

Expediente T- 9.661.412

M.P. Diana Fajardo Rivera

* REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Tercera de Revisión

Sentencia T- 202 de 2024

Ref.: expediente T- 9.661.412

Magistrada ponente:

Diana Fajardo Rivera

Bogotá D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Jorge Enrique Ibáñez Najar y por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en particular de las previstas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados el 19 de mayo de 2023 por el Juez Doce Penal Municipal con función de conocimiento de la ciudad de Ibagué y el emitido en segunda instancia, el 6 de julio de 2023 por el Juez Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima).

El presente caso involucra los derechos fundamentales de una mujer a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y a los derechos sexuales y reproductivos. Por lo tanto, en la versión de esta providencia disponible para el público el nombre de la accionante será reemplazado por uno

ficticio que se escribirá en letra cursiva. La versión con sus datos de identificación sólo estará destinada a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que los responsables puedan dar cumplimiento a las órdenes impartidas dentro del fallo.

SÍNTESIS

La accionante presentó una acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Explicó que una empresa ofertó un empleo para cubrir unas vacantes del cargo de agente call center y que luego de haber superado las fases de la selección y de que se le instalaran en su computador los programas para llevar a cabo las tareas, fue citada a la realización de unos exámenes médicos previos a la firma del contrato.

Aseguró que entre los exámenes practicados estuvo el de una prueba de sangre que solo le fue tomada a las mujeres y no a un hombre que también hacía parte de este proceso en curso. Indicó que antes de recibir los resultados de la prueba, cuyo objeto era medir la creatinina, la empresa le informó que no continuaría a la fase contractual. En ese mismo tiempo se realizó una prueba de embarazo que salió positiva y esto la llevó a considerar seriamente que la empresa utilizó la prueba de sangre para determinar su estado de gravidez, por lo que, solicitó a las accionadas tanto el certificado médico como las razones por las que fue excluida del proceso, ambos, de manera infructuosa. También refirió que en ese periodo pensó en interrumpir su embarazo, debido a los impactos que le producía estar siendo discriminada, al no conseguir empleo, por el hecho de la maternidad.

En las instancias de la tutela se discutió si existió discriminación en el periodo precontractual. El Juzgado de primera instancia accedió a la protección y el Juzgado de segunda instancia, la revocó. Al llegar a revisión, la Sala procedió a decretar pruebas, de un lado, para establecer cómo transcurrió la etapa precontractual y cuál fue la actividad de las accionadas y de la accionante y, de otro lado, para recibir información relevante por parte de la academia en relación con la discriminación en el periodo precontractual por razón del género, específicamente por encontrarse en estado de embarazo.

La Sala de Revisión, una vez analizó el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, determinó que el debate constitucional involucraba la posible discriminación en el acceso al

empleo de las mujeres y el impacto que puede tener en sus decisiones reproductivas. Así mismo cuáles son los límites a la autonomía privada y de la libertad de empresa, en relación con un proceso de selección en el que no se ha consolidado una relación jurídica, y en el que, aparentemente, las pruebas de sangre son utilizadas aún en los exámenes pre ocupacionales.

Por ello, la Sala estableció el siguiente problema jurídico: ¿vulneran las empresas accionadas los derechos fundamentales de una mujer a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, al excluirla de un proceso de selección laboral en el que venía participando para ocupar la vacante de “agente call center”, tras (i) practicarle una prueba de sangre, exclusivamente, a las mujeres que participaron en el proceso, (ii) omitir que la accionante había aprobado satisfactoriamente cinco etapas del proceso y dado que (iii) la determinación de su exclusión solo se dio después de que se le realizaron los exámenes médicos ocupacionales de sangre?

Con el objetivo de absolver este problema jurídico, la Sala de Revisión se refirió a los alcances del concepto de discriminación y a los móviles y escenarios en los que esta se puede presentar y cómo afecta a las mujeres gestantes en el empleo. Analizó el impacto de los móviles discriminatorios en la etapa precontractual, y la lesión que esto produce al derecho fundamental a la intimidad de las mujeres. A partir de allí, explicó los eventos en los que procede la indemnización en abstracto de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

Con base en estos elementos, estudió el caso concreto. Primero, la Sala precisó la manera en la que se desarrolló el proceso de selección en el que participó la accionante, y constató la ocurrencia de un acto discriminatorio por razón del embarazo, con base en la valoración de diferentes elementos probatorios, lo que condujo a la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Finalmente, la Sala adoptó medidas dirigidas a compensar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

II. ANTECEDENTES

1. §1. Resumen del caso. Andrea interpuso una acción de tutela contra la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, el Grupo People Bpo S.A.S y la IPS Medicina y Salud Total Limitada (Medisot), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, al mínimo vital y al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Según afirma, fue desvinculada del proceso de selección adelantado por la empresa de servicios temporales Alianza Empresarial Temporal S.A.S, cuyo propósito era la contratación de personal para el cargo de “agente call center” en la modalidad de teletrabajo, fundada en una causal discriminatoria, por razón de su estado de embarazo Por ello, solicita la vinculación inmediata en el empleo o el reconocimiento de una indemnización en abstracto por los perjuicios causados.

a) Hechos jurídicamente relevantes descritos en la acción de tutela

§2. Andrea participó en un proceso de selección adelantado por la empresa de servicios temporales Alianza Empresarial Temporal S.A.S, con el fin de acceder al cargo de “agente call center” para la realización de funciones al interior de la campaña denominada “Claro Chile-Cross hogar”. El proceso se surtió desde principios del mes de abril de 2023 hasta el día 19 de dicho mes. Las funciones del cargo a proveer implicaban la venta de productos de telecomunicaciones a clientes residentes en Chile en la modalidad de teletrabajo.

§3. La accionante indica que satisfizo todos los requisitos iniciales del cargo ofertado, esto es, ser bachiller con experiencia comercial, tener capacidad en ventas (puntualmente, para comercializar planes de telecomunicaciones a clientes de Chile) y contar con internet y computador en casa. Además, sostiene que superó diferentes etapas del proceso de selección que consistieron en (i) una entrevista que se llevó a cabo el 10 de abril de 2023 y en la que fue consultada y evaluada frente a su experiencia laboral en cargos de la misma naturaleza, (ii) un periodo de capacitación del cargo, que tuvo una duración de una semana, comprendida entre el 12 al 18 de abril de 2023; también (iii) aprobó una evaluación de los conocimientos adquiridos durante la capacitación, realizada de manera virtual en la plataforma “Aprende conectado”; y (iv) el 20 de abril de 2023, se le instalaron los programas necesarios para la actividad “call center”. Tras aprobar todas estas pruebas, solo le quedaba pendiente la práctica de los exámenes médicos de aptitud ocupacional.

§4. La actora asegura que, de manera simultánea a este proceso, presentó un retraso de cuatro días en su ciclo menstrual. Sin embargo, no se practicó ninguna prueba de embarazo al estar enfocada en el proceso de selección.

§5. Andrea fue citada para el 20 de abril de 2023 a la realización del examen ocupacional que incluyó la práctica de cuatro test (historia osteomuscular, audiometría, visimetría y creatinina). Sobre la prueba de creatinina, indica que esta solo fue realizada a las mujeres y no fue tomada a los postulantes que eran hombres.

§6. El 22 de abril de 2023, la persona que siempre se había comunicado con la accionante durante todo el proceso de selección, le informó vía WhatsApp la finalización del proceso y la no continuidad de su candidatura. Ese mismo día, Andrea se realizó una prueba de embarazo casera en la que evidenció que se encontraba en estado de gestación.

§7. El 23 de abril de 2023, tanto Andrea como su compañero permanente indagaron sobre las razones que motivaron su no continuidad en el proceso de selección. En primer lugar, la pareja de la accionante se acercó a las instalaciones de la Institución Prestadora de Servicios Medicina y Salud Total Limitada (Medisot), que le negó la información por no ser su titular. Sin embargo, preguntó -en charla informal- a un empleado adscrito a dicha institución si usaban las muestras de sangre tomadas en pruebas de aptitud ocupacional para evaluar si las mujeres se encontraban en estado de embarazo; a lo cual, según informa la accionante, su pareja obtuvo una respuesta afirmativa e incluso se le indicó que esta era una práctica habitual. Ese mismo día, la accionante solicitó su historia clínica al correo electrónico asesorcomercial@medisotsas.com, la cual, le fue negada. En la respuesta se le indicó lo siguiente: “la empresa ya cuenta con su concepto médico ALIANZA EMPRESARIAL TEMPORAL SAS/DESAT IPS SAS, si necesita historia clínica debe solicitarlo directamente con la IPS DESAT”.

§8. La accionante manifiesta que, en su criterio, su exclusión en una etapa tan adelantada del proceso de selección se motivó en su estado de embarazo. Para sustentar ello, afirma que (i) todos los participantes que llegaron a las instancias finales del proceso, y a quienes se les instalaron los aplicativos y les practicaron los exámenes médicos, fueron contratados, exceptuándose solo a aquellos que no cumplieron con los requerimientos técnicos en sus computadores personales: (ii) entre quienes llegaron a instancias finales, solo había una

persona de sexo masculino y no se le tomaron pruebas de sangre; (iii) alega gozar de un estado de salud óptimo, que de ninguna manera podría considerarse como una barrera para el desempeño de un cargo de agente call center; tanto así, que previo a estos sucesos, laboró un año sin inconveniente alguno, en un cargo de la misma naturaleza con Apex América Colombia SAS y (iv) el 02 de mayo de 2023, se publicó de nuevo en el portal Computrabajo la oferta de trabajo del proceso de selección en el que participó, con lo cual evidencia que la negativa a su vinculación no se debió a que se hubiese suplido la totalidad de las necesidades de personal de la empresa accionada.

§9. Andrea indica que solicitó información sobre las razones por las que se le desvinculó del proceso de selección al número telefónico que la empresa dispuso y también al WhatsApp en el que se realizó la divulgación de información del proceso por parte de Alianza Empresarial Temporal S.A.S. En respuesta, se le indicó que carecían de conocimiento sobre las motivaciones.

§10. La accionante asevera que, teniendo en cuenta la necesidad de obtener ingresos para su familia, participó luego en otra convocatoria laboral dirigida a Agentes de call center, promovida por el Grupo Comdata. Manifiesta que en este proceso de selección nuevamente aprobó con éxito la entrevista de acceso, pero pese a ello desistió voluntariamente del proceso, luego de ser notificada de exámenes médicos que se ejecutarían por la IPS Cendiatra. Andrea informa que puso en conocimiento su estado de embarazo tanto al Grupo Comdata como a la IPS Cendiatra, quienes le indicaron que dicha condición era un impedimento de acceso al cargo, y que se tomarían muestras de sangre en los exámenes ocupacionales, con el propósito de ser valoradas para la identificación del estado de embarazo de las aspirantes. Por ello, y “ratificando que esta práctica está normalizada en el gremio”, prefirió abstenerse de seguir participando en el proceso, con el fin de no volver a ser discriminada.

§11. Andrea también refiere que cuenta con estudios profesionales universitarios en pedagogía infantil. Su familia se compone de su compañero permanente, quien está diagnosticado con trastorno bipolar afectivo y su hija de 12 años. Actualmente, ella presenta dificultades económicas pues la única fuente de ingresos de su familia corresponde a una pensión de invalidez que recibe su pareja y que después de descuentos, resulta inferior a un (1) SMLMV; por lo que los trabajos que ella desempeña llegan a ser la principal fuente de

subsistencia para su familia.

§12. Por último, la accionante señala que con motivo en todos los hechos de discriminación de los que alega ser víctima, ha sufrido graves afectaciones morales y emocionales, al punto de considerar – junto con su compañero permanente- la interrupción voluntaria de su embarazo. Esta fue solicitada ante su EPS SANITAS, pero luego desistió de su práctica.

b) La acción de tutela y las contestaciones emitidas por las accionadas

§13. El 5 de mayo de 2023, Andrea interpuso la acción de tutela contra Alianza Empresarial Temporal S.A.S, el Grupo People Bpo S.A.S y la IPS Medicina y Salud Total Limitada (Medisot), en la que solicitó lo siguiente: (i) se le tutelaran sus derechos (y los de su núcleo familiar) a la igualdad material y de oportunidades, a la no discriminación, al debido proceso, al trabajo, a la dignidad humana, al mínimo vital y a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos; (ii) se ordenara a la compañía Alianza Temporal SAS a que la vinculara inmediatamente o le reconociera una indemnización en abstracto de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 por los perjuicios derivados del acto de discriminación; (iii) se instara a la IPS Medisot para que adecuaran sus formatos de consentimiento libre e informado y sus procedimientos, de conformidad a las pautas normativas y jurisprudenciales frente al tratamiento de información reservada, el derecho a la intimidad, las valoraciones medicas ocupacionales y la orientación a sus pacientes; (iv) se vinculara al Ministerio del Trabajo y a la Superintendencia de Salud y (v) se ordenara a la IPS Medicina y Salud Total Limitada (Medisot) a allegar su historia clínica y el concepto médico ocupacional remitido a Alianza Empresarial Temporal S.A.S.

§14. La acción de tutela fue contestada por Alianza Empresarial Temporal S.A.S y Medisot.

§15. Contestación de Alianza Empresarial Temporal S.A.S. Solicitó declarar la improcedencia de la tutela, al no existir vulneración de derecho alguno respecto de los procesos de contratación adelantados con la accionante. La empresa informó el trámite dado a los procesos de selección y señaló que no todos los candidatos que participan son seleccionados y contratados, pues ello desnaturalizaría el proceso que se dirige a seleccionar el mejor aspirante para ocupar el perfil del cargo asignado. Posteriormente, manifestó que la situación médica de los aspirantes no tiene ninguna relación con su selección, ya que esta solo es usada con el fin de generar recomendaciones para la labor; por el contrario, en la etapa

precontractual “imperan criterios, técnicos, actitudinales, aptitudinales y tecnológicos para quedarse con la vacante propuesta”.

§17. Medisot destacó que el certificado médico ocupacional es distinto de la historia clínica ocupacional, pues el primero es el único que se remite a la empresa solicitante, mientras que el segundo tiene reserva. También adujo que el certificado médico ocupacional tiene la finalidad de informar las restricciones o recomendaciones ocupacionales que advierte el médico evaluador, con el fin de que se puedan ejecutar las acciones de protección establecidas en el artículo 4 de la Resolución 2346 de 2007. También aclaró que Alianza Empresarial Temporal S.A.S., solo tuvo acceso al certificado médico ocupacional de la accionante y no a su historia clínica ocupacional.

§18. Por último, en relación con los exámenes practicados a Andrea y a sus resultados indicó que ni dentro de la historia clínica ni el certificado médico ocupacional se evidencia registro de la supuesta prueba de embarazo, ya que esta no fue solicitada por la empresa contratante y, en consecuencia, no fue practicada por Medisot. Afirma que solo conoció del estado de gestación de la accionante mediante la acción de tutela interpuesta. Así mismo, advirtió que “desde la óptica ocupacional, la accionante no presenta ningún tipo de impedimento para el desarrollo de sus funciones y, de hecho, al no encontrar problemas de riñones, se indica dentro del certificado, que sus resultados están dentro de valores normales”.

