidad, el Derecho penal se ha desplegado con una eficacia muy limitada. No hay sentencias penales condenatorias que recaigan sobre personas que emplean a trabajadoras del hogar por no estar regularizadas en el Régimen de la Seguridad Social. Las condenas en este contexto refieren circunstancias que implican perjuicios de derechos o abusos de situación de necesidad más allá de las condiciones de vulnerabilidad estandarizadas en el sector. Así, por ejemplo, cabe reseñar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 494/2021, de 26 noviembre, donde se condena por un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 CP en un contexto de prestación de servicios domésticos y en concurso medial con diversos delitos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral (mujeres nicaragüenses introducidas en España y que, en supuesto pago por el viaje, trabajarían como empleadas domésticas, entregando su salario a los acusados que, a su vez, negociaban las condiciones laborales de sus trabajos).

La mayoría de sentencias que se pronuncian sobre incumplimientos en el marco del servicio doméstico son, sin embargo, absolutorias. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 46/1998, de 15 julio, se absuelve al acusado empleador en el hogar por una interpretación ya superada: que el sujeto pasivo no podría conformar el elemento típico al no ser trabajador regular. La ya referida STS 540/2006, de 17 mayo, no condena a quien contrata sin dar de alta en la Seguridad Social, ya que considera que ese perjuicio no encaja en lo exigido por la norma penal, sin importar la situación de vulnerabilidad o la retribución «leonina» que recibía la empleada del hogar. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 6/2012, de 7 de marzo, se absuelve a los acusados en un supuesto caso de estafa a una mujer empleada del hogar, sin que pueda probarse el engaño mediante el que fue conducida a España y sin considerarse la comisión de ningún delito laboral. Finalmente, cabe señalar también los argumentos de la Audiencia Provincial de Madrid, que absuelve a los acusados en la Sentencia 27/2017, de 20 de enero, al considerar que, aunque el acusado «admitió que efectivamente no se dio a la denunciante de alta en la seguridad social (...), dicha circunstancia, dada la falta de concreción de los términos de la relación laboral y el escaso

centran, sobre todo, en fiscalizar las condiciones de las empleadas del hogar regularizadas y no tanto en desvelar situaciones de prestación oculta de los servicios laborales.

⁷³ GÓMEZ RUFÍAN, L., «Características personales...», ob.cit., p. 122.

lapso de prestación de servicios efectuado por la denunciante, no integra la conducta prevista en el artículo 311.1».

7. Conclusiones

Hemos intentado mostrar que las empleadas del hogar conforman un colectivo laboral vulnerable desde una perspectiva social debido al perfil subjetivo (mujer muchas veces migrante) y las condiciones de flexibilidad extrema en las que desempeñan su trabajo (§2).

El modo de contener tal vulnerabilidad ha pasado por una evolución regulatoria lenta y aún insuficiente de su desempeño profesional (§3). El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, y, muy recientemente, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, marcan dos hitos de reducción de la vulnerabilidad extrema de las empleadas del hogar, pero, aun tras la implementación de estas normas, se trata de un colectivo situado en la franja más desfavorecida del cuadro general de sectores y desempeños profesionales y, por tanto, vulnerable desde una perspectiva social más amplia.

Veámos en el §5 que el Derecho penal no ha prestado una atención específica a las empleadas del hogar por razón de esta vulnerabilidad particular del colectivo, a pesar de que la literalidad de los delitos laborales podría proyectarse sobre este ámbito. Las situaciones concretas en un contexto de servicio doméstico que han merecido reprobación penal referían circunstancias más allá de lo meramente laboral, como trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral o tráfico de migrantes.

No pretendemos, con esta aportación, abogar por una deriva punitivista que, mediante una interpretación extensiva desreferenciada de la situación de necesidad o de la imposición de condiciones que perjudiquen derechos, requiera penas para todas las personas empleadoras que incumplan las condiciones laborales de cualquier trabajadora del hogar. Hay, al margen del análisis dogmático, razones de orden político-criminal que dificultan esta opción. De hecho, el principal problema en la aplicación de los delitos laborales en el ámbito del servicio doméstico es de corte político criminal: la ingente cantidad de conductas punibles que se producirían, al punto de referir, incluso, una cierta adecuación social de los comportamientos⁷⁴. Así, frente a las conductas vehiculizadas por

⁷⁴ Sin embargo, «la adecuación social puede ser un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero ésta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad. Por

grandes corporaciones en el ámbito económico, se produce en el escenario de las relaciones laborales domésticas un ejercicio del poder vectorizado en individuos sin un excesivo poder económico y que, por tanto, no causan un perjuicio reseñable a la economía⁷⁵ ni demasiado visible, al cometerse en el interior de los hogares⁷⁶.

Frente a estos obstáculos hay dos soluciones radicales: (a) la aplicación indiscriminada de los delitos laborales (artículos 311 o 312.2, segundo inciso, del Código Penal) por el más mínimo incumplimiento y supuesto el abuso de situación de necesidad que se daría en relación con las empleadas del hogar. Y (b), la inaplicación por una suerte de adecuación social que haría arbitraria, ineficaz o azarosamente simbólica la aplicación ocasional de los tipos penales laborales en este ámbito.

