

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

DEBERES DEL JUEZ FRENTE A LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Subreglas

La carencia actual de objeto genera la extinción del objeto jurídico de la tutela e implica que cualquier orden proferida por el juez caería en el vacío. Esta figura puede generarse por: i) el hecho superado; ii) el daño consumado; y, iii) la situación sobreviniente. En el daño consumado, surge para el juez de tutela el deber de pronunciarse de fondo y, si es del caso, adoptar medidas correctivas. En el caso del hecho superado y la situación sobreviniente, el juez podrá examinar el asunto con la finalidad de verificar la conformidad constitucional de la situación que dio origen al amparo, avanzar en la comprensión de un derecho fundamental y realizar la función de pedagogía constitucional, entre otros. En estos eventos, también puede proferir remedios adicionales.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-Finalizó proceso de selección de personal al que se presentó el accionante

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

DERECHOS FUNDAMENTALES-Eficacia horizontal frente a particulares

PRINCIPIO DE EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-Reglas jurisprudenciales

(i) Los derechos fundamentales son obligatorios y plenamente aplicables entre los particulares y en las relaciones jurídicas privadas; (ii) Los principios, valores y normas constitucionales tienen un efecto de irradiación, que se extiende a todo el ordenamiento jurídico e incide en las relaciones y decisiones de los particulares; (iii) El Legislador no puede establecer que la protección de los derechos fundamentales no procede en las relaciones privadas. Por consiguiente, corresponde al juez constitucional, en cada caso concreto, establecer si los particulares desconocieron alguna de estas garantías, pues los casos en que se vulneran tampoco pueden establecerse en abstracto; (iv) Presenta una dimensión sustancial y otra procesal. La primera, exige garantizar la efectividad inmediata de los

derechos fundamentales en el mayor grado posible mientras que la segunda se expresa en las reglas para la procedencia de la tutela contra personas naturales y jurídicas de naturaleza privada; (v) Se sustenta en el principio de igualdad cuando se presentan marcados desequilibrios entre los particulares involucrados; (vi) La exigibilidad de los derechos a los particulares no opera igual a la que se produce frente a las autoridades. En este sentido, debido a que las personas de naturaleza privada son titulares de sus derechos fundamentales a la libertad y a la autonomía de su voluntad, el Estado no puede imponer visiones respecto de su ejercicio, salvo cuando está en juego la protección de los derechos fundamentales; (vii) Esta Corporación ha empleado criterios como los de relevancia constitucional, razonabilidad y proporcionalidad para evaluar cuáles decisiones de los particulares efectivamente vulneran los derechos fundamentales o, en su defecto, cuáles se realizan en el ámbito de su autonomía, en tanto que no la puede vaciar de contenido; (viii) En el caso de los particulares, el ejercicio de ciertos derechos puede implicar un menoscabo en las libertades de su contraparte, quien también es titular de derechos fundamentales. De allí que la ponderación a cargo de los jueces constitucionales debe ser sensible a esta dificultad y armonizar los intereses y principios enfrentados.

DIGNIDAD HUMANA-Fundamento constitucional/DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Dimensiones

El derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el proyecto de vida que cada ciudadano le imprime a su devenir. Igualmente, este principio constitucional privilegia la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista, en el sentido de que constituye la expresión de la capacidad de autodeterminación, de la potestad de exigir el reconocimiento de ciertas condiciones materiales de existencia o la manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral. Este postulado constituye un mandato imperativo de las autoridades y de los particulares, para que adopten las medidas necesarias de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL-Alcance

DERECHO A LA IGUALDAD-Consagración constitucional

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA- Prohibición de discriminación por esta condición

El derecho a la igualdad en términos generales proscribire cualquier forma de discriminación injustificada. Particularmente, si se trata de actuaciones guiadas por criterios sospechosos como el sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras. Las personas portadoras de VIH tienen una especial protección constitucional y la Corte ha reiterado las situaciones de exclusión viven en su cotidianidad y la obligación de superar y evitar esos escenarios de segregación.

LIBERTAD ECONOMICA-Alcance, limitaciones, obligaciones y controles por parte del Estado

LIBERTAD ECONOMICA-Ámbitos

a. Libertad contractual: entendida como la capacidad que tienen los agentes económicos para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, realicen los acuerdos necesarios para participar en el mercado en condiciones de igualdad; b. Valores de razonabilidad y eficiencia: en la gestión económica para la producción de bienes y servicios, de tal manera que se permita el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; c. La canalización de recursos privados: mediante el incentivo económico, con la finalidad de promover intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. De esta manera, se logra la compatibilidad entre los intereses privados y la satisfacción de necesidades colectivas.

LIBERTAD DE EMPRESA-Concepto

La libertad de empresa ha sido entendida desde un criterio amplio como“(...) [U]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. Es decir, se trata de la posibilidad que tiene toda persona de desarrollar una determinada actividad económica y establecer la organización institucional para alcanzar dichos fines. En tal entendido, los empresarios pueden tomar decisiones “(...) más o menos drásticas para regular las relaciones dentro de su empresa, de conformidad con los intereses legítimos que persiguen o pretenden promover”.

LIBERTAD DE EMPRESA-Prerrogativas que comprende su núcleo esencial

i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; y, iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; entre otros.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Libertad de la empresa privada para contratar personal mediante proceso de selección

Uno de los componentes de la libertad de empresa es la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa, como serían su organización y los métodos de gestión. Dicha libertad no es absoluta y está irradiada por la Constitución. En tal sentido, el empresario tiene un amplio margen de apreciación para escoger a sus trabajadores. Lo anterior, con base en la idoneidad y la conveniencia para el ejercicio de su actividad económica. No obstante, debe garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de quienes aspiran a ser contratados. La Corte ha protegido el derecho a la igualdad cuando ha encontrado probada la distinción irrazonable, desproporcionada y basada en criterios sospechosos. Es decir, cuando la exclusión del proceso de escogencia se produce por un trato diferente que carece de razones objetivas.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE AEREO DE PASAJEROS-Naturaleza constitucional y reglamentación

i) es una actividad riesgosa, por lo que las normas expedidas en ese campo garantizan la seguridad y la prevención en la prestación del servicio y la integridad de quienes intervienen en su ejecución y de los usuarios; y, ii) debe permitir el acceso en igualdad de condiciones. Bajo ese entendido, la regulación se extiende a los requisitos y condiciones que deben cumplir las personas que participan directamente en dicho escenario. Tal es el caso de los tripulantes de cabina. Aquellos tienen la obligación de acreditar rigurosos perfiles y superar pruebas médicas que incluyen exámenes de toxicología para ejercer su labor.

Referencia: Expediente T-7.875.094.

Acción de tutela instaurada por Eudor contra Avianca S.A., Acción S.A.S. y el Laboratorio

Clínico Colmédicos IPS S.A.S.

Procedencia: Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Asunto: Improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Efecto de irradiación de la Constitución en las relaciones entre particulares. Amplio margen de los empleadores privados para la elección de los trabajadores de sus empresas. Ausencia de discriminación por diagnóstico de VIH.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia del 12 de febrero de 2020, adoptado por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que revocó la providencia del 30 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, que negó la tutela para, en su lugar, declarar improcedente el amparo.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió el expediente T-7.875.094 para su revisión, mediante Auto del 18 de septiembre de 2020. Por reparto, le correspondió a la Magistrada sustanciadora.

Aclaración previa

Debido a que en el presente caso se estudia la situación de una persona diagnosticada con VIH1, lo cual constituye un dato sensible, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 1581 de 2012 y con base en que el actor solicitó la reserva de su identidad, la Magistrada sustanciadora decidió proteger su intimidad mediante Auto del 30 de octubre de 2020. Esa providencia ordenó suprimir el nombre del accionante y la información que permita conocer su identidad de todas las actuaciones públicas que se surtan en el marco del proceso de la referencia y de todos los registros públicos del mismo. Por las mismas razones, la Sala decide proteger la intimidad del demandante en esta sentencia. Bajo ese entendido, el presente fallo tiene dos versiones: una para efectos de notificaciones que contiene la identidad del peticionario y otra para su publicación en el sitio web de la Corte, en la cual es cambiada por Eudor.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos relevantes y pretensiones

1. El 20 de diciembre de 2019, Eudor, quien actúa en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de Avianca S.A., Acción S.A.S.² y el Laboratorio Clínico Colmédicos por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, intimidad, trabajo y debido proceso.

1. El actor afirmó que fue diagnosticado con VIH desde el 10 de julio de 2019 e inició tratamiento antirretroviral el 26 de agosto de 2019. Además, indicó que actualmente se encuentra con “(...) salud estable, asintomático, con adherencia al tratamiento y control de la infección en estado indetectable”³.

1. Sostuvo que, en octubre de 2019, aplicó ante Acción S.A.S. al cargo de tripulante de cabina para la compañía Avianca S.A. y que, para iniciar el proceso de selección, fue citado a una reunión el 21 de octubre de 2019⁴. Relató que, en esa ocasión, Acción S.A.S. les explicó a los aspirantes que:

“(..) el proceso contaba con cuatro fases y que quien llegara a la fase número cuatro, denominada fase de contratación, debía tener al día la documentación especial para trabajar como tripulante de cabina, la cual consiste en el pasaporte vigente, la licencia médica de vuelo y la certificación de natación de la Cruz Roja Colombiana. Igualmente, se manifestó en esta reunión que al llegar a la fase número cuatro sería contratado por Accionplus por un mes para iniciar el curso básico de tripulante de cabina en Avianca y, una vez culminado ese mes, seríamos contratados por Avianca directamente”⁵.

1. Expresó que, el 23 de octubre de 2019, recibió un correo electrónico de un funcionario de Avianca⁶, en el que fue convocado a unas pruebas virtuales⁷, que, según el demandante, “(...) representan la fase dos del proceso de selección”⁸. Precisoó que, el 31 de octubre de 2019, recibió otro correo electrónico de Acción S.A.S., en el cual le dieron las instrucciones para realizar una prueba de inglés de manera virtual⁹, que, según él, aprobó.

1. El demandante aseguró haber recibido un correo electrónico de Acción S.A.S., el 12 de noviembre de 2019, en el que lo invitaron a una entrevista final para el siguiente día¹⁰. Sostuvo que, de superar esta etapa, “(...) ingresaría a la última fase del proceso, es decir, la contratación”¹¹. Finalizado el encuentro “(...) anunciaron quienes habíamos pasado y quienes no, y felizmente me encontraba en la lista de los que pasaron a contratación”¹².

1. Manifestó que Acción S.A.S. le envió un nuevo correo electrónico el 15 de noviembre de 2019 para citarlo a exámenes clínicos de ingreso en Colmédicos¹³. Precisoó que le realizaron una prueba de sangre y que, “(...) al preguntarle a la enfermera el tipo de prueba que me realizarían, me indicó que era una prueba de azúcar, colesterol y antígenos. Consentí la

realización de esta prueba”¹⁴. Anotó que, durante el procedimiento, tuvo una entrevista con un médico. Dicho encuentro se produjo en los siguientes términos:

“(…) en la que hace referencia a mis niveles de sangre. Sin ser claro me indica: ‘Yo ya sé lo que tienes. ¿Estás tomando retrovirales?’ […] Seguido a esto le comunico que estoy en un programa especial de atención y que tomo antirretrovirales. […] Posteriormente me dice: ‘Y eres positivo para marihuana’. Le contesto que no, que jamás he consumido marihuana, que no consumo drogas ni alcohol. Él me responde: ‘Ah, vamos a corregirlo porque son los retrovirales los que causan esta reacción en la orina y alteran el examen de drogas’. Sin conocer científicamente esta información, le digo que está bien, siempre y cuando mi diagnóstico no sea informado de ninguna manera a Accionplus y mucho menos a Avianca [...]. El médico [...] me dice que reservará la información de mi diagnóstico sin ningún inconveniente. Antes de salir del consultorio, él llama a la bacterióloga [...] delante mío. Empiezan a hablar sobre mis resultados, a lo que ella manifiesta que hay residuos de metanfetaminas y no de marihuana, que era un error. El médico [...] corrige lo que ella dice, indicando que esos residuos se causan por los antirretrovirales. [...] Quedo atento y el médico sale y me dice: ‘Ya lo corregimos, tranquilo, nadie se va a dar cuenta de que son retrovirales, para que nadie sepa el diagnóstico de VIH’¹⁵.

1. El peticionario narró que, dado el error en el examen, llamó inmediatamente por teléfono a la psicóloga de Acción S.A.S. para contarle lo que acababa de suceder, ante lo cual “(…) ella me pide que le comunique al médico que va a enviar un correo para que repita el examen. El médico [...] me responde que esté tranquilo, que él lo corregía y pedía que lo repitieran. Estos exámenes no se repitieron”¹⁶.

1. Refirió que, el 28 de noviembre de 2019, Acción S.A.S. le envió un correo electrónico en el que le informó que “[e]n esta oportunidad no has sido seleccionado para continuar con el proceso. Sin embargo, tu hoja de vida permanecerá en nuestra base de datos para futuras oportunidades”¹⁷. Ante esta situación, indicó que se comunicó telefónicamente con la psicóloga de Acción S.A.S. y “(…) le pregunté el motivo por el cual me desvincularon del proceso y su respuesta fue que esa información era confidencial y no podía decirme. En ese

momento le pregunté si había sido por mis exámenes médicos, ella me dijo que no, solamente que el Comité lo había decidido, pero que mis exámenes estaban perfectos”¹⁸.

1. El certificado médico de preingreso ocupacional de Colmédicos indicó que el demandante “(...) no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de tripulante de cabina”¹⁹. Además, expuso que “[l]os exámenes de laboratorio clínico realizados presentaron los siguientes resultados: -Determinación cualitativa para marihuana: negativa; -Determinación cualitativa de cocaína: negativa; -Determinación cualitativa de anfetaminas: alterada; -Determinación cualitativa de benzodiazepinas: negativa; -Determinación cualitativa de opiáceos (morfina): negativa”²⁰. Finalmente, no contiene mención al diagnóstico de VIH del accionante.

1. El tutelante alegó que la IPS Colmédicos le realizó “(...) una prueba de VIH para determinar mi diagnóstico sin mi consentimiento y autorización”²¹. Lo anterior porque el médico “(...) me insinuó información como que ya sabía sobre mi ingesta de antirretrovirales”²². Esto le causó sorpresa en el sentido de que “(...) dentro del examen médico en ningún momento manifesté sobre mi estado serológico, así como dentro de las pruebas de sangre y orina no es posible evidenciar científicamente residuos de antirretrovirales que permitan inferir médicamente mi diagnóstico clínico de VIH”²³. En este contexto, consideró que la información sobre su supuesto consumo de sustancias psicoactivas es una manera de “(...) esconder la prueba de VIH ilegalmente realizada”²⁴. En tal sentido, argumentó que Colmédicos le informó a Acción S.A.S. sobre su diagnóstico de VIH, razón por la cual

“(...) esta empresa decidió desvincularme del proceso de contratación. Pues no entiendo cómo después de pasar todo el proceso de selección, de pasar las pruebas, de pagar los valores de actualización de documentación para el cargo, de generarme una expectativa laboral y estando ad portas de firmar el contrato de vinculación laboral, me fue informado que no sería posible, justo después del examen médico en el que se conoció mi diagnóstico”²⁵.

1. Desde esta perspectiva, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, intimidad, trabajo y debido proceso. En consecuencia, pidió al juez de tutela ordenar su vinculación inmediata a Avianca en el cargo de tripulante de cabina de pasajeros y compulsar copias a la Superintendencia de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio del Trabajo para que “(...) abran las investigaciones disciplinarias y administrativas pertinentes sobre las actuaciones de la IPS Colmédicos y Accionplus, con el fin de aclarar estos hechos y los procedimientos con los que realizan sus actividades”²⁶. Finalmente, requirió reservar su identidad para proteger su derecho a la intimidad y a la confidencialidad de su diagnóstico de VIH.

B. Actuaciones en sede de tutela

El 20 de diciembre de 2019, el Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá avocó conocimiento de la acción de tutela. En esa providencia corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones del amparo.

Acción S.A.S.

La empresa solicitó declarar improcedente la tutela. Lo anterior porque consideró que existen otros medios de defensa judicial y además, el actor no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Aseguró desconocer la historia clínica y la condición médica del accionante.

“(...) la labor de tripulante de cabina de pasajeros es una labor que se ejecuta en vuelo, por lo que el aspirante debe cumplir estrictamente los requisitos mínimos exigidos para desarrollar esta labor. Si los resultados presentan alteraciones y la compañía omite estas anomalías, podemos afectar el estado físico de la persona por los ascensos y descensos del vuelo y la presurización o despresurización de la aeronave”²⁹.

En relación con lo anterior, detalló que Acción S.A.S. realizó los siguientes exámenes médicos ocupacionales de ingreso, que no incluyen prueba de VIH:

GES 7

Tipo de evaluación

Evaluación médica ocupacional de ingreso, control periódico o retiro

Audiometría

Optometría (EN CASO DE ALTERACIÓN IMPEDANCIOMETRÍA)

Espirometría

Electrocardiograma MAYORES DE 40

Perfil lipídico (colesterol total, colesterol hdl, colesterol idl, triglicéridos)

Glicemia

Creatinina

Ácido úrico

Cuadro hemático

Aunque en este cuadro no se enlistan pruebas sobre consumo de drogas, Acción S.A.S. adjuntó a su contestación copia de un correo electrónico enviado por una de sus sicólogas a varios correos de esta misma empresa y a otros correos de Colmédicos, en el que se pide agendar cita para exámenes médicos para varias personas, incluido el actor, y en el que se enlistan, entre los exámenes a realizar, “(...) prueba tamiz de drogas en orina: panel de COC, THC, AMP, BZD, OPI”³⁰.

La parte demandada reconoció que el actor “(...) se comunicó con la sicóloga y le informó el percance presentado en la IPS Colmédicos. Sin embargo, es de anotar que nunca informó que Colmédicos conoció su estado de salud (VIH), ergo, Acción S.A.S. desconoció tal situación. Tanto así que la sicóloga envió mediante correo electrónico la información brindada por el aspirante y nótese que en ninguna parte habla del VIH”³¹.

Confirmó que el demandante no continuó en el proceso de selección, no por padecer VIH, sino porque “(...) no cumplió con los requerimientos definidos por la compañía ante la IPS, puesto que, al no estar cumplidas estas exigencias, se generó estado ‘no apto’. Ahora, al no pasar este examen, claramente se desiste del proceso de selección con la persona y no se

continuó con los muchos de (sic) los exámenes que faltaban”³⁴. Por último, resaltó que

“(…) las decisiones tomadas por la organización, específicamente dentro de los procesos de selección de personal, son el conjunto de análisis de diferentes variables y estudios realizados a los aspirantes a las vacantes publicadas, los cuales son sujetos de reserva y pertenecen a la autonomía administrativa y financiera de la compañía”³⁵.

Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S.

