

APLICACIÓN DE FLEXIBILIDAD PROBATORIA CON ENFOQUE DE GÉNERO EN CASOS JUDICIALES LABORALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS EN COLOMBIA

María Emilia Jurado¹⁸

Fecha de recepción: 4 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2022

Referencia: Jurado, M. (2022). Aplicación de flexibilidad probatoria con enfoque de género en casos judiciales laborales de prestación de servicios domésticos en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

RESUMEN

El artículo presenta los resultados finales de la investigación “Aplicación de Flexibilidad Probatoria con enfoque de Género en casos judiciales laborales de prestación de servicios domésticos en Colombia”; desde la revisión documental de normas, jurisprudencia colombiana, jurisprudencia extranjera y tratados internacionales ratificados por Colombia”. En este artículo se dará a conocer la necesidad de utilizar perspectiva de género y flexibilidad probatoria en las decisiones judiciales frente al reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores domésticos en Colombia, pues esta actividad a lo largo de la historia y en la actualidad ha tenido que enfrentar abusos y detrimento de sus derechos, tanto por parte de la sociedad como del Estado.

En este artículo se expondrá un breve resumen de los antecedentes históricos del desarrollo normativo del trabajo doméstico en Colombia;

¹⁸ Abogada egresada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

cómo esa evolución ha permitido generar más beneficios y reivindicar derechos; posteriormente, se hará énfasis en la necesidad de asumir un enfoque de género frente a este tipo de trabajadores, en tanto las mujeres hacen parte de un grupo históricamente discriminado, al igual que la actividad doméstica. En ese mismo sentido, se atenderá que, a pesar de los avances normativos, jurisprudenciales e internacionales aplicables al ordenamiento jurídico colombiano, persiste la dificultad probatoria a la que se enfrentan estos trabajadores al momento de reclamar sus derechos laborales ante el juez de conocimiento; finalmente, se hace un comparativo entre la legislación colombiana y otras legislaciones, entre ellas la Argentina, donde se observa más desarrollo sobre el tema de la flexibilidad probatoria con enfoque de género en el trabajo doméstico.

Palabras Clave: Servicio doméstico, flexibilidad probatoria, enfoque de género, derechos laborales domésticos, desigualdad compensatoria.

ABSTRACT

The article presents the final results of the research "Gender Perspective and Evidentiary Flexibility in matters of domestic service provision in Colombia"; in this article the importance and the need to use Gender Perspective and Evidentiary Flexibility in judicial decisions regarding the recognition of the labor rights of domestic workers in Colombia will be made known, since this activity throughout history and at present has had to face abuses and detriment of their rights both by society and the State.

This article will presents a brief summary of the historical background of domestic work in Colombia; how it came to acquire the benefits and rights it enjoys today; subsequently, emphasis will be placed on the need to assume a gender approach to this type of workers, since women are part of a group historically discriminated against as well as domestic activity. In the same sense, it will be noted that, in spite of the jurisprudential and international advances applicable to the Colombian legal system, the evidentiary difficulties faced by these workers when claiming their labor rights before the judge of knowledge persist; Finally, a comparison is made between Colombian legislation and other legislations, including Argentina, where there is more development on the issue of evidentiary flexibility with a gender perspective in the provision of domestic service.

Keywords: Domestic service, evidentiary flexibility, gender approach, domestic labor rights, compensatory inequality.

INTRODUCCIÓN

Con la constitucionalización del derecho laboral, los avances jurisprudenciales y la normatividad internacional aplicable al ordenamiento jurídico colombiano, el servicio doméstico se ha visto en constante desarrollo y visualización; sin embargo, esto no habría sido posible sin las luchas sociales emprendidas por los trabajadores, de ahí que se hable del derecho laboral como un derecho social, donde la política social de un Estado juega un papel esencial y determinante.

Es de anotar que fue con la Ley 1595 de 2012¹⁹, aprobatoria del Convenio 189 de la OIT, por medio de la cual se le reconoció al servicio doméstico todas las características propias de un contrato laboral, es decir, que el trabajador tiene los mismo derechos y beneficios consagrados para cualquier actividad que cumpla los requisitos del Código Sustantivo del Trabajo, para que dé paso a la existencia de una relación laboral.

Ahora, si bien se han reconocidos derechos y beneficios a estos trabajadores, es importante recalcar que, frente a la parte probatoria, se encuentran serias debilidades que deben ser estudiadas, investigadas y desarrolladas, en aras de materializar el principio de la desigualdad compensatoria que debe existir entre el empleador y el trabajador doméstico. Aunque la ley consagre la existencia de la carga dinámica de la prueba a favor del trabajador, también es cierto que este mecanismo, en muchos de los casos judiciales de los trabajadores domésticos, no genera mayor beneficio, como se detallará lo largo de este artículo.

Esta investigación realiza una revisión textual reflexiva de las principales normas laborales, las cuales han influido directamente en el marco jurídico del servicio doméstico en Colombia, normas que le han permitido al trabajador reivindicar en parte sus derechos laborales, pues persiste la discriminación y abuso de estos trabajadores; entre ellos, el hecho de demostrar la existencia de una relación laboral, labor que incide directamente en el tema probatorio. Ahora, aunque las Altas Cortes hayan determinado flexibilidad probatoria en materia laboral, no deja de ser

¹⁹ Artículo 6. Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad (Ley 1595, 2012).

difícil en la práctica, pues la carga dinámica de la prueba en este caso en específico no genera un beneficio real, en tanto es el empleador quien debe aportar al proceso las pruebas, estando en mejor posición para ello, situación que coloca en desventaja al trabajador doméstico, pues de un empleador evasor de derechos laborales no se puede esperar el reconocimiento de jornadas laborales, extremos temporales y mucho menos la prestación continua del servicio.

Desde esta perspectiva se hace el análisis textual reflexivo de la flexibilidad probatoria con aplicación de enfoque de género en casos judiciales laborales domésticos, en donde la búsqueda de la verdad real requiere de la aplicación de estos mecanismos. De ahí que el presente trabajo fija su atención en investigar y estudiar si estos mecanismos con enfoque de género realmente se aplican por el juzgador al momento de realizar la valoración probatoria y el fallo.

La investigación, entonces, busca demostrar que es necesario e ineludible aplicar flexibilidad probatoria con enfoque de género dentro del ámbito probatorio laboral de trabajadores domésticos, pues existen vacíos en el ordenamiento jurídico frente al tema en específico, los cuales se reflejan en la problemática social que enfrenta hoy en día el servicio doméstico. La especial relevancia de estos estudios radica en la intención de mejorar los procesos de aplicación, garantías y cumplimientos de los derechos laborales domésticos; logrando que la administración de justicia competente mire hacia las causas directas de la situación que afrontan los trabajadores domésticos en el tema probatorio.

METODOLOGÍA

La presente investigación es de carácter cualitativo, con enfoque crítico social, en tanto el campo de estudio fue el desarrollo y análisis de la legislación laboral, jurisprudencia y convenios internacionales ratificados por Colombia que benefician o reconocen derechos de los trabajadores domésticos; buscando específicamente en estos instrumentos legales el concepto y aplicación de la flexibilidad probatoria con enfoque de género, los cuales deberían verse reflejados en las decisiones judiciales en casos laborales de trabajadores domésticos. Como mecanismo de recolección de información se utilizó los diferentes tipos de fuentes teóricas como son trabajos de análisis de documentos profundos y complejos; artículos científicos, sentencias judiciales de las Altas Cortes, casos particulares de demandas laborales domésticas en Colombia, así como casos judiciales de otras legislaciones.

El artículo interpreta la aplicación normativa en contextos particulares con el fin de obtener un conocimiento específico, las fuentes de información proporcionaron las bases para continuar el proceso de reconocimiento de la problemática implícita en el objetivo del estudio, para determinar así la relación de la realidad social y las consideraciones generales que existen en la reglamentación laboral de los trabajadores domésticos; logrando establecer la conexión del proceso probatorio con el marco jurídico colombiano, de ahí que la metodología para la investigación sea netamente cualitativa, garantizando un resultado sobre la base de un conocimiento completo, actual y veraz.