§19. Grupo People BPO S.A.S. No contestó.

c) Las decisiones de instancia en el proceso de tutela

§20. Sentencia de primera instancia. El 19 de mayo de 2023, el Juez Doce Penal Municipal con función de conocimiento de la ciudad de Ibagué emitió decisión en la que amparó el derecho fundamental a la no discriminación de Andrea. Esta autoridad judicial acogió la figura de la presunción de discriminación en la vigencia de la relación laboral y en el acceso al trabajo. Con base en las sentencias T-291 de 2016, T-400 de 2017 y T-031 de 2021, específicamente sobre la inversión de la carga de la prueba cuando se está frente a presuntos hechos de discriminación, señaló que corresponde al accionado demostrar que el retiro del proceso de selección de personal no se fundó en móviles discriminatorios. También se refirió a la indemnización en abstracto prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

§21. Al definir el caso concreto, encontró acreditada la discriminación a partir del análisis de: (i) declaraciones extra juicio a través de las cuales la accionante probó que la prueba de creatinina solo se practicó a las mujeres y no a los hombres, pues al único aspirante de sexo masculino no se le realizó; (ii) la IPS Medisot no probó que el reporte ocupacional remitido en sede de tutela como prueba fuese el mismo que allegó a Alianza Empresarial Temporal S.A.S; (iii) aplicó la presunción de discriminación en el acceso al empleo fundado en que las accionadas nunca dieron respuesta a la accionante sobre las solicitudes que esta realizó en las que requirió información sobre las razones objetivas frente a la decisión de no continuar el proceso de selección; y (iv) la decisión adoptada por parte de la empresa para suspender y, en consecuencia, excluir a la accionante del proceso de selección se produjo injustificadamente luego de superar el proceso de inducción y transcurridos dos días desde que le practicaron los exámenes de pre ingreso laboral. Por último, enfatizó en la importancia de tener presente que la accionante había invertido su tiempo y disponibilidad en el proceso. Con base en el anterior análisis, el Juez Doce Penal Municipal de Ibagué amparó sus derechos fundamentales y le reconoció a Andrea la indemnización en abstracto regulada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

§22. Impugnación. Tanto Medisot como Alianza Empresarial Temporal S.A.S impugnaron la decisión de primera instancia. Medisot reiteró que no tenía conocimiento del estado de gestación de la accionante puesto que no se le realizó una prueba de embarazo. Explicó que ni en la historia clínica ocupacional ni en el certificado médico ocupacional se hizo mención de que la accionante se encontrase en dicho estado; así mismo, reiteró que Alianza Empresarial Temporal S.A.S. solo tuvo acceso al certificado médico ocupacional de la accionante y no a la historia clínica ocupacional. Por su parte, Alianza Empresarial Temporal S.A.S. adujo que Andrea se encontraba en la etapa previa a la contratación formal con la empresa, por lo que no todos los candidatos que participan en el proceso previo de contratación, son seleccionados y efectivamente contratados. En su criterio, asumir lo contrario implicaría que “todo el que no quede seleccionado está siendo discriminado”.

§23. Sentencia de segunda instancia. El 6 de julio de 2023, el Juez Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima) revocó la decisión de primera instancia. Después de hacer referencia al derecho fundamental a no ser discriminado, sostuvo que en el caso concreto y de conformidad con el material probatorio allegado, no era posible concluir si se ordenaron o practicaron valoraciones de sangre con la finalidad de establecer el

eventual estado de gestación de la accionante. Resaltó que Medisot aportó el certificado médico de pre ingreso ocupacional de Andrea, en donde se evidencia que no le fue practicado algún examen tendiente a conocer su estado de embarazo y, por el contrario, se concluyó que no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de especialista en retención del sector económico servicios temporales. Por último, subrayó la importancia de tener presente el contenido del artículo 333 de la Constitución Política que establece el principio de la autonomía de la voluntad privada en el ámbito de las relaciones particulares.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

§24. Remitido el asunto a la Corte Constitucional, fue seleccionado para su revisión mediante Auto del 30 de octubre de 2023 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez del año 2023 con fines de revisión. La decisión se fundamentó en los criterios objetivo de “necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial” y subjetivo de “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

§25. Solicitud de pruebas. El 5 de diciembre de 2023, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 -Reglamento Interno de la Corte Constitucional-, la magistrada sustanciadora ordenó la práctica de diferentes pruebas. En respuesta, se recibieron siete escritos que fueron puestos a disposición de las partes e intervinientes, por un término de tres (3) días.

§26. Por último, el 15 de enero de 2024 la magistrada sustanciadora profirió un segundo auto de pruebas con el fin de profundizar en la información allegada mediante el primer decreto. Este solo fue remitido a la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, la IPS DESAT y el grupo People BPO; quienes, allegaron las respectivas respuestas.

a) Respuestas allegadas por las partes del proceso

§27. La accionante, Andrea. En escrito del 14 de diciembre de 2023, la accionante informó que habita junto con su familia –conformada por su hija y su pareja– en una vivienda que es de propiedad de su cuñado y su suegra; el arriendo es de \$500.000, pero dadas sus dificultades en encontrar empleo, se acordó que no se les cobraría hasta que ella tuviese algún vínculo laboral. Igualmente, destacó que sus únicos ingresos actuales corresponden a la pensión de invalidez de su compañero permanente equivalente a 1 SMLMV, pero sus

gastos son superiores, llegando al monto de \$1.860.000.

§28. Andrea indicó que a la fecha no cuenta con ningún vínculo formal ni informal. Manifestó que desistió de seguir participando en procesos de selección del sector “Call center” para no exponerse a repetir episodios de discriminación. Sin embargo, tampoco ha tenido éxito en la búsqueda de trabajo en el área en la que desarrolló sus estudios profesionales (Licenciatura en Educación Infantil), pues es rechazada al llegar a la fase de la entrevista, según refiere, por su evidente estado de embarazo.

§29. Sobre su estado de salud, la accionante sostuvo que descartó la interrupción voluntaria del embarazo y para la fecha de la respuesta tenía 38 semanas de gestación y el parto por cesárea se había programado para el 19 de diciembre de 2023. Además, mencionó que su embarazo fue calificado como de “alto riesgo”. También destacó que contó con su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta el 30 de noviembre de 2023, por lo que, con el fin de continuar con la cobertura y garantizar la realización de la cesárea que ya le fue programada, debe cotizar como independiente pese a que actualmente no percibe ningún tipo de ingresos.

§30. En torno al proceso de selección adelantado por la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, Andrea refiere que solo recibió, por parte de Medisot, la copia de su historia clínica ocupacional y del certificado médico ocupacional hasta después de la emisión del fallo de tutela de primera instancia (el 24 de mayo de 2023), pese a que había solicitado estos documentos un mes atrás. Adicionalmente, destacó que, el 20 de abril de 2023 se le instalaron los programas de la empresa Grupo People Bpo S.A.S en su computador y como pruebas de ello, anexa (i) su conversación vía WhatsApp en la que una profesional de servicio técnico adscrita al Grupo People Bpo le confirma la instalación de los programas, (ii) captura de pantalla del panel de control de su computador, en donde se observan siete aplicativos que fueron instalados en dicha fecha y (iii) un reporte de eventos de Windows aplicación con registro del día 20 de abril de 2023. Por otra parte, la accionante aclaró que la información sobre la aprobación de cada una de las etapas del proceso de selección siempre le fue brindada por una persona de la empresa intermediaria a través de WhatsApp. Finalmente, allegó pantallazos de conversaciones sostenidas en esta misma plataforma con la empresa Comdata Group con quien participó en un segundo proceso de selección que también resultó infructuoso.

§32. People BPO S.A.S. A través de escrito del 15 de diciembre de 2023, la empresa indicó que suscribió un contrato de servicios de suministro de personal temporal con Alianza Empresarial Temporal S.A.S. que es la encargada directa del proceso de selección de personal. Así mismo, sostuvo que solo interfiere en los procesos de entrenamiento y adaptación del personal, de manera previa a la contratación. Solicitó que se le exonerara de cualquier tipo de responsabilidad.

§33. Alianza Empresarial Temporal S.A.S. El 15 de diciembre de 2023, esta empresa se refirió al contrato de servicios de suministro de personal temporal suscrito con la empresa People BPO S.A.S. Indicó que uno de los procedimientos previos a la contratación es el cumplimiento de la valoración médica laboral de ingreso para determinar preexistencias medicas laborales y definir la aptitud laboral. Este proceso, aseguró, difiere para el caso de los hombres y las mujeres pues, según indica en la respuesta “en el caso particular a los hombres se les realiza una valoración de esfuerzo adicional a la tradicional ergonómica o biomecánica, a la reactividad a alguna enfermedad de transmisión sexual y a la audiología y visiometría respectiva; en el caso de las mujeres, se hace una prueba de sangre para valorar la reactividad frente a alguna enfermedad de transmisión sexual, aunada a las pruebas biomecánicas, visiometría y audiometría respectivamente”. También indicó que el procedimiento previo a la contratación garantizó los derechos laborales y constitucionales y por ello solicitó a la Corte exonerarla de responsabilidad pues siempre actuó de buena fe.

§34. Alianza Empresarial Temporal S.A.S además remitió los siguientes documentos: (i) correo electrónico en donde el Grupo People PBO le solicitó adelantar el proceso de selección de los cargos de “fidelizador remoto” y “especialista en retención”; (ii) contrato de prestación de servicios de suministro de personal temporal suscrito entre Alianza Empresarial Temporal S.A.S y el Grupo People PBO; (iii) descripción de las funciones de los dos cargos convocados en el proceso de selección relacionado con la presente acción de tutela; (iv) copia del “Procedimiento de incorporación masivo” de la dirección de Recursos Humanos del Grupo People BPO y (v) ficha elaborada por la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S en la que se sintetiza el proceso de selección del Grupo People BPO S.A.S.

§35. Por otra parte, en respuesta al segundo decreto de pruebas, Alianza Empresarial Temporal S.A.S describió las etapas del proceso de selección y alegó que “si bien la postulada aun no era trabajadora en misión, en el proceso técnico de aptitudes adaptadas a

la campaña propuesta, al igual que otros de sus compañeros, quedaron en lista de espera por la requisición misma de la campaña, quien venía ingresando paulatinamente el personal”. También, manifestó que los procesos de selección son rotativos y se abren a partir de datos que se procesan cada 20 días aproximadamente, en aras de lograr el número de contratación requerido, y en ellos se priorizan las personas con procesos de selección adelantados. Esgrimió que en todos sus procesos de selección se dan las mismas condiciones tanto al personal femenino como al masculino. Por último, aseguró que, en el proceso previo de contratación en el caso de la referencia, se cumplió a cabalidad con la normatividad laboral vigente y la garantía de los derechos laborales y constitucionales de la tutelante, teniendo en cuenta que “participar de un proceso de selección no implica el derecho adquirido a obtener el puesto o la obligación de contratación para quien los realiza”.

§36. Medicina y Salud Ocupacional Total (Medisot). El 14 de diciembre de 2023, Medisot allegó copia de los protocolos usados para tomar, conservar y realizar el embalaje de las muestras, así como aquel relacionado con la fase de analítica química. También destacó que la finalidad de la prueba de creatinina es verificar el funcionamiento de los riñones y manifestó que no es posible establecer el estado de embarazo a partir de la muestra procesada. Por otra parte, sobre la comunicación de los resultados de los exámenes practicados a las personas que participan en los procesos de selección, indicó que “si el paciente requiere copia del historial clínico debe realizar la solicitud de la misma en el área de recepción bajo las definiciones del artículo 1 y 14 de la resolución 1995 de 1999”. Por último, remitió la historia clínica ocupacional de la accionante y de Sebastián que también participó en el proceso de selección.

b) Otras intervenciones

§37. Comdata Colombia S.A.S. Mediante escrito del 14 de diciembre de 2023, esta empresa señaló que Andrea sí participó en un proceso de selección que adelantó en el mes de abril de 2023 y que los exámenes médicos le fueron agendados para el 18 de abril de 2023, pero la accionante no se presentó. Por consiguiente, desconoce su estado de salud. El cargo para el que aplicó fue el de asesora de servicio para la campaña Banco Caja Social y dentro del proceso de selección adelantado por Comdata, Andrea avanzó hasta la etapa del proceso formativo. No se continuó con su proceso de selección debido a que, además de que la accionante no se presentó a los exámenes ocupacionales, el cliente corporativo canceló la

solicitud de nuevo personal y, por ello, ninguno de los candidatos postulados firmó contrato.

§38. DESAT IPS S.A.S. En respuesta el 30 de enero de 2024, indicó que es una empresa prestadora del servicio de salud ocupacional con domicilio en Neiva (Huila) y para el cumplimiento de este objeto, realiza convenios en diferentes ciudades con IPS prestadoras del servicio de salud ocupacional que operan con plena autonomía directiva, técnica, operativa y administrativa. En el caso de la ciudad de Ibagué, lugar donde se presentan los hechos que dan lugar a esta acción de tutela, DESAT IPS S.A.S tiene convenio con MEDISOT S.A.S. Adicionalmente, en relación con los hechos del caso, la IPS DESAT informa que el día 20 de abril de 2023 Alianza Empresarial Temporal S.A.S generó, por medio del software SOFÍA, una orden de servicio en la que solicita a MEDISOT S.A.S realizar a Andrea, con CC 11XXXXXXX los exámenes de audiometría, visiometría, osteomuscular y creatinina.

§39. Semillero de Investigación de Trabajo y Derecho de la Universidad de los Andes y proyecto Digna, trabajo y género. En su intervención del 15 de diciembre de 2023, la universidad de los Andes planteó los siguientes tres puntos: (i) la práctica de pruebas de embarazo en los procesos de selección de personal; (ii) la falta de regulación del periodo precontractual de la relación laboral en Colombia y (iii) un análisis del caso concreto, junto con observaciones dirigidas a esta Corporación sobre el tema.

§40. Indicó que una de las principales prácticas discriminatorias que enfrentan las mujeres al tratar de ingresar al mercado laboral es la solicitud de pruebas de embarazo como requisito para obtener un empleo. Como muestra de ello, refieren que, según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud del año 2015, al 32.5% de las mujeres que habían trabajado alguna vez le exigieron prueba de embarazo; lo cual, en todo caso, sugieren, es un subregistro que no refleja las cifras reales. De igual modo, citan investigaciones cualitativas en las que se recogen testimonios de mujeres que han sido sometidas a la práctica de pruebas de embarazo en procesos de selección.

§41. El semillero destaca que, aunque en Colombia no se cuenta con una regulación unificada y completa de la etapa precontractual de la relación laboral, existen algunas disposiciones dispersas a nivel nacional e internacional que establecen el principio de no discriminación laboral; con todo, refieren que hay carencia de una regulación integral del periodo previo a la celebración del contrato de trabajo, como sí sucede en el régimen civil y comercial.

Igualmente, argumentan que algunas de las reglas sobre la materia se recogieron en la Sentencia T-031 de 2021 y que el Ministerio del Trabajo con ocasión a la citada decisión dictó la Circular 062 de 2021, en la que únicamente se reiteraron los contenidos de la providencia de la Corte, pero sin desarrollarlos.

§42. Finalmente, la universidad de los Andes destaca que en el asunto objeto de revisión existen suficientes elementos para considerar que se configuró una discriminación laboral de la accionante por su estado de embarazo. Esgrimió que la exclusión del proceso de selección fue irregular y vulneró la buena fe, dado que la empresa contratante, a través de su temporal, realizó todas las actividades tendientes a establecer la relación contractual, de la que se desprendía que el vínculo se iba a consolidar. Esto por cuanto a la accionante se le habían instalado los programas de la empresa asociados a la actividad para la que sería contratada. Pese a ello la decisión de no suscribir el contrato surgió tras la realización de un examen de sangre que solo se realizó a las mujeres intervinientes dentro del proceso de selección y no así a los hombres. Además, subrayó que a la accionante no se le informó debidamente por qué no se mantuvo la oferta contractual que confluía con la prueba de sangre que le fue practicada.

§43. Ministerio de Trabajo. A través de escrito del 13 de diciembre de 2023, indicó que expidió la Circular 062 de 2021, en cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia T-031 de 2021 de esta Corporación, en la que reiteró las reglas allí previstas y que son vinculantes para todos los empleadores, trabajadores y aspirantes a un empleo, con el fin de promover el trabajo decente y la erradicación de prácticas discriminatorias en los procesos de selección laboral. Adicionalmente, el Ministerio informó que mediante la Resolución 4607 de 2022 conformó el Grupo Élite de Inspección Laboral para la Equidad de Género – Grupo GEEG, integrado por Inspectoras(es) de Trabajo y Seguridad Social, pertenecientes a las direcciones territoriales, oficinas especiales, la Unidad de Investigaciones Especiales, y del nivel central, y que están asignadas para llevar a cabo inspecciones y actuaciones con enfoque de género, así como para prevenir conductas que promuevan violencias de género y de discriminación, y promueven los derechos laborales de las trabajadoras(es), la población LGBTI y las poblaciones vulnerables en todo el territorio nacional.

§44. En torno a las directrices, lineamientos o estudios sobre la manera en la que se lleva a cabo los procesos de selección o de contratación que tienen que ver con las y los

trabajadores de call center, señaló que la Ley 1221 de 2008 habilita el teletrabajo en el que algunas de ellas se inscriben. Adicionalmente, destacó que, frente al sector de las ventas masivas, en noviembre de 2022, inició una investigación a la multinacional por presunta violación a las normas y derechos laborales y abrió un canal para atender las diferentes quejas como medida preventiva en los call center. Como resultado, se llegó a un acuerdo entre esta empresa y el sindicato UtraClaro.