Ante este dilema, proponemos una vía intermedia que no se deslice por la deriva punitivista ni deje sin la protección penal necesaria a un colectivo vulnerable por razones laborales. Así, conforme a lo visto en el §5.1, cabe aplicar el art. 311 CP en casos de víctimas empleadas del hogar, ya que la situación de necesidad se daría, en el escenario social actual, sistemáticamente; y es que no debe atenderse la situación de necesidad del sujeto concreto, sino del colectivo implicado, cuya realidad laboral condiciona la de todo el colectivo y aun la de la sostenibilidad de un modelo de relaciones laborales. Pero la imposición de condiciones que perjudiquen derechos (§5.2) solo se daría en situaciones de incumplimientos sostenidos en el tiempo que impliquen, efectivamente, una imposición de condiciones en sentido estricto, y no un mero incumplimiento puntual.

De la estadística (§6) inferimos que las situaciones irregulares en este ámbito son muchas. De entre esas situaciones irregulares, solo serían

ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo» (MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 239); especialmente, añadido, cuando la conducta prohibida penalmente lo es, en su esencia, también en el plano laboral. Habría, por tanto, un mandato inequívoco, integral, en el que el Derecho no puede permitir la banalización por adecuación social de tales conductas.

⁷⁵ En esta coyuntura, la dogmática funcionalista del Derecho penal económico apelaría —si entendemos que el carácter economicista de los delitos laborales los plantea como delitos de peligro— a la legitimidad del castigo en caso de resultado acumulativo mediante una cooperación no planeada. Se trata de conductas en las que, por separado, ninguno de los sujetos activos produce un gran daño económico, pero que, acumuladas, conforman un perjuicio global reprochable. En otro orden de legitimidad, podemos concebir los delitos laborales como delitos de lesión en relación con un bien jurídico intermedio —el de los derechos laborales—, por lo que no habría óbice dogmático alguno en su aplicación. Esta lógica la desarrolla, por ejemplo, TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Traducción de A. Mantilla Villegas, Barcelona: Ariel, 1985; también FELJÓO SÁNCHEZ, B., *ob.cit.*, p. 18 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob.cit.*, p. 94.

⁷⁶ Como indica el Documento 16 sobre Protección social del trabajo doméstico emitido por la Oficina Internacional de Trabajo, una nota característica de estas labores es que se desempeñan en el «hogar privado».

típicas penalmente los supuestos que mantuvieran a las trabajadoras domésticas en unas condiciones materiales continuadas por debajo, aunque sea mínimamente, de lo recogido en el marco normativo de su profesión (y esta lógica no podría extenderse, sistemáticamente, a otros marcos normativos de cualquier profesión, donde no necesariamente se da la situación de vulnerabilidad). Esto es, para verificar la tipicidad debería darse un perjuicio material efectivo en relación con el marco normativo (menos salario que el mínimo, más horas de trabajo que las máximas, menos vacaciones que las mínimas, etc.) y proyectada su sostenibilidad, como sucede en una relación sistemática y no regularizada. No sería típico, por tanto, un empleo irregular, pero respetando las condiciones de trabajo mínimas previstas en la normativa; ni un empleo regular en el que no se cumplen, coyunturalmente, las condiciones legales de trabajo.

Este criterio de razonabilidad en la aplicación de los artículos 311 y 312.2 (segundo inciso) del Código Penal podría dotar a la norma penal de eficacia tuitiva en convivencia con el marco administrativo-laboral, así como podría contener una deriva punitivista indiscriminada, respetando los principios y garantías penales. Podría alcanzarse, así, un equilibrio entre la función protectora de la vulnerabilidad laboral y el ejercicio proporcionado del sistema punitivo.

8. Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- ALONSO, L.E., «La sociedad del trabajo: debates actuales. Materiales inestables para lanzar la discusión», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 107, 2004.
- ARROYO ZAPATERO, L., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Tesis doctoral dirigida por M. Barbero Santos, Universidad Complutense, 1979.
- «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis CP)», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, 15, 1983, pp. 353-374.
- *Manual de derecho penal del trabajo*, Barcelona: Praxis, 1988.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2001.
- BAYLOS GRAU, A., TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo*, Madrid: Trotta, 1991.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Traducción de J. Navarro, Barcelona: Paidós, 2002.