1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Para el desarrollo de los resultados en cada situación, primero se contextualizará el tema, posteriormente se puntualizará el hallazgo y finalmente se presentará la discusión.

1.1. Iniciando con los antecedentes

El artículo de la Universidad Católica de Colombia, denominado “Evolución normativa del trabajo doméstico en Colombia”, contiene un compendio resumido y práctico de la evolución normativa del trabajo doméstico en Colombia, del cual se tomará la cronología de las normas para el desarrollo de este acápite.

Empezando por señalar que el trabajo doméstico desde la historia se ha relacionado con las labores de la casa u hogar, en donde en sus inicios podría hablarse que se realizaba en condiciones de esclavitud, pues la generalidad era que esta labor era asumida por la clase menos favorecida, es decir, por el campesinado, la persona de color o las personas con menor capacidad económica (Londoño, 2017). Es en ese entendido que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás organizaciones internacionales protectoras de los derechos de los trabajadores han concluido que el trabajo doméstico se asocia con patrones de discriminación por género, cultura, condición económica entre otros. Situación que no solo se presentaba en Colombia sino en toda Latinoamérica (Londoño, 2017).

Continuando con la evolución normativa; para la segunda mitad del Siglo XIX, en Colombia empieza el desarrollo industrial, por lo que la gente del campo empezó desplazarse a la ciudad, con lo cual también surgen cambios en el trabajo doméstico (Londoño, 2017). En este punto es donde el campesino, el gitano, el afrocolombiano, entre otros, llegan a la ciudad y su mayor o única posibilidad de generar ingresos se visualiza

en el trabajo doméstico, el cual no requería de mayores conocimientos para ser realizado; y es entonces que los hogares de las ciudades reciben a esta población rural, beneficiándose de sus servicios a un precio muy bajo y sin obligaciones legales que detentar. Cabe decir que, para esta época, la mayoría de trabajadores domésticos eran mujeres, pues desde la antigüedad la mujer siempre ha sido considerada como la mejor opción para realizar las labores de casa.

Para ese tiempo de industrialización y urbanización, el trabajo doméstico no era considerado como un contrato laboral; es decir, no tenía la connotación de una relación laboral, por lo tanto, no existía un contrato de trabajo escrito entre el empleador y el trabajador doméstico (Londoño, 2017). Lo anterior denota, como bien lo expresa el autor, que, aunque el trabajo doméstico contara con todos los requisitos que hoy en día requiere un contrato laboral, no era considerado como tal, pues el auge del momento era la industria y la urbanización; así que el trabajador doméstico debía seguir trabajando bajo la subordinación del jefe del hogar o de quien hacía sus veces, cumpliendo una jornada laboral que, en la mayoría de los casos, (por no decir en todos) era de 24 horas al día; en tanto el trabajador doméstico o “la criada” (como se le denominaba para ese entonces y hasta en la actualidad) vivía en la casa a la cual servía y, de igual manera, recibía una remuneración que por lo general era en especie y de poco dinero, pues el trabajador también se beneficiaba de un techo y comida, pero sin los derechos y beneficios de un contrato laboral.

Pasó mucho tiempo antes de que el trabajo doméstico se entendiera o se le diera la validez de un verdadero contrato de trabajo. Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, fue con las luchas sociales que se reivindicaron muchos de los derechos de estos trabajadores, pues con la Ley 10 de 1934 en su artículo 12²⁰, reglamentada en el Decreto 652 de 1935, todavía se consideraba al servicio doméstico como un contrato de arrendamiento, tal y como lo establecía el Código Civil.

Posteriormente, se imprime la Ley 6 de 1945²¹, la cual, si bien daba beneficios a los trabajadores, es claro que en ella no se incluían a los

²⁰ Artículo 12. Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta Ley, toda persona que, no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución. Se entiende por patrono, la persona por cuya cuenta se realice el trabajo del empleado. Si esta persona obra como intermediario entre el dueño de la empresa o negocio y el empleado, serán responsables solidariamente del cumplimiento de las disposiciones establecidas por esta Ley, el dueño y el intermediario (Ley 10, 1934).

²¹ Artículo 3. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico. Artículo 13, numeral 2. Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplica a los casos

trabajadores domésticos; por lo tanto, hasta el momento tampoco puede hablarse de la existencia de un contrato de trabajo para este tipo de trabajadores. Aunque con el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6 de 1945, se estipuló en su artículo 58 que debía reglamentarse varios contratos, entre ellos el servicio doméstico. Es así que, mediante la Ley 90 de 1946, se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y surge un avance normativo importante enfocado en el deber de afiliación al seguro de los trabajadores domésticos.

Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo se cambia la postura y la normatividad respecto de considerar al servicio doméstico como un contrato de arrendamiento, pues se deroga esta disposición del Código Civil que suprimía a los trabajadores domésticos a una mera mercancía. Hasta aquí, podría pensarse que el panorama se veía halagador para este sector, pero la realidad era y es otra, pues como bien lo describe Londoño (2017), se esperaba que con la expedición de esta Ley la situación legal de los trabajadores domésticos cambiaría, pero no fue así, por cuanto el trabajador doméstico seguía con las mismas condiciones que le ofrecía el contrato de arrendamiento, es decir, los trabajadores domésticos seguían realizando las mismas labores, con el mismo salario y jornada, convirtiéndose la norma en letra muerta, que no genera ningún cambio o beneficio para ellos.

Es importante manifestar que, frente a esta evolución normativa del trabajo doméstico, se encuentra implícita una discriminación específica sobre la persona del trabajador doméstico como de la actividad en sí, pues, como se relataba en párrafos anteriores, esta labor era propia de las mujeres y no por el solo hecho de ser mujer sino por ser campesina, afro o pobre, entre otras. Desde aquí ya se empieza a caracterizar a este trabajo, distinción negativa que genera discriminación y vulneración de los derechos laborales de los trabajadores domésticos.

Es entonces que, desde la historia, se puede corroborar que al trabajador doméstico no se le ha dado el reconocimiento y significado que realmente merece; no se habían desarrollado normas laborales con perspectiva de género que permitieran generar esa desigualdad compensatoria propia del derecho laboral y que en la actualidad se aplica

siguientes, a menos de disposición legal especial o estipulación contractual en contrario. A los criados domésticos que sirvan en casas de familia, los cuales apenas tendrán derecho al pago íntegro de su sueldo y a la asistencia médica y farmacéutica corriente, hasta por un mes, en caso de enfermedad; al salario de dos semanas por cada año de servicios o fracción de año no inferior a cuatro meses, en caso de despido sin justa causa, o en todo caso después de cinco años de servicios continuos; y en caso de muerte, a que el patrono sufrague los gastos indispensables del sepelio (Ley 6, 1945).

en virtud de los principios laborales especiales, avances jurisprudenciales y aplicación de convenios internacionales.

Esta discriminación histórica (muy importante para el tema investigado, por cuanto se hace con enfoque de género), es analizada muy elocuentemente en el libro “Derecho Laboral Individual con Enfoque de Derechos y Perspectiva de Género” de la Doctora Isabel Goyes Moreno, en el cual, dentro del capítulo denominado “Los Contratos Especiales” se hace referencia especial al servicio doméstico, donde realiza un recorrido histórico sobre el desarrollo de estos contratos. De ese recorrido histórico, se extraerá y analizará la importancia de la utilización de perspectiva de género en el ámbito laboral y, en especial, en el trabajo doméstico. Para Goyes (2018), esta actividad se encuentra relacionada con el trabajo que realizaban las mal llamadas “criadas”, las cuales carecían de posibilidades para subsistir, siendo protegidas por familias que se beneficiaban de su trabajo a cambio de vivienda, alimentación y vestido.