§45. Comisión Colombiana de Juristas (CCJ). La Comisión dividió su intervención en tres puntos: (i) satisfacción de la subsidiariedad en el caso concreto, (ii) aplicación de la presunción de discriminación frente a hechos indiciarios y (iii) necesidad de dar un enfoque interseccional al caso. Sobre el primer aspecto, manifestó que, dado que el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social solo incluye dentro de las competencias de la jurisdicción ordinaria laboral los conflictos que se derivan directa e indirectamente del contrato de trabajo, los hechos objeto de análisis no podrían ventilarse ante dicha jurisdicción, por lo que, se debe privilegiar la tutela.

§46. Luego, destacó que en el presente asunto debía operar la presunción de discriminación ante un indicio ostensible relacionado con que la práctica de los exámenes de sangre solo se realizó a las mujeres y no así a los hombres y destacó que la jurisprudencia constitucional (sentencias T-031 de 2021, T-305 de 2020, T-694 de 2013 y T-247 de 2010) ha sido enfática en que las pruebas y requisitos exigidos en los procesos de selección deben estar directamente relacionados con las necesidades del cargo. Con base en ello, de cara al caso concreto, sostuvo que no es claro como una prueba de sangre pueda determinar la idoneidad para un cargo de asistente de call center.

§47. Además, advirtió que, en su concepto, la empresa temporal accionada incurrió en una vulneración del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia al usar material genético (muestra de sangre) de la accionante “como prueba de cargo en su contra, lo que implica un acto de cosificación y por esa vía una vulneración al derecho a no ser inculcado por uno mismo”. Finalmente, sugirió a la Corte que indicara a los jueces de instancia la necesidad de aplicar un enfoque interseccional a casos como el de Andrea, con el fin de evidenciar las diversas formas que asume la discriminación en razón al género y a otros criterios adicionales.

§48. Instituto latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativo (ILSA). A través de escrito del 18 de enero de 2024, ILSA intervino con el fin de exponer como hoy en día siguen presentándose brechas significativas en el escenario laboral entre hombres y mujeres; situación que ha conllevado a que diferentes Estados hayan adoptado medidas para la discriminación positiva de las mujeres en trabajo.

§49. Posteriormente, trajo a colación instrumentos internacionales como la CEDAW, el Convenio n.º 183 de 2020 sobre la protección a la maternidad, el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951) y el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), relacionados con el deber de protección de las mujeres en estado de embarazo. Sin embargo, sostuvo que ni el Convenio 103 ni la Recomendación 95 contemplan el caso de la mujer en busca de empleo, que es el más complejo en relación con la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres; toda vez que, “la maternidad y las responsabilidades familiares que de ella se derivan siguen influyendo mucho en la imagen que se tiene de la mujer en el trabajo, y los empleadores pueden tener en cuenta estos factores a la hora de seleccionar a los candidatos para un puesto de trabajo”.

§50. Con base en lo anterior, ILSA concluye que en el caso de Andrea, no solo se violaron las normas internacionales de Naciones Unidas, del Sistema Interamericano y de la OIT sobre el derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razones de género, así como al goce de sus derechos reproductivos, sino que también se desconocieron las normativas nacionales que prohíben dichos actos discriminatorios. Por ello, solicita a la Corte que se permita a la accionante continuar con el proceso de selección y ser nombrada para el cargo que, según todas las pruebas superadas, está capacitada para ejercer.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. 1. Competencia

§51. Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 30 de octubre de 2023 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez del año 2023 que escogió el expediente para su revisión.

2. Presentación del caso y metodología de la decisión

§52. El asunto que debe resolver la Sala de Revisión es el de una mujer que afirma haber sido discriminada en el acceso al empleo y refiere que fue excluida de un proceso de selección de personal, en el que había superado diferentes pruebas, al punto que, en el computador en el que iba a realizar las actividades del cargo por el que había optado, le habían sido instalados los programas informáticos para poder ejercer el respectivo empleo. Para la accionante, la exclusión del proceso ocurrió tras la realización de pruebas de sangre que solo le fueron practicadas a las mujeres y no a los hombres que estaban en la convocatoria y que, en su criterio, constituyeron un indicio de ser discriminada por ser mujer y por la posibilidad de ser gestante.

§53. El debate constitucional involucra, de un lado, la posible discriminación en el acceso al empleo de las mujeres, pero además el impacto que puede tener en sus decisiones reproductivas. Esto porque uno de los hechos planteados tiene que ver con que la accionante, tras la exclusión del proceso de selección y en vista de las dificultades a las que había estado sometida por no conseguir trabajo remunerado, afirmó haberse sentido afectada por las circunstancias y solicitó la interrupción voluntaria del embarazo, de la que luego desistió. También implica que la Corte deba examinar cuáles son los límites a la autonomía privada y de la libertad de empresa, en relación con un proceso de selección en el que no se ha consolidado una relación jurídica, y en el que aparentemente las pruebas de sangre son utilizadas aún en los exámenes pre-ocupacionales. Por ello, de encontrar acreditada la vulneración de derechos fundamentales, la Sala deberá ocuparse de definir necesarias protecciones que deben procurarse para evitar la discriminación en el acceso al empleo de las mujeres en estado de gestación.

§54. Con este marco del caso la Sala inicialmente analizará si se cumplen los requisitos de procedibilidad y, de ser así, formulará el problema jurídico y abordará el respectivo estudio de fondo. Por último, dispondrá los remedios en la parte resolutive.

3. Procedencia de la acción de tutela

§55. La acción de tutela bajo revisión es procedente, en la medida en que cumple los requisitos exigidos por el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, como se pasa a explicar.

3.1 Legitimación en la causa por activa y por pasiva

§56. La expresión “legitimación” hace referencia a la capacidad para actuar (dimensión activa) o para ser accionado en la acción de tutela (dimensión pasiva). Según el artículo 86 de la Constitución, la legitimidad por activa corresponde a la facultad para interponer la acción de tutela y recae sobre la misma persona que reclama una afectación a sus derechos fundamentales, así como sobre quien actúe a su nombre.

§57. En este caso, la Sala considera acreditada la legitimación en la causa por activa, pues la acción de tutela fue interpuesta por Andrea quien sufrió la presunta lesión de sus derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, al debido proceso, al trabajo, al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad humana y a la intimidad. Ella participó en el proceso de selección adelantado por Alianza Empresarial Temporal S.A.S en el que alega haber sido discriminada al encontrarse en estado de embarazo.

§58. Por otra parte, en relación con la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 86 constitucional dispuso que la acción de tutela puede ser interpuesta contra (i) autoridades públicas; (ii) particulares, respecto de quienes el accionante se encuentre en un estado de indefensión o subordinación; y (iii) particulares que presten un servicio público, cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. En este caso también se acredita la legitimación en la causa por pasiva, pues las tres empresas privadas accionadas -Alianza Empresarial Temporal S.A.S, el Grupo People Bpo S.A.S y la IPS Medicina y Salud Total Limitada (Medisot)- tienen la aptitud legal para controvertir la pretensión que se dirige en su contra, al haber participado de manera directa o indirecta en alguna de las fases del proceso de selección en el que suscitó la presunta discriminación.

§59. De conformidad con las pruebas remitidas en sede de revisión, el Grupo People Bpo S.A.S fue quien solicitó a Alianza Empresarial Temporal S.A.S adelantar el proceso de selección de los cargos de “fidelizador remoto” y “especialista en retención” en el que participó Andrea, indicándole los requisitos y el perfil que debía satisfacerse en ambos cargos. Por su parte, Alianza Empresarial Temporal S.A.S adelantó el proceso de selección y, finalmente, Medisot fue la IPS encargada de realizarle los exámenes médicos ocupacionales, en los que, según afirma la accionante, se le practicó una prueba de sangre que,

posteriormente, conllevó a su exclusión del proceso de selección.

§60. En esa línea, se destaca que en el presente caso se está frente a uno de los eventos excepcionales en los que procede la acción de tutela contra particulares en atención a que, además, se advierte una presunta indefensión de Andrea respecto de las accionadas. Esta indefensión se deriva de su participación en el proceso de selección y de la presunta realización de una prueba de embarazo oculta; lo cual, implica que en los términos de la Sentencia SU-075 de 2018, Andrea “se encuentra en ausencia total o insuficiencia de medios jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión)”.

3.2 Subsidiariedad

§61. En el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y en el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, se caracteriza a la tutela como un mecanismo subsidiario y residual frente a los demás medios ordinarios de defensa judicial. Este principio supone identificar la existencia de otros mecanismos que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados. En consonancia, la Corte ha señalado que la acción de tutela se podrá considerar como un mecanismo preferente (i) ante la inexistencia de una acción que permita la protección de los derechos fundamentales alegados; (ii) en el evento en el que los mecanismos jurídicos alternativos resulten ineficaces de cara a la protección de dichos derechos; y (iii) cuando resulte necesario hacer uso de la misma para evitar la configuración de un perjuicio irremediable en cabeza del accionante.

§62. Al analizar la satisfacción de estos presupuestos, la Sala considera necesario indicar que en escenarios de discriminación estructural la acción de tutela es la acción más idónea, tal como sucedió en la Sentencia T-291 de 2016, en la que se indicó que “la acción de tutela se instituye como el único mecanismo judicial idóneo y eficaz que tienen las personas para obtener la protección de los derechos fundamentales que estimen menoscabados por cualquier acto discriminatorio que constituya un hecho violatorio y/o amenazante de sus derechos”. En esta misma línea, en la Sentencia C-101 de 2005 la Corte reconoció que las mujeres han sido históricamente discriminadas por patrones culturales que tienden a valorar en menor medida sus aportes a la sociedad, razón por la cual “sus derechos han sido

sometidos al marco de una sociedad patriarcal”.

§63. Lo anterior es relevante en el debate que aquí se presenta, dado que existen varios derechos fundamentales que se estiman involucrados, en el marco de una situación estructural relacionada con los derechos humanos de las mujeres y la cláusula de no discriminación por razón del sexo en el trabajo y, además, dado que no existen herramientas adecuadas para su definición por la vía ordinaria. Esto es así, principalmente, porque los hechos que dan origen a la controversia no ocurren frente a una relación contractual consolidada, sino frente a una oferta laboral.

§64. Incluso aun considerando que la cláusula general de competencia prevista en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social puede comprender las reclamaciones por periodo precontractual, lo cierto es que debe pensarse en la eficacia del mecanismo. Esto por cuanto, las violaciones de derechos fundamentales derivadas de actos de discriminación son un asunto que requiere ser resuelto de la manera más expedita; y, más aún, en contextos relacionados con el trabajo como derecho, en tanto se trata de definir si una actuación de una particular afecta el derecho de acceso al empleo que trae consigo graves consecuencias frente a otros derechos como el mínimo vital y, en este caso en relación con decisiones reproductivas de las mujeres. Por consiguiente, la Sala estima que conflictos como este en el que se involucran múltiples derechos fundamentales y en el que no existen mecanismos efectivos, incluso por ausencia de regulación legal del periodo precontractual laboral, implican que sea posible acceder a la acción de tutela para su definición de fondo.

§65. De otro lado, el artículo 86 de la Constitución dispone como requisito de procedencia de la acción de tutela que los afectados no dispongan de otro medio de defensa judicial, mas no administrativo. En este contexto, la Sala resalta que los alcances del eventual proceso adelantado ante el Ministerio del Trabajo no podrían ser entendidos como un medio judicial. En efecto, en la Sentencia T-031 de 2021 en la que también se analizó un caso de discriminación en los procesos de selección, se concluyó que la posibilidad de adelantar una queja ante el Ministerio del Trabajo era un mecanismo que carecía de idoneidad. Si bien dicho ministerio tiene competencias generales en torno a la eliminación de todas las formas de discriminación en el trabajo (contenidas, por ejemplo, en el numeral 5 del artículo 25, Decreto 4108 de 2011), y puede adoptar medidas preventivas frente a situaciones que

involucren derechos fundamentales de las y los trabajadores o de quienes se sientan afectados en un proceso precontractual (art. 486, Código Sustantivo del Trabajo), no se trata de una definición judicial y, por tanto, aunque son herramientas importantes en el ejercicio de la Inspección del Trabajo, no resuelven íntegramente la controversia.

§66. Como ninguno de los anteriores mecanismos es adecuado y existe un vacío regulatorio sobre el proceso a seguir en materia de protección de derechos fundamentales en el trabajo en la etapa precontractual que involucra sesgos incompatibles con la Constitución, como sucede con las mujeres en estado de embarazo, la acción de tutela resulta ser la vía de definición.

§67. Finalmente, debe recordarse que además de la cláusula de igualdad del artículo 13 superior, los artículos 43 y 44 de la Constitución Política consagran la especial protección de la mujer en estado de embarazo, tal como se ha reconocido, entre otras, en las sentencias T-438 de 2020 y T-141 de 2023. En virtud de ello, se ha justificado la necesidad de flexibilizar el análisis de la subsidiariedad cuando se está frente un sujeto de especial protección, como lo son las mujeres gestantes.

§68. Por consiguiente, se satisface el requisito de subsidiariedad y se estima que la acción de tutela es el medio correcto para analizar su situación.

3.3 Inmediatez

§69. El inciso primero del artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo; sin embargo, en atención a que esta persigue la protección inmediata de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido la necesidad de delimitar un plazo razonable a partir del hecho que originó la presunta vulneración o amenaza a los derechos fundamentales.

§70. En el caso sub examine se satisface el requisito de inmediatez. Según consta en el acta de reparto del juez de primera instancia, la acción de tutela de Andrea fue repartida el 5 de mayo de 2023 y los hechos que dieron lugar a la presunta discriminación laboral en razón del estado de embarazo de la accionante ocurrieron entre los primeros días de abril y el 23 de abril de 2023, cuando Andrea indagó sobre su exclusión en el proceso de selección. En

consecuencia, solo transcurrieron cerca de 10 días desde el momento en que se causó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y la presentación de la tutela.

4. Cuestión previa. No se configura la carencia actual de objeto por daño consumado al proyectarse en el tiempo los efectos de la vulneración de derechos fundamentales en que se fundamenta la acción de tutela

§72. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela fue creada como un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales frente a violaciones o amenazas de autoridades públicas o particulares. Sin embargo, puede suceder que desaparezcan las circunstancias que originaron la presunta vulneración de los derechos, de manera que la tutela pierda su razón de ser como mecanismo extraordinario de protección judicial. En estos casos se configura la denominada carencia actual de objeto que supone que, “fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad”.

§73. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la carencia actual de objeto admite tres tipologías, en las que, como elemento común, el propósito inicial de la controversia desaparece. Estas corresponden al hecho superado, la situación sobreviniente o el daño consumado. En este último evento -daño consumado- el juez debe verificar “(i) si al interponer la acción de tutela ya es claro que el daño se generó, el juez debe declarar improcedente el mecanismo de amparo; pero si el daño se consuma durante el trámite judicial, bien sea en primera o en segunda instancia o en sede de revisión, el juez puede proferir órdenes adicionales tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho, evitar repeticiones o identificar los responsables; (ii) el daño causado debe ser irreversible, pues respecto a los daños que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por una orden judicial, no es dable decretar la carencia de objeto”.

§74. En ninguna de ellas se encuadra el presente asunto. Primero, porque de acuerdo con los antecedentes Andrea, fue excluida del proceso de selección y permanece desempleada, con los efectos que esta situación involucra en el tiempo, entre ellos, la discriminación que afirma padecer por su gestación. Segundo, las actuaciones en sede de revisión dan cuenta de que existen verdaderas barreras que enfrentan las mujeres embarazadas al momento de buscar

trabajo y esto impacta las propias decisiones reproductivas. Tercero, al tratarse de una discusión sobre discriminación en el acceso al empleo y habida cuenta de la falta de regulación del escenario precontractual- como se expondrá más adelante-, es necesario que el juez constitucional examine si, en efecto, se concretó la vulneración.

§75. Además de lo ya dicho, se mantienen las reclamaciones sobre los efectos que produce la discriminación en el acceso al empleo y especialmente en el periodo precontractual de la accionante; quien, se reitera, de acuerdo con lo acreditado en sede de revisión, en la actualidad carece de empleo y reclama una indemnización en abstracto debido a los efectos lesivos que, considera, causaron las accionadas sobre su dignidad. Por ello, la Sala estima necesario ahondar en este caso con el fin de identificar medidas que permitan proscribir actos discriminatorios en la etapa precontractual que no solo afectan el contenido del trabajo en condiciones dignas y justas, sino también las decisiones libres y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que deciden maternar.