Esa empresa señaló que actúa en calidad de proveedora de Acción S.A.S. del servicio de evaluaciones médicas ocupacionales y pidió su desvinculación del proceso. Agregó que “(…) dentro de las pruebas realizadas al accionante, no hay ninguna que esté dirigida a la detección de patologías como VIH, dado que dicha patología no resulta ser una limitante para el ejercicio laboral de este último y, por tanto, no tendría relevancia dentro de la evaluación ocupacional”³⁶. Sostiene que el médico que atendió al actor no aludió al diagnóstico de VIH en el certificado ocupacional entregado.

Avianca S.A.

La parte demandada solicitó negar por improcedente la tutela. Indicó que carece de legitimidad por pasiva porque no participó en el proceso de selección al que se refiere el presente amparo. Asimismo, se opuso a la compulsa de copias a la Superintendencia de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio del Trabajo por atentar contra el principio de subsidiariedad, ya que “el accionante puede acudir directamente ante las autoridades”³⁷.

Argumentó que “Avianca S.A. [...] tercerizó en la empresa Acción Plus su proceso de selección de vacantes, motivo por el cual el tercero [...] realizó de manera autónoma el proceso y es aquella empresa la que bajo sus criterios determinó el resultado”³⁸. Por lo anterior, afirmó que no conoce al accionante, su situación médica, tampoco que aplicó al cargo de tripulante de cabina, la forma en la que Acción S.A.S. tomó la decisión de contratar o no a personas, ni el motivo por el cual no contrató al tutelante.

Refirió que celebró un contrato de suministro de personal temporal con Acción S.A.S. Resaltó algunas cláusulas relevantes para este caso³⁹. En primer lugar, Acción S.A.S. se obliga a

“[r]ealizar una selección adecuada del personal que le suministrará al CONTRATANTE, para garantizarle a este la idoneidad y eficiencia en el desempeño de las labores que se le encomendarán, de conformidad con los documentos en los cuales se especifique el perfil técnico y humano del personal, los cuales son indispensables para la correcta prestación del servicio objeto del presente contrato”⁴⁰. En segundo lugar, “[e]l personal seleccionado deberá ser avalado por el CONTRATANTE”⁴¹. En tercer lugar, Acción S.A.S. debe “[c]ontar con el Programa de prevención y control de uso problemático de alcohol y drogas, y asegurar la participación activa de todos en el mismo programa del CONTRATANTE”⁴².

Expuso que no es cierto que una persona vinculada por Acción S.A.S. sea automáticamente contratada por Avianca al mes siguiente, puesto que “(...) se debe desarrollar un curso, que la persona debe aprobar, para que se habilite la posibilidad de contratación por Avianca S.A.”⁴³ (Énfasis original).

Pruebas recaudadas por el juez de primera instancia

Mediante auto del 26 de diciembre de 2019, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá decretó y ordenó oficiosamente la práctica de pruebas. Durante el término otorgado, el Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S. y la empresa Acción S.A.S. aportaron la siguiente información:

Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S.

Esa entidad reiteró que el certificado médico de preingreso ocupacional no contenía restricciones al accionante “(...) ni se refirió a su aptitud para ejercer el cargo de tripulante de cabina [...]. La vinculación o no de un aspirante es un tema que se delimita por el proceso de selección surtido por la empresa contratante y no por Colmédicos”⁴⁴. Además, confirmó que el único documento que remitió a Acción S.A.S. fue el certificado ocupacional, que también le entregó al demandante. En ese documento consta que el aspirante “(...) no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de tripulante de cabina”⁴⁵.

Indicó que desconocía que el accionante se encontrara en tratamiento médico con antirretrovirales. En tal sentido, precisó que el postulante firmó un consentimiento informado y diligenció una encuesta en la que se le preguntó si actualmente se encuentra en tratamientos por alguna enfermedad, a la que contestó negativamente. Adicionalmente,

manifestó que “(...) no tiene acceso a la historia [clínica] que custodia la correspondiente EPS”⁴⁶. Sobre el resultado “alterado” del indicador para anfetaminas, refirió lo siguiente:

“(...) para el profesional médico que presidió la atención no es posible alterar el resultado de una prueba y más cuando no se tiene certeza de qué tipo de sustancia está consumiendo el paciente, es decir, no podría cambiar un resultado por la simple voluntad del paciente y no podría indicar a la empresa contratante que el paciente consume retrovirales”⁴⁷.

Interrogado sobre si el uso de antirretrovirales puede llevar a que en los exámenes ocupacionales se genere un resultado positivo para el consumo de anfetaminas, explicó que “(...) [e]sto es posible, dependiendo del tipo de retrovirales, el tiempo que lleve el paciente en el tratamiento y el horario de consumo”⁴⁸. Finalmente, adjuntó copia del consentimiento informado suscrito por el peticionario que indicó que “(...) se me ha informado que las pruebas complementarias o ayudas diagnósticas que se me podrían realizar pueden ser (sin limitarse a estas) una o varias de las siguientes: [...] Examen para evaluar el consumo de sustancias psicoactivas”⁴⁹.

Acción S.A.S.

Ante la pregunta sobre los criterios médicos que condujeron a la determinación de que el participante no es apto para ejercer el cargo de tripulante de cabina, Acción S.A.S. manifestó que el certificado médico ocupacional expedido por Colmédicos indicó lo siguiente: “Determinación cualitativa de anfetaminas: alterada”⁵⁰. En ese sentido, expuso que:

“(...) era preciso desistir del proceso de contratación del tutelante, pues para una labor tan importante y riesgosa, como lo es un tripulante de cabina, no es pertinente dar continuidad a un candidato que tenga alguna anomalía o alteración en el consumo de sustancias psicoactivas. Lo anterior por temas de seguridad preoperacional y porque, claro está, resultaría totalmente incompatible el posible consumo de sustancias psicoactivas con la seguridad aérea. // Aunado a lo anterior, queremos poner en consideración [...] que entre Acción S.A.S. y Avianca existe una relación comercial, en donde uno de los compromisos que adquirió mi representada es suministrar el personal más idóneo y calificado de acuerdo a la labor solicitada”⁵¹.

A continuación, indicó lo siguiente:

“En relación con las anfetaminas, actúan como drogas estimulantes. Incitan que la comunicación entre el cerebro y el cuerpo se acelere. Como resultado, la persona que está bajo estos efectos está más alerta y físicamente activo. También provocan que el cerebro libere dopamina que se relaciona con el estado de ánimo, el pensamiento y el movimiento. También es conocida como el químico cerebral ligado a sentirse bien. Por lo tanto, el usar anfetaminas puede causar estos efectos:

- * Alegría (euforia) y disminución de las inhibiciones, parecido a estar ebrio.
- * Los pensamientos son extremadamente claros.
- * Sensación de estar más en control, seguro de sí mismo.
- * Aumento de energía.
- * Siendo este consumo un alto riesgo para las personas que utilizan anfetaminas, ya que producen alteraciones mentales, emocionales y del comportamiento, con afectación de la personalidad”⁵².

Asimismo, Acción S.A.S. aclaró que en la contestación de la demanda anotó que Colmédicos le había informado que el accionante era “no apto”. Sin embargo, precisó que “(...) la única información que recibimos fue el certificado de aptitud médica ocupacional [...], en donde se indicó que el estado ocupacional del accionante era sin restricciones”⁵³. Seguidamente, indicó que las fases del proceso de selección son las siguientes:

“Fase I

- * Postulación al proceso en Jobsite Avianca
- * Prefiltro de inglés
- * Pruebas de selección y conocimiento

Fase II

- * Dinámica individual y/o grupal [...]

- * Entrevista individual

Fase III

- * Exámenes médicos

- * Validación y referenciación

Fase IV

- * Comité de selección

- * Solicitud de documentos y consolidación de información para firma de contrato

- * Firma de contrato

Fase V

- * Inicio del curso

- * Evaluación del curso para firmar directo con Avianca”⁵⁴

Interrogada sobre si el actor fue previamente advertido acerca de que el examen médico era requisito para su vinculación y que el consumo de anfetaminas conllevaba a la no aprobación de esta, Acción S.A.S. refirió que

“[e]n la fase I del proceso (prefiltro presencial) se realiza comunicación informativa de las fases del proceso. No es posible predecir las causas de no continuidad de un candidato hasta no tener su proceso completo. El proceso de selección y contratación comprende desde la etapa de reclutamiento hasta la etapa de validación que es previa a la contratación, se evalúa como un todo y se da por terminado cuando se selecciona el mejor candidato o el candidato más idóneo para ocupar el cargo”⁵⁵.

Por último, insistió en que nunca fue informada de que el demandante estaba en tratamiento médico con antirretrovirales y que su no vinculación se decidió con base en el resultado total del proceso y “(...) su comparación con los resultados de los demás candidatos”⁵⁶.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El 30 de diciembre de 2019, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá negó la acción de tutela. Ese despacho consideró que el actor suscribió el consentimiento informado suministrado por el laboratorio clínico. De esta manera, accedió expresamente a la práctica de exámenes, incluido el que determina el consumo de sustancias psicoactivas. Además, no encontró evidencia que le permitiera inferir que al accionante le realizaron prueba de VIH o que el médico con quien compartió información sobre su padecimiento hubiese comunicado dicha situación a Acción S.A.S. Añadió que el certificado de preingreso ocupacional no refiere esta enfermedad y el tutelante no la reportó en la declaratoria de salud general y de antecedentes personales.

Expresó que el actor no informó sobre su condición médica, por lo que “(...) la IPS Colmédicos no tenía la obligación de adoptar medida alguna para determinar que no consumía sustancias psicoactivas, sino que los resultados médicos correspondían al consumo de retrovirales”⁵⁷. Es decir, no había razón para realizar un nuevo examen o corregir el practicado.

Igualmente, advirtió que era razonable y proporcional que el peticionario no continuara en el proceso de selección, debido a que, según Acción S.A.S., el consumo de sustancias psicoactivas entraña un riesgo para la ejecución de la labor para la cual iba a ser contratado. En este escenario, concluyó que “(...) la no selección del actor como tripulante de cabina de pasajeros obedeció exclusivamente a no haber aprobado el examen médico y no por ser portador de VIH”⁵⁸.

Impugnación

El accionante impugnó el fallo con base en argumentos similares a los invocados en el escrito de tutela. En primer lugar, alegó que, de buena fe y para evitar estigmatizaciones, no informó a Colmédicos sobre su diagnóstico de VIH, sobre todo porque esta enfermedad no le impide trabajar. En segundo lugar, expresó su inconformidad con el hecho de que el médico que lo valoró le dijo que se había dado cuenta, gracias a la muestra de orina, que tomaba antirretrovirales. Esta situación, lo condujo a confesarle que tiene VIH. En tercer lugar,

reprochó que no se le hubiese practicado un nuevo examen sobre consumo de drogas psicoactivas después de haber aceptado que está en tratamiento con estos medicamentos. La situación descrita, según el actor, no le permite consumir este tipo de sustancias, pues así logra la adherencia de los medicamentos.

En cuarto lugar, recordó que, a pesar del resultado de anfetaminas, el certificado expedido por Colmédicos establece que no presenta restricciones. En quinto lugar, insistió en que le realizaron sin su consentimiento un examen de VIH, pues en su criterio, no de otra forma el médico que lo atendió pudo enterarse que consume antirretrovirales. En sexto lugar, le causó extrañeza que, después de haber avanzado en el proceso de selección, le hubiesen informado que no continuaría, justo después de conocerse su diagnóstico médico, “(...) haciéndolo pasar como resultado alterado de anfetaminas”⁵⁹.

Sentencia de segunda instancia

El 12 de febrero de 2020, el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela. Argumentó que las controversias suscitadas en el marco del proceso de selección en el que participaba el accionante “(...) son susceptibles de ser solucionadas mediante recursos ante la misma entidad, métodos alternos de solución de conflictos y/o ante la jurisdicción ordinaria”⁶⁰. Por este motivo, juzgó que la tutela no supera el presupuesto de subsidiariedad. Finalmente, precisó que Acción S.A.S. y Avianca manifestaron que desconocían la enfermedad del actor y que Colmédicos no informó sobre este aspecto. En tal perspectiva, no evidenció un acto de discriminación en su desvinculación del proceso de selección.

D. Actuaciones en sede de revisión

Mediante Auto del 30 de octubre de 2020, la Magistrada Sustanciadora ofició al accionante, a las demandadas y a algunas entidades para que absolvieran determinadas preguntas y, así tener más elementos de juicio para resolver el presente asunto.

Intervención de Eudor

El actor insistió en que no consume anfetaminas, sustancias psicoactivas, cigarrillo, ni

alcohol. Reiteró que “(...) a partir de la fecha en que fui diagnosticado con VIH he tenido que cambiar hábitos alimenticios, sociales y de ocio para mantener mi estado de salud y garantizar el éxito y efectividad del tratamiento antirretroviral”⁶¹.

Intervención de Acción S.A.S.

Esa entidad adjuntó el informe del proceso de selección del actor. En ese documento consta que su experiencia laboral se concentra en hoteles, específicamente en la organización y gestión de banquetes y eventos sociales y corporativos. Asimismo, resaltó que el demandante trabajó en Avianca entre 1998 y 2004 como tripulante de cabina y que el motivo de su retiro fue la terminación del contrato sin justa causa. Sobre sus estudios, consignó que el accionante tiene dos técnicas completas: como auxiliar de vuelo y en inglés; y una en curso como administrador de servicios a bordo. Finalmente, refirió que “(...) el candidato cuenta con experiencia y conocimiento para el cargo, teniendo en cuenta la referencia como tripulante de cabina. Sin embargo, sus últimas experiencias no están relacionadas con el cargo”⁶².

Acción S.A.S. enumeró nuevamente las etapas del proceso de selección y además insistió en que “(...) la finalidad dentro de cada una de las fases del proceso, es ir realizando filtros entre los candidatos que se presentan a la convocatoria, a fin de seleccionar el candidato más idóneo para la labor solicitada”⁶³. Ante la pregunta acerca de si Avianca le exige que las personas que vincule no consuman anfetaminas, advirtió que entre ambas empresas

“(...) existe una relación comercial en donde uno de los compromisos que adquirió mi representada es suministrar el personal más idóneo y calificado acorde con la labor solicitada. En ese sentido y, a pesar de no ser un factor determinante para no continuar en el proceso de selección, sí cobra alta relevancia el hecho de que para una labor tan importante y riesgosa como lo es un TRIPULANTE DE CABINA, debe ser seleccionado con alto cuidado y diligencia eligiendo al candidato más idóneo y sin novedad alguna que pudieren poner en riesgo la seguridad aérea”⁶⁴.

Al ser interrogada sobre si le había informado previamente al actor que el consumo de anfetaminas, aun en horarios no laborales, constituía una inhabilidad para el cargo de tripulante de cabina, contestó que, “[e]n la Fase I del proceso (Prefiltro presencial), se realiza comunicación informativa de las fases del proceso. Sin embargo, no es posible predecir las

causas de no continuidad de un candidato hasta no tener su proceso completo”⁶⁵. Destacó que

“(…) en noviembre del 2019 se presentaba el último grupo de candidatos del año, fecha para el cual finalizó el proceso de selección para el cual el accionante aplicó. El siguiente grupo ingresaba en junio 2020; no obstante, a raíz de la pandemia derivada del Covid-19, el cliente congeló todos los pedidos de selección de las diferentes labores que eran requeridas en su momento. Así las cosas, es menester indicar al Honorable Despacho que mi representada depende de la necesidad del servicio del cliente, y a la fecha los requerimientos del mismo no se encuentran activos”⁶⁶.

Indicó que, de conformidad con el profesiograma y con el RAC 120, la labor de tripulante de cabina es sensible a la operación aérea. Por tal razón, deben practicarse exámenes sobre: “(…) determinación alcohol (certificación medicina legal)”⁶⁷ y “determinación sustancias psicoactivas panel x 5 (cocaína, marihuana, opiáceos, benzodiacepinas, anfetaminas)”⁶⁸.

En cuanto al fundamento para la realización de exámenes que evidencien el consumo de anfetaminas, precisó que “(…) son estipulados por la empresa cliente y son soportados a través del profesiograma que se establece internamente de acuerdo con las funciones y la labor a desarrollar”⁶⁹. Sobre el efecto del consumo de anfetaminas en horarios diferentes a los laborales para el ejercicio del cargo de tripulante de cabina de pasajeros, afirmó que “(…) [g]eneralmente causan dependencia, no obstante, al no ser expertos en el tema, no podemos diferenciar si una persona es consumidora dentro o fuera del lugar del trabajo”⁷⁰.

Explicó que, aunque el certificado médico de preingreso ocupacional expedido por Colmédicos indicó que el demandante no presentó restricciones para desempeñar el cargo de tripulante de cabina, “(…) no se excluyó al candidato por el examen médico, y nunca se le informó que esta fuera la razón para no continuar en el proceso [...], por tanto, resulta palmario señalar que el resultado del examen realizado no fue el factor determinando (sic) para su no continuidad en el proceso de selección”⁷¹ (Énfasis original). Aclaró que

“(…) el certificado médico de preingreso ocupacional no es un criterio de inclusión o exclusión para ACCIÓN S.A.S., de tal forma que de ninguna manera discriminamos a nuestros candidatos por las condiciones médicas que pudiesen padecer, siendo preciso manifestar que en ningún momento mi representada conoció durante el desarrollo del proceso de selección

adelantado al accionante, el diagnóstico médico que indica padecer”72.

Intervención del Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S.

Refirió que la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales está respaldada en la Resolución 2346 de 2007 y que su finalidad es “(...) indicar al futuro empleador la necesidad de proveer espacios, movimientos de personal y/o capacitación al colaborador en cuanto sea necesario para proporcionar la debida protección”73. Por tanto, “(...) la existencia de una patología como el VIH no es una condición que amerite la emisión de restricciones y/o recomendaciones laborales, por lo que Colmédicos no realiza pruebas tendientes a la verificación de este tipo de patologías”74. Señaló que el examen de drogas se caracteriza por los siguientes rasgos:

“Busca marcadores que indican la presencia de alguna o algunas sustancias dentro de unos grupos farmacológicos de sustancias químicas catalogadas como psicoactivas, para el sub examine, nos referimos a los siguientes grupos: cocaína, marihuana, benzodiacepinas, opiáceos (morfina) y anfetaminas.

Detecta concentraciones por encima de un límite o concentración mínima de la sustancia y esta concentración mínima está reportada en el resultado de laboratorio; niveles por debajo de ese límite no son detectables por este medio.

Es una prueba cualitativa de resultado dicotómico, detectable o no detectable, que no arroja valores numéricos, por lo que no puede indicar la concentración exacta de la sustancia detectada.

Un resultado detectable no nos indica si el paciente consume de manera habitual u ocasional, ni tampoco indica si presenta una intoxicación aguda, o cantidad de la sustancia que tiene en su organismo, ni el momento exacto en que la sustancia ingresó en su organismo, ni la sustancia exacta que consumió o la fuente de donde la obtuvo”75.