En este punto, Goyes (2018) hace un análisis real y asertivo sobre lo que realmente ha sido el trabajo doméstico a lo largo de la historia, considerando que la invisibilidad del trabajo doméstico está ligada a la invisibilidad del trabajo de las mujeres en el hogar, quienes, para algunos de los integrantes de sus familias, en un lenguaje coloquial “no hacen nada”. Mucha razón tiene la doctora Goyes (2018) al manifestar que “sin esta actividad, las demás personas no dispondrían de las facilidades para asumir con eficiencia sus respectivos roles en el mundo laboral y social” (p. 227).

Apreciación importante del texto para la investigación es el trabajo que realiza la OIT en la protección de los derechos laborales, la cual, a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo, sobre el trabajo doméstico ha reconocido y evidenciado que la vulnerabilidad de estos trabajadores proviene de la subordinación y de su estrecha relación con la familia a la cual sirve, pues las labores se realizan dentro del hogar en el domicilio de los empleadores (Organización Internacional del Trabajo [OIT], como se citó en Goyes, 2018). De allí que sea tan difícil la parte probatoria dentro de un proceso laboral, donde los protagonistas principales y poseedores de la verdad real sean los empleadores y el trabajador, situación que pone en desventaja al trabajador.

Desde la postura de Goyes, se puede ver cómo esta escritora aborda en su texto la importancia de utilizar enfoque de género en el derecho laboral, pues considera a lo largo del texto las diferentes connotaciones que tienen los hombres y las mujeres en la vida laboral,

segregando a estas últimas al plano de las labores de casa y crianza de los hijos, pero sin ningún valor o contribución para la sociedad, siendo que fue con las luchas sociales que se logró reivindicar parte de los derechos laborales de estos trabajadores; sin embargo, no deja de existir la vulneración y discriminación hacia esta actividad laboral.

1.2. Desde la constitucionalización del derecho laboral

Con la Constitución de 1991 en sus artículos 25 y 53²² y los avances jurisprudenciales, se empezó a mostrar mayor sensibilidad y visibilidad frente a esta clase de trabajadores, pero fue con la Ley 1595 de 2012, por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos” (número 189) de 2011 y vía jurisprudencial, donde desde el preámbulo se reconoce el valor y el aporte de esta labor doméstica, defendiendo así los derechos fundamentales desarrollados por la nueva Corte Constitucional. En el preámbulo de este Convenio se especifica:

Reconociendo 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 (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C189 de 2011).

²² Artículo 25. “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991).

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991).

De este aparte del Convenio, es claro que el trabajo doméstico forma parte fundamental en el desarrollo de la sociedad y de cada país, pues son estos trabajadores los encargados de facilitar la vida a las personas que trabajan fuera de su hogar, de allí la necesidad de proteger a este tipo de personas a las cuales se les ha vulnerado históricamente su trabajo, sin reconocerles sus derechos. Desde aquí ya se vislumbra la importancia de aplicar flexibilidad probatoria con enfoque de género en las decisiones judiciales al momento de garantizar derechos laborales, pues, como se mencionó anteriormente, no se puede volver a discriminar y subvalorar esta labor en los estrados, colocando al trabajador doméstico a demostrar una relación laboral donde dicha actividad se desarrolla al interior del hogar.

Dicho lo anterior, se puede expresar que fue con los pronunciamientos de las Altas Cortes en casos concretos que en Colombia se empezaron a materializar los derechos laborales de los trabajadores domésticos, como se puede observar en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, entre ellas: la Sentencia C-051 de 1995, que efectuó uno de los primeros y más importantes pronunciamientos respecto de los trabajadores domésticos, en este caso, sobre el auxilio de las cesantías, en donde manifestó que:

Si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores. La limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-051, 1995).

En la anterior sentencia se puede observar que la Corte valoraba el trabajo doméstico, en cuanto reconoció el derecho a las cesantías a los trabajadores domésticos. Sin embargo, la Corte mantuvo el carácter discriminatorio de la actividad doméstica, al manifestar que: “(...) el hogar, la familia, no es una empresa y no genera utilidades” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-051, 1995). Como consecuencia de esta afirmación, declaró legal que se excluyera a los trabajadores domésticos del pago de la prima de servicios; situación que, en años posteriores, cambiaría al reevaluar tal decisión en sentencia C-871 de 2014, en tanto tal postura preservaba una concepción errónea del trabajo doméstico, concluyendo que “el trabajo doméstico genera beneficios económicos y sociales a las familias, pues les permite salir del hogar para generar ingresos y brindar cuidado a las personas más vulnerables del hogar (niños y ancianos)” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-

871, 2014.); debiendo la Corte exhortar al Congreso para que implemente el pago de prima de servicios, expidiéndose posteriormente la Ley 1788 de 2016, por medio de la cual se garantiza el derecho de la prima de servicios a los trabajadores domésticos.

Es así que, a través de estas sentencias, Colombia ha reivindicado en parte los derechos laborales de los trabajadores domésticos. Sentencias como la SU-062 de 1999, en la cual se concede el amparo a una trabajadora doméstica que trabajó por más de 17 años y nunca el empleador le reconoció prestaciones sociales ni afiliaciones al Sistema de Seguridad Social, ordenando al empleador cancelar un salario mínimo hasta que la justicia ordinaria resuelva (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-062, 1999); la sentencia C-967 de 2003, donde se estableció que la base mínima de cotización era el salario mínimo, incluyendo a las personas del servicio doméstico (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-967, 2003); la sentencia T-014 de 2015, en la cual se establece que a los trabajadores domésticos se les debe garantizar condiciones mínimas y dignas de trabajo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-014, 2015); y, finalmente, la sentencia T-185 de 2016, donde se concede el amparo a una trabajadora por despido injustificado después de haber sido diagnosticada con leucemia, ordenando el pago mensual de un salario mínimo hasta que resuelva la justicia ordinaria, entre otras (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, T-185, 2016).

En este sentido, teniendo en cuenta las anteriores sentencias, tanto para la Corte como para el tratadista Cifuentes (2019) “el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral merecedora de derechos” (p. 46). Desde aquí, la jurisprudencia colombiana ha entendido que el trabajo doméstico, por sus connotaciones especiales y desde la discriminación histórica que ha sufrido, necesita una protección específica, en aras de proteger la dignidad del trabajador doméstico que siempre ha permanecido en la invisibilidad del hogar, hasta que deciden luchar por el respeto y reivindicación de sus derechos que, aunque se encuentran consagrados en leyes o instrumentos internacionales, si no se materializan, seguirán siendo letra muerta.

Como ya se expresó en párrafos anteriores, con la Ley 1595 de 2012 no solo se reivindicaron muchos de los derechos laborales de los trabajadores domésticos, sino que, además, se estableció que esta actividad debería ser realizada garantizando la dignidad humana de los

trabajadores. Es así que se habla también de trabajo decente, digno y justo. Es importante recordar en este acápite cómo la Ley en sus artículos 1 y 2 define y caracteriza al trabajo doméstico, cuando expresa que:

Artículo 1. (a) la expresión trabajo doméstico designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos; (b) la expresión trabajador doméstico designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo; (c) una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico.

Artículo 2. 1. El presente Convenio se aplica a todos los trabajadores domésticos (Ley 1595, 2012).

En conclusión, con el Convenio 189 de la OIT se materializan en parte los derechos laborales de los trabajadores domésticos, en tanto este Convenio busca la igualdad positiva y la equidad de estos trabajadores con respecto a los demás contratos de trabajo existentes, pues obliga a los Estados ratificantes del Tratado a crear normatividad que regule el tema de prestaciones sociales y seguridad social, siempre propendiendo por el bienestar y la dignidad de los trabajadores domésticos.

De igual manera, después de la Ley 1595 de 2012, se siguieron promoviendo nuevos avances en cuanto a derechos laborales de trabajadores domésticos se refiere, pues con el Decreto 2616 de 2013, se regularon las diferentes formas de cotización a seguridad social, es decir, cuando el trabajador laboraba por días o semanas, también debía ser afiliado por su empleador en aras de protegerlo de las contingencias propias comunes o profesionales que puede sufrir durante estos tiempos cortos de labor.