§76. Por último, en casos relacionados con la discriminación en la etapa precontractual, como en la sentencia T-031 de 2021, la Corte resolvió que debía definir de fondo en tanto evidenció que era necesario resolver la afectación a la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo, la prohibición de no discriminación, la dignidad humana y el debido proceso en las relaciones entre particulares en el marco de los procesos de selección.

5. Problema jurídico y esquema de resolución

§77. De acuerdo con lo indicado tanto en los antecedentes como en la presentación del caso, corresponde a esta Corporación resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneran las empresas accionadas los derechos fundamentales de una mujer a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, al excluirla de un proceso de selección laboral en el que venía participando para ocupar la vacante de “agente call center”, tras (i) practicarle una prueba de sangre, exclusivamente, a las mujeres que participaron en el proceso, (ii) omitir que la accionante había aprobado satisfactoriamente cinco etapas del proceso y dado que (iii) la determinación de su exclusión solo se dio después de que se le realizaron los exámenes médicos ocupacionales de sangre?

§78. Con el objetivo de absolver estos problemas jurídicos, se seguirá el siguiente esquema: (i) primero, se hará referencia a los alcances del concepto de discriminación y los móviles y escenarios en los que esta se pueda dar; para luego (ii), ahondar en la discriminación laboral que afecta a las mujeres gestantes, a través de una mirada de la manera en la que son tratadas en el mercado laboral en general. Posteriormente (iii), se hará énfasis en la discriminación laboral que las mujeres en estado de embarazo deben afrontar, especialmente, en la etapa precontractual; (iv) se dedicará un acápite para evidenciar el tratamiento dado por la Corte a casos de discriminación precontractual; (v) se hará una breve mención al derecho fundamental a la intimidad en el marco de los procesos de selección y por último (vi), se hará referencia a los alcances de la indemnización en abstracto dispuesta en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Con base en estos elementos, se resolverá el problema formulado.

§79. La Sala pasa a abordar el esquema temático presentado líneas atrás.

5.1. Igualdad material y prohibición contra la discriminación

§80. La Constitución Política, en su artículo 13, reconoce que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y que deben recibir la misma protección y trato. Ello como condición de posibilidad para que cada una busque la satisfacción en su propio proyecto de vida. La jurisprudencia de esta Corte ha indicado, además, que el derecho a la igualdad puede resumirse en la máxima: “derecho a la diferencia, pero sin diferencia de derechos”. Ello implica que no es admisible ninguna distinción con fundamento en el género, la raza, el origen, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica. Estos motivos constituyen criterios sospechosos, pues históricamente han estado asociados a prácticas que han tendido a subvalorar y a poner en situación de desventaja a ciertas personas, y se encuentran proscritos por la Constitución como una violación a la cláusula de igualdad.

§81. La igualdad se concreta en distintas dimensiones. Una de estas, apunta a las condiciones materiales que se requieren para que esta pueda concretarse, y otra, a las medidas necesarias para que no se produzcan exclusiones odiosas e injustificadas. En otras palabras, a partir del derecho fundamental a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta Política que busca brindar un trato diferenciado para promover el ejercicio de los derechos, se deriva el derecho a la no discriminación que, tiene por finalidad prohibir el

otorgamiento de un trato diverso a situaciones jurídicamente comparables, en las que además se anula el contenido de la dignidad humana.

§82. En este contexto, el género ha sido uno de los campos en el que la jurisprudencia constitucional se ha debido ocupar de proscribir tratos discriminatorios, tanto en decisiones de control abstracto como concreto. Así ha evaluado el impacto diferenciado de medidas normativas sobre la vida de las personas, como en el caso de las mujeres, o de aquellas que tienen una opción sexual diversa.

§84. Comprender cómo operan los móviles o motivos sospechosos de discriminación y los escenarios en los que se puede generar un acto discriminatorio resulta esencial a la hora de conjurar posibles vulneraciones de derechos y de aplicar la presunción en favor de la persona afectada con dichas conductas.

§85. Con este contexto, la Sala pasa a exponer, brevemente (i) los móviles o motivos sospechosos de discriminación; (ii) los escenarios en los que se puede generar un acto discriminatorio y sus características y (iii) la figura de la presunción de discriminación adoptada en estos casos.

§86. (i) Móviles discriminatorios. Estos implican tratos diferenciados e irrazonables por razón del sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica. Sin embargo, no se trata de una lista cerrada, pues es posible que al interior de las sociedades se reproduzcan conductas trasgresoras de derechos con aquellas personas que consideren diferentes, o que puedan considerar que no comparten los mismos valores o sus orígenes.

§87. Como resultado de ese entendimiento, la jurisprudencia les ha atribuido las siguientes características: (i) pueden recaer en rasgos permanentes de las personas que son irrenunciables, al estar ligados directamente a la identidad personal; (ii) se dirigen contra personas que se encuentran en una condición de subalternidad, originada en patrones de desvaloración cultural y por ello se configuran condiciones de debilidad manifiesta al ubicarse en grupos que son marginados socialmente y/o que son sujetos de especial protección constitucional; (iii) desconocen prima facie un derecho fundamental e (iv) incorporan, sin causa aparente, un privilegio exclusivo para un sector de la población, con el correlativo desmedro en el ejercicio de los derechos de las personas y grupos que fueron

excluidos.

§88. (ii) Escenarios del acto discriminatorio y sus características. Este acto ha sido definido como “la conducta, actitud o trato que pretende –consciente o inconscientemente– anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”. Estos actos discriminatorios pueden tener lugar en diferentes escenarios de la vida social, por ejemplo, en espacios públicos, privados, en contextos académicos, en el marco del acceso a un trabajo e incluso durante la misma relación laboral. En el trabajo, que es el asunto que examina la Corte en esta ocasión, profundiza la asimetría de poder y tiende a excluir o vaciar de garantías a quien se encuentra en una posición de desventaja, y quien carece de recursos sociales y económicos para poder contrarrestarla.

§89. (iii) Prueba del acto discriminatorio: la presunción de discriminación. Como característica común a los actos discriminatorios que pueden desplegarse en diferentes ámbitos de la vida social, se encuentran las significativas dificultades para su demostración probatoria. Ello es así por cuanto, al dispensar un tratamiento diferenciado entre dos personas que deberían recibir el mismo trato, quienes perpetúan el acto discriminatorio suelen usar fórmulas sutiles dirigidas a ocultar su intención de discriminar; por lo que, generalmente, los afectados no cuentan con pruebas directas.

§90. En este contexto, debe acudir a principios probatorios como la inversión de la carga de la prueba, que apareja la presunción de discriminación. Quien es señalado de cometer un acto discriminatorio tiene la carga de presentar la prueba en contrario. Esto supone una materialización del principio de la “carga dinámica de la prueba”, conforme al cual “se traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a la parte accionada, quien, al encontrarse en una situación de superioridad, tiene una mayor capacidad para aportar los medios probatorios que demuestren que su proceder no constituyó un acto discriminatorio, por lo que resulta insuficiente para el juez la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta”.

§91. En la Sentencia T-909 de 2011, la Corte consagró las subreglas jurisprudenciales que deben verificarse cuando se analiza la posible ocurrencia de una discriminación con efectos negativos o que desmejoran las posiciones jurídicas de los individuos implicados. Las

medidas objeto de estudio deben “(i) estar fundadas en criterios considerados sospechosos como el sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, orientación sexual, entre otros; (ii) no estar justificadas como herramientas que busquen alcanzar un fin imperioso que imponga la diferenciación; (iii) deben producir trato desigual en contra de una persona o colectividad, con efectos nocivos que debilitan las posiciones jurídicas ius fundamentales de los mismos; y, (iv) se debe configurar un perjuicio”.

§92. Además de lo anterior, en situaciones estructurales que comprometan, entre otros, los derechos humanos de las mujeres, es necesario analizar los hechos, las disposiciones que regulan la materia, las relaciones de poder que pueden llegar a incidir en la recolección de las pruebas y las normas jurídicas bajo el marco de las circunstancias a las que han estado históricamente sometidas. Es decir, un alcance en contexto, incluso de las evidentes dificultades que pueden llegar a tener para acreditar su dicho. Así mismo debe flexibilizarse la carga probatoria, entre otros, dándole peso a los indicios sobre las pruebas directas cuando, por las circunstancias del asunto bajo examen se advierta razonablemente que la persona no estaba en condición de demostrar de mejor manera el hecho vulnerador. De esta manera, la libertad probatoria de las y los jueces debe partir de una valoración sistemática e integral de diferentes pruebas teniendo en cuenta “aspectos como los criterios sospechosos, el contexto, el carácter estructural, los escenarios en los que se desarrolla y la presunción constitucional en favor de quien alega la situación de discriminación”.

§93. Una necesaria metodología de análisis, la interseccionalidad. La interseccionalidad es una herramienta que busca poner de presente que en un caso concurren diversos elementos cuya consecuencia es que una persona tenga privilegios y en esa medida esté en condiciones de vulnerar los derechos constitucionales de otras personas, sometidas a una posición de subalternización. También permite fijarse en quienes son las personas privilegiadas y quienes son las personas que sufren la opresión.

§94. Su uso por parte de operadores judiciales ha tenido como objetivo mostrar que la discriminación contra una persona siempre opera por diversos motivos, en los que la clase, la raza, el género y otros criterios, se entrecruzan para poner a una persona en condición de ser vulnerada en su dignidad humana. Así, el objetivo y las propuestas en la interseccionalidad consisten en hacer un adecuado diagnóstico sobre las “matrices de opresión”, con el fin de

crear medidas que atenúen y eliminen las relaciones jerarquizadas. Este marco puede usarse para comprender cómo ocurre la injusticia sistemática y la desigualdad social desde una base multidimensional.

§95. El enfoque propone que la judicatura piense en cada elemento o rasgo de una persona como una característica esencialmente unida con todas las demás que concurren en la formación de la identidad del individuo. La interseccionalidad, entonces, es un marco que debe ser aplicado a todo trabajo sobre la justicia social con el fin de reconocer los múltiples aspectos de identidad que enriquecen las vidas y experiencias, que componen las opresiones y marginaciones. Por ello, resulta esencial al momento de definir controversias en las que se analiza si se presenta o no discriminación.

§96. Con base en estas consideraciones, y teniendo en cuenta los hechos objeto de estudio en esta ocasión, el siguiente acápite presentará un contexto general sobre la participación de las mujeres en estado de embarazo en el mercado laboral.

5.2 Panorama laboral general. Nadar contra la corriente: mujeres gestantes y trabajo

§97. Las mujeres tienen mayores dificultades para acceder al trabajo, para mantenerse en él –entre otros, por sus decisiones reproductivas– y para disfrutar de las pensiones de vejez. Todas estas premisas han sido admitidas por la jurisprudencia constitucional que, desde sus inicios, ha identificado los obstáculos en el ejercicio pleno de sus derechos.

§98. Este hecho también ha sido corroborado por diferentes estudios. Según una investigación de la CEPAL del año 2019, las brechas de género en materia laboral se evidencian en diferentes aspectos. Por ejemplo, los patrones culturales patriarcales que relevan a las mujeres al ámbito doméstico que, además de no ser remunerado, se invisibiliza y se infravalora en las familias, la sociedad e incluso el bienestar económico de las sociedades. La economía del cuidado sigue siendo ejercida sobre todo por las mujeres, como reflejaron el DANE y ONU Mujeres en un estudio del año 2022 en el que se indicó que de acuerdo con la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo “durante los años 2020 y 2021, la carga de trabajo diaria de las mujeres fue casi tres horas mayor que la de los hombres (13 horas y 31 minutos frente a 10 horas y 41 minutos)”. Además, las mujeres no solo son quienes más dedican más tiempo a esta actividad, sino el grupo poblacional que más la ejerce, pues según otra investigación del DANE del año 2020, del 100% de los y las cuidadoras

colombianas, el 78% son mujeres y el 22% son hombres, lo cual evidencia que “ellas realizan tres cuartas partes del trabajo no remunerado de cuidado, de tal manera que los cuidados y apoyo a personas están sustentados principalmente por las mujeres”.

§99. Esto conlleva a que deban buscar jornadas reducidas o a interrumpir sus trayectorias laborales para conciliar el trabajo con las responsabilidades de cuidado, ante “la ausencia de sistemas de cuidado adecuados o de una mayor distribución del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado entre hombres y mujeres en los hogares”. Sobre este punto, la Sala destaca como, por ejemplo, en el más reciente informe emitido por el DANE sobre el mercado laboral según el sexo para el periodo de septiembre a noviembre de 2023, la tasa de desocupación para las mujeres fue 11,3% y para los hombres 7,6%.

§100. Sin embargo, estos retos a los que deben enfrentarse las mujeres, se intensifican cuando se encuentran en estado de embarazo. Sobre esta situación, la doctrina ha hecho referencia a la “sanción por maternidad” como una figura que penaliza el acceso y remuneración salarial de las mujeres por el solo hecho de encontrarse en estado de embarazo. Esta sanción es un castigo social que se deriva del hecho que las “interpretaciones culturales del papel de la maternidad existen en tensión con la cultural comprensión del rol del “trabajador ideal”. En consecuencia, el estado de embarazo de las mujeres supone que el acceso y permanencia en el mercado del trabajo sea mucho más difícil, pues todavía persisten estereotipos sobre la productividad de las mujeres embarazadas y hasta sesgos de género que indican que está mal visto que una mujer gestante trabaje, en lugar de cuidar de su embarazo.

§101. Este hallazgo sigue siendo, desafortunadamente, actual. En varias investigaciones, que se han recopilado sobre la materia se sostiene que a las mujeres embarazadas se les considera como “malas trabajadoras”, pues los empleadores suponen que privilegiarán las actividades familiares de las que son responsables sobre sus compromisos laborales. A su vez, se las califica como “malas madres”, al abandonar las actividades de cuidado por incursionar en el ámbito laboral, posiblemente descuidando sus responsabilidades. Y, en otros eventos a las mujeres embarazadas se les suele considerar menos confiables y menos autoritarias, pero más cálidas, más emocionales y a la vez más irracionales que otros.

§102. Para comprobarlo, en esa misma línea, en un reciente estudio elaborado por la

Universidad de los Andes, con base en los datos arrojados por la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) se evidenció que “las mujeres que se convierten en madres por primera vez experimentan una caída de aproximadamente 35% en la participación en el mercado laboral y (...) en el largo plazo, esta caída es del 13% en la participación y del 7% en las horas trabajadas a la semana (...) mientras que los resultados para los hombres que se convierten en padres por primera vez muestran un aumento del 1% en la participación laboral”.

§103. Respecto de los sectores de empleo a los que pueden acceder las mujeres una vez tienen a sus hijos, se indica que “para el segundo año de maternidad la condición de informalidad y la posición ocupacional, las mujeres que se convierten en madres por primera vez presentan un aumento de aproximadamente 16% en la tasa de informalidad, un aumento de 34% en la ocupación como cuenta propia y una disminución del 16% en ocupación como asalariada (...) mientras que los resultados para los hombres no muestran un cambio en la tendencia”. Es decir, las mujeres se ven expulsadas de la formalidad laboral, con todos los efectos que esto produce, entre ellos el de incertidumbre en el ingreso, exclusión de las protecciones sociales como subsidios de cajas de compensación, derechos prestacionales, ahorro para educación y vivienda entre otros.

§104. Lo anterior da cuenta de que, aunque existe un precedente sólido que ha reconocido la necesidad de adoptar medidas afirmativas en el trabajo para las mujeres y brindarles protección contra la discriminación –no únicamente por la maternidad, sino incluso ante los efectos de las violencias a las que son sometidas–, aún persisten los obstáculos que impiden su pleno disfrute. Se trata entonces de una situación estructural, compleja, en la que intervienen, como se expuso al inicio de esta decisión, estereotipos y sesgos de género que afectan, de forma diferenciada, a las mujeres que, además, optan por la decisión de maternar.