En este contexto, concluyó que “(...) el resultado no se reporta en términos de positivo, sino de detectable o alterado, pues su significado clínico no puede ser tan claro como en una prueba cuantitativa específica”76. Igualmente, enfatizó que “(...) la causa más probable de un resultado ‘falso positivo’ en cualquier inmunoensayo es la reactividad cruzada por el

consumo de algunas sustancias”⁷⁷. El laboratorio enumeró varias sustancias y no incluyó “tenofovir/emtricitabina + darunavir/rit”, que es el tratamiento de antirretrovirales que recibe el accionante. En consecuencia, expuso que

“(…) es de vital importancia que el paciente informe al profesional médico, al momento en que se le consulta, del consumo de medicamentos, dado que estos pueden afectar el resultado de la prueba y esto debe ser antes de que la misma sea ejecutada, a fortiori, cuando ello es solicitado a través del correspondiente consentimiento informado entregado al paciente para su lectura y aceptación, justo antes de que la prueba sea ejecutada. Lo anterior, en sentido de explicar que, para el profesional en salud, es imposible colegir la alteración del resultado por la ingesta de medicamentos, sin la oportuna alerta del paciente. No obstante, es menester mencionar que no encontramos evidencia científica, que acredite la reacción cruzada entre una prueba en orina detectable para anfetaminas y el consumo de antirretrovirales”⁷⁸.

En relación con la posibilidad de realizar una segunda prueba de drogas a causa de posibles errores en la primera, Colmédicos indicó que “(…) es necesario tener en cuenta que el tiempo de detección de una prueba atiende a la ventana de tiempo en que la sustancia permanece en el organismo del paciente, es decir, es limitado y suele ser de horas. Al pasar determinado tiempo, el metabolismo va eliminando la sustancia por la orina llegando a una concentración donde no es factible detectar la misma”⁷⁹.

Por esta razón, afirmó tener un protocolo, de acuerdo con el cual “(…) conservamos la muestra de orina en que se obtuvo el resultado detectable por un lapso máximo de un mes, para proceder a realizar la prueba confirmatoria cuantitativa en caso que (sic) el colaborador o la empresa contratante lo soliciten y, para garantizar transparencia en el resultado, se ejecuta la prueba confirmatoria en la misma muestra que ha dado previamente un resultado detectable”⁸⁰. Anotó que, en este caso el actor ni la empresa contratante solicitaron una prueba confirmatoria, por tal razón, la muestra fue desechada.

Intervención de Avianca S.A.

La empresa indicó que los candidatos que se presentan al proceso deben contar con licencia de tripulante de cabina proferida por la Aeronáutica Civil. En tal calidad, tienen la obligación acreditar conocimientos para el ejercicio del cargo, conocer las condiciones habilitantes y el

contenido el Reglamento Aeronáutico Colombiano⁸¹. En este escenario, especificó que

“(…) quien ha escogido como profesión u oficio una actividad licenciada como lo es el de tripulante de cabina, conoce que, en desarrollo del mismo, tiene la responsabilidad de cuidar la vida y la integridad de las personas que se encuentren bajo su custodia en los aviones, en todo momento del vuelo; pues son quienes tienen a su cargo también la responsabilidad de liderar, conducir y coordinar las acciones de intervención de emergencia en el avión. No se trata de un cargo que se restrinja a la ‘atención al cliente’, pues en su calidad de tripulantes deben acreditar las condiciones físicas, psicosociológicas adecuadas para garantizar un vuelo seguro, cuyo propósito es el cuidado de la vida de todas las personas en el avión”⁸².

Agregó que es obligación de las empresas del sector aeronáutico realizar exámenes toxicológicos previos a las personas que desempeñen funciones sensibles para la seguridad operacional, de acuerdo con el punto 120.30 del RAC 120. Lo anterior guarda relación con su política de cero tolerancias al alcohol y sustancias psicoactivas.

Esta política está contenida en su programa único de prevención y control del consumo indebido de sustancias psicoactivas en el personal aeronáutico, el cual fue adjuntado. Este documento califica como falta grave por violación a las políticas de la compañía, las siguientes conductas: “[q]ue un trabajador se presente a trabajar bajo el efecto del alcohol o cualquier otra sustancia psicoactiva (...) [q]ue el trabajador utilice una sustancia tal como el alcohol y/o sustancia psicoactiva o depresora (...) [e]l uso, posesión y/o venta de una droga ilegal en cualquier momento o lugar, por cuanto estas afectan las funciones básicas del organismo y constituiría un riesgo para la seguridad de los clientes y trabajadores”⁸³. Asimismo, en este documento se dispone que “[...] [a] todo trabajador que resulte positivo en los exámenes de sustancias psicoactivas o alcohol, se prohíbe seguir desempeñando sus labores, especialmente si está relacionado directamente con la operación aérea”⁸⁴.

Dentro de los objetivos del programa, resaltó la realización de “[...] controles periódicos a los trabajadores, contratistas y terceros vinculados para determinar el uso problemático de alcohol y sustancias psicoactivas que pudieran afectar la seguridad de las labores aéreas”⁸⁵. Además, sus criterios prescriben que “[...] [l]a selección del personal que será sometido a las pruebas toxicológicas aleatorias se realizará por medio de un proceso científicamente válido, basado en un método que asegure la aleatoriedad de la selección de los candidatos”⁸⁶.

Igualmente, que “(...) todo el personal sensible a la seguridad área deberá ser sometido a un examen de control de consumo de alcohol y sustancias psicoactivas al menos una vez cada 24 meses”⁸⁷.

Desde esta perspectiva, el programa estipuló que las pruebas de drogas psicoactivas se deberán practicar en los siguientes momentos: (i) en la etapa de selección de aspirantes a trabajar en Avianca; (ii) cuando haya duda razonable o sospecha sobre consumo (marcha tambaleante, comportamiento extraño, lenguaje o habla incordiados, etc.); (iii) después de la ocurrencia de un accidente o incidente aéreo; y, (iv) de manera aleatoria.

Adicionalmente, en relación con las pruebas de sustancias psicoactivas, prevé que “(...) [s]i se recibe un resultado negativo, se considera que la muestra está libre de drogas. En caso de ser positivo en la prueba tamiz, se requiere confirmación mediante una contraprueba: segundo examen toxicológico mediante una prueba de drogas en la misma orina y con la misma metodología analítica realizada en el primer examen”⁸⁸ (Énfasis original).

Intervención del Departamento de Farmacología y Toxicología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia

La institución precisó que las pruebas de detección de drogas a través de la orina son de alta sensibilidad y poca especificidad. Por ende, “(...) [a]ctualmente se conocen medicamentos y alimentos cuyo consumo pueden inducir falsos positivos en estas pruebas”⁸⁹. Presentó un cuadro con un listado de medicamentos que pueden ocasionar falsos positivos en las pruebas rápidas para anfetaminas y un listado de productos que no generan reacciones cruzadas. Con base en esta información, concluyó que

“(...) [n]inguno de los cuatro medicamentos (tenofovir, emtricitabina, darunavir, ritonavir) aparecen en alguno de los dos listados (falsos positivos y los que no producen reacciones cruzadas). Igualmente, una búsqueda en la literatura indizada no arrojó resultados de reportes de casos que permitan evidenciar que dichos fármacos se asocian con falsos positivos para anfetaminas”⁹⁰.

Apuntó que, debido a la falta de evidencia en favor de la inducción de falsos positivos por parte de estos medicamentos, la probabilidad de que ello ocurra es baja. Sin embargo, “(...) es imposible descartar por completo la posibilidad, pues los fabricantes de estas UDS

[pruebas de detección de drogas en orina, por sus siglas en inglés] no han estudiado todos los medicamentos disponibles y posiblemente esto nunca ocurra, pues es una simple prueba preliminar, NO confirmatoria”⁹¹. El interviniente sostuvo que un segundo examen puede eliminar la alteración en los resultados. De esta manera, expresó que:

“(…) para disminuir la probabilidad de incurrir en conclusiones erróneas, todos los resultados positivos observados en un inmunoensayo deberían ser confirmados haciendo uso de una prueba más precisa como la espectrometría de gases acoplada a un detector de masas (GC-MS) con procedimiento especial para isómeros ópticos [...] o en su defecto cromatografía líquida acoplada a espectrometría de masas con analizadores de triple cuadrupolo y de tiempo de vuelo [...]. Ambas técnicas están disponibles en laboratorios especializados”⁹².

Intervención del Departamento de Toxicología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia

La Universidad advirtió que no cuenta con información específica de la prueba utilizada. Por tal razón infirió que se trata de una prueba cualitativa, rápida y de detección en la orina, basada en el principio del inmunoensayo. Bajo ese entendido, revisó los folletos de las características técnicas de pruebas rápidas para análisis de sustancias psicoactivas en orina de cinco marcas diferentes. La conclusión de aquella evaluación, en búsqueda de sustancias que interfieren o no en el análisis, es que:

“(…) las moléculas ‘tenofovir/emtricitabina + darunavir/rit’ no son reportadas como interferentes para el resultado de anfetaminas. También realizamos la búsqueda en bases de datos de artículos científicos que describieran hallazgos de interferencias de estos medicamentos con la prueba de anfetaminas y no se encontró ningún reporte de este tipo. Esto quiere decir que no hay estudios publicados o ensayos de los fabricantes de estos medicamentos, ni de los fabricantes de las pruebas, evaluando la posible interferencia originada por estos medicamentos, por lo cual no se puede afirmar ni descartar categóricamente que una persona que se encuentre en tratamiento con estos medicamentos arroje un resultado falso positivo en pruebas de drogas para anfetaminas”⁹³.

No obstante, citó un estudio científico con la siguiente información

“(…) para un tipo de prueba rápida de drogas de abuso, la sensibilidad para la detección de

anfetaminas y metanfetaminas era de 9%, mientras que la sensibilidad para detectar marihuana y cocaína era del 100%. Esta información puede indicar que sí es posible que las pruebas rápidas de anfetaminas se vean afectadas por el consumo de medicamentos en mayor medida que para marihuana y cocaína. Sin embargo, no es posible conocer la probabilidad de ocurrencia de un falso positivo generado por las moléculas tenofovir/emtricitabina + darunavir/rit, ya que no hay estudios disponibles específicos”⁹⁴.

Por último, el interviniente informó que si los resultados de los exámenes de drogas sicoactivas generan dudas, “(...) se requiere ejecutar una prueba confirmatoria de características cuantitativas a la misma muestra o, en su defecto, tomar una nueva muestra a la mayor brevedad, con el fin de evitar cambios significativos en la misma”⁹⁵. Expuso que los mismos fabricantes de las pruebas rápidas recomiendan un segundo examen cuantitativo,

“(...) que por lo general es la cromatografía de gases acoplada a espectrometría de masas (GC/MS). Esta es una prueba de alta tecnología y alto costo, que se considera una prueba confirmatoria, ya que determina resultados como si se tratara de identificar la huella digital de cada droga, por lo que da muy poca probabilidad de interferencia con sustancias o medicamentos. Sin embargo, debemos resaltar que actualmente en el país no se ofrece este servicio como prueba particular o para uso en el contexto ocupacional, como sí se realiza en otros países”⁹⁶.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión es competente para decidir sobre el expediente de la referencia.

Asunto objeto de revisión

1. El actor pretende la protección de sus derechos a la igualdad, intimidad, trabajo y debido proceso, supuestamente vulnerados por las demandadas. Adujo que fue excluido de un proceso de selección laboral para el cargo de tripulante de cabina por su diagnóstico de VIH. Manifestó que le practicaron un examen de consumo de drogas psicoactivas y el resultado fue “alterado” debido a los retrovirales que utiliza para su tratamiento. Para el demandante, además, se trató de una prueba de VIH realizada sin su consentimiento. Advirtió que el médico que atendió el procedimiento supuestamente le hizo confesar su condición de portador de la enfermedad. Esta información, según el aspirante, fue suministrada a Acción S.A.S. Por tal razón, no continuó en el proceso de escogencia. Durante el trámite de tutela, incluida la revisión, el actor ha sostenido que no consume sustancias psicoactivas.

Por su parte, las entidades demandadas expresaron que: i) el actor no informó su condición médica al momento de realizar los exámenes pertinentes; ii) la prueba no presentó ninguna anomalía que afectara su efectividad; iii) el consumo de drogas psicoactivas está restringido para ejercer el cargo de tripulante de cabina al que aspiraba el demandante. Lo anterior, en atención a la especial labor que realizan relacionada con la seguridad del vuelo; iv) el petitionario no tenía experiencia reciente relacionada con el puesto de trabajo; y, v) el examen médico no fue el único criterio para que el solicitante no continuara en el proceso de selección.

Particularmente, Acción SAS indicó que el proceso de selección al que se presentó el tutelante finalizó y actualmente no hay requerimientos de personal por parte de Avianca debido a la contingencia generada por la pandemia del COVID-19. Por su parte, el laboratorio clínico manifestó que la muestra con la que fue realizada la prueba del actor fue destruida, en atención a los protocolos médicos aplicables.

Cuestión previa. Carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente

1. De manera preliminar, la Sala considera que en este caso operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente. Lo anterior, porque el proceso de selección al que se presentó el actor finalizó, actualmente no hay requerimientos de personal por parte de Avianca con ocasión de la crisis económica generada por la pandemia del COVID-19 y, finalmente, la muestra tomada para el examen fue destruida. No obstante, la

Corte hará un pronunciamiento en términos de pedagogía constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares y el fondo del asunto.

La carencia actual de objeto y sus categorías⁹⁷

1. Este Tribunal ha sostenido que, en ocasiones, la alteración de las circunstancias que motivaron la solicitud de amparo hace que la acción de tutela pierda su razón de ser como mecanismo inmediato de protección⁹⁸. En este escenario, el juez no puede proferir una orden tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales invocados cuando, durante el trámite judicial, desaparece el hecho que originó la presentación de la demanda⁹⁹. Para referirse a estos casos, la doctrina constitucional ha empleado el concepto de carencia actual de objeto.

1. La Sentencia SU-522 de 2019¹⁰⁰ recordó que, inicialmente, la jurisprudencia sólo contempló dos categorías de la carencia actual de objeto: el hecho superado y el daño consumado. Precisó que la primera se configura cuando la entidad accionada satisface voluntariamente y por completo lo pedido, mientras la segunda ocurre cuando se perfecciona “la afectación que con la tutela se pretendía evitar”. Asimismo, la Corte resaltó que el hecho sobreviniente es una tercera categoría empleada por la Sala Plena y por distintas Salas de Revisión. Comprende aquellos eventos que no se enmarcan en los conceptos tradicionales de hecho superado y daño consumado. A manera de ilustración, explicó que se ha declarado su configuración cuando: (i) el actor asume una carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; (ii) un tercero -distinto al accionante y a la entidad demandada- logra que la pretensión se satisfaga en lo fundamental; (iii) es imposible proferir orden alguna por razones no atribuibles a la entidad demandada; o (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la litis.

1. Por otro lado, este Tribunal ha señalado que, pese a la declaratoria de la carencia actual de objeto, el juez puede emitir un pronunciamiento de fondo o tomar medidas adicionales,

dadas las particularidades del caso. Este tipo de decisiones son perentorias cuando se presenta un daño consumado, mientras que son optativas cuando acontece un hecho superado o una situación sobreviniente. Además, se adoptan por motivos que superan el caso concreto, por ejemplo, para: (i) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental; (ii) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de los hechos que motivaron la tutela y tomar medidas que prevengan una violación futura; (iii) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; (iv) corregir las decisiones de instancia; o, incluso, (v) adelantar un ejercicio de pedagogía constitucional¹⁰¹.

1. En suma, la carencia actual de objeto genera la extinción del objeto jurídico de la tutela e implica que cualquier orden proferida por el juez caería en el vacío. Esta figura puede generarse por: i) el hecho superado; ii) el daño consumado; y, iii) la situación sobreviniente. En el daño consumado, surge para el juez de tutela el deber de pronunciarse de fondo y, si es del caso, adoptar medidas correctivas. En el caso del hecho superado y la situación sobreviniente, el juez podrá examinar el asunto con la finalidad de verificar la conformidad constitucional de la situación que dio origen al amparo, avanzar en la comprensión de un derecho fundamental y realizar la función de pedagogía constitucional, entre otros. En estos eventos, también puede proferir remedios adicionales.

La configuración de la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente

1. Para la Sala, en el presente asunto se configuró la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente. En efecto, durante el trámite del amparo y en sede de revisión, la Corte constató que: i) el proceso de selección de personal, al cual se presentó el actor, finalizó; ii) actualmente no hay requerimiento de trabajadores por parte de Avianca por la crisis económica generada por el COVID-19; y, iii) la muestra utilizada para realizar los exámenes al peticionario fue destruida.

1. En tal perspectiva, la Sala considera que desaparecieron los hechos que dieron origen a la acción de tutela por circunstancias que, si bien no satisfacen las pretensiones del actor, hacen inoperante la intervención del juez de tutela. Particularmente, la cesación de la relación contractual entre las demandadas con ocasión de la pandemia originada por el COVID-19, configura una circunstancia que no es atribuible a las sociedades accionadas. En efecto, la Sentencia C-145 de 2020¹⁰² indicó que se trata de una crisis global de salud pública que “(...) opera en un marco de enorme incertidumbre y que además tiene gran impacto sobre las sociedades y la economía, de la cual Colombia no está exenta (...) Las circunstancias que motivaron la declaración del estado de emergencia tienen su origen en hechos diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, es decir, son sobrevinientes a las situaciones que normalmente suceden en el discurrir de la actividad de la sociedad en sus diferentes manifestaciones.”

Ante esta situación, una orden de protección no surtiría ningún efecto porque el proceso de escogencia terminó, Avianca no requiere más trabajadores por cuenta de la crisis ocasionada por la pandemia COVID-19 y la muestra que sirvió para realizar el examen fue destruida. Bajo ese entendido, operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por circunstancias sobrevinientes.

1. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de segunda instancia, pero por haber operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por circunstancias sobrevinientes. No obstante, la Corte estima necesario emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, con el fin de adelantar un ejercicio de pedagogía constitucional y avanzar en la comprensión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Para tal efecto, le corresponde establecer si se cumplen los requisitos de procedencia del amparo constitucional. En tal caso, continuará con el análisis de fondo.

Procedibilidad de la acción de tutela¹⁰³

1. A partir de la consagración constitucional de la acción de tutela en el artículo 86 superior, pueden identificarse los elementos asociados con su procedibilidad que debe verificar el juez

constitucional. Estos requisitos son: (i) la legitimación tanto por activa como por pasiva; (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

Legitimación en la causa por activa

1. Este presupuesto se refiere a quién puede promover ante los jueces una solicitud de amparo con el objeto de que sus derechos fundamentales sean protegidos. La norma en mención dispone que “(...) [t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces [...], por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”. Es decir, que cualquier persona que considere que sus derechos fundamentales son vulnerados o amenazados puede acudir a la tutela por sí misma o por intermedio de alguien que actúe en su nombre, bien sea porque le fue otorgado poder para ello, actúa como agente oficioso o es su representante legal.

1. La tutela fue interpuesta por Eudor en nombre propio y es quien alega que sus derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al trabajo y al debido proceso fueron lesionados por las sociedades demandadas. En consecuencia, su legitimidad por activa está acreditada, al ser el titular de las garantías superiores cuya protección pretende en sede constitucional.