Como se puede observar, el trabajo doméstico siempre ha estado expuesto a innumerables tipos de discriminación social, económica, política y cultural; situación que se redujo, pero que no ha cambiado en su totalidad; pues, si bien con la Constitución de 1991, los aportes de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia colombiana se ha tratado de proteger a este tipo de trabajadores, en la actualidad los empleadores siguen menospreciando esta labor al no reconocer salarios justos, jornadas máximas y afiliaciones a sistemas de seguridad social.

En ese orden de ideas, es claro que la discriminación y subvaloración que se hace del trabajo doméstico continúa; por ello, se hace necesario, sobre todo en asuntos jurídicos de prestación de servicio doméstico, la aplicabilidad de perspectiva de género y flexibilidad

probatoria, en tanto, si bien se desarrolla ampliamente el tema de la perspectiva de género en sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respecto del derecho al trabajo doméstico, muy poco énfasis se hace en la flexibilidad probatoria y aplicación de perspectiva de género en la parte específica de pruebas; suceso esencial para proteger los derechos laborales de estos trabajadores para garantizar la desigualdad compensatoria.

1.3. Desde el marco normativo internacional sobre perspectiva de género y flexibilidad probatoria en asuntos de prestación de servicios domésticos

Es importante tratar el tema de la normatividad internacional en esta investigación, pues la OIT ha hecho grandes avances, no solo en el tema de la protección al trabajador doméstico, sino frente al enfoque de género que debe dársele a situaciones específicas, haciendo un llamado a los países miembros a flexibilizar todo aspecto que tenga que ver con derechos laborales. Considerando entonces, como lo dice la OIT en la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo:

(...) Es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2010, pp. 5-6).

Se puede dilucidar que, bajo ningún motivo se puede discriminar el trabajo doméstico y mucho menos vulnerarse como históricamente se lo hacía y se sigue haciendo a pesar de los avances legislativos, pues, en Colombia, el trabajo doméstico sigue ejerciéndose de manera informal, sin ninguna cobertura a salud, pensión y prestaciones sociales, situaciones que son aceptadas por el trabajador doméstico debido al alto porcentaje de desempleo que hay en Colombia. Aquí es importante traer a colación lo ambiguo que pueden llegar a ser estos avances normativos en la práctica del derecho en favor de los trabajadores domésticos.

Frente a lo anterior, se puede decir que tienen razón como también que no, por cuanto las familias que cuentan con la capacidad económica para solventar una empleada o empleado de servicio la o lo contratará, asumiendo todas los deberes y obligaciones legales que se tiene para con

el trabajador, situación muy benéfica y garantista para el trabajador, que mejorar su calidad de vida y la de sus familiares.

Ante esas dos posturas, se puede extraer que las dos son ciertas y reales, pues es la situación actual que se afronta; por ello, cuando se presta asesoría sobre estos temas, se suele aconsejar que, si cuenta con los recursos económicos para garantizar a un empleado o empleada de servicio todos los requisitos legales, se puede contratar; de lo contrario, estará expuesto a una futura demanda por el reconocimiento de una relación laboral y de todos los derechos laborales que se generen de ese contrato. Ahora, lo que manifiestan los trabajadores domésticos es cierto: antes se pagaba conforme a la capacidad económica del empleador, que comúnmente es menos del mínimo, pero contaban con un ingreso, pero muchos fueron despedidos de su trabajo porque el empleador no quería exponerse a una demanda laboral al no poder garantizar todos estos derechos laborales. Aun así, Colombia como país miembro debe acatar a cabalidad los principios consagrados en los convenios ratificados, entre ellos el Convenio 189 de la OIT.

Regresando al tema de la OIT, sobre el tema de los trabajadores domésticos, es importante resaltar que fue a través de la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, donde se declara que: “la igualdad de género y la no discriminación deben considerarse cuestiones transversales en el marco de los objetivos estratégicos” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2008, p. 12). Se denota que esta conferencia busca la igualdad de género y la no discriminación en todos los ámbitos laborales, incluida la administración de justicia, pues si bien es donde se espera una mayor protección, suele pasar que los jueces vulneran estas garantías al momento de exigir material probatorio que solo se encuentra a disposición del empleador en el caso de los trabajadores domésticos.

Esta conferencia es importante porque toma los valores y principios recogidos en la Constitución de la OIT y los refuerza para hacer frente a los desafíos del siglo XXI, recalcando la importancia de asumir las responsabilidades contemporáneas, pues aún continúan situaciones de abuso de los derechos laborales; buscando con esta declaración forjar una convergencia eficaz de las políticas nacionales e internacionales que conduzcan a una globalización equitativa y a un mayor acceso al trabajo decente para hombres y mujeres en todo el mundo; asegurando que los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una

eficacia sostenibles en materia económica y social (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2008).

Ahora, si bien en los anteriores documentos se observa una clara protección y avance sobre el derecho de los trabajadores desde la OIT, no se puede dejar de mencionar la publicación de la OIT denominada “Las Reglas del Juego: Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo”, la cual trata aspectos importantes de la investigación, porque explica cómo se elaboran y se aplican las Normas Internacionales del Trabajo, es decir, ofrece una reseña de la política normativa de la OIT para facilitar la comprensión y la asimilación por parte de los mandantes tradicionales de la Organización, así como de los miembros del sistema de las Naciones Unidas, de las personas que no son expertos en la materia y de la opinión pública en general. En esta publicación, en la parte de igualdad de oportunidades y de trato, se hace énfasis especial en que:

Ninguna sociedad está libre de discriminación. La discriminación en el empleo y la ocupación es un fenómeno universal y en permanente evolución. En todo el mundo, se niega el acceso al trabajo y a la formación a millones de mujeres y de hombres, reciben salarios bajos o se ven confinados a determinados puestos de trabajo simplemente por motivos de género, color de la piel, origen étnico o creencias, sin tener en cuenta sus capacidades y cualificaciones (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 45).

De igual manera, en este texto la OIT manifestó que las normas sobre la igualdad aportan herramientas para eliminar la discriminación en todos los aspectos relativos al lugar de trabajo y en la sociedad en general. También proporcionan los cimientos sobre los que deben aplicarse las estrategias de integración en cuestiones de género en el ámbito del trabajo. De ahí que el Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100) de 1951, dispone que los Estados que lo ratifiquen deben garantizar a todos los trabajadores “la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C100 de 1951).

La OIT ha hecho importantes pronunciamientos sobre el tema en particular de los trabajadores domésticos, pero el texto “Las Reglas del Juego” relata que “en muchos países, los trabajadores domésticos se ven atrapados en situaciones de trabajo forzoso y en muchos casos se les impide, mediante amenazas o violencia, dejar la casa de sus empleadores”

(Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 39); situación que genera desconcierto, pues no se puede ni pensar que un trabajador doméstico pueda ser un esclavo como en la antigüedad. Por eso, la OIT (2019) ha informado que:

Los trabajadores domésticos constituyen una proporción significativa de la fuerza de trabajo mundial en el empleo informal y se encuentran entre los grupos de trabajadores más vulnerables. Trabajan para casas particulares, a menudo sin un contrato de trabajo formal, sin estar registrados y de esa manera quedan excluidos del alcance de la legislación laboral (p. 86).