§105. Igualmente, vale la pena destacar que cuando esa decisión de ser gestante ocurre en el marco de una relación de trabajo, se activan las protecciones contra la discriminación, a través del fuero materno. Esta figura establece la prohibición de despedir a una mujer por motivo de su embarazo o lactancia y estableció la presunción de que el despido sea efectuado por tales motivos, cuando se realiza sin el previo permiso del Ministerio de Trabajo, evento en el cual se ordena el pago de una indemnización consistente en 60 días de salario. Además, la legislación colombiana también prevé otras garantías para las mujeres gestantes

en el marco de una relación laboral. Por ejemplo, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo contempla el derecho de las trabajadoras “a una licencia de 18 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia” y a su vez, el artículo 238 regula el derecho al descanso remunerado durante la lactancia.

§106. Pese a lo anterior, la Corte encuentra que las mujeres gestantes siguen teniendo dificultades en mantenerse en el empleo, por razones ligadas al tiempo de cuidado que deben destinar al recién nacido o la crianza en la niñez. Ello es así, en atención a que “tanto el embarazo como la maternidad significan un cambio transcendental que atañe a todas las parcelas de la vida de la mujer” y que se traduce en un cambio en los “usos del tiempo”, ya que este se transforma en un recurso que deben armonizar con el fin de equilibrar las tensiones entre la idea de ser “buena madre” y su deber como “cuerpo para otros”. Por ello, es más incierta y difícil la situación a la que pueden verse expuestas las mujeres que están en embarazo en el mercado laboral.

§107. Enfoque interseccional en los eventos de discriminación de mujeres en estado de embarazo. Igualmente, la Sala destaca que en los eventos en los que se discrimina a una mujer en estado de embarazo, la diferencia de trato injustificado no solo se debe a su condición de mujer, sino también a la de encontrarse en estado de gestación que, corresponde a una discriminación en razón del sexo; toda vez que, ésta es una situación temporal que sólo sufren las mujeres. Al respecto, Mercedes Bogino señala que “históricamente la “función maternal” ha servido para justificar la exclusión de la vida pública, política y económica de las mujeres en el pasado” y ello es así, en la medida en que, aún se entiende que este estado está directamente atado al rol del cuidado que, se asume es un instinto natural que solo poseen las mujeres.

§108. Así las cosas y para el debate que nos ocupa, es claro que “la decisión de las mujeres para insertarse en el mercado de trabajo (o no) estará en gran medida mediatizada por factores familiares, personales, económicos e ideológicos, y aquí las representaciones sociales en torno a la maternidad jugarán un papel clave”. Ello se debe a los tradicionales estereotipos que ligan el concepto de maternidad con la dulzura, la suavidad, pero a la vez –como se expuso líneas atrás– con la idea de que la mujer estará mucho más pendiente de su embarazo y no podrá desempeñarse de manera óptima en el trabajo.

§109. Sin embargo, esta situación debe ser leída desde la solidaridad y desde el reconocimiento de la importante tarea que por naturaleza les fue asignada a las mujeres que –de manera voluntaria o muchas veces involuntaria– han decidido o han debido ser madres.

Y, es que como sostiene Victoria Camps “la maternidad ha de convertirse en una preocupación social prioritaria porque la experiencia de ser madre es un valor en sí mismo, como lo es experimentar la importancia y la transferibilidad total de los cuidados. Ser madre no debería significar un paréntesis en el ritmo de una forma de vida que poco tiene que ver con las exigencias que reclaman los cuidados”.

§110. En efecto, las principales consecuencias de la persistencia de las brechas de género en el mercado laboral son económicas y sociales. Según se recoge en una reciente investigación de la Universidad de los Andes “la reducción de las barreras a la participación laboral para las mujeres y la población afro-americana en Estados Unidos explicó aproximadamente el 40% del crecimiento del PIB per cápita entre 1960 y 2010. En América Latina y el Caribe se ha estimado que el costo económico de la brecha laboral de género existente se encuentra entre el 10% y 20% del PIB per cápita”. Todo ello, sin desconocer las ya advertidas dificultades que encuentran las mujeres en estado de embarazo para acceder y permanecer vinculadas al mercado laboral.

§111. Autodeterminación reproductiva y trabajo. Por último, la Sala destaca que no hay mayores exploraciones sobre los efectos que tienen las brechas de acceso al empleo en las decisiones reproductivas de las mujeres, pese a que es claro que las conductas discriminatorias en esta fase ponen en riesgo sus derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional ha considerado la protección de los derechos reproductivos a través de una interpretación sistemática del artículo 13 de la Carta Política, que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación como uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, así como una garantía para la protección de grupos tradicionalmente discriminados y marginados. Bajo ese derrotero ha indicado que la autonomía reproductiva reconoce a las personas estar libres de interferencias en la adopción de sus decisiones reproductivas y proscribire las violencias de género y los tratos odiosos e injustificados originados en sus elecciones sobre tener o no hijos.

§112. El concepto de la autodeterminación reproductiva asume que esa clase de decisiones son personales y libres respecto de cualquier interferencia de un miembro de su familia,

padre o madre, de su pareja, o de las instituciones públicas, o privadas, entre ellas las empresas que contratan o las que ofertan empleo. En este orden de ideas, los derechos reproductivos, y, por lo tanto, el ejercicio de la autonomía reproductiva comprende, entre otros, la no interferencia en decisiones reproductivas. La Corte estima que, dentro de las interferencias a las decisiones reproductivas, pueden incluirse, las conductas abiertamente discriminatorias tanto en el empleo, como en la oferta de trabajo que implícita o explícitamente excluya a las mujeres por el hecho de encontrarse en estado de embarazo o de lactancia.

5.3. Etapa precontractual. El acceso al empleo de las mujeres gestantes y lactantes, una carrera de obstáculos

§113. Además de las cláusulas constitucionales 13, 25, 42, 43 y 53, existen instrumentos internacionales que señalan que debe garantizarse que la maternidad no pueda utilizarse como una causa para discriminar a las mujeres que se encuentren en el empleo o que aspiren acceder a él. Entre otros el Convenio 183 de la OIT es expreso en ese mandato y establece la prohibición absoluta de que a las mujeres se les solicite en un empleo, o se le someta a pruebas o exámenes para comprobar si está o no embarazada. El referido Convenio admite excepciones a la utilización de ese tipo de exámenes al considerar que es válida su utilización en los trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres en embarazo o lactantes, o puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y el hijo. Esta cláusula del convenio no es pacífica, incluso se ha llegado a debatir si esas políticas de protección fetal que interfieren en las libertades de elección de las mujeres son permisibles.

§114. En consecuencia, es claro que al pedir empleo las mujeres son más vulnerables y están más expuestas a ser víctimas de la injusticia. Esto se exagera cuando deben realizar un examen pre ocupacional de ingreso pues están sujetas a que se utilicen pruebas de sangre que directa o indirectamente conduzcan a sospechar o establecer si está en gestación. Se trata de una carrera de obstáculos, de un lado la competencia para ser convocadas al proceso, y estando en él las dificultades a las que se enfrenta al intentar establecerse si tiene a cargo obligaciones o responsabilidades familiares que se sospechen como causales de entorpecimiento de la disponibilidad en el trabajo. De llegar a superar estos estereotipos, siguen las intrusiones a la intimidad, relacionadas con la imposición de pruebas de sangre

que pueden llegar a establecer condiciones de salud que no tienen relación con el objeto contractual que eventualmente desarrollarán.

§115. De esta manera son patentes las dificultades a las que se enfrentan las mujeres en los escenarios de acceso al trabajo. Una de las reglas jurisprudenciales que se han construido para reducir esta brecha es que se prohíban pruebas de sangre tendientes a comprobar si están o no en gestación. En Sentencia T-873 de 2005, la Corte señaló que la exigencia de pruebas serológicas, dirigidas a conocer el estado de embarazo de una mujer constituye una conducta discriminatoria que afecta además su intimidad, su libre desarrollo de la personalidad y el acceso al trabajo en condiciones dignas. Más tarde, en la Sentencia T-583 de 2017, además de reiterar esa decisión, a partir de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud del año 2015, halló que el 32.5% de las mujeres que han trabajado alguna vez les exigieron una prueba de embarazo para acceder al empleo, lo que se presentó con mayor frecuencia entre las mujeres entre los 25 y los 34 años. Y estableció que el 3.1% de las mujeres afirmaron que fueron despedidas durante el embarazo.

§116. Así las cosas, si bien es admisible que los potenciales empleadores puedan conocer las capacidades y condiciones físicas y mentales de las personas que serán contratadas y el propio Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 348 habilita su realización, su recaudo debe hacerse respetando los derechos fundamentales de las personas, sin coacciones o engaños y siempre que se otorgue información oportuna, completa, accesible y se justifique su realización frente a las labores que se ejercerán. En esa línea, en principio, se rechaza la realización de pruebas de sangre que pueden profundizar las brechas a las que ya están expuestas las mujeres para acceder al mercado laboral.

§117. Con este contexto, en las siguientes líneas se centrará la atención en la protección de las mujeres gestantes en la etapa precontractual, en el marco constitucional y se hará referencia al régimen legal y reglamentario de esta fase de los procesos de selección. Luego, se esbozarán algunos elementos relevantes de cara a la protección de los derechos de los candidatos en los procesos de selección.

§118. Las mujeres gestantes tienen protección constitucional en la etapa precontractual del trabajo. La ausencia de regulación legal de los procesos de selección ha propiciado que algunos sectores consideren que no es posible predicar un derecho a mantenerse en dicho

proceso, al no existir la figura de “trabajadora” o “empleada”, sino de una “candidata” o “aspirante” que no se encuentra en una relación de subordinación respecto de la empresa que le ofrece contratarlo. Sin embargo, es necesario apuntar hacia un camino que reconozca que en esta etapa también hay una significativa asimetría entre las partes, comparable con aquella evidenciada en las relaciones subordinadas ya consolidadas. En efecto quien aspira tiene mayores previsiones y disposición para aceptar las condiciones propuestas por el ofertante, bajo la promesa del empleo. Ello se traduce en que, de un lado, los empleadores intentan conocer a sus potenciales empleados a través de la práctica de pruebas que van desde exámenes psicológicos, pruebas de sangre, entrevistas, hasta herramientas como el polígrafo y, de otro, el aspirante “pone su mejor cara, intenta resaltar sus fortalezas y ocultar debilidades frente a sus competidores y se debe someter a los exámenes que propongan sus posibles empleadores”.

§119. Como se expuso previamente, esta indefensión y asimetría es aún más clara cuando quienes acceden a la oferta de empleo son mujeres en estado de embarazo. Con todo, la Constitución ofrece importantes cláusulas que fundamentan su protección en el acceso y permanencia en el empleo. El artículo 43 de la Carta Política establece la prohibición de discriminación contra la mujer y la especial protección que debe recibir por parte del Estado durante el embarazo y después del parto, así como en su condición de ser jefe de familia. Esta protección especial a la maternidad también vincula a los particulares en virtud del principio de solidaridad social (arts. 1, 48, 49 y 95, C.P.). Además, el artículo 53 de la Constitución, contempla, expresamente, la protección a la maternidad, como principio mínimo fundamental que debe atender el legislador al cumplir el mandato de expedir el estatuto del trabajo. Con base en estas disposiciones constitucionales, esta Corporación ha reconocido la prohibición de cualquier forma de discriminación contra la mujer embarazada o en periodo de lactancia, especialmente, en el ámbito laboral.

§120. Marco legal y reglamentario contra la discriminación en la etapa precontractual. Además del derecho al trabajo previsto en el artículo 25 constitucional y la cláusula de igualdad que implica una prohibición contra la discriminación, el artículo 6 del PIDESC incluye una mención general al derecho a ganarse la vida. Por su parte, el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, ratificado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967, también establece protecciones contra la discriminación y señala que esta se genera cuando se introduce cualquier “distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de

raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (núm. 1, art. 1).

§121. A su vez, se resalta que a nivel nacional se han prescrito algunas disposiciones dirigidas a prohibir a los empleadores la realización de actos discriminatorios. El Decreto 1543 de 1997 en el literal b) de su artículo 21 prohíbe, expresamente, la realización de pruebas de VIH como requisito de acceso a cualquier actividad laboral. La Ley 931 de 2004 artículo 2 prohíbe “exigir a los aspirantes a ocupar un cargo o ejercer un trabajo, cumplir con un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral”. En este grupo, también se encuentra la Ley 1482 de 2011 que en su artículo 5 modificó el artículo 134C del Código Penal Colombiano, con el fin de incluir como un agravante de los delitos de actos de discriminación (art. 134A) y hostigamiento (art. 134B), el hecho de que la conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

§122. Adicionalmente, para el tema que nos ocupa, mediante la Ley 2114 de 2021 se determinó que la exigencia de pruebas de embarazo está prohibida como requisito obligatorio para el acceso o permanencia a cualquier actividad laboral, y solo es posible, previo consentimiento de la trabajadora, en los casos en los que el trabajo pueda implicar riesgos reales o potenciales que incidan negativamente en el trabajo. Dicha ley introduce una presunción de que toda exigencia de una prueba de embarazo tiene carácter discriminatorio y que aun cuando se admita prueba en contrario se invierte la carga de acreditar en cabeza del empleador. Así mismo este debe hacer un listado de las evaluaciones médicas y si se trata de pruebas que involucren exámenes de sangre la candidata puede seleccionar el centro médico o laboratorio donde recolectarla. No cumplir con dichas previsiones origina el pago de una multa.

§123. Por su parte, el ministerio del Trabajo desde su rol como autoridad responsable de las políticas sobre el derecho al trabajo, incluyendo dentro de estas, aquellas de acceso, recientemente, ha emitido reglamentación dirigida a evitar la discriminación laboral en los procesos de selección. Como ejemplo, se tiene la Circular 062 del 7 de octubre de 2021, proferida en cumplimiento de una de las ordenes emitidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-031 de 2021. En esta Circular, el ministerio del Trabajo recopiló lineamientos

fijados en la citada decisión, con el fin de evitar la discriminación en los procesos de selección.

§124. Sumado a lo anterior, se destaca la Resolución 4607 de 2022 mediante la cual se conformó el Grupo Élite de Inspección Laboral para la Equidad de Género – Grupo GEEG, integrado por inspectoras(es) de Trabajo y Seguridad Social, pertenecientes a las direcciones territoriales, oficinas especiales, la Unidad de Investigaciones Especiales, y del Nivel Central, con conocimientos específicos para abordar inspecciones y actuaciones con enfoque de género, tendientes a prevenir las conductas generadoras de violencia de género y discriminación. Como guías para el desarrollo del Grupo Elite mencionado, paralelo a la Resolución 4607 de 2022, el ministerio del Trabajo estableció el Protocolo de visitas de inspección para la prevención y protección contra la violencia de género en el entorno laboral y un acta de inspección laboral.

§125. En el primero de estos documentos se formuló una orientación a funcionarios e inspectores, sobre las diferentes medidas que deben adoptar para garantizar entornos laborales libres de discriminación. Por ejemplo, este grupo de funcionarios hace inspecciones en las empresas con el fin de indagar si se garantiza un acceso al empleo en igualdad de condiciones entre hombres mujeres y personas no binarias, para lo cual se consultan y analizan los documentos utilizados por el empleador/a para el reclutamiento, selección y contratación de las personas oferentes. A su turno, el acta de inspección laboral contiene preguntas específicas para el ingreso y la selección del empleo, con el objeto de identificar una presunta situación de discriminación.

§126. En relación con las herramientas de protección contra la discriminación laboral, la Sala evidencia que corresponde a una preocupación importante, al tratarse de un derecho humano laboral, y por ello a efectos de comprender cómo se ha regulado en otras latitudes se trae a título de ejemplo algunas regulaciones internacionales. En Bélgica se profirió la Ley del 10 de mayo de 2007 que estableció que las ofertas de empleo, en cualquier modalidad que adopten, pueden contener criterios de selección discriminatorios y, por lo tanto, generar actos de discriminación (núm. 2, art. 5). Además, esta ley permite que la presunta víctima se acerque a una entidad pública creada en el año 2002, llamada Instituto para la igualdad de las mujeres y los hombres con el fin de obtener asesoría y acompañamiento en la interposición de una demanda por discriminación ante el oferente del empleo (art. 16).