Legitimación en la causa por pasiva

1. Este presupuesto se refiere a quién puede ser demandado en tutela. El artículo 86 superior señala que la vulneración o amenaza de derechos fundamentales que da lugar a interponer este mecanismo judicial puede provenir de “(...) la acción o la omisión de cualquier autoridad”. Asimismo, los particulares también lo pueden ser en los casos en que estén “(...) encargados de la prestación de un servicio público” o cuando su “conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Estos dos últimos casos –subordinación e indefensión– han sido entendidos y definidos por la Corte de la siguiente manera: la subordinación alude a una relación jurídica de dependencia, como sucede entre trabajadores y patronos y entre estudiantes y profesores. Por su parte, la indefensión refiere también a una relación de dependencia, pero que no deriva del ordenamiento jurídico, sino de situaciones fácticas. En tal sentido, “(...) la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”¹⁰⁴.

1. La Sentencia T-247 de 2010¹⁰⁵ analizó la tutela presentada por una señora que no fue contratada por Ecopetrol en el cargo de vigilante por su condición de mujer. En aquella ocasión, la Corte indicó que si bien la demandada era una sociedad de economía mixta, sus relaciones laborales estaban regidas por el derecho privado. En tal sentido, indicó:

“La reiterada jurisprudencia constitucional no ha dejado lugar a duda respecto de la procedencia de acción de tutela contra sujetos particulares en materia laboral, entendiendo que en estos casos se presenta subordinación del trabajador –o quien aspira a serlo– respecto del empleador. Esta posibilidad se presenta como argumento suficiente para declarar la procedencia de la presente acción de tutela.”

Por su parte, la Sentencia T-694 de 2013¹⁰⁶ también analizó un amparo promovido por un aspirante que no fue contratado por Ecopetrol porque no superó el estudio de riesgo. Esa decisión reiteró el precedente contenido en la Decisión T-247 de 2010 y precisó:

“En gracia de discusión, y dado que en el presente caso no existe una relación laboral en estricto sentido, sino que se trata de una relación fáctica previa al acceso al trabajo, la Sala considera que el actor se encuentra también en una situación de indefensión, pues no tiene otros medios de defensa para alegar la vulneración de sus derechos por la empresa que le niega acceder a un cargo durante el proceso de selección.” (Énfasis agregado)

1. En el caso concreto, la Sala aplica la precisión jurisprudencial contenida en la Sentencia T-694 de 2013¹⁰⁷ y considera que la legitimación por pasiva de las tres sociedades privadas

se sustenta en el estado de indefensión del actor. En efecto, entre las partes no medió una relación jurídica laboral o de cualquier otra clase que configure una forma de subordinación. Los hechos que sustentan la tutela se generaron en un escenario de escogencia de trabajadores que no está regido por una relación jurídica laboral y en el que se practicaron unos exámenes clínicos. En tal perspectiva, Avianca S.A., Acción S.A.S. y el Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S. intervinieron de forma directa e indirecta en el proceso de selección, en el cual, de acuerdo con el accionante, se transgredieron sus derechos fundamentales. En ese escenario, el actor carece de defensa y de la posibilidad de respuesta efectiva ante la presunta discriminación por padecer VIH.

1. Acción S.A.S. tiene legitimidad por pasiva, por cuanto adelantó el proceso de selección de personal que, posteriormente, trabajaría en Avianca. Este procedimiento se acusa de desconocer los derechos del accionante.

1. Por su parte, si bien Avianca S.A. no participó directamente en el proceso de selección, suscribió con Acción S.A.S. el contrato de suministro de personal temporal No. 151-DC-2016. A través de este acto jurídico acordaron“(…) una selección adecuada del personal que le suministrará al CONTRATANTE, para garantizarle a este la idoneidad y eficiencia en el desempeño de las labores que se le encomendarán, de conformidad con los documentos en los cuales se especifique el perfil técnico y humano del personal, los cuales son indispensables para la correcta prestación del servicio objeto del presente contrato”¹⁰⁸. Acción S.A.S. también se obligó a “[c]ontar con el Programa de prevención y control de uso problemático de alcohol y drogas, y asegurar la participación activa de todos en el mismo programa del CONTRATANTE”¹⁰⁹. La cláusula séptima del referido contrato contiene una prescripción de indemnidad para el CONTRATANTE. En tal sentido, el CONTRATISTA (Acción S.A.S) asume su responsabilidad si existiere alguna reclamación, pleito, y acción legal, entre otros¹¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, el proceso de selección que el actor acusa de haber sido discriminatorio en su contra por ser portador de VIH fue realizado en ejecución del contrato a través del cual Avianca S.A. le solicitó a Acción S.A.S. el suministro de trabajadores con

determinadas características. De esta forma, si bien existe una intermediación que a su vez consagra una cláusula de indemnidad, en el presente asunto Avianca S.A. no invocó dicha prescripción contractual y en todo caso, dicha relación se sustenta en el principio de solidaridad, porque esa empresa se beneficiaría de la labor que contrató. De igual forma, estableció los perfiles, las condiciones y los requisitos que deben cumplir los trabajadores contratados. Por ende, esta empresa está legitimada por pasiva.

1. Por su parte, el Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S. era el encargado de la práctica de las evaluaciones médicas ocupacionales, de conformidad con la autorización que para ello otorga a las IPS la Resolución 2346 de 2007, “[p]or la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales”. De esta manera, fue la entidad que realizó las evaluaciones médicas ocupacionales al participante y que originaron la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

1. En consecuencia, el actor podría encontrarse en estado de indefensión respecto de las accionadas. Su relación de dependencia no está mediada por ningún vínculo jurídico formal del cual se deriven obligaciones. Se trata de una situación fáctica producto de un proceso de selección de personal en el ámbito privado del cual no se derivan relaciones jurídicas laborales. De esta forma, las tres compañías están legitimadas por pasiva, ya que incidieron en el presunto acto discriminatorio: una que contrató a un tercero para desarrollar un proceso de selección de personal bajo sus condiciones y necesidad y, además, fue la beneficiaria de dicha gestión, otra que adelantó directamente la escogencia de las personas que serían contratadas por Avianca y, finalmente, aquella que realizó los exámenes médicos que presuntamente justificaron la exclusión del actor del mencionado proceso.

Inmediatez

1. La Corte Constitucional ha indicado que, a pesar de que la tutela está desprovista de un

término de caducidad, tiene un carácter urgente del cual se desprende de su naturaleza preferente y sumaria, materializado con el término reducido en el que debe ser resuelta por parte de los jueces. Con base en lo expuesto, este Tribunal ha establecido que los accionantes acudan a la tutela de manera oportuna. En este sentido, el amparo no es procedente cuando ha transcurrido un tiempo irrazonable entre la acción u omisión que vulnera o amenaza sus derechos fundamentales y la interposición del amparo¹¹¹.

1. En el caso concreto, el 28 de noviembre de 2019 el actor se enteró que no había sido seleccionado para continuar en el proceso de contratación en el que participó. En esa fecha recibió un correo electrónico de Acción S.A.S. que le informó que“(...) [e]n esta oportunidad no has sido seleccionado para continuar con el proceso. Sin embargo, tu hoja de vida permanecerá en nuestra base de datos para futuras oportunidades”¹¹². El 20 de diciembre de 2019, el accionante presentó la tutela, esto es menos de un mes desde que se enteró la decisión de la empresa que adelantaba el proceso de selección de personal que cuestiona en esta oportunidad. Desde esta perspectiva, el peticionario formuló el amparo en un tiempo corto desde la ocurrencia del hecho que, en su sentir, transgredió sus derechos fundamentales. Por ende, la Sala encuentra cumplido el presupuesto de inmediatez.

Subsidiariedad

1. El principio de subsidiariedad implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios que el sistema normativo ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos. De esta forma, se impide el uso indebido del mecanismo constitucional como vía preferente o instancia adicional de protección.

No obstante, el presupuesto de subsidiariedad debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹¹³: (i) cuando

el medio de defensa dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo ni eficaz, caso en el que el amparo procede como mecanismo definitivo; y (ii) cuando, pese a existir un mecanismo judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el que la tutela es procedente como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, portadores de VIH, de la tercera edad o población desplazada, entre otras, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto. En otras palabras, el juez debe utilizar criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos¹¹⁴.

1. En este asunto, el actor indicó que fue diagnosticado con VIH y pretende el amparo de los derechos fundamentales invocados. Para tal efecto, solicita al juez ordenar su vinculación a Avianca S.A. en el cargo de tripulante de cabina de pasajeros. Debido a que no existe ningún mecanismo judicial ordinario para controvertir la presunta discriminación por padecer VIH que se consideró generada por el retiro del aspirante de un proceso de selección de tripulante de cabina entre particulares. En tal sentido, el demandante solo cuenta con la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales. Luego, en relación con esta pretensión, la acción constitucional supera el requisito de subsidiariedad¹¹⁵.

Formulación del problema jurídico

1. El peticionario solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos a la igualdad, intimidad, trabajo y debido proceso. Advirtió que fue excluido del proceso de selección de personal para tripulante de cabina por ser portador de VIH. Si bien el examen toxicológico arrojó resultado “alterado” para anfetaminas, el accionante ha enfatizado y reiterado que no consume drogas. Indicó que ese procedimiento fue afectado por el tratamiento de retrovirales en el que se encuentra. Por su parte, las entidades accionadas han referido que: i) el actor no informó su condición médica al momento de realizar los exámenes pertinentes; ii) la prueba no presentó ninguna anomalía que afectara su efectividad; iii) el consumo de

drogas psicoactivas está restringido para ejercer el cargo de tripulante de cabina al que aspiraba el demandante. Lo anterior, en atención a la especial labor que realizan, relacionada con la seguridad del vuelo; iv) el peticionario no tenía experiencia reciente relacionada con el puesto de trabajo; y, v) el examen médico no fue el único criterio para que el postulante no avanzara a la siguiente fase.

1. Previo a formular el problema jurídico planteado, la Sala precisa que el análisis de las vulneraciones alegadas a los derechos fundamentales invocados está limitado a verificar si existió o no la discriminación al actor por padecer VIH. En tal sentido, no estudiará lo relacionado con el resultado del examen toxicológico porque el accionante presentó el amparo únicamente por el supuesto trato desigual por ser portador de la mencionada enfermedad y no por el consumo de sustancias alucinógenas. De hecho, durante el trámite de la tutela y en el marco del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el accionante fue enfático en negar que fuera consumidor de drogas psicoactivas, de ahí que la Sala debe dar plena credibilidad a lo afirmado y centrar su estudio en el aspecto que, según el accionante, pudo generar la violación de los derechos fundamentales que busca proteger: el consumo de retrovirales para combatir el VIH que padece.

1. Por todo lo anterior, en el presente asunto, le corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿las empresas particulares demandadas discriminaron al actor por su condición de portador de VIH al excluirlo de un proceso de selección de tripulantes de cabina con base en exámenes médicos que no incluían prueba de dicha enfermedad y por falta de experiencia cercana en el cargo? Con el propósito de resolver este interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: i) la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; ii) los derechos a la dignidad y a la intimidad. De igual forma, el principio de igualdad de personas portadoras de VIH. También, las libertades económica y de empresa; y, iii) el servicio público de transporte aéreo de pasajeros como actividad peligrosa y regulada intensamente por el Legislador. El perfil de los tripulantes de cabina y la práctica de pruebas médicas (incluidas las toxicológicas) como requisito para trabajar en ese sector económico. Finalmente, iv) la Sala resolverá el caso concreto.

Eficacia horizontal de los derechos fundamentales

1. Desde sus primeros pronunciamientos¹¹⁶, la Corte ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales no solo resulta exigible del Estado sino también se predica de las relaciones entre particulares. Lo anterior, porque reconoce la posibilidad de que personas naturales o jurídicas de carácter privado vulneren o amenacen tales garantías¹¹⁷. En efecto, a partir del emblemático Fallo Lüth del Tribunal Constitucional Federal Alemán¹¹⁸, la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales fue acogida en España y, posteriormente, en Colombia¹¹⁹, con la adopción de la Constitución de 1991.

En este marco, este Tribunal ha concluido que, tanto en el derecho comparado como en el interno, “(...) la concepción de los derechos como garantías de defensa frente al Estado genera obstáculos para su eficacia en las relaciones entre particulares”¹²⁰. Por lo anterior, la respuesta del constitucionalismo ha sido “(...) el desarrollo de herramientas teóricas o dogmáticas para superar esos obstáculos y asegurar, al menos bajo ciertas condiciones, la eficacia horizontal de las cláusulas iusfundamentales”¹²¹.

1. En este contexto, esta Corporación ha construido un concepto autónomo de eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹²², según el cual estos inciden en el tráfico jurídico privado gracias al efecto de irradiación propio de las normas superiores¹²³. Aquel se extiende a todo el ordenamiento jurídico como expresión del principio de supremacía constitucional¹²⁴ y se fundamenta en la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales¹²⁵.

1. En ese entendido, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tiene una dimensión sustancial y otra procesal, las cuales no deben confundirse entre sí¹²⁶. En efecto, el ámbito sustancial está referido al deber de los particulares de garantizar la efectividad inmediata de los derechos fundamentales en el mayor grado posible¹²⁷. Lo anterior exige un ejercicio de ponderación que armonice los valores y principios constitucionales¹²⁸ y las

especiales dinámicas que rigen las relaciones privadas, en particular, porque están guiadas por el principio de la autonomía de la voluntad privada. Además, el Legislador no puede excluir la garantía de los derechos fundamentales en esas relaciones jurídicas, por cuanto “(...) los derechos fundamentales son la base, el sustento de toda legislación, y no su efecto”¹²⁹.

De otra parte, en cuanto al ámbito procesal, una de las manifestaciones más relevantes de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales son las reglas de procedencia de la acción de tutela contra particulares, en concreto aquellas que definen la legitimación por pasiva¹³⁰. Sin embargo, es claro que este efecto de irradiación iusfundamental no se agota en esta cuestión procesal¹³¹, sino que refleja “(...) la decisión inequívoca de vincular directamente a los particulares en la materialización de los derechos fundamentales y de orientar al legislador en la definición de los elementos mínimos para su exigibilidad judicial”¹³².

1. De igual modo, la Corte ha señalado que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se sustenta, entre otros, en el principio de igualdad. En efecto, su objetivo es materializar la exigibilidad de estos derechos aun en aquellos casos en los que se presentan marcados desequilibrios entre los particulares involucrados¹³³. A partir de este enfoque, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional (i) ha salvaguardado el derecho a la estabilidad laboral reforzada en el marco de las relaciones laborales entre particulares¹³⁴; (ii) ha concedido la protección de los derechos a la honra, intimidad y buen nombre de las personas en las redes sociales¹³⁵ y; (iii) ha precisado que derechos fundamentales, como la vivienda digna, el mínimo vital, la salud y el debido proceso, rigen en el marco de las relaciones contractuales entre particulares¹³⁶.

1. Con todo, existen diferencias sustanciales en el alcance de la intervención del juez constitucional cuando se trata de relaciones entre particulares, en contraste con las situaciones en que los derechos fundamentales resultan vulnerados por la actuación estatal¹³⁷. Esta distinción se sustenta en que los individuos y las personas jurídicas privadas son titulares de un ámbito de libertad que “(...) el Estado no puede ni debe entrar a desconocer (...) en nombre de una definición coyuntural de interés público. (...) De otra

forma la esfera de lo público acabaría confundiéndose con la esfera de lo privado, situación propia de estructuras sociales y políticas corporativistas o totalitarias”¹³⁸.

En consecuencia, la Corte ha sostenido incluso que “(...) la exigencia directa de los derechos a particulares solo es viable cuando existe un rompimiento de las condiciones de igualdad formal entre las partes por razones jurídicas (subordinación) o fácticas (indefensión)”¹³⁹. Sobre este particular, ha afirmado que:

“(...) es obvio que la fuerza del principio de igualdad es mucho mayor cuando regula las relaciones entre las autoridades y las personas, que cuando se trata de vínculos privados entre particulares. La razón es tan sencilla como poderosa: la Constitución no sólo protege el pluralismo (CP art. 7º) sino que, además, las personas son autónomas, tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad y gozan de la libertad de asociación (CP arts 16 y 38), por lo cual los individuos pueden expresar ciertas preferencias que le están vedadas a las autoridades. Por ejemplo, una persona puede escoger sus amistades exclusivamente entre aquellas personas que profesan ciertas opiniones políticas o convicciones religiosas, mientras que está prohibido a las autoridades realizar ese tipo de diferenciaciones (CP art. 13)”¹⁴⁰.

1. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha admitido que el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales contra particulares puede generar riesgos, al debilitar el principio de legalidad, el principio de la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual y la seguridad jurídica¹⁴¹. Por consiguiente, “(...) la aplicación de la protección de la efectividad directa de los derechos fundamentales frente a particulares, no puede ser ilimitada”¹⁴².

1. Con base en lo anterior, esta Corte ha establecido que el criterio predominante para evaluar si resulta admisible y necesario el examen constitucional de las actuaciones de los particulares, es la existencia de una clara relación asimétrica de poder entre los sujetos implicados¹⁴³. En estos eventos, “(...) no es posible estrictamente hablar de horizontalidad en las relaciones entre particulares”¹⁴⁴. También, ha destacado que, en abstracto, no es factible “(...) formular reglas que permitan distinguir cuándo y hasta dónde los derechos

fundamentales deben ser respetados y hechos respetar en las relaciones particulares”¹⁴⁵. Bajo ese entendido, le corresponde al juez constitucional evaluar, en cada caso concreto, si su intervención se justifica para garantizar los derechos fundamentales o si, por el contrario, se trata de ámbitos de acción propios de la libertad individual.

1. La Corte ha aplicado este criterio en varias oportunidades. En efecto, ha analizado las discusiones entre los particulares a partir de criterios como el de relevancia constitucional o la razonabilidad y proporcionalidad de sus actuaciones, como se expone en los siguientes ejemplos:

La Sentencia T-368 de 1998¹⁴⁶, analizó la posible vulneración de los derechos fundamentales de dos periodistas deportivos a los que el Club Atlético Huila les negó la entrada al estadio de fútbol en el que juega el equipo. En esa ocasión, la Corte encontró que sus derechos fundamentales habían sido vulnerados por cuanto (i) la sanción no tenía sustento en la conducta de los actores; y (ii) se trataba de una limitación desproporcionada al ejercicio de la libertad de prensa.

La Sentencia T-720 de 2014¹⁴⁷ negó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la igualdad del actor, quien había sido expulsado por la Gran Logia de Colombia. En esa oportunidad, aunque la Corte consideró procedente la acción de tutela¹⁴⁸, determinó que el estándar de valoración de la posible vulneración del debido proceso es menos intenso porque se cuestiona una decisión tomada por los órganos internos de una asociación privada, en ejercicio de su autonomía¹⁴⁹. En consecuencia, concluyó que no correspondía imponer una visión determinada de la Constitución en el análisis de los estatutos de la logia y que no había una vulneración de derechos fundamentales en el caso concreto. Específicamente, los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad fueron respetados.