En el documento “Las Reglas del Juego”, se menciona también que en el Convenio sobre los trabajadores domésticos, (núm. 189) de 2011 y la Recomendación núm. 201 se prevé que “los trabajadores domésticos de todo el mundo que se ocupan de familias y del servicio de mantenimiento de sus viviendas deben gozar de los mismos derechos laborales básicos que el resto de los trabajadores” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 86), así como el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En el documento “Las Reglas del Juego”, la OIT (2019) hace una apreciación interesante y es que “hasta el presente, 25 países han ratificado el Convenio núm. 189, y la mayoría de ellos han adoptado medidas para aplicar sus disposiciones. Por ejemplo, Costa Rica ha ampliado el acceso a la seguridad social a todos los trabajadores domésticos” (p. 87). De igual manera, Uruguay ha adoptado medidas para autorizar la inspección del trabajo, velando al mismo tiempo por el respeto del domicilio familiar. Otros países que establecían un salario mínimo para los trabajadores domésticos que percibían un salario inferior al salario mínimo, como Argentina, han adoptado estrategias encaminadas a incrementar los salarios de esos trabajadores, permitiéndoles así llevar una vida digna para ellos y sus familias (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019).

En este documento no se hizo referencia a la situación actual legal o avances jurisprudenciales de Colombia respecto de los trabajadores domésticos como sí se hizo respecto de Argentina, Uruguay y Costa Rica; sin embargo, debe anotarse que Colombia sí ha generado cambios normativos en el servicio doméstico, pues ha ratificado los Convenios número 100 y 189, además de ser Estado miembro de la OIT, por lo tanto, debe acatar tanto los Convenios ratificados como el preámbulo y articulado de la Constitución del mismo.

Como se puede observar en los pronunciamientos de la OIT, es evidente la discriminación y vulneración que han afrontado y enfrentan actualmente los trabajadores domésticos, pues, como claramente lo manifiesta la OIT, el trabajo doméstico se realiza al interior de un hogar, donde es difícil conocer lo que realmente sucede; sin embargo, no se habla mucho de la flexibilidad probatoria en materia judicial, aunque sí la podemos observar en legislaciones de otros países como en Argentina que, en aras de materializar los convenios internacionales, ha generado leyes de protección y flexibilización con enfoque de género, como se verá continuación.

1.4. Desde la flexibilidad probatoria para trabajadores domésticos en el derecho comparado

Para esta investigación, se tomó como punto de comparación al país de Argentina por sus avances normativos y jurisprudenciales respecto al tema laboral en trabajadores domésticos desde la flexibilidad probatoria y perspectiva de género. Para este análisis se toma como referencia el documento emitido por la oficina de país de la OIT para la Argentina, denominado “Trabajadoras Domésticas y Protección Social en Argentina: Avances y Desafíos Pendientes”, el cual detalla que el servicio doméstico en Argentina fue el último en regularse, pues no fue sino hasta 1956, a través del Decreto 326/56, que se estableció el primer marco normativo; sin embargo, si bien el decreto proporcionaba beneficios como vacaciones, licencia de enfermedad e indemnizaciones, estas eran por menos tiempo y por montos inferiores. Aunado a ello, no se contempló el derecho a la licencia de maternidad (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017).

De acuerdo con el texto en mención, en 1999 Argentina mejoró ciertas condiciones de esta labor, pues, aunque en este país es obligatorio el registro de los y las trabajadoras domésticas, no se hacía cuando trabajaban menos de 6 horas semanales. Sin embargo, para 1999 esta situación cambió y se ordenó registrarlos si desempeñan al menos 6 horas semanales; garantizando un plan médico obligatorio; sin embargo, quedaban por fuera las trabajadoras domésticas que no cumplían con los requisitos de horas y empleador. Para el 2013, en Argentina se incluye a todas las trabajadoras domésticas que se encontraban por fuera de la regulación (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017).

Como se puede observar, en Argentina al igual que en Colombia, así como en otros países, el servicio doméstico se enfrenta a discriminaciones y desigualdades respecto de otras actividades laborales; en tanto,

mientras en Colombia se reconocía cesantías, se negaba el derecho a prima de servicios a los trabajadores domésticos como se resaltó anteriormente. En Argentina, mientras se obligaba al registro del trabajador doméstico, se les negaba los beneficios médicos obligatorios a aquellos trabajadores que no cumplieran con más de 6 horas semanales. Sin embargo, en las dos legislaciones, estas situaciones cambiaron gracias a los avances normativos y jurisprudenciales.

Ahora, tanto en Colombia como en Argentina se habla y desarrolla el tema de la discriminación a este tipo de trabajadores, teniendo que ser las Altas Cortes quienes protejan los derechos laborales a través de la aplicación de principios constitucionales especiales laborales y, en ocasiones, exhortando al Congreso para que legisle en aras de garantizar los derechos constitucionales de los trabajadores. En Colombia es la hora que no se ha expedido el estatuto del trabajo, necesario y de vital importancia, pues siendo el derecho laboral un derecho social, no puede regirse por las normas del derecho privado, pues como lo ha manifestado en varias oportunidades la OIT y la jurisprudencia no solo colombiana, el trabajo no es una mercancía.

Frente a esta desigualdad y discriminación, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte de Argentina citados por la OIT, estas Cortes han expresado que:

Las desigualdades de clase en esta ocupación se encuentran profundamente entrecruzadas con las desigualdades de género, que contribuyen a desvalorizarla aún más. Quienes se desempeñan en estas tareas no solo provienen de sectores populares, sino que se trata casi de manera exclusiva de mujeres. Esto se debe a que el tipo de labores realizadas –limpiar, lavar, cocinar, cuidar de los otros en general– son aquellas que se asocian con condiciones y aptitudes supuestamente “inherentes” a la condición femenina (Folbre y Nelson, 2002; Roberts, 1997; Lautier, 2003). El hecho de que este tipo de trabajo lo hagan tradicionalmente las mujeres en el interior de los hogares sin reconocimiento económico alguno dificulta su valoración cuando se lleva a cabo en la esfera del mercado (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 18).

De igual manera, en la jurisprudencia argentina no solo se habla de la discriminación por género como se observa en el párrafo anterior, sino que, además, muestra la dificultad de reconocer una verdadera relación laboral, sobre todo cuando las personas que realizan esta actividad

empiezan a generar vínculos afectivos con los empleadores. De esta manera, se afirma que:

Otra de las cuestiones señaladas con frecuencia como potencial obstáculo a la hora del reconocimiento de derechos de las trabajadoras se relaciona con la complejidad de los vínculos laborales del sector, muchas veces atravesados por la dimensión afectiva. En efecto, el hecho de desempeñarse en la esfera íntima de una unidad doméstica también implica la cercanía física con la familia empleadora, el contacto cotidiano y, muchas veces, el desarrollo de lazos afectivos que pueden desembocar en relaciones paternalistas o maternalistas que empañan la existencia de una efectiva relación laboral (Valenzuela y Mora, 2009, como se citó en Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 20).

Ahora, frente al tema probatorio que es lo relevante como eje fundamental de la investigación, es importante resaltar lo que el texto “Trabajadoras Domésticas y Protección Social en Argentina: Avances y Desafíos Pendientes” señala sobre la dificultad probatoria de los trabajadores domésticos en un proceso laboral en Argentina, situación muy similar en Colombia.

En este texto, la OIT fundamenta su análisis en un estudio realizado aplicando entrevistas a trabajadoras domésticas argentinas de las cuales extrae el valor y la necesidad de la flexibilidad probatoria al momento de decretar pruebas para sustentar la pretensión de la declaración de existencia de un contrato de trabajo. El Tribunal Laboral de Argentina, respecto de este tema expone:

Digamos [en el Tribunal del sector] también se toma en cuenta la circunstancia particular, **sobre todo, para probar el empleo en negro de que no es fácil probar** (...) porque el trabajo ocurre en el seno de una familia, **entonces la apreciación de la prueba es tomando en cuenta eso que no es fácil** (...) Hay mecanismos que facilitan esa prueba que son presunciones a favor del trabajador (...) por ejemplo, si viene una persona que dice “yo veía que salía esta señora de la casa y barría arriba”, bueno, eso ya es prueba previa al contrato de trabajo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 79). (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Dadas las circunstancias anteriores, se debe decir que la situación en Colombia no es diferente, pues concurren las mismas situaciones al momento de probar este tipo de relaciones laborales. Por ello, la OIT en su texto sobre Argentina, detalla que la justicia pone muchos obstáculos a

estos trabajadores respecto a la parte probatoria, situación que se torna más complicada y difícil cuando la relación laboral concurre al interior de una familia, de ahí la importancia de citar el sentir de estos trabajadores cuando se les menciona el tema de una demanda laboral. En Argentina, las trabajadoras y trabajadores entrevistados respondieron que “hay que conseguir testigos”, señalando que “tienen todas las de perder, pues, los escasos testigos que pueden dar cuenta de esa relación laboral suelen tener más relaciones y compromisos con la parte empleadora” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 80).