§127. La citada ley del 10 de mayo de 2007 también fijó en 1959 euros la indemnización fija por el daño moral sufrido como consecuencia de una discriminación; la cual, se incrementa en 3900 euros en el caso de que el infractor no pueda demostrar que el trato desfavorable o desventajoso en litigio también se habría adoptado en ausencia de discriminación. Aunado a ello, mediante la Ley del 15 de enero de 2018 (artículo 42), los inspectores de trabajo del Estado federal y de la Región de Bruselas pueden, en determinadas condiciones, hacerse pasar por clientes (potenciales) o trabajadores (potenciales) para comprobar si se ha producido o se produce una discriminación basada en un criterio legalmente protegido.

§128. Por su parte, recientemente, España adoptó la Ley 15 de 2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En virtud de esta ley, entre otras cosas, se estableció que (i) el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto; (ii) la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección; y (iii) se entenderán como nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación.

§129. Vinculatoriedad de la oferta de trabajo y respeto del derecho al debido proceso. En este punto, la Sala destaca que además de reglas generales relacionadas con la prohibición de discriminación en los procesos de selección, la jurisprudencia –por ejemplo, en la Sentencia T-031 de 2021– ha establecido la manera en la que debe garantizarse el derecho fundamental al debido proceso en el enganche de personal y los límites de las empresas y de los potenciales empleadores. Tales reglas se mantienen vigentes y son aplicables al asunto bajo examen.

§130. En esa línea, aunque no hay duda de que la cláusula de prohibición contra la discriminación se aplica en los procesos precontractuales, es necesario ampliar la comprensión de las obligaciones a las que están sometidos los potenciales empleadores y las empresas que realizan los procesos de selección de personal. En distintas oportunidades esta Corporación ha señalado que en un Estado Social de Derecho, el debido proceso es exigible tanto para las entidades estatales como para las privadas, independientemente de la relación jurídica que exista entre las partes e inclusive cuando ni siquiera se ha suscrito un vínculo contractual. Esto, con el fin de proteger a las personas de aquellos actos arbitrarios e

injustificados que atentan contra sus derechos fundamentales. Así las cosas, quienes adelanten procesos de selección laboral están en la obligación de acatar las pautas legales y jurisprudenciales que regulan la materia, por ejemplo, el respeto por las ofertas de trabajo que, como se expondrá más adelante, adquieren carácter vinculante al cumplir determinados requisitos y la aplicación de los principios de buena fe, razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones que se tomen respecto a la selección o exclusión de una persona para un determinado cargo.

§131. En este contexto, también es importante referirse a los efectos jurídicos de la oferta laboral realizada por un empleador a un posible trabajador. Pues bien, aunque el Código Sustantivo de Trabajo colombiano no señala de manera expresa bajo qué circunstancias una oferta de trabajo es vinculante entre las partes, ni las consecuencias de su incumplimiento, el Código de Comercio establece una regulación al respecto tratándose de la oferta como proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra. En efecto, el artículo 845 introduce los elementos esenciales de la oferta en los siguientes términos “la oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”. Así mismo, el artículo 846 refiere las reglas de irrevocabilidad de la propuesta “la propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario. (...)”.

§132. En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la aplicación de los parámetros previstos en el Código de Comercio en el campo de las ofertas laborales. En Sentencia SL8673 del 26 de abril de 2017 por ejemplo, la Sala de Casación Laboral reconoció que una oferta de trabajo adquiere carácter vinculante cuando la misma es comunicada de manera idónea al destinatario, es aceptada y contiene los elementos esenciales del contrato de trabajo, estos son (i) plazo; (ii) objeto y (iii) precio o remuneración. A su vez afirmó que en aquellos en casos en los que el empleador incumple o se retracta está obligado a indemnizar al potencial trabajador los perjuicios generados. En el referido fallo se señaló lo siguiente: “así la «...oferta laboral o la oferta de trabajo futuro...» no tenga consagración en el Código Sustantivo de Trabajo, tiene efectos jurídicos y obliga al oferente, de manera que debe responder por su incumplimiento, «...máxime cuando los contratos y, por ende, la oferta de

contrato, debe fundarse y celebrarse de buena fe, sin hacer incurrir al co-contratante en errores que lo puedan perjudicar, evento en el cual el oferente debe indemnizar”.

§133. Así las cosas, esta Corte evidencia que si bien no existe una regulación formal si es viable reconocer un valor jurídico importante a la oferta de trabajo, a través de la analogía, y acudiendo a los principios laborales, teniendo en cuenta no solo a las expectativas que nacen como consecuencia de esta, sino también al especial escenario de fragilidad en el que se encuentran los candidatos en los procesos de selección. Como se indicó, estos procesos pueden ser incluso más asimétricos que la misma relación laboral ya que (i) el marco regulatorio de la etapa precontractual laboral es muy precario y (ii) el poder del empleador es bastante, pues es en últimas quien toma la decisión de contratar o no a determinada persona quien, a su vez, debe someterse a pruebas que demandan tiempo, afectaciones a su derecho fundamental a la intimidad e incluso un costo de oportunidad importante que impide, eventualmente, la posibilidad de participar en otros procesos. Incluso, se resalta que resulta paradójico como el derecho civil y comercial ofrecen regulaciones mucho más robustas sobre el concepto de oferta que se puede tejer entre dos particulares, pero como no sucede lo mismo frente al derecho al trabajo, pese a la relación que este tiene con tantos otros derechos fundamentales.

§134. En consecuencia, la oferta laboral adquiere carácter vinculante cuando la misma es comunicada y aceptada por la trabajadora, y en ella se presentan los elementos esenciales del contrato de trabajo señalados en la presente consideración. Dicho esto, el empleador está obligado a indemnizar los perjuicios que llegue a causar a la posible trabajadora en caso de que se retracte.

§135. Con base en lo expuesto, la Sala concluye lo siguiente:

. La anterior obligación también recae sobre los centros médicos a donde acuden las candidatas a suplir el empleo. De un lado, estos deben garantizar que las candidatas hayan decidido libre y sin presiones acudir allí para la realización de pruebas de sangre que legalmente tienen las restricciones indicadas en esta decisión; pero, además deben respetar el deber de confidencialidad y contar con protocolos adecuados que impidan que se utilicen dichas pruebas de sangre para auscultar otras condiciones de salud de las candidatas o averiguar si estas pueden encontrarse en estado de embarazo.

. Pese a que el marco legal sobre la discriminación laboral en la etapa precontractual laboral sigue siendo aún muy frágil, existen claros límites constitucionales (arts. 13, 25, 29 y 53, C.P.) al ejercicio de la iniciativa privada. Se debe reconocer que la oferta de trabajo tiene un valor jurídico, teniendo en cuenta las expectativas que nacen como consecuencia de esta y fragilidad en el que se encuentran los candidatos en los procesos de selección.

5.4. Las coordenadas de la jurisprudencia en la discriminación por razón del sexo en los procesos de selección de personal

§136. Como se expuso líneas atrás, la Corte ha analizado casos en los que se impide el acceso al empleo de mujeres embarazadas cuando hay evidencia de que, de manera previa a la firma del contrato, se exige expresamente la realización de una prueba de embarazo. Adicionalmente, ha analizado casos en donde no se reconoce la renovación de un contrato a una mujer, en razón a su estado de embarazo. Sin embargo, estas hipótesis son diferentes a la que se analiza en esta oportunidad. La primera supone que para ambas partes es transparente que se realizará una prueba de embarazo; y, en la segunda, se está frente a una renovación del vínculo, por lo que, el acto discriminatorio sí tiene por antecedente un vínculo laboral que aumenta las expectativas de la aspirante y, así mismo, la facilidad de probar el móvil discriminatorio.

§137. Por consiguiente, y dado que no se cuenta con un precedente idéntico aplicable al caso, con el fin de identificar el tratamiento dispensado por esta Corte, en general, a escenarios de discriminación en la etapa precontractual, en las siguientes líneas se recogen decisiones relacionadas con el tema.

§138. El primer caso relevante en el que la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a esta materia fue en la Sentencia T-326 de 1995. Allí se estudió una acción de tutela interpuesta por una accionante que se desempeñaba como ingeniera mecánica y que había ocupado el primer puesto en un concurso de méritos adelantado por una entidad pública, en el que, entre otras funciones, debía supervisar a un grupo de conductores. El nominador consideró que no era conveniente que una mujer desempeñara el cargo, por lo cual lo adjudicó al candidato hombre que había obtenido el segundo puesto en el concurso. La Corte concluyó que en este caso se había presentado un acto discriminatorio con base en el sexo de la accionante, al no incluir otras motivaciones para justificar la decisión. Por ello, se

ordenó a la entidad pública accionada a que efectuara el nombramiento de la accionante.

§139. Luego, en la Sentencia T-463 de 1996 se analizó una acción de tutela interpuesta por una mujer discriminada por su estatura, en el marco de un proceso de selección adelantado para ingresar al curso de suboficiales femeninos del cuerpo administrativo del Ejército, en la especialidad de sistemas. Los requisitos exigidos para este cargo consistían en haber terminado el bachillerato, manejar programas de computador y tener buena salud. La accionante además de satisfacerlos todos, aprobó varios exámenes, como uno de cultura general, de presentación personal, teórico y práctico de sistemas, exámenes médicos y una entrevista. Por ello, en una primera lista fue incluida como “apta”, pero después otra persona que hacía parte del proceso le indicó que “aunque había pasado todos los exámenes, estaba muy bajita”, retirándola del proceso.

§140. La Corte concluyó que en este caso se configuró un acto de discriminación pues se había excluido a la accionante por falta de un requisito en sí mismo irrazonable y desproporcionado de cara al cargo al que estaba aplicando. Con ello, definió que en los procesos de selección “los requisitos que se fijen deben ser razonables, no pueden implicar discriminaciones injustificadas entre las personas, y han de ser proporcionales a los fines para los cuales se establecen”. Como remedio, la Corte conservó la medida adoptada por el juez de tutela de primera instancia que había ordenado que la accionante fuera admitida en el curso para suboficiales del cuerpo administrativo en la especialidad de sistemas.

§141. El siguiente año, mediante la Sentencia C-622 de 1997 la Corte estudió una acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo que prohibía que las mujeres fueran contratadas en trabajos nocturnos. Esta Corporación declaró la inexecutable de esta disposición, argumentando que la misma desconocía el artículo 13 de la Constitución, pues no era razonable ni justificable que se le impidiera a la mujer trabajar de noche como lo hacen los hombres.

§142. Posteriormente, en la Sentencia T-1266 de 2008 la Corte analizó el caso de un grupo de mujeres participantes en un concurso para dragoneantes en una entidad carcelaria que fueron excluidas del proceso de selección por no cumplir con un requisito de altura mínima. De nuevo, la Corte centró su análisis en la razonabilidad de los requisitos para acceder a un empleo indicando que “la exigencia de una determinada altura era un requisito irrazonable y

desproporcionado, respecto de la naturaleza de la función”; máxime, cuando no había prueba de que el requisito de una estatura alta pretendiera generar influencia psicológica o mayor autoridad respecto de los reclusos. Además, la Corte destacó que, en estos eventos, cuando a una persona apta para desempeñar un cargo se la excluye con base en criterios ajenos a la aptitud y que no inciden en ella, también se lesiona el derecho fundamental a la dignidad humana. En consecuencia, se tutelaron los derechos de las accionantes y se ordenó a la entidad pública accionada a que las admitiera en el proceso de selección con el fin de que, de llegar a aprobar las diferentes etapas – o si ya las hubiesen aprobado–, se les incluyera en la lista de elegibles.

§143. En la Sentencia T-247 de 2010, esta Corte abordó el caso de una accionante que alegó haber sido discriminada en virtud de su condición de mujer, en un proceso de selección para trabajar como vigilante en la Batería Santa Clara de ECOPETROL. La accionada indicó que la exclusión del proceso se dio en atención a que la accionante no había allegado su hoja de vida; sin embargo, a través del análisis integral de las pruebas aportadas, la Corte concluyó que sí se había dado un tratamiento discriminatorio a la accionante puesto que las características del puesto de vigilancia no daban cuenta de la necesidad de que el mismo debía ser desarrollado únicamente por personas del género masculino. Como conclusión, advirtió que los procesos de selección debían establecer requisitos que tuvieran absoluta y directa relación con las funciones a cumplir y ordenó a ECOPETROL S.A. a que, directamente o a través de la empresa temporal que considere, realizara la evaluación de la accionante para el cargo de vigilante en la Batería Santa Clara o algún otro cargo que se desarrollara en similares condiciones.

§144. Luego, en la Sentencia T-878 de 2012 la Corte estudió un caso de discriminación laboral en la etapa de selección de un proceso adelantado por la Policía Nacional, en donde se negó a un patrullero la posibilidad de reingresar a esta entidad, debido a que, durante los exámenes médicos realizados para la reincorporación, fue diagnosticado como portador de VIH. Pese a que la entidad accionada adujo que la exclusión se debió a que el accionante había sido diagnosticado con escoliosis y no había superado la prueba psicológica practicada, con un estudio radiológico posterior realizado al actor, se desvirtuó la supuesta escoliosis. Frente a la prueba psicológica, la Corte manifestó que era evidente que los resultados no serían favorables pues al accionante no se le brindó la asesoría post test. En este contexto, la Corte amparó los derechos fundamentales del accionante e identificó el momento puntual en

el que se excluyó de la convocatoria, con el fin de ordenar que se le reintegrara en este preciso punto del proceso de selección.

§145. De nuevo, la Corte se enfrentó a debates de constitucionalidad en donde disposiciones normativas incluían sesgos de género a título de discriminación indirecta. El primero de estos casos, se recoge en la Sentencia C-586 de 2016 en la que la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 9 del Decreto 013 de 1967 (parcial), que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo contenido prohibía que las mujeres accedieran a trabajos considerados “peligrosos”. Tras aplicar un test integrado de igualdad, la Corte declaró la inconstitucionalidad de esta disposición, al estimar que la norma era desproporcionada e innecesaria pues lesionaba el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso al trabajo y preservaba el estereotipo que diferencia entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, que además nutre el prejuicio de concebir a la mujer como sexo débil.

§146. En la misma línea, en la Sentencia C-659 de 2016, la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, que limitaba el tipo de actividades que las mujeres podían desempeñar si se incorporaban a las Fuerzas Militares. La Corte concluyó que la vinculación a las Fuerzas Militares y las tareas que se puedan cumplir en ellas no son exclusivas de uno u otro sexo. Por lo tanto, declaró la inexequibilidad de la disposición acusada, dada la irracionalidad y desproporción de la norma, al fomentar estereotipos de género que vulneraban el derecho a la igualdad.

§147. La más reciente de las decisiones corresponde a la Sentencia T-031 de 2021, en la que se estudió una acción de tutela interpuesta por un hombre que alegaba haber sido discriminado en el acceso al empleo por ser portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). De acuerdo con los hechos que expuso el accionante, aunque él había aprobado varias etapas de un proceso de selección (pruebas psicotécnicas, pruebas de conocimiento y una entrevista), se le excluyó de este el mismo día en el que, como consecuencia de la revisión con el médico general, se le comunicó ser portador de VIH. Posteriormente, y pese a que él indagó ante la empresa empleadora por las razones de su exclusión del proceso de selección y tras indicar que había renunciado a dos ofertas de empleo adicionales esperando una comunicación formal, radicó una acción de tutela. La Corte tuteló los derechos fundamentales del accionante al estimar que la empresa accionada no logró desvirtuar la

presunción de discriminación. Por último, dado que el proceso de selección en el que participó el accionante culminó y fue contratada otra persona, se ordenó una indemnización en abstracto a su favor.

§148. Igualmente, la Sala considera pertinente destacar que esta es una batalla que no solo se libra en Colombia, sino a nivel mundial. Por consiguiente, dada su pertinencia para el caso se traen a colación decisiones judiciales frente a casos, relativamente similares al de la accionante en el presente proceso.

§149. La primera de las decisiones a tener en cuenta es la Sentencia del 8 de noviembre de 1990 emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En esta oportunidad se conoció el caso de la señora Dekker quien, había formado parte de una convocatoria laboral dirigida a seleccionar a una persona que prestara servicios en un centro holandés de formación de jóvenes adultos. El comité de selección notificó al centro que la Sra. Dekker era la más apta para la cobertura del puesto de trabajo. Sin embargo, la dirección del mismo rechazó a la accionante como consecuencia de la situación de embarazo que presentaba, argumentando que no podía asumir los costes financieros vinculados al contrato de sustitución que habría de suscribir para cubrir el periodo de docencia durante la baja maternal. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que “la denegación de contratación, formulada por un empresario basándose en las consecuencias económicas de una baja debida al embarazo, constituye una discriminación directa”.