La Decisión SU-420 de 2019¹⁵⁰ unificó las reglas jurisprudenciales de procedencia para el ejercicio de la acción de tutela cuando se trata de conflictos entre particulares derivados de publicaciones difundidas a través de redes sociales, que pueden involucrar derechos fundamentales como la libertad de expresión, la honra y el buen nombre. En este tipo de casos, la Sala Plena estableció algunos parámetros para determinar si la acción de tutela es

el mecanismo para resolver este tipo de controversias, con fundamento en el criterio de relevancia constitucional.

1. En suma, esta Corporación ha establecido, en torno al concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, las siguientes reglas jurisprudenciales:

(i) Los derechos fundamentales son obligatorios y plenamente aplicables entre los particulares y en las relaciones jurídicas privadas.

(ii) Los principios, valores y normas constitucionales tienen un efecto de irradiación, que se extiende a todo el ordenamiento jurídico e incide en las relaciones y decisiones de los particulares.

(iii) El Legislador no puede establecer que la protección de los derechos fundamentales no procede en las relaciones privadas. Por consiguiente, corresponde al juez constitucional, en cada caso concreto, establecer si los particulares desconocieron alguna de estas garantías, pues los casos en que se vulneran tampoco pueden establecerse en abstracto.

(iv) Presenta una dimensión sustancial y otra procesal. La primera, exige garantizar la efectividad inmediata de los derechos fundamentales en el mayor grado posible mientras que la segunda se expresa en las reglas para la procedencia de la tutela contra personas naturales y jurídicas de naturaleza privada.

(vi) La exigibilidad de los derechos a los particulares no opera igual a la que se produce frente a las autoridades. En este sentido, debido a que las personas de naturaleza privada son titulares de sus derechos fundamentales a la libertad y a la autonomía de su voluntad, el Estado no puede imponer visiones respecto de su ejercicio, salvo cuando está en juego la protección de los derechos fundamentales.

(vii) Esta Corporación ha empleado criterios como los de relevancia constitucional, razonabilidad y proporcionalidad para evaluar cuáles decisiones de los particulares efectivamente vulneran los derechos fundamentales o, en su defecto, cuáles se realizan en el ámbito de su autonomía, en tanto que no la puede vaciar de contenido.

(viii) En el caso de los particulares, el ejercicio de ciertos derechos puede implicar un menoscabo en las libertades de su contraparte, quien también es titular de derechos

fundamentales. De allí que la ponderación a cargo de los jueces constitucionales debe ser sensible a esta dificultad y armonizar los intereses y principios enfrentados.

Derechos a la dignidad e intimidad¹⁵¹

1. El artículo 1° de la Carta consagra que la dignidad humana justifica la existencia del Estado. En razón a su naturaleza de valor superior y principio fundante, exige el reconocimiento a todas las personas del derecho a recibir un trato acorde a su naturaleza humana. De esta manera, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades¹⁵² que el derecho a la dignidad humana debe entenderse bajo 2 dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. En relación con el primero, este Tribunal ha establecido 3 lineamientos claros y diferenciados: i) referida a la autonomía o la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y, iii) comprendida en el sentido de intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha identificado 3 expresiones del derecho a la dignidad: i) es un valor fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) constituye un principio constitucional; y, iii) también tiene la naturaleza de derecho fundamental autónomo.

En la Sentencia SU-062 de 1999¹⁵³, la Corte recordó que el régimen constitucional colombiano está fundado en el respeto por la dignidad humana, es decir, en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el sustento político del Estado.

1. En resumen, el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el proyecto de vida

que cada ciudadano le imprime a su devenir. Igualmente, este principio constitucional privilegia la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista, en el sentido de que constituye la expresión de la capacidad de autodeterminación, de la potestad de exigir el reconocimiento de ciertas condiciones materiales de existencia o la manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral¹⁵⁴. Este postulado constituye un mandato imperativo de las autoridades y de los particulares, para que adopten las medidas necesarias de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado¹⁵⁵.

1. Por su parte, el artículo 15 de la Carta, consagra el derecho a la intimidad personal, el cual ha sido entendido por la Corte como aquella esfera o espacio de la vida privada en el que no están permitidas las interferencias arbitrarias e injustificadas de las demás personas, lo que le permite a su titular actuar libremente en ese espacio de fuero personal, en ejercicio de su libertad individual y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico¹⁵⁶.

La igualdad en el ordenamiento constitucional y la prohibición de discriminación¹⁵⁷

1. La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía¹⁵⁸. De esta manera, puede entenderse a partir de 3 dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en las mismas condiciones a todos los sujetos a quienes se dirige; ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos¹⁵⁹; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

1. En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las

normas o conductas que las generan. Aquellos no están obligados a soportar esos déficits de protección¹⁶⁰.

1. Sobre las personas que portadoras de VIH, la Corte ha establecido que son destinatarias de una protección constitucional reforzada en especial en los ámbitos de los derechos al trabajo, a la salud, a la educación y a la seguridad social. Lo anterior se fundamenta en la situación de debilidad manifiesta de quienes han sido diagnosticadas con esta enfermedad. Por tal razón, el artículo 13 superior “(...) condena el favorecimiento de la discriminación y estigmatización social que conlleva portar el referido virus.”¹⁶¹ La Sentencia C-248 de 2019¹⁶² reiteró que este grupo está sometido, en su cotidianidad, a un universo amplio de situaciones de segregación o diferenciación.

1. En suma, el derecho a la igualdad en términos generales proscribe cualquier forma de discriminación injustificada. Particularmente, si se trata de actuaciones guiadas por criterios sospechosos como el sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras. Las personas portadoras de VIH tienen una especial protección constitucional y la Corte ha reiterado las situaciones de exclusión viven en su cotidianidad y la obligación de superar y evitar esos escenarios de segregación.

Las libertades económica y de empresa¹⁶³

1. La libertad económica está consagrada en el artículo 333 de la Carta y ha sido entendida por este Tribunal como la facultad de toda persona para realizar actividades de carácter económico, con la finalidad de crear, mantener o incrementar su patrimonio¹⁶⁴. La Corte ha establecido que el modelo de Estado adoptado por el Texto Superior no tiene un contenido neutro en relación con el ámbito económico. En tal sentido, la relación entre el poder estatal y el mercado está mediada por: i) la protección de la libertad y la libre iniciativa privada, las cuales no tienen carácter absoluto porque su ejercicio debe armonizarse con la función social de la empresa, el interés general, la libre competencia, el ambiente y el patrimonio cultural

de la Nación (artículo 333); y, ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía, con la finalidad de garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo, la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados y, la racionalización de la economía. Lo anterior, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, así como la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico¹⁶⁵.

Bajo esta perspectiva, el Estado colombiano es incompatible con un modelo de liberalismo económico clásico, que proscribe la intervención estatal, así como con formas de economía autoritaria centradas en el Estado como único agente relevante del mercado. Por el contrario, la Constitución adoptó un modelo de economía social de mercado que reconoce a la empresa y a la iniciativa privada, como el motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionadamente la libertad de empresa, con el único propósito de cumplir los fines constitucionales que protegen el interés general¹⁶⁶.

1. Los ámbitos de expresión de la mencionada libertad económica han sido identificados por la Corte de la siguiente manera¹⁶⁷:

a. Libertad contractual: entendida como la capacidad que tienen los agentes económicos para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, realicen los acuerdos necesarios para participar en el mercado en condiciones de igualdad.

a. Valores de razonabilidad y eficiencia: en la gestión económica para la producción de bienes y servicios, de tal manera que se permita el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada¹⁶⁸.

a. La canalización de recursos privados: mediante el incentivo económico, con la finalidad de promover intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. De esta manera, se logra la compatibilidad entre los intereses privados y la satisfacción de necesidades colectivas¹⁶⁹.

1. El marco de referencia descrito permite comprender el contenido y alcance de los derechos y libertades de los agentes económicos que participan en el mercado. En tal sentido, la libertad de empresa ha sido entendida desde un criterio amplio¹⁷⁰ como“(…) [U]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”¹⁷¹. Es decir, se trata de la posibilidad que tiene toda persona de desarrollar una determinada actividad económica y establecer la organización institucional para alcanzar dichos fines¹⁷². En tal entendido, los empresarios pueden tomar decisiones “(…) más o menos drásticas para regular las relaciones dentro de su empresa, de conformidad con los intereses legítimos que persiguen o pretenden promover”¹⁷³

1. Este Tribunal en Sentencia C-263 de 2011¹⁷⁴, identificó los siguientes contenidos de la libertad de empresa y que, además, conforman sus elementos esenciales: i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición¹⁷⁵; ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; y, iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión¹⁷⁶; entre otros.

El margen de apreciación del empresario para la escogencia de trabajadores

1. Dentro del ámbito de la libertad de organización y el manejo de los asuntos internos de la empresa se encuentra la selección de sus trabajadores. La Sentencia T-694 de 2013¹⁷⁷ constituye un referente cercano y permite comprender el contenido de dicha prerrogativa. En esa oportunidad, la Corte estudió el caso de un aspirante a un cargo que no fue contratado

por Ecopetrol debido a que no superó el estudio de riesgo. En aquella oportunidad, la Corte indicó que si bien se trataba de una sociedad de economía mixta, las relaciones laborales se rigen por el derecho privado. Bajo ese entendido, sobre el margen de apreciación de la empresa privada para escoger a sus trabajadores, precisó lo siguiente:

“En efecto, es necesario advertir que las empresas privadas dentro de su autonomía y libertad económica tienen la posibilidad de reglamentar sus procesos internos de selección de personal, y en el ejercicio de ellos, valorar y cotejar la información que le allegan los postulantes sobre su desempeño profesional, con el objeto de analizar la idoneidad del postulante al cargo respectivo. Igualmente, dentro del margen de apreciación de las empresas que se rigen bajo la autonomía de la voluntad privada, pueden, con la información allegada, no sólo verificar si se cumplen los requisitos profesionales para el cargo, sino además, tener preferencias sobre los postulantes que consideren más convenientes para conformar su personal, bien sea por antecedentes judiciales, referencias personales, entre otros.”

La mencionada providencia insistió en que “(...) el amplio margen de apreciación que tienen las empresas privadas o aquellas de naturaleza mixta en sus relaciones laborales del ámbito privado para seleccionar al personal que trabajará para ellas, todo esto sin fijar categorías sospechosas de discriminación.”¹⁷⁸

1. Según lo expuesto, las empresas privadas cuentan con un amplio margen de apreciación para la escogencia de sus trabajadores. Aquella actuación puede basarse en criterios de idoneidad y conveniencia para el cumplimiento de los fines empresariales. No obstante, el ejercicio de dicha libertad no es ilimitado. Aquel debe respetar los postulados superiores y en especial, atender a criterios objetivos y razonables. En todo caso, los particulares están en la obligación de evitar distinciones basadas en categorías sospechosas.

1. En tal perspectiva, en materia de escogencia de trabajadores en el ámbito privado, entendida como una situación fáctica previa a la contratación laboral, la Corte ha insistido en que deben observarse los principios de igualdad y no discriminación. La Sentencia T-247 de

2010179 analizó el amparo promovido por una señora que no fue contratada por Ecopetrol debido a su condición de mujer. En esa oportunidad, la Corte expresó:

“La accionante fue excluida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar la labor de vigilancia en el puesto de la Batería Santa Clara; esto es, precisamente, el carácter discriminatorio de la acción llevada a cabo por parte de SOS Ltda. y ECOPETROL S.A., quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro de exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia” (Énfasis agregado).

Por su parte, la Sentencia T-694 de 2013¹⁸⁰ manifestó que, en un Estado Democrático, la protección de los derechos fundamentales está presente en los principales aspectos de la vida social, lo que incluye las relaciones entre particulares. Aquellas, no pueden entenderse ajenas al efecto de irradiación de las garantías superiores. Además, el mandato de la igualdad real y efectiva resulta incompatible con una posición excluyente de la eficacia de los derechos fundamentales entre privados. En esa providencia, la Corte consideró que no era aplicable el precedente contenido en la Sentencia T-247 de 2010 porque en aquella ocasión, la actuación de la empresa se sustentó en un criterio sospechoso basado en el género que carece de razonabilidad y objetividad. En tal sentido, sobre el caso concreto, precisó lo siguiente

“(…) En el caso concreto, la razón de no vinculación se concreta en la valoración que la empresa decidió otorgarle al estudio de seguridad realizado, la cual se sustenta en que por haber un proceso judicial en contra del postulante no resulta ser el candidato preferente, y en consecuencia, no es seleccionado. Como ya lo ha dicho esta Sala, esta decisión resulta razonable y objetiva, pues se encuentra dentro de los parámetros de autonomía y libertad de empresa con los que cuenta ECOPETROL en los procesos de selección interna que se rigen por el derecho privado, así, la empresa al contrarrestar la información allegada al proceso y realizar el estudio de seguridad, encontró el proceso penal vigente contra él, y consideró conveniente terminar el proceso de vinculación. Ante esto, la Sala considera, que la valoración de los documentos allegados al proceso de selección y vinculación laboral es parte de la autonomía misma de la empresa como entidad privada que conoce sus intereses y objetivos, y por ende, las características del personal que requiere. Estos criterios deben

atender a las características profesionales del accionante con relación a las cualidades y exigencias que requiere el cargo que se está ofreciendo, además de las condiciones que la empresa considere necesarias observar para conformar su personal. De manera que, esta decisión no incumbe al juez de tutela y hace parte del ámbito de libertad y discrecionalidad de la empresa, siempre y cuando se observen las garantías del debido proceso.” (Énfasis original)

1. En suma, uno de los componentes de la libertad de empresa es la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa, como serían su organización y los métodos de gestión. Dicha libertad no es absoluta y está irradiada por la Constitución. En tal sentido, el empresario tiene un amplio margen de apreciación para escoger a sus trabajadores. Lo anterior, con base en la idoneidad y la conveniencia para el ejercicio de su actividad económica. No obstante, debe garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de quienes aspiran a ser contratados. La Corte ha protegido el derecho a la igualdad cuando ha encontrado probada la distinción irrazonable, desproporcionada y basada en criterios sospechosos. Es decir, cuando la exclusión del proceso de escogencia se produce por un trato diferente que carece de razones objetivas.

La intensa regulación aeronáutica y su relevancia constitucional

1. El artículo 68 de la Ley 336 de 1996¹⁸¹ establece que el transporte aéreo es un servicio público regido por las normas del Código de Comercio, por el Manual de Reglamentos Aeronáuticos proferidos por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y por los Tratados, Convenios, Acuerdos, Prácticas Internacionales debidamente adoptados o aplicados por Colombia.

1. Este Tribunal ha considerado que se trata de un servicio vinculado con la satisfacción de los derechos fundamentales. Sobre el particular, indicó:

“Las sociedades contemporáneas, signadas por procesos de urbanización y especialización de los factores productivos, obligan a que los individuos deban permanente movilizarse largas distancias, en aras de ejercer sus derechos y competencias, acceder a distintas posiciones jurídicas, cumplir con sus obligaciones contractuales, dirigirse a la infraestructura para la prestación de otros servicios públicos, etc. La libertad de locomoción, así entendida, no se concentra exclusivamente en la garantía de transitar libremente por el territorio nacional, sino también con la existencia de mecanismos que permitan hacerlo en condiciones razonables y adecuadas. Esos instrumentos no son otros que los medios de transporte de pasajeros.”¹⁸²

1. De igual forma, la Corte ha manifestado que la intervención del Legislador en la prestación del servicio del transporte aéreo es más intensa. Esta comprensión se sustenta en dos razones: i) el carácter de actividad riesgosa que tiene el transporte público; y, ii) la necesidad de ejercer el control del mercado de prestación del transporte, con la finalidad de garantizar los derechos de los usuarios, en especial, el acceso al servicio en condiciones de igualdad¹⁸³.

En efecto, el uso de vehículos automotores ha sido considerado como una actividad riesgosa. En tal perspectiva, requiere la definición de reglas particulares que prevengan y limiten los riesgos. Dicha situación se acentúa cuando se trata de transporte público aéreo de pasajeros. En este escenario, las condiciones de seguridad deben garantizar la integridad física de los usuarios y demás personas involucradas en esa actividad¹⁸⁴. Para esta Corporación, las medidas que están dirigidas a lograr la seguridad en el transporte son compatibles con la Carta y hacen parte del margen de configuración del Congreso¹⁸⁵.

1. Para tal efecto, el Legislador ha designado autoridades administrativas que ejercen la vigilancia, inspección y control del transporte. Lo anterior busca satisfacer condiciones de seguridad y requiere regulación intensa en aspectos técnicos y operativos¹⁸⁶. Para el caso del transporte aéreo, la normativa está contenida en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia-RAC¹⁸⁷. Los RAC son actos administrativos que consagran las obligaciones específicas de cada uno de los sujetos involucrados en la prestación y uso del mencionado

servicio público. En ese sentido, el numeral 1.1.1. del RAC 1, señala:

“(…) [l]as normas contenidas en los Reglamentos Aeronáuticos son aplicables de manera general a toda actividad de aeronáutica civil y a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera que las desarrolle; y de manera especial a las desarrolladas dentro del territorio nacional; o a bordo de aeronaves civiles de matrícula Colombiana o extranjeras que sean operadas por explotador Colombiano, bajo los términos del artículo 83 bis del Convenio de Chicago/44, cuando se encuentren en espacios no sometidos a la soberanía o jurisdicción de ningún otro Estado, o en el espacio aéreo o territorio de cualquier Estado siempre y cuando ello no resulte incompatible con las leyes o reglamentos de dicho Estado, ni con los Convenios Internacionales vigentes en materia de aviación civil.”

Por su parte, el numeral 1.1.3 ejusdem dispone que “Las normas contenidas en los presentes reglamentos son de obligatorio cumplimiento por parte de las personas naturales y jurídicas a las cuales son aplicables, conforme a lo previsto en el numeral 1.1.1.” De otro lado, el numeral 1.1.4. indica que “Toda persona que conforme al numeral 1.1.1. citado, ejecute actividades aeronáuticas, deberá procurar el conocimiento de las normas que le atañen de estos Reglamentos, cuando se hallen debidamente publicados en el Diario Oficial y demás medios de divulgación disponibles; sin que su ignorancia sirva de excusa para su incumplimiento, una vez surtida dicha publicación.”

1. La intensa regulación de este sector económico también se extiende a la definición de los perfiles, condiciones y requisitos que deben cumplir las personas que contribuyen directamente en la prestación del servicio. Un ejemplo es el RAC 63 que regula las licencias para miembros de tripulación diferentes de pilotos. El capítulo D se refiere a la licencia de tripulante de cabina. Particularmente, a partir del numeral 63400 y siguientes, la normativa establece los requisitos que deben cumplir los postulantes. Aquellos se agrupan de la siguiente manera: i) generales, que incluyen certificado médico en los términos del RAC 67; ii) de conocimiento: referidos al derecho aéreo, aerodinámica, supervivencia y medicina aeroespacial, entre otras; iii) manual de instrucción y procedimientos; iv) experiencia; v) pericia; y, vi) experiencia reciente: en este caso, si no registran actividad en vuelo entre 6 y 12 meses, deberán hacer reentrenamiento.