Ahora, una vez realizadas las entrevistas a las trabajadoras y trabajadores domésticos, además de los casos particulares en proceso judicial, el autor del texto extrae apartes significativos para la investigación de las sentencias judiciales como de las entrevistas. A continuación, se citan extractos citados por la OIT en el texto “Trabajadoras Domésticas y Protección Social en Argentina: Avances y Desafíos Pendientes” sobre un caso laboral judicial argentino, donde se observa claramente cómo es la forma de operar de los empleadores cuando se encuentran demandados por su trabajador doméstico y, sobre todo, cómo la valoración probatoria se realiza tiempo después, cuando ya los testigos no se acuerdan del trabajador:

Yo llevo los testigos, yo tengo tu empleada, vos negás, negás, negás, decís que no la conoces. Llevo los testigos y le preguntan si la veían trabajar. ¿Cómo la ve trabajar si era un sexto piso, a lo mejor? Y te dicen [los empleadores]: “No, era amiga. Venía, tomaba mate, mirábamos la novela, comíamos unos pastelitos y después se iba”. ¿Quién sabe en el interior de la casa lo que pasaba? ¿Qué testigos? En cambio, en una fábrica, en una empresa, tengo testigos que pueden decir que era su compañero, era compañero de ventas, íbamos en el camión, hacíamos el reparto (...) Es muy difícil. Porque el testigo era la vecina que la veía salir de la casa, el verdulero donde ella iba todas las mañanas a comprar el kilo de papas. Después, el verdulero no quiere salir porque la empleadora tuya, la dadora de empleo, me vino a ver, se enteró que me pusiste de testigo. Las pruebas se producen a los dos o tres años. El verdulero no se acuerda más de esa doméstica que venía, pero sí se acuerda de la patrona que le sigue comprando [Abogado laboralista] (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 80).

De lo anterior, se puede observar claramente y de una marea real lo que efectivamente tienen que afrontar los trabajadores domésticos, no solo en Argentina sino también en Colombia, cuando emprenden un

proceso judicial laboral porque, como ciertamente lo afirma el Tribunal de Argentina, el trabajador domestico debe demostrar una relación laboral con mucho en contra, pues quienes realmente conocen la relación laboral existente es el trabajador, el empleador y aquellos terceros que diariamente conviven con ellos, como es el tendero, el vigilante, el carnicero, entre otros potenciales testigos que a la larga no llegan a declarar al proceso o, de llegar, lo hacen negando o evadiendo preguntas. Además de esto, como claramente lo dijo el Tribunal, las pruebas se practican un año o dos años después de entablada la demanda, cuando estos testigos ya no se acuerdan del trabajador doméstico, pero sí del empleador que día a día les genera utilidades.

Por lo anteriormente relatado, es que se hace necesaria la flexibilidad probatoria con enfoque de género frente a un grupo de trabajadores históricamente discriminados, en donde sea posible la búsqueda de la verdad real, de una manera más flexible y favorable al trabajador. Es importante resaltar que la postura de los tribunales argentinos es la misma adoptada por el Tribunal de Pereira de Colombia en un caso laboral particular, en donde este último anuncia la necesidad de aplicar perspectiva de género y flexibilidad probatoria para los trabajadores domésticos, como se analizara más adelante.

Por otro lado, en la legislación chilena, según la tesis de grado denominada “Servicio Doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral”, se encuentra que

El empleador deberá registrar el contrato de trabajo dentro de los quince días siguientes a su celebración en la sede o en el sitio electrónico de la respectiva Inspección del Trabajo, con el fin de facilitar la fiscalización de la existencia de la relación laboral y de las condiciones de empleo. Al fallecimiento del jefe de hogar, la vigencia del contrato subsiste con los parientes que hayan vivido en casa de aquél y continúen viviendo en ella después de su muerte. La garantía aquí para el trabajador de casa particular se traduce en que los parientes son responsables solidarios, es decir, todos ellos por el total por el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato (Carvajal, 2016, p. 14).

Del anterior párrafo se puede entender que, a diferencia de Argentina y Colombia, en Chile existe una obligación especial por parte del empleador y es la de registrar el contrato de trabajo dentro de los 15 días siguientes a la celebración del mismo ante una Inspección de Trabajo, situación beneficiosa y protectora para el trabajador, en tanto se estaría en constante fiscalización de la relación laboral, situación que no ocurre

en Colombia, donde a la Inspección de Trabajo se va a conciliar relaciones laborales si se está ante derechos inciertos y discutibles, es decir, se acude al final de la relación laboral, no al inicio de ella, cuando evidentemente hay desventaja del trabajador doméstico.

Respecto del tema probatorio, en el artículo de Mauricio César Arese, presentado en el XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se expone que:

Son casos paradigmáticos, los que tienen como escenarios los establecimientos o lugares y las relaciones de trabajo personalizadas e íntimas. Los conflictos del personal del servicio doméstico o casa de familia en los que, probatoriamente al demandante se le niegue la existencia de una relación laboral, obligando a la parte actora a cargar con la prueba, debiendo demostrar la cantidad de horas o de pago de salarios, sino que además sobre la existencia misma del nexo o su intensidad. En esas circunstancias, la apreciación de la prueba suele generar dudas que no pueden quedar como tales, sino que deben ser despejadas con la prueba de la parte que adquiere el rol preponderante en la relación (Arese, 2012, p. 12).

En la anterior exposición es interesante evidenciar cómo en todos los conflictos laborales de trabajadores domésticos, ya sea en Colombia, Argentina u otro país, la apreciación de la prueba es difícil de soportar, pues en esta actividad en especial, al realizarse al interior de un hogar, el acceso a ella se torna exclusivo para quienes hacen parte de ese núcleo familiar, dejando en clara y evidente desventaja al trabajador que solo cuenta con una prueba segura a su favor, y es su declaración de los hechos y algunos recibos (si se los dan). De resto, queda a la discrecionalidad y libre formación del conocimiento del juez.

1.4. Perspectiva de género y flexibilidad probatoria en asuntos de prestación de servicios domésticos en Colombia

Una vez analizadas las posturas de otras legislaciones respecto de la flexibilidad probatoria con enfoque de género, es posible entrar a desarrollar el tema en Colombia. Por lo tanto, se empezará por determinar cuál es el manejo que se le da a la prueba en materia laboral en Colombia. En este punto, es importante precisar el trabajo investigativo de Gómez Restrepo denominado “La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano”, en el cual se manifestó que

El capítulo XII del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en apenas 13 artículos (del 51 al 61) regula el tema probatorio en materia procesal laboral. Sin embargo, como se puede comprobar con una lectura somera de dichos artículos y teniendo en cuenta que el primero de ellos dispone que “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”, en materia procesal laboral y con respecto a los medios de prueba y a su modo de practicarse hay que remitirse a lo dispuesto en la legislación procesal civil (Restrepo, 2015, p. 32).

Como se puede observar, la parte probatoria laboral se remite exclusivamente al Código General del Proceso, es decir, que los medios probatorios a utilizar serán los de la legislación civil. De igual manera, para la valoración probatoria el juez laboral deberá regirse por lo consagrado en los artículos 60 y 61 del Código Procesal Laboral, en donde el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (Restrepo, 2015).