§150. Como segundo ejemplo, se tiene la Sentencia C-207 de 1998 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la que se estudió el caso de una mujer que trabajaba como enfermera en una clínica de la Universidad de Rostock (Alemania), a través de un contrato a término fijo y que, había aplicado a un proceso interno de selección para obtener un contrato por tiempo indefinido. Inicialmente, el empleador rechazó su candidatura tras conocer su estado de embarazo, argumentando que la ley alemana prohibía que las mujeres embarazadas estuvieran expuestas a sustancias nocivas. Sin embargo, en el proceso la empleadora también justificó su decisión en las consecuencias económicas que pueden resultar de contratar a una mujer embarazada.

§151. El Tribunal destacó que tal negativa a contratarla contraría la Directiva 76/207 pues “aunque la disponibilidad del empleado sea necesariamente para el empresario un requisito

esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el periodo correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada”. Adicionalmente, indicó que “la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad” y destacó que esta misma regla se extiende al perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo.

§152. A su vez, tribunales de diferentes países también han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, como ha sucedido en España. Por ejemplo, en la Sentencia del 5 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (España), se estudió el caso de una mujer que había superado diferentes etapas de un proceso de selección y a quien solo le hacía falta concretar las condiciones económicas para la firma del contrato. Sin embargo, la empresa se abstuvo de proseguir con dichas actuaciones una vez la candidata les comunicó su estado de embarazo. En este caso, se resaltó la voluntad de contratar a dicha candidata tras alcanzar un acuerdo con ella a través de dos correos electrónicos y haberle enviado información relacionada con las tareas a desempeñar y los programas informáticos a utilizar. Finalmente, se ordenó el reconocimiento de una indemnización por los perjuicios causados.

§154. En este caso, en el transcurso de una entrevista de trabajo los seleccionadores formularon preguntas a una candidata relacionadas con su situación personal (marido, hijos) y le comentaron las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo en la zona además de advertirle que “no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad”. La propia aspirante informó en ese momento que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos; sin embargo, fue descartada del proceso de selección mientras que otra candidata fue contratada tras indicar en la entrevista que no tenía pareja ni hijos. El Tribunal Superior de Canarias encontró acreditada la configuración de un acto de discriminación y subrayó que para su acaecimiento no era relevante el hecho que “la candidata finalmente seleccionada para el puesto al que aspiraba la Sra. Lorenza fuera también mujer, pues en el presente caso (como ocurre en numerosas

ocasiones) la discriminación hacia la mujer se produce hacia ésta por un factor añadido inherente a su sexo, el ser “madre”, y la situación de maternidad”. Con base en ello, ordenó el pago de una indemnización por los perjuicios causados.

§155. Conclusiones. Con base en todo lo expuesto en este acápite, la Sala destaca las siguientes conclusiones:

i. i. Las mujeres son las principales víctimas de los procesos de discriminación en los procesos de selección. Estas condiciones de inequidad profundizan las brechas de género.

. Hasta el momento, en la mayoría de los casos estudiados por esta Corte relacionados con la discriminación en el acceso al empleo, el análisis adoptado siempre ha estado ceñido al examen de la necesidad del criterio o requisito con base en el cual se discrimina, de cara a las funciones del cargo; pero, hasta el momento en la jurisprudencia no ha habido lugar a aplicar un enfoque interseccional, como el que se aplicará en el presente caso. No obstante, y aunque aún no se haya desarrollado este acercamiento, la Sala llama la atención sobre los remedios judiciales adoptados que, en la mayoría de los casos han reconocido la reincorporación del accionante en la etapa del proceso de selección en la que fue excluido. Ello, como una muestra de justicia social en donde la libertad económica debe ceder ante el respeto por el derecho fundamental a no ser discriminado.

. En casos de discriminación en el acceso al empleo de las mujeres gestantes, se debe adoptar un enfoque interseccional que tenga en cuenta que esta discriminación no es asunto exclusivo de la vida privada, sino de especial relevancia en la vida pública. Importa y debe importar a todos y todas pues, aunque pareciera una afectación individual, dado el lamentable carácter masivo de su práctica y las implicaciones sociales que esta tiene, así como la magnitud de los derechos fundamentales en juego, amerita una lectura diferente y un cambio por parte de todos y todas sobre su entendimiento y percepción.

5.5. El derecho a la intimidad en el marco de los procesos de selección laboral

§156. El derecho a la intimidad garantiza “contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria” frente a las demás personas y el Estado. En consecuencia, el objeto de protección de este derecho es la “vida privada”, la cual ha sido definida por la Corte Constitucional como el “espacio personal ontológico” o el “espacio de

personalidad” reservado para cada persona que le permite desarrollarse de forma libre y autónoma. El derecho a la intimidad tiene un amplio espectro y cubre a los asuntos familiares, conyugales, de salud, costumbres, prácticas sexuales, creencias religiosas, entre otras.

§157. Desde sus inicios la Corte Constitucional ha identificado que el derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones, una negativa y otra positiva. La primera -dimensión negativa- recae sobre los terceros que, potencialmente, podrían desconocer este derecho fundamental y se materializa en una prohibición de cualquier injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, así como en toda restricción irrazonable “de la libertad de elegir en asuntos que solo le conciernen a la persona o a su familia”. Por otra parte, en su dimensión positiva, el derecho a la intimidad recae sobre todos los seres humanos que, en calidad de titulares de esta garantía, están facultados para actuar con una libertad individual que permite que “toda persona (pueda) tomar por sí sola las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”.

§158. En este contexto, la utilización de pruebas de embarazo, como práctica en el acceso al empleo vulnera el derecho a la intimidad cuando no cumple los parámetros para su uso pues interfiere indebidamente en el espacio autónomo de las mujeres, al tratarse de una injerencia en decisiones personalísimas o en aspectos sensibles relacionados con el proyecto de vida y con las decisiones reproductivas. Esta práctica es una manera vedada de controlar los cuerpos de las mujeres y, por tanto, ha sido proscrita tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la legislación. Así este tipo de exámenes son excepcionales y únicamente pueden ser practicados cuando el trabajo a desempeñar implique riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el desarrollo normal del embarazo.

§159. Estas políticas de protección fetal han sido admitidas en los trabajos de pintura industrial que empleen la cerusa, el sulfato de plomo o de cualquier producto que contenga dichos pigmentos, en los que se ha considerado que se justifican ciertas restricciones para garantizar otros derechos como la salud de las mujeres y de sus hijos. Así se consideró en la Sentencia C-139 de 2018; no obstante, esa es una lectura excepcional. Luego, como se indicó previamente, la Ley 2114 de 2021 introdujo una serie de medidas antidiscriminatorias en materia laboral y determinó que exigir pruebas de embarazo está prohibido como requisito para acceso o permanencia en cualquier actividad laboral. Solo es posible utilizarla

cuando medie consentimiento previo y claramente bajo el respeto de derechos fundamentales.

§160. A su vez, la jurisprudencia constitucional, previamente, había decantado las reglas para impedir el uso de pruebas de embarazo que afectaran a las mujeres y sus decisiones reproductivas. En las sentencias T-401 de 1994, T-452 de 2010, T-305 de 2020, esta Corporación destacó que estas evaluaciones de pre ingreso laboral deben realizarse de conformidad con las garantías fundamentales de los trabajadores y/o de quienes se encuentran en un proceso de selección. Para ello se torna fundamental el respeto por el derecho a la autonomía, el cual se expresa en la obtención de su consentimiento previo libre e informado.

§161. En cuanto a su carácter previo, esta Corporación ha señalado que la autonomía de cualquier usuario de los servicios de salud implica la búsqueda previa de su aceptación, por lo que “todo tratamiento debe hacerse con el consentimiento del paciente. Este consentimiento es libre en la medida en que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños y debe ser informado, puesto que implica la obligación de brindarle al aspirante o trabajador información suficiente, “oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa” sobre los exámenes médicos que debe practicarse y las razones que justifican su realización, de cara a las labores que se van a ejercer. En consecuencia, no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento en que quien lo otorga no sabe en qué ni por qué. Así las cosas, resulta incompatible con esta garantía que una trabajadora no conozca en qué consisten los exámenes médicos que le van a realizar, y/o que no se le haya informado sobre los motivos que explican su necesidad.

§162. Por último, y en relación con el caso que nos ocupa, se destaca que en materia de protección a la madre gestante, dado que es frecuente que se exija a las mujeres pruebas de embarazo innecesarias, instrumentos internacionales como el Convenio 183 de la OIT han adoptado algunas medidas de protección. Por ejemplo, en el artículo 9 de este Convenio se indicó que todos los Estados “deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo” y también se prescribió que una de esas medidas debe ser “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada”. En la misma línea, en la citada Sentencia T-305 de 2020 la Corte

destacó que “todo acto del empleador orientado a ‘sancionar’ o a impedir el embarazo de una trabajadora, o a investigar si existe estado de gravidez ‘para que de allí dependa el acceso, la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional”. Esto debe ser leído además con la legislación vigente, tal como se expresó al inicio de este apartado

§163. En suma, la Sala destaca la importancia de garantizar el respeto del derecho a la intimidad y la autonomía de las mujeres en el contexto de exámenes médicos de ingreso laboral. Para ello, en la etapa precontractual los empleadores deben: (i) garantizar que los exámenes médicos pre ocupacionales practicados solo sean aquellos que, necesariamente, permitan determinar la aptitud de las candidatas y los candidatos de cara a las funciones del cargo al que aspiran; (ii) respetar el consentimiento libre y consciente de la persona que permita que esta tenga total certeza y claridad de los exámenes médicos que le van a realizar y que, en consecuencia, se traduce en que de ninguna manera las muestras tomadas pueden ser usadas para otros fines de forma inconsulta y, finalmente (iii) también se deberá asegurar la reserva de la información médica obtenida en el marco de estos procesos, así como el acceso de los resultados a las candidatas bajo la comprensión excepcional del uso de pruebas serológicas.

5.6. La posibilidad de ordenar el reconocimiento de una condena en abstracto por perjuicios morales en el marco de la acción de tutela

§164. La acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política fue prevista como una herramienta dirigida a garantizar la protección inmediata de derechos fundamentales, permitiendo que incluso causas y hechos que podrían ser conocidos por otras autoridades judiciales, fuesen absueltas por el juez de tutela con el fin de evitar la configuración de una vulneración de derechos o incluso para proteger la garantía de no repetición y reivindicar derechos fundamentales cuya vulneración trae consigo posteriores vulneraciones de otros derechos, como sucede en este caso. En ese contexto, el juez de tutela encuentra en el Decreto 2591 de 1991 la reglamentación general de la acción de tutela y los diferentes caminos para “garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación”, como lo establece el artículo 23 de dicho Decreto.

§165. A su turno, sobre los posibles remedios judiciales que puede adoptar el juez de tutela,

la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela no es, al menos en principio, el mecanismo apto para solicitar la indemnización de perjuicios causados por autoridades públicas o particulares. Sin embargo, el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que trata sobre indemnizaciones y costas, establece que, si el interesado no cuenta con otro medio judicial, en el fallo de tutela el juez puede ordenar la indemnización en abstracto del daño emergente que se ocasione si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho. En otras palabras, el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 sí habilita a que, de manera excepcional, se ordene la indemnización de perjuicios mediante la acción de tutela.

§167. Por otra parte, esta Corporación también ha reconocido en sus decisiones de tutela, perjuicios diferentes al daño emergente, como los perjuicios morales; siempre que, en línea con lo dispuesto en la Sentencia C-543 de 1992 que estudió una demanda de constitucionalidad contra el citado artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela solamente ordene la condena en abstracto pues su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente. Como ejemplos, se tienen las sentencias SU-256 de 1996, T-1090 de 2005, T-496 de 2009, T- 200 de 2018 y T- 031 de 2021. Todas estas decisiones han tenido como elemento común el hecho de acudir a la indemnización en abstracto por perjuicios morales dada la gravedad de las lesiones psicológicas generadas en los accionantes, en contextos de discriminación o afectación del derecho a la honra y al buen nombre que, involucran, además, una lesión a la dignidad humana.

§168. Sobre los escenarios de discriminación en los que esta Corporación ha ordenado el reconocimiento de perjuicios morales, se tiene en primer lugar la Sentencia SU-256 de 1996, en la que la Corte ordenó indemnizar en abstracto los perjuicios sufridos por el actor, tras verificarse que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, luego de ser despedido de la empresa a causa del VIH que lo aquejaba y quedar desafiliado del sistema de salud por la misma razón. En la Sentencia T-1090 de 2005, la Corte ordenó indemnizar en abstracto los perjuicios morales sufridos por la tutelante, derivados de la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, luego de que, en razón de su raza, dos discotecas de la ciudad de Cartagena, impidieran el ingreso de la accionante a sus instalaciones. En esa misma dirección, en la ya citada Sentencia T- 031 de 2021 la Corte ordenó reconocer perjuicios morales a un hombre que había sido discriminado

en un proceso de selección tras haberle practicado una prueba de VIH que arrojó un resultado reactivo. La Corte destacó que el pago de estos perjuicios era necesario pues al accionante se le habían vulnerado múltiples derechos fundamentales (igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, la no discriminación, la dignidad humana y el debido proceso en las relaciones entre particulares) que, a su vez, le produjeron un “sufrimiento que tuvo que soportar al ser segregado del ámbito laboral”.

§169. De otro lado, frente a escenarios en donde se ha evidenciado una lesión del derecho a la honra, se tiene la Sentencia T- 496 de 2009, en la que la Corte ordenó reconocer perjuicios morales a una niña y su abuela sobre quienes un periódico local había publicado información íntima que, además había sido tergiversada, por lo que, se estimó que esta indemnización resultaba procedente en atención al “dolor, sufrimiento y vergüenza ocasionados por las publicaciones”. Otro ejemplo, se encuentra en la Sentencia T- 200 de 2018 en la que la Corte también se enfrentó a un caso sobre la vulneración de los derechos a la honra y al buen nombre de una niña por parte de un periódico local que, además de revelar datos que permitieron identificar a la menor como víctima de un caso de presunto abuso sexual, publicó información inexacta sobre los resultados de los exámenes médicos que le fueron practicados. En esta decisión se indicó que resultaba procedente reconocer el pago de perjuicios morales con fundamento en la facultad prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, habida cuenta de “la intensidad del daño inmaterial sufrido y la alta probabilidad de que este siga produciendo sus efectos”.

§170. Esta Sala acoge la postura desarrollada en las anteriores decisiones, en virtud de la cual, se ha entendido que el juez de tutela sí puede, de manera excepcional, reconocer perjuicios morales en el marco de la indemnización en abstracto regulada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Ello, no solo encuentra sustento en (i) la jurisprudencia referenciada que cobija hipótesis fácticas similares a la analizada en la presente ocasión, sino también (ii) parece desprenderse directamente del contenido del citado artículo 25 que después de mencionar al daño emergente, establece que “[L]a liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental”. Luego, como se observa el mismo artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 hace referencia a “otros perjuicios” diferentes a al daño emergente especialmente regulado en esa disposición. Adicionalmente (iii), en casos particulares como el analizado en esta ocasión, relacionados con la discriminación por razones del género, es

claro que la indemnización “aparece como una solución plausible por su finalidad tanto reparadora como disuasoria”, frente a una lesión a la dignidad humana.

§171. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procede a estudiar el caso concreto.

6. CASO CONCRETO. La accionante fue víctima de discriminación en razón a su estado de embarazo desconociendo con ello sus derechos fundamentales

§172. La Sala aborda un caso relacionado con un acto de presunta discriminación en la etapa previa al contrato de trabajo, suscitado en razón al estado de embarazo de la accionante. Andrea participó en un proceso de selección adelantado por la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, con el fin de satisfacer necesidades de personal del Grupo People Bpo S.A.S para el cargo de “agente call center” en la modalidad de teletrabajo. Andrea afirma que, tras haber superado diferentes etapas del proceso de selección, solo después de que se le realizara el examen médico ocupacional que incluyó una prueba de sangre, con el supuesto objetivo de conocer sus niveles de creatinina y así eventuales problemas renales, se le comunicó que no continuaba en el proceso. Sin embargo, tres días después de realizarse este examen, ella se practicó una prueba de embarazo casera que, como resultado arrojó que se encontraba en estado de embarazo. Por consiguiente, la accionante sostiene que su exclusión del proceso de selección constituyó un acto discriminatorio.