Sobre el consumo de sustancias psicoactivas en el personal aeronáutico, el numeral 2.1.5.21.2 del RAC 2 establece que “El titular de una licencia prevista en esta Parte se abstendrá de todo abuso de sustancias psicoactivas y de cualquier otro uso indebido de las mismas.”. Por su parte, los considerandos del RAC 120 prescriben que: “Las empresas de aviación, centros de instrucción aeronáutica y en general todo el personal aeronáutico con atribuciones inherentes a la seguridad aérea, deben dar cumplimiento a un programa de prevención y control de sustancias psicoactivas.”

El numeral 12005 de esa normativa, indica que sus disposiciones deben aplicarse al personal de las empresas del sector aeronáutico que incluye aquellos que realizan funciones sensibles para la seguridad operacional, ya sea de forma directa o por medio de empresas subcontratadas. En esa misma línea, el numeral 120320 establece el examen toxicológico previo en los siguientes términos:

“(…) (a) Examen toxicológico previo: la empresa del sector aeronáutico será responsable de realizar exámenes toxicológicos previos, de conformidad con los siguientes requisitos: (1) Ninguna empresa admitirá a una persona para desempeñar funciones sensibles para la seguridad operacional, a menos que esa persona haya sido sometida a un examen toxicológico previo con resultado negativo; (2) El examen toxicológico previo debe realizarse antes de que el nuevo empleado, alumno, pasante o practicante desempeñe sus funciones por primera vez;”

Asimismo, el punto 120025 del RAC 120 señala que los tripulantes de cabina tienen prohibido utilizar sustancias psicoactivas o estar bajo sus efectos durante el ejercicio de sus funciones. Para su control, prevé exámenes de drogas aleatorios a quienes trabajan en aerolíneas. Igualmente, el punto 120300 dispone que: “Un empleado o alumno de cualquier empresa del sector aeronáutico solo podrá ser sometido a exámenes toxicológicos durante el cumplimiento de su jornada de trabajo o mientras permanezca a órdenes de la empresa del sector aeronáutico”.

1. En suma, la intensa regulación del servicio de transporte aéreo se sustenta en dos objetivos: i) prevenir y garantizar la seguridad, eficiencia y calidad del servicio prestado mediante la fijación de las condiciones técnicas; y ii) asegurar el acceso objetivo y equitativo

de las personas al servicio público. Esta actividad se materializa a través de normas y reglamentos administrativos que fijan reglas y parámetros objetivos para la ejecución del servicio de transporte aéreo¹⁸⁸. Un ejemplo de dichas normativas son los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia-RAC que contienen una regulación intensa sobre las condiciones técnicas y los perfiles de las personas que participan directamente en la prestación del servicio. Aquellas disposiciones contienen parámetros técnicos que tienen finalidades de prevención y de seguridad. Para la Sala, estas normativas no buscan, prima facie, la imposición de modelos específicos de vida o la exclusión injustificada o basada en criterios sospechosos, de personas que participan en este sector económico.

Respuesta al problema jurídico en el caso concreto

1. En este asunto, la Sala considera que las sociedades demandadas no desconocieron los derechos fundamentales invocados por el actor, pues no está acreditado que, durante el proceso de selección de personal adelantado por Avianca, Acción S.A.S y el Laboratorio Clínico Colmédicos y su posterior exclusión, el actor haya sido discriminado por su diagnóstico de VIH debido a su exclusión de dicho proceso. A continuación, la Corte expondrá las siguientes razones que sustentan el juicio de ponderación adelantado en el caso:

1. La escogencia de personal para tripulante de cabina por parte de las entidades accionadas fue adelantada en ejercicio de la libertad de empresa en particular, el derecho a manejar y gestionar los asuntos internos de la empresa como organización empresarial. Con fundamento en lo expuesto, las empresas realizaron las siguientes actividades:

59.1. Suplir la necesidad de personal tripulante de cabina con fundamento en las necesidades y requerimientos de Avianca.

59.2. Fijar los requisitos y las condiciones de los perfiles laborales que debían cumplir los aspirantes a ser contratados. En este punto, la Sala resalta que la actuación de las entidades demandadas, en especial, de Avianca y Acción S.A.S no fue arbitraria ni caprichosa. Aquella se sustentó en el ejercicio de la libertad de empresa en términos de su idoneidad y

conveniencia. Además, se fundamentó los requerimientos contenidos en los RAC y la intensa regulación de los perfiles de los trabajadores del sector aeronáutico, incluidos los tripulantes de cabina. En tal sentido, se trató de una gestión objetiva y razonable.

59.3. Consagrar las reglas y las etapas del proceso. Lo anterior, con la finalidad de cumplir con los objetivos de la empresa y la regulación de los RAC para la contratación del personal que cumpla funciones de tripulante de cabina.

59.4. Establecer pruebas médicas, incluidas las toxicológicas. Para la Sala, estos exámenes no son la expresión del ejercicio desproporcionado y arbitrario de la libertad para gestionar los asuntos internos de una empresa de aviación. Por el contrario, materializan la intensa regulación sobre los perfiles de los trabajadores de ese sector económico. Como se expuso previamente, la actividad aeronáutica es riesgosa y los reglamentos aeronáuticos cumplen fines relacionados con la prevención, la seguridad y el acceso equitativo al servicio público de transporte aéreo de pasajeros. Para la Sala es evidente que estas actuaciones están regladas y no buscan imponer modelos de vida. Por el contrario, atienden intereses superiores relacionados con la adecuada y segura prestación del servicio público.

59.5. Señalar los filtros, las evaluaciones y los requisitos que deben cumplir los aspirantes para avanzar en el proceso. En este marco, tiene la posibilidad de decidir sobre la continuidad o no de los aspirantes que se presentaron al cargo, siempre que esa actuación se enmarque en el ejercicio de libertad de empresa y no afecte postulados superiores, tal y como ocurrió en el presente asunto. En tal sentido, la Sala reitera lo expresado por la Corte en la Sentencia T-694 de 2013¹⁸⁹, en los siguientes términos:

“Con base en ello, los empresarios pueden tomar las decisiones que consideren más aptas para el desempeño de su negocio, y en ese sentido, regular las relaciones dentro de la empresa conforme al objeto que se pretende. No obstante lo anterior, existen unos límites a la autonomía y libertad económica, y son precisamente los principios y criterios constitucionales. Dentro de este marco, las relaciones laborales no pueden mantenerse exclusivamente en el ámbito privado, pues el ordenamiento constitucional exige respetar la dignidad humana de los trabajadores y exige el cumplimiento de unos derechos irrenunciables los cuales no pueden ser desconocidos por vía contractual o convencional.”

1. En este caso, la Sala constata que la exclusión del actor del proceso de selección de personal no obedeció a una conducta discriminatoria desplegada por las empresas demandadas con base en su diagnóstico de VIH. Lo anterior, con fundamento en los siguientes aspectos:

60.1. Las empresas accionadas no conocían la condición médica del actor durante el proceso de selección. La Sala advierte que no hay prueba de que las entidades demandadas conocieran que el actor padecía esta enfermedad o que el Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S. le hubiese realizado sin su consentimiento un examen de VIH. Si bien el peticionario afirmó haberle expresado su condición al médico que adelantó el procedimiento, después de supuestamente recibir insinuaciones por parte de aquel, no está acreditado que Acción S.A.S. o a Avianca S.A. hubiesen tenido acceso a dicha información. El único reporte que Acción S.A.S. recibió de Colmédicos IPS, de acuerdo con las pruebas, es el certificado médico de preingreso ocupacional, en el cual no hay referencia a que el actor sea portador de VIH.

Aunque el accionante también sostuvo que llamó telefónicamente a una sicóloga de Acción S.A.S. para contarle sobre el presunto error en sus exámenes toxicológicos, hecho que fue confirmado por esta compañía en su contestación a la tutela¹⁹⁰, no hay pruebas que respalden que, producto de esta conversación, Acción S.A.S. tuviera conocimiento del diagnóstico de VIH del accionante.

De manera que, como la única prueba que existe sobre lo que Acción S.A.S. conoció de la valoración médica del demandante es el certificado de preingreso ocupacional, en el que no se alude al diagnóstico de VIH, la Sala concluye que esta compañía no conocía la enfermedad del accionante.

60.2. Las demandadas no le realizaron al actor pruebas médicas para establecer si padece o no de VIH. La IPS accionada, durante el trámite de tutela, refirió que al actor no le practicó pruebas clínicas para determinar si tenía o no dicha patología. Advirtió que esos exámenes no los realiza debido a que el VIH no inhabilita el ejercicio del cargo al que aspiraba el actor.

60.3. El peticionario tenía conocimiento de la realización de exámenes de laboratorio, incluido el toxicológico. Estos procedimientos están consagrados en el RAC y por la formación profesional del actor, la práctica de esta clase de pruebas no es ajena a su conocimiento.

Además, Colmédicos le informó previamente al peticionario sobre los exámenes médicos ocupacionales que le practicarían, ante lo cual aquel expresó su consentimiento. En efecto, el consentimiento informado suscrito por el peticionario expresa que “(...) se me ha informado que las pruebas complementarias o ayudas diagnósticas que se me podrían realizar pueden ser (sin limitarse a estas) una o varias de las siguientes: [...] Examen para evaluar el consumo de sustancias sicoactivas”¹⁹¹.

60.4. Al momento de realizar el examen médico, el accionante no expresó que consumía medicamentos para el tratamiento de VIH. En efecto, la Sala constató que en el consentimiento informado que obra en el expediente no hay mención alguna del actor sobre los retrovirales que eran administrados para tratar su patología. De esta suerte, era imposible para los médicos y demás profesionales encargados de valorar la prueba científica establecer si el resultado de “alterado” para anfetaminas fue consecuencia de una reacción cruzada ocasionada por la medicina con la que el peticionario trata su enfermedad. Además, tampoco fue demostrado que dicho resultado fuera prueba directa o al menos un indicio científico para que las empresas demandadas conocieran que el accionante era portador de VIH.

60.5. La decisión de Acción S.A.S de que el actor no continuara el proceso de selección no fue discriminatoria. Se trató de una actuación, en su condición de intermediaria, basada en criterios objetivos y sustentada en la libertad para gestionar los asuntos internos de la empresa. En efecto, aquella determinación tuvo como fundamento los exámenes médicos del actor y la falta de experiencia cercana al ejercicio de las funciones de tripulante de cabina. Estas razones obedecieron a criterios de idoneidad y conveniencia empresarial. Estos aspectos están protegidos por la Carta y en este caso, no configuran un escenario de discriminación basado en criterios sospechosos. Además, materializó la intensa regulación contenida en los reglamentos aeronáuticos sobre el perfil de las personas que ejercen esta labor sensible para la seguridad aérea. Por tal razón, no hay prueba que permita inferir que la actuación empresarial se originó en el diagnóstico de VIH del peticionario.

Bajo ese entendido, la Sala considera que la Sentencia T-247 de 2010 citada previamente, no constituye un precedente aplicable. Aquella decisión comprobó que la decisión de la empresa de excluir a la actora se sustentó en un criterio sospechoso basado en el género. En este caso, la decisión de que el actor no continuara el proceso de selección se concretó en el

estudio empresarial de los exámenes médicos y la falta de experiencia cercana con el cargo de tripulante de cabina. La Sala insiste que esta actuación resulta razonable y objetiva, pues se enmarca en los parámetros de autonomía y libertad de empresa de las demandadas, que orientan los procesos de selección interna de trabajadores regidos por el derecho privado. De igual forma, reitera que la actuación se enmarca en las disposiciones contenidas en los RAC.

1. En suma, para la Sala, las empresas accionadas no desconocieron los derechos fundamentales invocados por el actor. En efecto, en el caso del Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S., sus actuaciones se limitaron a valorar técnicamente al accionante, de conformidad con las necesidades y requerimientos de Acción S.A.S. y de acuerdo con lo previsto en la Resolución 2346 de 2007¹⁹² y a expedir un certificado médico ocupacional. Ese documento indicó que el demandante “(...) no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de tripulante de cabina”¹⁹³.

A lo anterior se agrega que Colmédicos le informó previamente al actor sobre cuáles exámenes médicos ocupacionales le serían practicados, ante lo cual este expresó su consentimiento. Aquellos no incluían pruebas sobre VIH. Además, aquel no indicó, al momento de realizar el examen que consumía retrovirales para tratar el VIH.

De igual forma, Avianca S.A. tampoco violó los derechos fundamentales invocados por el accionante. Esa entidad contrató el suministro de personal con Acción S.A.S., quien desarrolló todo el proceso de selección. Si bien estableció las condiciones y los requerimientos del personal, aquella actuación se enmarca en la libertad que le asiste para gestionar los asuntos internos de la empresa. Además, materializa la intensa regulación contenida en los RAC.

Finalmente, Acción S.A.S. en su condición de intermediaria, adelantó el proceso de selección de personal en el marco de la libertad de empresa y los reglamentos aeronáuticos. La decisión de no continuar el trámite con el actor fue razonable y objetiva, puesto que no hay prueba de que obedeció a criterios sospechosos de discriminación. En otras palabras, no se demostró que dicha decisión fuese sustentada en el diagnóstico de VIH del aspirante.

1. De acuerdo con lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de segunda instancia del 12 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que declaró improcedente la acción de tutela. No obstante, contrario a lo afirmado por ese funcionario judicial, que consideró el incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad, la decisión se sustenta en la operancia de la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente, tal y como se explicó en precedencia.

Conclusiones

1. La Sala decidió sobre una acción de tutela formulada por Eudor contra Avianca S.A, Acción S.A.S y el Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S. El actor alegó la supuesta vulneración de derechos a la igualdad, intimidad, trabajo y debido proceso. Aseguró que fue excluido del proceso de selección de personal para tripulante de cabina por su diagnóstico de VIH.

1. En el presente asunto, la Corte verificó la configuración de la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente porque i) el proceso de selección de personal, al cual se presentó el actor, finalizó; ii) actualmente no hay requerimiento de trabajadores por parte de Avianca con ocasión de la crisis económica generada por la pandemia del COVID-19; y, iii) la muestra utilizada para realizar los exámenes al peticionario fue destruida.

1. No obstante, la Sala encontró necesario pronunciarse en este asunto para efectos de pedagogía constitucional y avanzar en la comprensión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En tal sentido, verificó la procedencia de la acción de tutela y formuló el problema jurídico en el sentido de establecer si ¿las empresas demandadas discriminaron al actor por su condición de portador de VIH al excluirlo de un proceso de selección de tripulantes de cabina con base en exámenes médicos que no incluían prueba de dicha enfermedad y por falta de experiencia cercana en el cargo?

Para dar respuesta a este interrogante, la Sala abordó los siguientes temas: i) la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; ii) los derechos a la dignidad, a la intimidad y a la

igualdad de personas portadoras de VIH y, además, la libertades económica y de empresa; y, iii) el servicio de transporte aéreo de pasajeros como actividad peligrosa y regulada intensamente. El perfil de los tripulantes de cabina y la práctica de pruebas médicas, incluidos exámenes toxicológicos.

1. En desarrollo de estos aspectos, indicó que los procesos de selección de trabajadores entre particulares se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa. En todo caso, el efecto de irradiación de la Constitución y la eficacia horizontal de los derechos imponen la necesidad de que esas relaciones observen los postulados de la Carta. Lo anterior no implica que la interacción de las garantías fundamentales sigue la misma dinámica de exigencia que se tiene frente al Estado. En este sentido, el juez constitucional debe valorar estos conflictos y aplicar criterios de ponderación que atiendan las especiales condiciones que rigen las relaciones entre particulares.

De igual manera, constató que el servicio aéreo está intensamente regulado. Lo anterior al menos por dos razones: i) es una actividad riesgosa, por lo que las normas expedidas en ese campo garantizan la seguridad y la prevención en la prestación del servicio y la integridad de quienes intervienen en su ejecución y de los usuarios; y, ii) debe permitir el acceso en igualdad de condiciones. Bajo ese entendido, la regulación se extiende a los requisitos y condiciones que deben cumplir las personas que participan directamente en dicho escenario. Tal es el caso de los tripulantes de cabina. Aquellos tienen la obligación de acreditar rigurosos perfiles y superar pruebas médicas que incluyen exámenes de toxicología para ejercer su labor.

1. La Sala consideró que las empresas accionadas no desconocieron los derechos fundamentales invocados por el actor por las siguientes razones: i) la actuación de las demandadas en el proceso de selección se enmarcó en el ejercicio de la libertad de empresa. Además, materializó las regulaciones contenidas en los RAC. Estas disposiciones establecen condiciones y requisitos, incluidos certificados médicos, que deben acreditar las personas que quieren acceder al mercado laboral de esa actividad económica; ii) no se demostró que tuvieron conocimiento del diagnóstico de VIH del actor. Lo anterior porque no practicaron

pruebas para establecer si era portador o no de la enfermedad y además, porque el aspirante no indicó los medicamentos que consumía para el tratamiento de la patología al momento de realizar los correspondientes exámenes médicos; y, iii) la decisión de no continuar el proceso de selección de actor se sustentó en argumentos objetivos y razonables. En efecto, Acción S.A.S indicó que no continuaron el proceso con el peticionario con base en los resultados de los exámenes médicos y la falta de experiencia cercana en el ejercicio de las funciones de tripulante de cabina. Estas razones están amparadas constitucionalmente por el derecho a gestionar los asuntos internos de la empresa y la materialización de la reglamentación aeronáutica del país. En ese sentido, la actuación no configuró un tratamiento discriminatorio basado en criterios sospechosos. Fue una decisión empresarial fundada en razones de idoneidad y conveniencia.

1. De acuerdo con lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de segunda instancia que declaró improcedente el amparo. No obstante, se apartó de las razones de ese funcionario que consideró que no cumplía con el presupuesto de subsidiariedad, para en su lugar, establecer que se configuró la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 12 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Eudor Lo anterior, por la configuración de la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente.

SEGUNDO. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-002/21

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-
Configuración (Salvamento de voto)

La situación sobreviniente ocurre cuando se verifican de forma acumulativa los siguientes factores: i. El cambio del sustrato fáctico de la acción, es decir, ocurre una variación significativa de los hechos por circunstancias externas al caso concreto inicialmente planteado; ii. Que dicha alteración significativa implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones, o que estas no se puedan llevar a cabo; iii. Que la conducta que modifica los hechos provenga del actor o de un tercero, esto es, que no sea atribuible a la parte accionada; iv. Que la decisión judicial a adoptar pierda su sentido protector o resulte inane.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-No se verificaron los lineamientos jurisprudenciales para declarar el acaecimiento de una situación sobreviniente y debió

negarse la tutela ante la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados (Salvamento de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, comedidamente me permito expresar las razones que me llevaron a salvar el voto en el asunto de la referencia.

1. La Corte conoció la acción de tutela formulada por Eudor contra Avianca S.A., Acción S.A.S. y el Laboratorio Clínico Colmédicos IPS S.A.S., con el propósito de que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, la intimidad, el trabajo y el debido proceso, y en consecuencia se ordenara su vinculación inmediata a Avianca en el cargo de tripulante de cabina de pasajeros.