Es decir, el juez debe tener en cuenta la situación especial de cada caso concreto; en el marco de la investigación, el juez debe analizar las pruebas y hechos aplicando perspectiva de género y flexibilidad probatoria, teniendo en cuenta la discriminación histórica que ha enfrentado y enfrentan los trabajadores domésticos. Sin embargo, se puede concluir que muchos administradores de la justicia laboral asumen estos casos como si fuesen un caso civil, pues en materia probatoria se rigen por el Código General del Proceso, el cual no incluye ningún tipo de flexibilización en materia probatoria, en tanto se aplican los principios constitucionales procesales y probatorios propios del proceso civil. De allí la importancia de la expedición del estatuto del trabajo donde se priorice este tipo de situaciones, teniendo en cuenta que el derecho laboral tiene sus propios principios, los cuales no solo sean aplicables a las normas, sino también a las pruebas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es que se debe explorar y hablar del tema de la flexibilidad probatoria con enfoque de género, en donde se da a entender que el derecho laboral debe tener sus propios principios y, por ende, su propio estatuto laboral, por estar frente a un derecho social que debe tratarse como tal. Desde este punto, es de vital importancia para esta investigación citar lo que la Sala Laboral del Tribunal de Pereira manifestó en uno de sus fallos, puntualizando, la necesidad de aplicar

perspectiva de género en asuntos judiciales de trabajadores domésticos por tener la demandante la condición de empleada doméstica:

Por la subvaloración del trabajo doméstico en nuestra sociedad, es que el asunto ameritaba fallarse desde el punto de vista probatorio con la aplicación de perspectiva de género, como bien lo decidió la jueza de instancia, para superar desde la comunidad judicial, las barreras que ponen en desventaja a las empleadas domésticas en los estrados judiciales, especialmente en materia probatoria, pues a pesar de que formalmente la empleada doméstica tiene la obligación de probar, por ejemplo, los hitos temporales de la relación laboral, la jornada diaria de trabajo, las horas extras de trabajo, etc., **para ellas se torna supremamente difícil hacerse a la prueba porque la mayoría de las veces los únicos testigos directos de la forma como se celebra, se ejecuta y se termina su contrato de trabajo son sus propios patrones o el entorno familiar más cercano a estos.** Ello por cuanto el oficio doméstico es un trabajo silencioso que se desarrolla en la soledad de una casa, sin testigos, o a lo sumo en compañía de niños o niñas o personas de la tercera edad o de los propios patrones (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017). (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Como se puede dilucidar del contenido del párrafo anterior, es evidente que el Tribunal de Pereira entendió y comprendió que cuando se están decidiendo derechos laborales debe existir flexibilidad probatoria, tal como la ley laboral y la jurisprudencia lo han manifestado. Pero, cuando se trata de trabajadores domésticos, por la particularidad de la actividad y, sobre todo, por la discriminación que siempre ha existido y existe hacia la mujer y hacia la misma actividad, se debe aplicar en materia probatoria, además de dicha flexibilidad, perspectiva de género, para así llegar a un fallo justo y correcto para el trabajador.

Desde ahí es que el Tribunal, en el caso particular, manifestó que, teniendo la parte actora la calidad de mujer-empleada doméstica, la aplicación de la perspectiva de género se hacía necesaria no solo para superar el estereotipo social que subvalora e invisibiliza el trabajo doméstico, sino porque de las pruebas del proceso se observa que dicha subvaloración e invisibilización se hizo evidente en el comportamiento que desplegó la empleadora en la contratación, ejecución y terminación del contrato de la demandante. En otras palabras, en el comportamiento de la empleadora se perpetúa la discriminación de género contra las mujeres que realizan trabajos domésticos (Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017).

En el mismo sentido, el Tribunal de Pereira destaca lo que ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia C-310 de 2007 respecto de la situación de vulnerabilidad del servicio doméstico y la necesidad de reconocimiento y protección del Estado:

Tradicionalmente al servicio doméstico se le ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la labor del ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata, como lo han hecho ver estudios especializados, de una actividad “invisible” para el resto de la sociedad... Así mismo, pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género, aún hay quienes creen, sin razón, que basta con “ser mujer” para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas, prejuicio que quizás explica por qué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-310, 2007).

Aunado a lo anterior, el Tribunal explica que esa subvaloración se vio reflejada en las normas que regularon el trabajo doméstico, en las cuales se hizo un trato diferenciado e injustificado con el resto de trabajadores, de modo que el trato discriminatorio no solo fue cultural sino también legal, razón por la cual tuvo que intervenir la Organización Internacional del Trabajo a efectos de recuperar la dignidad de los trabajos domésticos y de quienes lo ejercen. Seguidamente, y muy acertado por parte del Tribunal de Pereira en sentencia respecto de la valoración probatoria, manifiesta que:

La aplicación de la perspectiva de género permite visibilizar la importancia de los trabajos domésticos en el desarrollo de una sociedad, establecidos en nuestra cultura colombiana a las mujeres, pues le permite a quien o quienes se benefician de él, gozar de un mayor bienestar que se traduce utilidades y una mejor calidad de vida, pues de esa actividad no sólo se favorece quien la contrató sino todos los que viven en la casa. Invisibilizar o menospreciar las tareas domésticas perpetua la subvaloración del trabajo femenino, pues a pesar de que la Constitución y el Código Sustantivo del Trabajo regulan los derechos mínimos laborales de las empleadas domésticas, en la práctica se las sigue contratando informalmente con ausencia de la mayoría de las prerrogativas laborales a las cuales tienen derecho. Por esa razón, esto es, por la subvaloración del

trabajo doméstico en la sociedad, es que los asuntos domésticos ameritan fallarse desde el punto de vista probatorio con la aplicación de perspectiva de género (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017).

Igualmente, recalca la importancia de

No perderse de vista que la subvaloración del trabajo doméstico ha desarrollado otra serie de desventajas para la trabajadora como por ejemplo el hecho de que la autoridad o subordinación la ejerzan varias personas que no necesariamente corresponde a quien le paga el salario o a que pase de un patrón a otro, sirviendo a las diferentes generaciones de una misma familia, ésta última situación que se da cuando la empleada lleva muchos años al servicio de una misma familia, todo lo cual es aprovechado luego por los empleadores para tratar de evadir su responsabilidad (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017).

Situación anterior que es muy común en Colombia: empleados domésticos que pasan toda su vida atendiendo a las generaciones de la familia empleadora y, cuando surge la responsabilidad de atender los derechos y obligaciones de las empleadas, empiezan a evadir sus deberes de empleador argumentando que nunca fueron sus empleadores. Es así que el Tribunal, atendiendo a todas las situaciones particulares que viven diariamente las y los trabajadores domésticos, decide fallar con flexibilización en la valoración probatoria en aplicación de la perspectiva de género en favor de un grupo de mujeres históricamente discriminadas; mecanismos que deberían ser utilizados por todos los jueces laborales al momento de valorar pruebas y dictar sentencia en estos casos particulares.

Caso contrario ocurre en múltiples fallos laborales de trabajadores domésticos, en donde si el trabajador no logra demostrar como mínimo esa presunción de prestación del servicio estipulada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sus derechos no serán reconocidos, pues el juez falla conforme a los hechos y pruebas aportados al proceso. Ahora, esta situación se torna más difícil cuando se trata de un trabajador que fallece y queda en cabeza de sus herederos la carga de probar la relación laboral para reclamar derechos laborales atribuibles al trabajador doméstico.

Un caso particular para demostrar la necesidad de utilizar flexibilidad probatoria con aplicación de enfoque de género frente a un

trabajador fallecido donde sus herederos reclaman estos derechos laborales, se encuentra en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá Cundinamarca, donde, si bien el juez declaró la relación laboral, esta fue reconocida con los extremos temporales y jornada laboral reconocidos por el empleador, en tanto los testigos y pruebas aportadas por la parte actora no lograron demostrar estos factores, dando mayor credibilidad a los testimonios aportados por la parte demandada, pues entre ellos se encontraba una enfermera que actualmente trabajaba con el empleador, la cual manifestó que la trabajadora laboró solo durante medio tiempo.