- BECK, U., BECK-GERNSHEIM, E., *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Traducción de Bernardo Moreno, Barcelona: Paidós, 2003.
- BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L., *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas. Especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022.
- BOIX REIG, F.J. (Dir.), *Diccionario de derecho penal económico*, Madrid: Iustel, 2008.
- BONET ESTEVA, M., «El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación laboral severa», en ESPUNY TOMÁS, M.J., GARCÍA GONZÁLEZ, G. (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Madrid: Dykinson, 2017.
- BORÓ HERRERA, F., «¿Es adecuado el control administrativo del trabajo de las personas empleadas del hogar?: actuación en la materia de la inspección de trabajo y seguridad social española en el periodo de 2006 a junio de 2020», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 11, 1, 2021, pp. 587-636.
- BREY, E., «La persistente vulnerabilidad social y residencial de las mujeres migrantes trabajadoras de hogar», *Documentación social*, 9, 2021 (Ejemplar dedicado a: Una justicia fiscal para más justicia social).
- CAAMAÑO ROJO, M.J., «Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora», *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34, 2010, pp. 179-209.
- CRESPO SUÁREZ, E., REVILLA CASTRO, J.C., SERRANO PASCUAL, A., «Del gobierno del trabajo al gobierno de las voluntades: el caso de la activación», *Psicoperspectivas*, VIII (2), 2009.
- CRESPO SUÁREZ, E., SERRANO PASCUAL, A., «Regulación del trabajo y el gobierno de la subjetividad. La psicologización política del trabajo», en OVEJERO, A. (Coord.), *Psicología social crítica*, Madrid: Biblioteca nueva, 2011.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 23, 2021, pp. 1-41.
- «La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», *Revista penal*, 50, 2022, pp. 64-90.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal Del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- FARALDO CABANA, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Buenos Aires: B de F, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Valladolid: Lex Nova-Thompson Reuters, 2013.
- FUDGE, J., «Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour Protection», en FUDGE, J., OWENS, R., *Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, Oxford: Hart Publishing, 2006.
- FUENTES OSORIO, J.L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, 36, 2016, pp. 553-603.
- GÓMEZ RUFÍAN, L., «Características personales y condiciones jurídico-laborales del empleo doméstico en España: Estudio a través de los microdatos de la Encuesta de Población Activa», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, N.º 2, 2019, pp. 115-153.
- «Condiciones socioeconómicas en el empleo doméstico en España: Estudio a través de los microdatos de la Encuesta de Condiciones de Vida», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, N.º 2, 2019, pp. 154-172.
- GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo: una aproximación a la configuración del Derecho penal en la «sociedad del riesgo»*, Barcelona: Atelier, 2005.
- «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del trabajo?», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, 2018, pp. 65-85.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc./Mes 1, 2004, pp. 19-52.
- LAUDAN, L., «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 95-113.

- LOUSADA AROCHENA, F., «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 39, 2018 (Ejemplar dedicado a: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) Mendeurrena), pp. 152-187.
- MARAZZI, C., *El sitio de los calcetines: El giro lingüístico de la economía y sus efectos sobre la política*, Traducción de Marta Malo de Molina Bodelón, Madrid: Akal, 2003.
- «La violencia del capitalismo financiero», en FUGAMALLI, A., LUCARELLI, S., MARAZZI, C., MEZZADRA, S., NEGRI, A. y VERCELLONE, C., *La gran crisis de la economía global*, Traducción de Ezequiel Gatto, Madrid: Traficantes de sueños, 2009.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MONTESINO PARRA, N., «Migración como discapacidad social: Trabajo Social con migrantes en Suecia», *Trabajo social global — Global Social Work: Revista de investigaciones en intervención social*, Vol. 6, 10, 2016, pp. 27-49.
- MOYA GUILLÉN, C., «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 24 (Tercera época), 2020, pp. 13-58.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial* (con la colaboración de Carmen López Pelegrín), Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de Pastora García Álvarez), Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., «Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2018.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.
- OFFENHENDEN, M., «Cuerpos para el trabajo. Una mirada sobre la gestión de los trastornos de la salud de las trabajadoras domésticas migrantes», *Arxiu d'etnografia de Catalunya: Revista d'antropologia social*, 13, 2013, pp. 137-159.
- ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Leioa: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2000.
- PÉREZ ALONSO, E.J. (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

- PÉREZ ALONSO, E.J., OLARTE ENCABO, S. (Dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Sentido dogmático del Derecho penal del trabajo desde la evolución histórica de la ordenación jurídica laboral*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
- POMARES CINTAS, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PRIETO RODRÍGUEZ, C., *Trabajo, género y tiempo social*, Madrid: Hacer-Universidad Complutense, 2007.
- PRIETO RODRÍGUEZ, C., RAMOS TORRE, R., CALLEJO GALLEGO, M.J., *Nuevos tiempos del trabajo. Entre la flexibilidad competitiva de las empresas y las relaciones de género*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2008.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 11, 2, 2021, pp. 594-627.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C., «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la ‘esclavitud moderna’», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 2020.
- SÁNCHEZ RUBIO, A., «Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, 1, 2018, pp. 183-214.
- SENNETT, R., *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Traducción de D. Najmías, Barcelona: Anagrama, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires: BdeF, 2011.
- SUPIOT, A. (Coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- TARUFFO, M., «Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’ de Larry Laudan», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 115-126.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Derecho penal del trabajo», *Revista penal*, 1, 1998, pp. 77-90.
- «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 219-240.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 2021, pp. 631-687.

TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Traducción de A. Mantilla Villegas, Barcelona: Ariel, 1985.