1. El actor alegó que fue excluido del proceso de selección de personal para tripulante de cabina de pasajeros por ser portador de VIH. Manifestó que en el proceso de selección le practicaron un examen de consumo de drogas psicoactivas y el resultado fue “alterado” debido a los retrovirales que utiliza para su tratamiento. Advirtió que el médico que atendió el procedimiento supuestamente le hizo confesar su condición de portador de la enfermedad. Esta información, según el actor, fue suministrada a Acción S.A.S. (intermediaria en el proceso de selección), entidad que a su vez habría indicado a Avianca su diagnóstico, siendo este el verdadero motivo para la exclusión.

1. En primera instancia, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá negó la protección, tras señalar que no resultaba posible constatar si al accionante le realizaron prueba de VIH o si el médico con quien compartió información sobre su padecimiento había comunicado dicha situación a Acción S.A.S. En segunda instancia, el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá revocó el fallo y, en su lugar, declaró improcedente la acción tras señalar que las controversias suscitadas en el marco del proceso de selección debían ser solucionadas ante la jurisdicción ordinaria.

1. Al abordar el asunto, la Sala de Revisión sostuvo que se configuraba la carencia actual de objeto por circunstancia sobreviniente dado que: i) el proceso de selección de personal al cual se presentó el actor finalizó; ii) actualmente no hay requerimiento de trabajadores por parte de Avianca con ocasión de la crisis económica generada por la pandemia del COVID-19; y, iii) la muestra utilizada para realizar los exámenes al peticionario fue destruida. En consecuencia, confirmó la sentencia de segunda instancia por razones distintas como la mencionada.

1. En todo caso, por pedagogía constitucional, la Corte estudió el fondo del asunto¹⁹⁴ determinando que las empresas accionadas no desconocieron los derechos fundamentales invocados por el actor, por las siguientes razones: i) su actuación en el proceso de selección se enmarcó en el ejercicio de la libertad de empresa. Además, se materializaron las regulaciones contenidas en los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos, los cuales establecen las condiciones que deben acreditar las personas que quieren acceder al mercado laboral de esa actividad económica, entre estas, la prohibición para el personal de cabina de consumir sustancias psicoactivas; ii) no se demostró que las entidades tuvieran conocimiento del diagnóstico de VIH del actor, pues no practicaron pruebas para establecer si era portador o no de la enfermedad, asimismo, el aspirante no indicó los medicamentos que consumía para el tratamiento de la patología al momento de realizar los exámenes médicos¹⁹⁵, lo que imposibilitaba conocer si en realidad la prueba toxicológica alterada se debía al consumo de los retrovirales; y, iii) la decisión de no continuar el proceso de selección se sustentó en argumentos objetivos y razonables.

1. Sobre este último aspecto, la ponencia enfatizó que estaba demostrado que Acción S.A.S. no continuó el proceso de selección con el peticionario con base en los resultados de los exámenes médicos y la falta de experiencia cercana en el ejercicio de las funciones de tripulante de cabina. Estas razones están amparadas constitucionalmente por el derecho a

gestionar los asuntos internos de la empresa y la materialización de la reglamentación aeronáutica del país. De tal forma, dicha actuación no configuraba un tratamiento discriminatorio, sino una decisión empresarial fundada en razones de idoneidad y conveniencia.

1. Al respecto, debo señalar que me aparto de la decisión adoptada en la sentencia T-002 de 2021 porque, en mi criterio, en esta oportunidad no se cumplen los lineamientos de la Corte para la configuración de la carencia actual de objeto por situación sobreviniente.

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional la carencia actual de objeto tiene lugar cuando la eventual orden de protección que concedería el juez caería en el vacío, ya sea porque (i) la vulneración se superó por la actuación de la parte accionada antes de proferir el fallo, (ii) el daño se consumó y ya no es posible satisfacer la pretensión de tutela, o (iii) sobrevino una circunstancia sobreviniente que ocasionó un cambio drástico en el sustrato fáctico de la solicitud de amparo y la consecuente sustracción de materia sobre la cual decidir.

1. En particular, frente a la circunstancia o situación sobreviniente, la Corte ha considerado que “surge con el acaecimiento de alguna situación en la cual la vulneración predicada ya no tiene lugar debido a que el/la tutelante pierde el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o por que el actor asumió una carga que no le correspondía”¹⁹⁶. Esta figura ha sido aplicada, por ejemplo, en aquellos casos en los que ya no es posible acceder a lo solicitado, porque (i) la vulneración cesó en cumplimiento de una orden judicial¹⁹⁷, (ii) la situación del accionante se transformó, de tal forma que ya no requiere lo que había solicitado inicialmente¹⁹⁸, (iii) se reconoció a favor del demandante un derecho que hizo que perdiera el interés en el reconocimiento de lo que solicitaba en la tutela, (iv) el actor mismo es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora, o (v) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental, entre otros¹⁹⁹.

1. En todos estos casos, el Tribunal Constitucional ha concluido que las situaciones de los accionantes no encajaban en el supuesto de hecho superado, ni daño consumado, toda vez que aquellos ya habían perdido cualquier interés en el trámite constitucional, pero por hechos que no podían atribuirse al obrar de las entidades demandadas. En ese orden, si al momento de proferir el fallo el juez observa una variación en los hechos que implique la configuración de alguno de los escenarios anteriores, corresponde a este declarar la carencia actual de objeto, ya que cualquier orden que pudiera impartirse sobre lo solicitado sería “inocua” o “caería en el vacío”.

1. Es importante destacar que, al estudiar la viabilidad de aplicar esta figura, para la Corte ha sido determinante la pérdida de interés en las pretensiones de la acción. Por ejemplo, la sentencia T-457 de 2017 estudió el caso de un joven que fue incorporado en la Policía Nacional para prestar su servicio militar obligatorio como auxiliar de policía regular, a pesar de que se le había indicado que sería auxiliar de policía bachiller. En el trámite de revisión, el actor manifestó su interés de continuar vinculado en la modalidad de policía regular, por lo que la Corte encontró que perdió interés en sus pretensiones y, por lo tanto, declaró “la configuración de una carencia actual de objeto por acaecimiento de una situación sobreviniente”.

1. En la sentencia T-472 de 2017, el actor que se desempeñaba como auxiliar administrativo en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de La Unión (Nariño), pretendía un traslado a otra región por presunto acoso laboral. Durante el trámite de tutela renunció a su cargo, de modo que la Corte evidenció que dicha situación sobreviniente tornaba inoperante cualquier orden al respecto, como consecuencia del desinterés del demandante.

1. Bajo la misma línea, la sentencia T-460 de 2019 resolvió la acción de tutela formulada contra el Ejército Nacional por la desvinculación de un soldado a quién no se le había respetado su derecho a la reubicación laboral. La Corte concluyó que debía declarar la

carencia actual de objeto por situación sobreviniente en relación con la pretensión de reintegro, en consideración a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había ordenado la reincorporación del accionante a la entidad, lo que evidenciaba la pérdida de interés en las pretensiones del recurso de amparo²⁰⁰.

1. De forma similar, en la sentencia SU-522 de 2019, la Sala Plena estudió la solicitud de amparo formulada por un excongresista frente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tras considerar que la decisión que decretó el cierre de la etapa de instrucción dentro del proceso penal que se seguía en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado había trasgredido su derecho fundamental al debido proceso, al desconocer que a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018 se modificó el juzgamiento de los aforados constitucionales. Al respecto, la Corte sostuvo que se había configurado la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, comoquiera que el accionante decidió voluntariamente someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, por lo cual la Corte Suprema de Justicia, entidad contra la cual se dirigía la tutela, había perdido su competencia sobre el asunto. Asimismo, destacó que la tutela ya no tenía razón de ser toda vez que el hecho nuevo se había originado por el propio accionante, quien eligió voluntariamente someterse a la JEP, evidenciando con ello su pérdida de interés en el proceso que se seguía.

1. Finalmente, en la sentencia T-017 de 2020 se resolvió la acción formulada por un miembro del partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común por la presunta vulneración de los derechos a la participación, a la paz y a la reincorporación política, tras la negativa de la Fiscalía General de la Nación de autorizar su traslado al Capitolio Nacional para efectos de tomar posesión como Representante a la Cámara para el periodo constitucional 2018 - 2022. Lo anterior, toda vez que se encontraba recluido en virtud de la orden de captura expedida en el proceso de extradición. No obstante, en el curso del trámite de Revisión la Corte tuvo conocimiento de que el accionante había tomado posesión de su curul en la Cámara de Representantes con fundamento en las órdenes que emitieron el Consejo de Estado²⁰¹ y la Corte Suprema de Justicia²⁰². Al respecto, se consideró que dicha circunstancia configuraba

la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, dado que (i) el hecho mencionado constituyó una variación sustancial en los acontecimientos que dieron origen a la tutela; (ii) una vez fue posesionado como Representante a la Cámara en el Capitolio Nacional, el actor perdió interés en la satisfacción de sus pretensiones; y (iii) su posesión en el Congreso fue producto de la actuación de autoridades diferentes a la accionada.

1. Ahora bien, la jurisprudencia transcrita además permite observar que la situación sobreviniente ocurre cuando se verifican de forma acumulativa los siguientes factores:

i. El cambio del sustrato fáctico de la acción, es decir, ocurre una variación significativa de los hechos por circunstancias externas al caso concreto inicialmente planteado.

ii. Que dicha alteración significativa implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones, o que estas no se puedan llevar a cabo.

iii. Que la conducta que modifica los hechos provenga del actor o de un tercero, esto es, que no sea atribuible a la parte accionada.

iv. Que la decisión judicial a adoptar pierda su sentido protector o resulte inane.

1. Pues bien, en esta oportunidad, disiento de la sentencia de la referencia dado que no tuvo en cuenta las directrices jurisprudenciales en materia de carencia de objeto por situación sobreviniente. En efecto, a pesar de que el proceso de selección al que aplicó el accionante finalizó en noviembre del año 2019 (tras la selección de aspirantes que finalmente fueron contratados) y actualmente Avianca “congeló” cualquier nuevo proceso de selección de tripulantes de cabina, lo cierto es que las órdenes de protección que eventualmente pudiese llegar a proferir esta Sala de Revisión no caerían en el vacío, ya que:

i. No existe una variación significativa de los hechos fundamentales que originaron la acción

de tutela, esto es, la presunta trasgresión del derecho a la igualdad del aspirante luego de haber sido desvinculado del proceso de selección debido a su patología. En otras palabras, los supuestos fácticos que dieron origen a la acción de tutela permanecen y la finalización del proceso de selección no implica la alteración sustancial de la solicitud de tutela, sino el simple paso del tiempo o si se quiere la continuación de la actuación trasgresora o del proceso de vulneración alegado por el accionante, situación que no torna inoperante el eventual fallo protector.

i. Es evidente que el actor no ha desistido ni ha perdido interés en sus pretensiones en la medida que estas no han sido satisfechas. Adicionalmente, en el caso hipotético de que se considerara que sí existió una vulneración iusfundamental, la petición de tutela aún podría materializarse a través de, por ejemplo, (a) una orden de contratación directa por parte de Avianca, empresa que, a pesar de las dificultades económicas enfrentadas con ocasión de la pandemia no se ha extinguido, tampoco el cargo al que aspira el accionante; (b) una orden de inclusión en un próximo proceso de selección o en el que actualmente se encuentra “congelado”; incluso (c) una orden simbólica de reparación, de encontrar que definitivamente las anteriores órdenes no podrían ser jurídica ni materialmente cumplidas (situación que no se presenta en el presente caso). En otras palabras, las pretensiones todavía podrían materializarse o cumplirse.

i. La alteración de los hechos no proviene de un tercero, si no que sería atribuible a la actuación de las entidades accionadas Avianca S.A. y Acción S.A.S., en tanto, la primera ya contrató los aspirantes seleccionados por Acción S.A.S. en la convocatoria en la que participó el actor y congeló nuevas convocatorias; y la segunda suspendió la selección de aspirantes. En otras palabras, la presunta variación de los hechos señalada en la ponencia se deriva directamente de las actuaciones de las entidades accionadas, situación que de aceptarse que es irremediable y que impide proferir una orden de protección en todo caso no daría lugar a una situación sobreviniente, sino a un daño consumado. En esa medida, la presunta variación fáctica no constituye un acto de un tercero y no es posible configurar a través de ella un hecho sobreviniente.

i. La decisión por adoptar no perdía su sentido protector ni resultaba inane, en tanto, según lo indicado (supra, ii), la Corte conservaba la potestad de poder concretar una eventual protección (de ser el caso), ya fuera a través de una orden directa de vinculación o una de inclusión en el proceso de selección “congelado”. En otras palabras, subsistía la vocación protectora inherente a la acción de tutela.

1. Conforme a lo expuesto, la decisión adoptada por la mayoría contradice la jurisprudencia constitucional al considerar una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, pese a que como se ha evidenciado no se superaban los criterios enunciados por el propio Tribunal. Incluso, el caso no se asemeja a ninguna de las hipótesis fácticas en las que la Corte ha dado aplicación a esta figura (supra, 9). Por ejemplo, (a) la vulneración no cesó en cumplimiento de una orden judicial, (b) la situación del accionante no se transformó y continuaba requiriendo lo pedido inicialmente, (c) no se reconoció a favor del demandante un derecho que hiciera que perdiera el interés en la litis constitucional, y (d) tampoco un tercero logró que la pretensión de la tutela se satisficiera en lo fundamental.

1. La ponencia de la cual me aparto ni siquiera fundamentó de forma suficiente por qué en este caso tendría lugar la situación sobreviniente, ya que únicamente se limitó a sostener que la terminación del proceso de selección al cual aplicó el accionante (como es lógico) terminó y que Avianca había congelado la selección de nuevos cargos, pero no cimentó su posición en la jurisprudencia constitucional, ni explicó las razones que permitirían apartarse de tales determinaciones constitucionales previas.

1. No sobra indicar que la situación tampoco podía considerarse subsanada por la actuación voluntaria de las accionadas, de modo que no existe un hecho superado; tampoco la amenaza de los derechos fundamentales se había concretado, dado que existía la posibilidad de vincular directamente al peticionario a Avianca o de ordenar su inclusión en el proceso de

selección congelado. De manera que en este asunto no se configuraba la carencia de objeto bajo ninguna modalidad.

1. Por otra parte, se debe tener en cuenta que la tesis que sostiene la decisión finalmente adoptada, esto es, que al haber finalizado la convocatoria y no requerirse actualmente tripulantes de cabina -por razón de la crisis generada por la pandemia de la Covid-19- se torna imposible, inocuo o innecesario proferir una orden de protección, genera un equivocado precedente²⁰³ o un efecto práctico contrario a derecho; en efecto, podría llevar a considerar que siempre que a través de la acción de tutela se pretenda la inclusión, nombramiento o el acceso a un empleo, y este ya haya sido ocupado o el empleador no tenga la intención de crear otros cargos, el operador judicial debe declarar la carencia de objeto por situación sobreviniente, circunstancia que desvirtúa la naturaleza protectora de la acción; asimismo, termina por limitar la actuación del juez constitucional, porque implica que este no cuenta con ninguna herramienta para salvaguardar los derechos afectados.

1. Es importante resaltar que el simple paso del tiempo o los hechos que sobrevengan en la convocatoria o proceso de selección con posterioridad a la solicitud de amparo, no convierten el caso automáticamente en una carencia de objeto por circunstancia sobreviniente. A manera de ilustración, la Corte ha conocido de acciones de tutela formuladas por presuntas trasgresiones en concursos de méritos en los que, después de promoverse la acción, ha seguido el cronograma llegando a suplir los cargos, y ello no ha sido un impedimento para otorgar la protección constitucional ordenando, por ejemplo, dejar sin efectos la lista de elegibles²⁰⁴, es decir, retrotraer toda la actuación trasgresora.

1. Finalmente, observo con preocupación que la forma en que fue resuelto el asunto genera un vaciamiento de la acción tutela, pues reduce su potencialidad de protección de derechos fundamentales, al sostener -sin fundamento suficiente-, que en casos como el que se debate no es posible proferir ninguna eventual orden de protección ni restablecer efectivamente los derechos fundamentales afectados, a pesar de que resulta evidente que la Corte sí contaba

con herramientas a su alcance para, de ser el caso, contrarrestar o detener los posibles efectos adversos de la actuación de Acción S.A.S. y Avianca S.A.

1. Conforme a lo expuesto, la sentencia T-002 de 2021 desconoce los lineamientos jurisprudenciales sobre la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, y su enfoque, además, genera un efecto práctico adverso y produce el vaciamiento de la potencialidad protectora de la acción de tutela.

1. Por otra parte, considero, como lo señaló la ponencia, que en este caso no existió la vulneración alegada por el accionante, dado que su exclusión del proceso de selección de tripulantes de cabina de pasajeros no obedeció a un motivo discriminatorio, sino al resultado de los exámenes de anfetaminas²⁰⁵ y a la ausencia de experiencia reciente en el cargo. Lo anterior, teniendo en cuenta que (i) los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos 2 y 63, que determinan los perfiles de los trabajadores de este sector, establecen claramente que por motivos de seguridad del vuelo y de sus pasajeros: “Ninguna empresa admitirá a una persona para desempeñar funciones sensibles para la seguridad operacional, a menos que esa persona haya sido sometida a un examen toxicológico previo con resultado negativo”; (ii) no hay prueba de que las entidades demandadas conocieran que el actor padecía VIH, ni de que Colmédicos IPS S.A.S. le hubiese realizado sin su consentimiento un examen para determinar la existencia de la enfermedad²⁰⁶. Si bien el peticionario afirmó haber expresado su condición al médico que adelantó el procedimiento, la historia clínica no registra dicha información, mucho menos está acreditado que Acción S.A.S. o a Avianca S.A. hubiesen tenido acceso a la misma, por lo que no es posible considerar que se vulneró el deber de reserva respecto de su diagnóstico, ni que este representara un impedimento para desarrollar el cargo²⁰⁷. En ese orden, la actuación surtida en el proceso de selección no se observaba irrazonable ni desproporcionada.

1. Adicionalmente, el presunto error en el examen de psicoactivos realizado por la IPS Colmédicos -de presentarse-, en todo caso se derivaría de la información inexacta que el

accionante aportó a la entidad. En efecto, antes de realizar las pruebas de laboratorio se le solicitó que indicara si consumía medicamentos para el tratamiento de alguna enfermedad²⁰⁸, esto con la finalidad de prever posibles falsos positivos en la prueba; sin embargo, el demandante se abstuvo de hacer referencia al uso de los antirretrovirales. De tal forma, no era posible considerar que la no selección para desempeñar el cargo proviniera de una falla de la IPS que efectuó el examen.

1. De tal forma, en lugar de declarar la improcedencia del amparo por la configuración de la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, la Sala de Revisión debió negar la protección constitucional ante la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados²⁰⁹.

1. En los anteriores términos, presento salvamento de voto a la sentencia adoptada en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 Este aspecto constituye un dato sensible de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 1581 de 2012.

2 Si bien en el certificado de existencia y representación legal, que consta en el expediente, la razón social de esta compañía es Acción S.A.S., los correos electrónicos que recibió el accionante tienen membrete con el nombre Grupo Accionplus. Así que las referencias que hace el demandante a Accionplus deben entenderse hechas a Acción S.A.S., que es el nombre legal de la empresa.