De igual manera lo hicieron los demás testigos; entre ellos, los hijos del empleador, demeritando las declaraciones de los hijos de la trabajadora, los cuales conocían el horario de trabajo y el tiempo trabajado, pues, desde que eran niños, su madre trabajó para el empleador. Incluso, se tenía una relación amigable y de confianza por parte de los hijos y la familia del empleador, por cuanto la trabajadora laboró por más de 25 años hasta que falleció. Sin embargo, no fue suficiente para acreditar dichos factores (Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasuga Cundinamarca, Sala Laboral, Rad. 25-290-31-12-002-2017-00403-00, 2020).

Del caso particular anterior es evidente la falta de flexibilidad probatoria y aplicación de enfoque de género, pues el juez falla con quien tuvo mejor posición de las pruebas; en este caso, el empleador, sin tener en cuenta lo especial de la actividad, pues como lo dijo el Tribunal argentino y el Tribunal de Pereira de Colombia, esta labor se realiza en el interior de un hogar, es silenciosa; se forman relaciones afectivas que empañan la relación laboral y muchos de los testigos son trabajadores del empleador, los cuales estarían presionados, y los de afuera apoyan a aquellos de quienes reciben utilidades. Entonces, si se hubiera aplicado enfoque de género, se tendría que una labor como el trabajo doméstico requiere de un análisis más flexible, específico y detallado para determinar si realmente la jornada y el tiempo laborado que dice el empleador es el real o si del contexto de la familia empleadora se notaba que requería de una jornada laboral más amplia.

CONCLUSIONES

Se ha podido evidenciar en este trabajo que las luchas sociales que ha tenido que enfrentar el servicio doméstico para ser acreedor de los derechos y beneficios que hoy día goza en la legislación colombiana han sido duras, pues ante una actividad laboral que a lo largo de la historia ha

sido y es discriminada y vulnerada en sus derechos no solo se ha tenido que enfrentar los abusos de la sociedad, sino también del Estado, pues para que el servicio doméstico sea considerado como un verdadero contrato de trabajo ha requerido de tiempo y luchas, pues, si bien legalmente se había abolido la disposición como contrato de arrendamiento, en la práctica se seguía tratando como tal.

Un pronunciamiento internacional desde el marco de la Oficina Internacional del Trabajo era necesario para que esta actividad pudiera al fin ser reconocida en igualdad de condiciones como cualquier otro contrato de trabajo. De esta forma, fue con la Ley 1595 de 2012 y los Decretos reglamentarios que Colombia le dio al trabajo doméstico las características de un verdadero contrato laboral, con todos sus derechos y beneficios.

Ha sido la Corte Constitucional colombiana, así como la Corte Suprema de Justicia, quienes en múltiples de sus providencias, entre ellas las sentencias C-051 de 1995; C-871 de 2014; SU-062 de 1999; C-967 de 2003; T-014 de 2015; T-185 de 2016; mediante las cuales se empezaron a materializar los derechos de estos trabajadores domésticos, reconociéndoles verdaderos contratos laborales y, por consiguiente, ordenando a los empleadores pagar todas las prestaciones sociales y de seguridad social derivadas de un contrato laboral.

Argentina, a diferencia de Colombia, ha avanzado normativa y jurisprudencialmente respecto a que los trabajadores no tienen que demostrar la sustitución patronal, pues en esta legislación se da por sentado la solidaridad, además de ello lo más importante es que probatoriamente los Tribunales han adoptado la flexibilidad probatoria con aplicación de enfoque de género en materia probatoria, por la condición especial que tienen los trabajadores domésticos, en tanto esta actividad como bien lo manifiesta el Tribunal argentino, es una labor que se realiza en el interior de un hogar, donde se generan relaciones de amistad que desdibujan la verdadera relación laboral, siendo difícil probar factores de tiempo y jornadas laborales.

En Colombia, si bien la jurisprudencia junto con los convenios internacionales han logrado un gran avance en reconocimiento de derechos laborales para estos trabajadores, también es cierto que falta mucho para lograr una verdadera justicia social para ellos, en tanto probar una relación laboral se torna difícil teniendo las condiciones anteriormente descritas, fallando muchas veces sin tener en cuenta la necesidad de aplicar flexibilidad probatoria con enfoque de género en estas relaciones laborales. Sin embargo, el Tribunal de Pereira-Sala

laboral, al igual que el Tribunal argentino adoptó la postura de aplicar enfoque de género, por la condición especial de este trabajo, reconociéndole a la trabajadora todos los derechos laborales.

REFERENCIAS

- Arese, M. (2012, del 25 al 28 de septiembre). Presente y futuro derecho del trabajo. Los principios del derecho del trabajo [trabajo]. *XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago, Chile. <https://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Argentina-principioprotectorio-Arese.pdf>
- Carvajal, C. (2016). *Servicio Doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral* [Tesis de Maestría, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140254/Servicio%20dom%20C3%A9stico%20en%20Chile%20caracterizaci%C3%B3n,%20evoluci%C3%B3n%20y%20determinantes%20de%20su%20participaci%C3%B3n%20labora.pdf?sequence=1>
- Cifuentes, E. (2019). *Régimen Legal de los Trabajadores Domésticos en Colombia y la Vulneración de sus Derechos* [Tesis de Maestría, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22957/1/REGIMEN%20LEGAL%20DE%20LOS%20TRABAJADORES%20DOMESTICOS.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (10 de diciembre de 2012). Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (número 189) de 2011. [Ley 1595 de 2012]. DO: 48.651
- Congreso de la República de Colombia. (19 de febrero de 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo,

- asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790
- Congreso de la República de Colombia. (20 de noviembre de 1934). Sobre la pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados. [Ley 10 de 1934]. DO: 22.746
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (19 de enero de 2015). Sentencia T-014 [M.P: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (15 de abril de 2016). Sentencia T-185 [M.P: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (16 de febrero de 1995). Sentencia C-051 [M.P: Arango, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (3 de mayo de 2007). Sentencia C-310 [M.P: Pinilla, N.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de noviembre. de 2014). Sentencia C-871 [M.P: Calle, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (09 de febrero de 1999). Sentencia SU-062 [M.P: Naranjo, V.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de octubre de 2003). Sentencia C-967 [M.P: Monroy, M.].
- Goyes Moreno, I. (2018). *Derecho Laboral Individual con Enfoque de Derechos y Perspectiva de Genero*. Editorial Universidad de Nariño.
- Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasuga Cundinamarca, Sala Laboral. (19 de noviembre de 2020). Radicado 25-290-31-12-002-2017-00403-00.
- Londoño, D. (2017). *Evolucion normativa del trabajo domestico en Colombia* [Trabajo de grado, Universidad Catolica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15417>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 1951. Convenio sobre igualdad de remuneración 100 de 1951. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100

- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2008. Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa. https://drive.google.com/file/d/1II-d7-knlcwyX2JOul3PPW6_0l2LzAp3/view
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2010. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2011. Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos 189 de 2011). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2017. Trabajadoras domésticas y protección social en Argentina: avances y desafíos pendientes. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_592331.pdf&ved=2ahUKEwj81qGw7Y37AhVLbDABHYxTAnYQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw3w7ZZ_etGG8gA8zB3M2RD6
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2019. Las Reglas del Juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo. https://drive.google.com/file/d/104QlbJIV21A_hZ2zkUhnuYTaAqfW6vXo/view
- Restrepo, A. (2015). *La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano* [Tesis de Especialización, Universidad de Medellín]. Repositorio Universidad de Medellín. https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2209/TG_EDPC_13.pdf?sequence=1
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral. (28 de abril de 2017). Radicado 66001-31-05-005-2015-00215-01 [M.P. Caicedo, A.]. <https://tribunalsuperiorpereira.com/Relatoria/Genero//Providencias/Contrato%20CC%202015->

00215%20%20Maria%20Roc%C3%ADo%20Loaiza%20vs.%20M.
%20Victoria%20V%C3%A9lez%20%28Empleada%20domestica
%20-%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%29.docx