3 Cuaderno 1, folio 1. En los folios 14 y 15 del cuaderno 1 obra copia de la historia clínica, en la que consta el diagnóstico de VIH desde el 10 de julio de 2019, y certificado médico del 12

de diciembre de 2019, en el cual se menciona que el paciente tiene “carga viral indetectable y adecuado conteo de cd4, lo que indica buen control inmunoviroológico” y “en tratamiento actualmente con tenofovir/emtricitabina + darunavir/rit”.

4 En folio 16 del cuaderno 1 obra copia del correo electrónico que recibió el accionante, en el cual una sicóloga de Acción S.A.S. lo cita a una charla informativa sobre el proceso de selección el 21 de octubre de 2019.

5 Cuaderno 1, folio 1.

6 En su contestación de la demanda, Avianca S.A. explica que, “por la masividad de la convocatoria y la capacidad, Avianca apoya remitiendo misivas pero el caso es liderado en su totalidad por Acción Plus S.A.S.”. Cuaderno 1, folio 59.

7 En folios 19 a 20 del cuaderno 1 obra copia de este correo electrónico.

8 Cuaderno 1, folio 1.

9 En folios 22 a 23 del cuaderno 1 obra copia de este correo electrónico.

10 En folios 24 a 25 del cuaderno 1 obra copia de este correo electrónico, en el cual efectivamente se invitó al tutelante a “entrevista final del proceso de selección para tripulantes de cabina de pasajeros”.

11 Cuaderno 1, folio 2.

12 Cuaderno 1, folio 2.

13 En folios 28 a 30 del cuaderno 1 obra copia de este correo electrónico.

14 Cuaderno 1, folio 2.

15 Cuaderno 1, folio 2.

16 Cuaderno 1, folio 3.

17 Cuaderno 1, folio 35.

18 Cuaderno 1, folio 3.

19 Cuaderno 1, folio 37.

20 Cuaderno 1, folio 37.

21 Cuaderno 1, folio 3.

22 Cuaderno 1, folio 3.

23 Cuaderno 1, folio 3.

24 Cuaderno 1, folio 3.

25 Cuaderno 1, folio 4.

26 Cuaderno 1, folio 4.

27 Cuaderno 1, folio 44.

28 Cuaderno 1, folio 44.

29 Cuaderno 1, folio 44.

30 Cuaderno 1, folio 51.

31 Cuaderno 1, folio 44. En folio 52 del cuaderno 1 obra copia de correo enviado por la sicóloga de Acción S.A.S. En este correo se lee que el peticionario “me comunicó para informarme que el médico le indicó que en sus resultados aparece con registro de marihuana. Me comenta que habló con el médico y afirma que él nunca ha consumido marihuana y tampoco cigarrillo. // ¿Qué posibilidad hay de que le vuelvan a realizar el examen?”.

32 Cuaderno 1, folio 45.

33 Cuaderno 1, folio 45.

34 Cuaderno 1, folio 45.

35 Cuaderno 1, folio 46.

36 Cuaderno 1, folio 55.

37 Cuaderno 1, folio 60.

39 Este contrato no tiene fecha.

40 Cuaderno 1, folio 77.

41 Cuaderno 1, folio 77.

42 Cuaderno 1, folio 78.

43 Cuaderno 1, folio 59.

44 Cuaderno 1, folio 102.

45 Cuaderno 1, folio 102.

46 Cuaderno 1, folio 103.

47 Cuaderno 1, folio 103.

48 Cuaderno 1, folio 103.

49 Cuaderno 1, folio 110.

50 Cuaderno 1, folio 113.

51 Cuaderno 1, folio 115.

52 Cuaderno 1, folio 113.

53 Cuaderno 1, folio 115.

54 Cuaderno 1, folios 115-116.

55 Cuaderno 1, folio 116.

56 Cuaderno 1, folio 116.

57 Cuaderno 1, folio 131.

58 Cuaderno 1, folio 131.

59 Cuaderno 1, folio 140.

60 Cuaderno 2, folio 7.

62 Cuaderno 3, folio 7.

63 Cuaderno 3, folio 2.

64 Cuaderno 3, folio 2.

65 Cuaderno 3, folio 3.

66 Cuaderno 3, folio 3.

67 Cuaderno 3, folio 3.

68 Cuaderno 3, folio 3.

69 Cuaderno 3, folio 4.

70 Cuaderno 3, folio 4.

71 Cuaderno 3, folio 4.

72 Cuaderno 3, folio 4.

73 Cuaderno 3, folio 2.

74 Cuaderno 3, folio 2.

75 Cuaderno 3, folio 3.

76 Cuaderno 3, folio 3.

77 Cuaderno 3, folio 4.

78 Cuaderno 3, folio 4.

79 Cuaderno 3, folio 4.

80 Cuaderno 3, folio 5.

81 Cuaderno 3, folio 2.

82 Cuaderno 3, folio 2.

83 Cuaderno 3, folio 11.

84 Cuaderno 3, folio 12.

85 Cuaderno 3, folio 4.

86 Cuaderno 3, folio 14.

87 Cuaderno 3, folio 15.

88 Cuaderno 3, folio 18.

89 Cuaderno 3, folio 1.

90 Cuaderno 3, folios 2-3.

91 Cuaderno 3, folio 3.

93 Cuaderno 3, folio 2.

94 Cuaderno 3, folios 2-3.

95 Cuaderno 3, folio 3.

96 Cuaderno 3, folio 3.

97 En el presente acápite, se reiteran las consideraciones contenidas en las Sentencias T-253

de 2020 y T-496 de 2020, con ponencia de la Magistrada Sustanciadora.

98 Sentencia SU-522 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

99 Sentencia T-182 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

100 M.P. Diana Fajardo Rivera.

101 Sentencias T-419 de 2018 y SU-522 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

102 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

103 Algunas de estas consideraciones son tomadas, incluso literalmente, de la Sentencia SU-111 de 2020 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

104 Sentencia T-290 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

105 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

106 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

107 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

108 Cuaderno 1, folio 77.

109 Cuaderno 1, folio 78.

110 Cuaderno 1, folio 80.

111 La Corte recordó, en Sentencia SU-439 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos, que “(...) este Tribunal ha puntualizado que de conformidad con el presupuesto de inmediatez, la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional”. En esta providencia, la Corte declaró improcedente la tutela, puesto que habían transcurrido once meses y un día desde que se profirió la resolución que era atacada vía este mecanismo

constitucional, “término que resulta altamente irrazonable”.

112 Cuaderno 1, folio 35.

113 Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

114 Sentencias T-163 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-136 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

114 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

115 En la Sentencia T-694 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte llegó a esta misma conclusión, al analizar la subsidiariedad de una tutela promovida por una persona contra ECOPETROL por haber sido excluida de un proceso de selección a causa, según el demandante, de ser familiar de un exmilitante de las milicias campesinas del Casanare. En aquella ocasión, la Corte consideró que si bien se trataba de una empresa de economía mixta, sus relaciones laborales estaban regidas por el derecho privado.

116 Véanse, entre otras, las Sentencias T-009 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-547 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-134 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

117 Es pertinente recordar que los derechos fundamentales nacieron como una defensa de las personas frente al poder del Estado, de manera tal que este tuviera límites. En este sentido, originalmente los derechos eran exclusivamente oponibles al Estado. Sin embargo, la teoría jurídica evolucionó para ampliar la órbita de acción de los derechos fundamentales hacia las relaciones entre privados, bajo el entendido que aquellos no solamente pueden ser amenazados por el Estado, sino también por particulares (Anzures Gurría, J. J. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N.º 22, enero-junio de 2010, pp. 3-51).

118 Esta Corporación ha resumido los hechos que originaron el Fallo Lüth de 1958 en los siguientes términos: “Eric Lüth, director de una organización de prensa privada, inició un boicot comercial para impedir la difusión de una película producida por el señor Veit Harlan, argumentando la cercanía de este último al régimen nacionalsocialista y su participación en

la producción de películas antisemitas. Veit Harlan presentó una acción civil en la que solicitó como medida cautelar que se ordenara a Lüth suspender el boicot, pretensión que fue acogida por un Tribunal civil, en segunda instancia. Eric Lüth elevó un recurso de amparo contra esa decisión ante el Tribunal Constitucional alemán. Como argumento central de la demanda señaló que su actuación no era ilícita sino que se trataba de una manifestación legítima de la libertad de expresión” (Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa). El Tribunal Constitucional alemán consideró que los derechos fundamentales deben valer en todos los ámbitos del derecho debido a que tienen una dimensión objetiva, es decir, ellos constituyen un sistema de valores que irradia todas las relaciones sociales. Por tanto, estimó que el llamado al boicot en contra de un particular goza de la protección del derecho a la libertad de expresión.

119 Al respecto, ha indicado que “[l]a Constitución de 1991 se inspiró igualmente en el aporte jurisprudencial alemán, que se centró en el hecho de que los derechos constitucionales despliegan un efecto en el tráfico jurídico entre particulares” Sentencia T-148 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Véase, igualmente, la Sentencia T-819 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

120 Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

121 Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

122 De manera consolidada, la jurisprudencia constitucional ha tomado como referentes el Fallo Lüth y la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán para la construcción del concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Ver, entre otras, las Sentencias T-009 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-547 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-378 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

123 Sentencias T-883 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-160 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

124 Al respecto, la Corte ha destacado que el principio de supremacía constitucional cumple una función integradora del orden jurídico (Sentencia C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), la cual coincide con la visión desarrollada por la jurisprudencia inicialmente de

acuerdo con la cual las relaciones jurídicas privadas deben ajustarse al orden objetivo de valores establecido por la Carta. En este sentido, las normas constitucionales otorgan coherencia interna a todo el ordenamiento, incluso a las relaciones jurídicas entre los particulares.

125 Sentencias T-160 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-378 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

126 Sentencia T-819 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

127 Sentencia T-335 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

128 Sentencia T-819 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

129 “La Corte considera que, de acuerdo con el inciso quinto del artículo 86 superior, al legislador le corresponde señalar los casos, esto es, las situaciones o las circunstancias en los que procede la tutela contra particulares. Por ende, no era atribución de la ley, so pretexto de dar cumplimiento a un mandato constitucional, determinar los derechos fundamentales que pueden ser invocados por el solicitante cuando el sujeto pasivo de la tutela es un particular (...)” (Sentencia C-134 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

130 Sentencia T-351 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

131 Al respecto, ha dicho la Corte: “No obstante, cabe distinguir entre las dos dimensiones de la cuestión bajo estudio porque sería errado concluir que la dimensión procesal configura totalmente la dimensión material (...). Por el contrario, debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubija todas las relaciones jurídicas particulares, las cuales se deben ajustar al “orden objetivo de valores” establecido por la Carta política de 1991. Cosa distinta es que la acción de tutela, como mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sólo proceda prima facie en los supuestos contemplados por el artículo 86 constitucional” (Sentencia T-632 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Véase también la Sentencia T-160 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

132 Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

133 “En el plano de las relaciones privadas, la protección de los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal como una manifestación del principio de la igualdad, pues, precisamente ante las relaciones dispares que se sostienen en el ámbito social, sin la obligatoriedad de los derechos fundamentales entre particulares, la parte débil quedaría sometida sin más, a la voluntad de quien ejerce autoridad o tiene ventaja sobre ella, y desde el punto de vista material, equivale a decir que quienes se encuentran en estado de indefensión o subordinación tienen la posibilidad de asumir una verdadera defensa de sus intereses” (Sentencia T-689 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Véanse también las Sentencias T-375 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-378 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-883 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

134 Ver, por ejemplo, Sentencias T-449 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-057 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-500 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-052 de 2020 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, entre otras.

136 Ver, por ejemplo, las Sentencias T-959 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-751 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-136 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-227 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

137 Ver, entre otras, las Sentencias C-112 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1042 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

138 Sentencia T-1042 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

139 Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

140 Sentencia C-112 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

141 En este sentido, la Corte ha sostenido que “(...) acarrearía riesgos a la seguridad jurídica: la indeterminación de las cláusulas iusfundamentales podría generar intensas divergencias en cuanto a su interpretación por parte de sujetos razonables, generaría cargas excesivas para algunos sujetos si se repara en la exigibilidad de protección a la integridad personal a un particular o de los contenidos prestacionales de los derechos, y podría limitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad que es, en sí misma, expresión de la dignidad humana y del

libre desarrollo de la personalidad”.

142 Sentencia T-611 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

143 Sentencia T-1042 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

144 Sentencia T-1042 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

145 Sentencia T-1042 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

146 M.P. Fabio Morón Díaz.

147 M.P. María Victoria Calle Correa.

148 La Sala consideró que existía indefensión, “dada la superioridad social de la organización masónica frente a sus miembros” (Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa).

149 La Corte sostuvo que, en esa oportunidad, no se evidenció que la “solución de esa controversia sea una condición necesaria para asegurar el goce efectivo de un derecho fundamental, lo que explica que la Sala no se involucre en ella, sin que esta decisión cierre las puertas al actor para acudir a la administración de justicia si desea controvertir la decisión desde el plano de la legalidad, o si en su concepto, existe un daño que debe ser reparado en términos de responsabilidad extra civil (sic)” (Sentencia T-720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa).

150 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

151 Capítulo desarrollado con base en la Sentencia T-335 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

152 Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

153 Sentencia SU-062 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

154 Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

155 Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

156 Sentencia T-335 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

157 Capítulo desarrollado con base en la Sentencia T-335 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

158 Ibidem.

159 Ibidem.

160 Ibidem.

161 Sentencia C-248 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

162 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

163 Estas consideraciones fueron tomadas de la Sentencia C-265 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

164 Sentencia de la Corte Constitucional C – 269 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterado en la sentencia C-365 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

165 Sentencia C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

166 Ibidem.

167 Sentencia C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

168 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-616/01.

169 Ibidem.

170 Sentencia C-616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterada en sentencia C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

171 Sentencia T-425/92 M.P. Ciro Angarita Barón, reiterada en las sentencias C-616 de 2001 y C-228 de 2010.

172 Sentencia C – 524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

173 Sentencia T - 579 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

174 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

175 Sentencia T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

176 Sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Corte expresó en esta oportunidad: “[El] Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...)” (Énfasis agregado).

177 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

178 Sentencia T-694 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

179 Sentencia T-247 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto.

180 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

181 Estatuto General del Transporte

182 Sentencia T-987 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

183 Ibidem.

184 Ibidem.

185 Ibidem.

187 Al respecto el artículo 1782 del Código de Comercio dispone lo siguiente: ““por

“autoridad aeronáutica” se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha Jefatura. || Corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos.”

188 Sentencia T-987 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

189 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

190 Cuaderno 1, folio 44.

191 Cuaderno 1, folio 110.

192 “Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales”.

193 Cuaderno 1, folio 37.

194 De forma preliminar se estableció que la acción superaba la procedibilidad, en particular frente al requisito de subsidiariedad la ponencia argumentó que no existe ningún mecanismo judicial ordinario para controvertir la presunta discriminación por padecer VIH que se consideró generada por el retiro del aspirante del proceso de selección. En tal sentido, el demandante solo contaba con la acción de tutela.

195 Sobre este punto se explicó que el accionante, pese a la solicitud del médico, se abstuvo de informar que consumía medicamentos para el tratamiento del VIH. En efecto, la Sala comprobó que en el consentimiento informado que obra en el expediente no hay mención alguna del actor sobre los retrovirales que eran administrados para tratar su patología. De suerte que era imposible para los médicos y demás profesionales encargados de valorar la prueba científica, establecer si el resultado de “alterado” para anfetaminas fue consecuencia de una reacción cruzada ocasionada por la medicina con la que el peticionario trata su enfermedad.

196 Sentencia T-155 de 2017. Los orígenes de esta figura se remontan a las sentencias T-988 de 2007, T-585 de 2010 y T-200 de 2013.

197 Sentencia T-060 de 2019.

198 Sentencia T-379 de 2018.

199 Cfr. sentencias SU-522 de 2019 y T-017 de 2020. Dichos casos no son taxativos; en la referida sentencia, la Corte indicó que la situación sobreviniente no es categoría totalmente delimitada y que fue diseñada para cubrir escenarios que no encajan en las categorías originales de hecho superado y daño consumado.

200 Al resolver este asunto la Corte destacó que conforme la jurisprudencia este fenómeno se presenta cuando “(i) la vulneración cesó en cumplimiento de una orden judicial, (ii) la situación del accionante mutó, de tal forma que ya no requiere lo que había solicitado inicialmente, y (iii) se reconoció a favor del demandante un derecho, que hizo que perdiera el interés en el reconocimiento de lo que solicitaba en la tutela”.

201 Determinó que el accionante debía conservar su investidura.

202 Profirió una orden de libertad.

203 La Corte ha descrito la tarea que le ha encomendado la Constitución en el art. 241.9 (revisión de tutelas) como el análisis que conduce a un pronunciamiento cuyo “interés principal (...) no sea resolver el caso específico sino sentar una doctrina cuyo destinatario es el país entero, de forma que la sujeción a ésta por parte de las autoridades y los particulares vaya forjando una cultura de respeto de los derechos fundamentales”. Sentencias C-018 de 1993 y SU-055 de 2015.

204 Cfr. Sentencia T-049 de 2019.

205 De acuerdo con los conceptos especializados de las universidades Nacional y de Antioquia, las moléculas de los antirretrovirales que consume el actor no son reportadas como interferentes para el resultado de anfetaminas, es decir, no existen ensayos, estudios o hallazgos médicos que refieran interferencias de estos medicamentos con la prueba de anfetaminas.

206 No se demostró que se hubiese quebrantado la prohibición de realizar exámenes para determinar la presencia de este diagnóstico. El art. 21 del Decreto 1543 de 1997 dispone: “Prohibición para Realizar Pruebas. La exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) queda prohibida como requisito

obligatorio para: (...) b. Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma. (...)”.

207 Quedó acreditado que no se desconoció el deber de reserva de la enfermedad, ni de la historia clínica. Ello de conformidad con los artículos 32 y 35 del Decreto 1543 de 2017 que indican: “Art. 32. Deber de la Confidencialidad. Las personas integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar sigilo de la consulta, diagnóstico, evolución de la enfermedad y de toda la información que pertenezca a su intimidad. (...) Art. 35. Situación Laboral. Los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes.” Asimismo, con el parágrafo del art. 4 de la Resolución 2346 de 2007 que dispone que “el médico debe respetar la reserva de la historia clínica ocupacional y sólo remitirá al empleador el certificado médico, indicando las restricciones existentes”. Igualmente, se demostró que dentro del proceso de selección no constituía una restricción tener VIH y/o SIDA.

208 Es importante destacar que el Decreto 1543 de 1997 señala: “Art. 36. Deber de Informar. Para poder garantizar el tratamiento adecuado y evitar la propagación de la epidemia, la persona infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), o que haya desarrollado el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y conozca tal situación está obligada a informar dicho evento, a su pareja sexual y al médico tratante o al equipo de salud ante el cual solicite algún servicio asistencial”.

209 Y en ese sentido, confirmar la sentencia de primera instancia.