§173. La Sala parte por señalar que, teniendo en cuenta el material probatorio aportado por las partes al proceso es claro que Andrea fue víctima de discriminación en razón a su estado de gestación. Como se explicó en el apartado general de esta decisión, es necesario acudir a la flexibilidad probatoria dadas las dificultades intrínsecas que tienen las mujeres en demostrar que están siendo discriminadas. En consecuencia, se privilegiará el uso de los indicios, así como la valoración en conjunto de las pruebas del expediente para considerar la lesión de los derechos fundamentales de la accionante, como se pasa a ver.

1. %1.1 . Desarrollo del proceso de selección en el que la accionante participó

§174. Está fuera de controversia que Andrea participó en el proceso de selección para un cargo en un call center. Para dar cuenta de ello, se presenta una gráfica que sintetiza las etapas descritas en la guía de reclutamiento del proceso de selección, aportada por la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, con el fin de exponer, posteriormente, el

desempeño que tuvo Andrea en cada una de estas fases.

§175. Sobre dicha gráfica se realizan dos precisiones. Primero, el Grupo People BPO también allegó copia de su “Procedimiento de incorporación masivo”; sin embargo, este no fue tomado como referente para realizar la citada grafica en tanto tiene significativas diferencias con aquel de la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S y, además, en últimas, el proceso de selección fue adelantado de manera directa por esta última empresa. Segundo, aunque en su respuesta al decreto de pruebas, Alianza Empresarial Temporal S.A.S describió el proceso de selección en el que participó la accionante, dado que dicha narración también es diferente de la guía aportada, se privilegiaría esta última al ser el documento oficial que recoge el proceso. Aclarado esto, se exponen las fases del proceso de selección:

Etapas- Proceso de selección adelantado por Alianza Empresarial Temporal

Fuente: elaboración propia con base en la Guía de selección de Alianza Empresarial Temporal.

§176. Primera etapa. Solicitud del cliente y de la validación del perfil del cargo. De conformidad con las pruebas aportadas por la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, esta empresa recibió una solicitud de incorporación para el mes de mayo de 2023 por parte del Grupo People BPO para los cargos de fidelizador remoto y especialista de retención. Estas vacantes debían ser suplidas en el mes de mayo de dicha vigencia.

§178. En las pruebas aportadas por Andrea, se evidencia que el 9 de abril de 2023 desde su buzón de correo (andreaxyz@gmail.com), ella remitió un mensaje al correo analistaseleccion@alianza-temporal.com, anexándole su hoja de vida. Luego, en el expediente reposan capturas de pantallas de conversaciones sostenidas mediante la herramienta WhatsApp entre la accionante y una trabajadora de la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S; quien, a las 11:03 del 10 de abril de 2023 le remitió un link de la aplicación “Meet” para asistir a una reunión titulada “Vacante call”, agendada para el mismo lunes 10 de abril de 2023 de 2:15 a 3: 15 pm. En consecuencia, si Andrea fue llamada a esta entrevista, es claro que superó la etapa de evaluación de las hojas de vida que permite decantar a aquellos candidatos que cumplen con el perfil requerido.

§179. Sobre este punto, sin ánimo de reiterar todas las discusiones en torno al valor

probatorio de las capturas de pantalla de WhatsApp, la Sala destaca que la jurisprudencia de esta Corporación las ha equiparado a una prueba documental que debe revisarse en conjunto con los demás medios probatorios presentados y según los criterios de la sana crítica. A su vez, su fuerza probatoria dependerá del grado de confiabilidad que le pueda asignar el juez atendiendo a las particularidades de cada caso y que se determina por “la (i) autenticidad, entendida como la identificación plena del creador del documento, es decir, la certeza que debe tener el juzgador respecto de la persona a quien se le atribuye la autoría del documento; y por (ii) la veracidad de la prueba, esto es, la correspondencia con la verdad de la declaración o representación del hecho allí expresados”.

§180. En el caso concreto, la Sala destaca que es posible asignar un grado significativo de confiabilidad a las capturas de pantalla remitidas por Andrea como prueba, por tres razones. Primera, el número de teléfono que aparece como contacto asociado a la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S con el que la accionante mantuvo contacto durante todo el proceso de selección, es el mismo que aparece en otra oferta de trabajo recientemente publicada en la página de Facebook de esta empresa para un cargo de asesor de seguros call center. Segunda, los mensajes tienen una continuidad temporal (tienen fechas de 11, 22 y 26 de abril de 2023) y la imagen del contacto siempre es la misma (una foto con el logo de la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S). Tercera, estos mensajes no fueron desvirtuados por las accionadas en el proceso en sede de revisión, además de que, coinciden y se soportan en otros numerosos indicios que llevan a la Sala a concluir que Andrea fue víctima de un acto discriminatorio.

§181. Tercera etapa. Entrevista virtual y juego de roles. De las pruebas aportadas, la Sala infiere que Andrea fue citada a dos reuniones diferentes: (i) la primera a la que ya se hizo referencia y que se le envió a las 11:09 am del 10 de abril de 2023 para ser realizada en horas de la tarde y, (ii) la segunda dirigida a validar que su computador e internet cumplieran con los requisitos mínimos, cuyo link le fue remitido a las 5:43 pm del mismo día, para el día siguiente.

§182. Andrea informó que en la entrevista se le consultó sobre su formación académica, experiencia en cargos afines y se ejecutó una prueba simulada con el fin de que bajo el rol de vendedora ofreciera servicios intangibles de telecomunicaciones, es decir en un juego de roles debía mostrar sus habilidades para el cargo ofrecido. Por otra parte, sobre la validación

técnica, se observa que en el chat de WhatsApp Andrea informó las propiedades de su dispositivo de cómputo y la capacidad de internet. El día siguiente, según afirma la accionante y no fue refutado por las accionadas, se realizó la reunión por Google Meet en la que se corroboró que su computador tuviera las propiedades aducidas y se efectuó una prueba de entorno para validar la capacidad del internet de su hogar.

§183. Luego, a las 5:43 pm de ese mismo 11 de abril de 2023, mediante el chat se le indicó a la accionante lo siguiente: “[E]stamos muy contentos de que forme parte de nuestro equipo de trabajo y le damos la más cordial bienvenida a la compañía. El día de hoy se procederá a agendar a través de la plataforma Meet la respectiva validación técnica con nuestro Departamento de IT para su ingreso”. Por consiguiente, es claro que si Andrea fue citada a la validación técnica, ello se debió que superó la tercera etapa relacionada con la entrevista.

§184. Cuarta etapa. Aplicación de pruebas psicotécnicas. Pese a que el procedimiento de selección descrito en la guía remitida por la empresa Alianza Empresarial Temporal hace referencia a esta etapa, lo cierto es que ni esta ni la accionante mencionan que se haya realizado alguna prueba psicométrica.

§185. Quinta etapa. Agendamiento de validación técnica de equipos. En la guía del proceso de selección remitida por Alianza Empresarial Temporal se indica que “según fecha y hora acordada con People BPO (se envía a los candidatos el link generado por la empresa para validar vía Meet las herramientas con las que cuenta para desarrollar su trabajo desde casa, estas herramientas son – Computador con Windows 10 y procesados Intel Core i3 6th Generación similar o superior, así como internet que supere las 30 megas de navegación)”. Igualmente, se aclara que esta validación la lleva a cabo el área de tecnología de People BPO.

§186. En relación con esta fase del proceso, en las capturas de pantalla remitidas por Andrea se observa que una persona llamada Ivanna se dirigió a Andrea el 20 de abril de 2023 desde un número telefónico con el prefijo “+56” correspondiente a Chile, en donde se encuentra la empresa Grupo People BPO, según consta en su página Web. La conversación sostenida entre la accionante y la empleada del Grupo BPO fue la siguiente:

Empleada del Grupo BPO: Hola, soy Ivanna del área IT de PoeppleBPO me indican realizar la instalación de VPN, ESAC SUR. Me indica el anydesk

Andrea: hola buena tarde, aún no tenemos anydesk. Qué debo hacer.

Empleada del Grupo BPO: <https://anydesk.com/es/downloads/windows>. Instálelo. No hay problema

Andrea: vale gracias, ya te escribe mi esposo que es ya voy de salida.

§187. Luego, en las pruebas remitidas se observan capturas de WhatsApp de una conversación sostenida con la misma empleada del Grupo BPO, en igual día y hora (1: 34 pm del 20 de abril de 2023) en la que Andrea terminó de hablar con dicha empleada. En estos chats –cuyo fondo de pantalla es diferente a aquel de la conversación inicial, lo que da cuenta de que no se trata de Andrea, sino de otra persona como ella afirmó– se evidencia una conversación en la que se pregunta cómo se debe ingresar a la plataforma Anydesk y finalmente a las 2:37 pm de ese día, la empleada del Grupo People BPO escribe “lista la instalación de los aplicativos. Gracias por su tiempo, buen día”.

§188. Como prueba de esta instalación, la accionante también remite (i) un pantallazo que registra la instalación de los programas SETCCE proXSign PDF for IE, Oracle Data Provider for .NET Help, Digital Persona One Touch for Windows RTE, VCCOMService_v5.0_Client_Citrix, FortiClient VPN, Plugin Multibrowser versión 20160812_1712, Autentia 4.0; con fecha del 20 de abril de 2023 y (ii) un reporte de eventos de Windows con registro del día 20 de abril de 2023 que da cuenta de la totalidad de eventos reportados por el sistema operativo, incluyendo los programas que se instalaron para la fecha.

§189. Posterior a este paso, en la guía del proceso de selección de la empresa Alianza Empresarial Temporal se señala que “[L]os candidatos que aprueban validación técnica son matriculados a proceso formativo. El área de selección envía link a cada candidato preseleccionado para su conexión y hace seguimiento a la adherencia de los candidatos el primer día”.

§190. Sexta etapa. Proceso formativo. Según las pruebas aportadas, mediante un correo electrónico enviado por jeisy.XXXX@onepeoplebpo.com a diferentes destinatarios dentro de los que se encontraba la accionante el día 11 de abril de 2023, se dio la bienvenida a la etapa de formación inicial, a través del siguiente mensaje:

“Estamos muy contentos de que forme parte de nuestro equipo de trabajo y le damos la más cordial Bienvenida a su primer día de Formación Inicial.

Reglamento Formación Inicial:

1. 1. Los días de capacitación son 100% Asistencia y puntualidad, 5 días de formación y 1 día de certificación.

2. 2. Importante contar con conexión estable a internet y un dispositivo con cámara, ideal un computador.

3. 3. Deberá ingresar al Link de Formación Inicial: Meet: <https://meet.google.com/obd-bxag-bfz>

4. 4. Formador encargado: Jeisy XXX”.

§191. Andrea manifiesta que el proceso de formación tuvo lugar entre los días 12 a 18 abril y que la fecha de certificación sería el 19 de abril. Como pruebas de este proceso, la accionante allegó (i) un documento titulado “Links Grabaciones Capacitaciones” que recoge una copia de varios correos remitidos entre el 14 y 18 de abril de 2023, desde el correo jeisi.XXX@onepeoplebpo.com a diferentes personas, dentro de las que se encuentra la accionante.

§192. A su vez, en cada uno de estos correos se remite un link que corresponde a una grabación de una reunión en la plataforma “Meet” y en el texto del correo se hace referencia a temáticas de formación como “liberación comercial, estudio de carta de precios, academia Claro, presentación de la compañía, Telefonía Alámbrica Televisión satelital Canales premium Combinación de decos Carta de precios (repaso) Servicios inalámbricos Ciclos de facturación”, entre otros. Además (ii), Andrea aportó un documento PDF titulado “Cross Hogar 2023” en donde se registra la realización de una prueba con una duración de 50 minutos y cuya fecha de realización es el 19 de abril de 2023.

§193. Con base en los anteriores elementos, la Sala encuentra que la accionante superó la etapa de formación, y luego fue citada a la realización de los exámenes médicos ocupacionales.

§194. Séptima etapa. Exámenes médicos ocupacionales. La práctica de los exámenes médicos ocupacionales aparece como la penúltima etapa antes de la contratación de los candidatos seleccionados, tal como consta en la guía de reclutamiento de la empresa Alianza Empresarial Temporal en la que se indica que los candidatos que aprueban el proceso de formación y certificación serán agendados para estos efectos.

§195. Según las pruebas aportadas en el expediente, a Andrea le fueron practicados los exámenes el 20 de abril de 2023 (el día siguiente al que realizó la prueba del ciclo de capacitación). Ello consta en (i) una orden médica allegada por la IPS Medisot en sede de revisión, en donde se evidencia que por petición de la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, la IPS DESAT solicitó que se realizaran exámenes de audiometría, visiometría, osteomuscular y creatinina a Andrea para el empleo de “Especialista en retención” en la dirección carrera 4 D #39-49 Macarena parte alta; y en (ii) capturas de pantalla de WhatsApp del mismo día 20 de abril desde el número de celular remitidos a la accionante por una persona adscrita a la entidad Alianza Empresarial Temporal, quien le indicó lo siguiente:

“Hola buenas tardes, habla con Susana de Alianza, el día de hoy debe realizarse los exámenes médicos para la empresa Grupo People BPO en

Nombre IPS: Medisot SAS

Dirección: carrera 4 D #39-49 Macarena Parte alta

Ciudad: Ibagué (Tolima) 2:00 pm

Debe presentarse solos, sin acompañantes. Traer lapicero, documento de identidad en físico y puesta su respectiva mascarilla o tapabocas. Si usa lentes traerlos a la consulta”.

§196. En relación con estos exámenes, la Sala destaca que los resultados de Andrea fueron satisfactorios. Al revisar la Historia clínica ocupacional remitida por la IPS Medisot en el apartado de “conclusiones ocupacionales” se consignó que “[D]e acuerdo con el examen médico ocupacional realizado a Andrea con número de identificación 11XXXXXX se considera no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de EXPECIALISTA EN RETENCIÓN en una empresa del sector económico servicios temporales”. Esta misma afirmación fue corroborada por la IPS Medisot en su respuesta al auto de pruebas en sede de revisión en el

que indicó que “desde la óptica ocupacional, la accionante no presenta ningún tipo de impedimento para el desarrollo de sus funciones”. Luego, es claro que desde el punto de vista ocupacional, Andrea tuvo resultados óptimos en todos los cuatro exámenes que le fueron practicados (audiometría, visiometría, osteomuscular y creatinina). Vale la pena anotar que en la práctica de estos exámenes se presentaron algunas particularidades que, dan cuenta del actuar discriminatorio de las accionadas; pero sobre ello se profundizará más adelante.

§197. Octava etapa. Role play definitivo. Esta fase no tiene ninguna definición en ninguno de los protocolos de selección allegados por las accionadas. Sin embargo, con base en el análisis integral de las pruebas aportadas la Sala concluye que se trata de la última fase previa a la contratación que supone la puesta en práctica de toda la información suministrada durante el proceso, en un escenario real. Ello se desprende de una captura de una imagen de las capacitaciones a las que asistió Andrea en la que se indica que la certificación de dicho proceso de formación se obtendría el 19 de abril de 2023 (como en efecto sucedió) y que, posterior a los exámenes médicos se realizarían unos días de práctica llamados “Días People” y “Días OJT”, exactamente, entre el 24 al 28 de abril de 2023.

§198. Estas siglas se encuentran reseñadas en la guía del proceso de selección aportada por el Grupo People BPO, en la que se les define, respectivamente, como un “Proceso en el cual donde se actualizan los conocimientos necesarios que se abordan dentro de la campaña a ingresar” y “Días OJT: Proceso en el cual se lleva a la práctica todos los conocimientos adquiridos en el total del periodo formativo; entregando acompañamiento desde el Departamento de Formación y Calidad hacia cada uno de los nuevos integrantes de la compañía”. Con todo de las definiciones expuestas, la Sala destaca que parece que esta etapa no es clasificatoria, sino que supone un espacio para que los “nuevos integrantes de la compañía” –seleccionados al haber aprobado todas las etapas previas, puedan poner en práctica sus conocimientos.

§199. Aunque al hacer este examen la Sala de Revisión ha optado por agotar probatoriamente cada una de las fases del proceso de selección, esto no implica que para que se concrete una oferta de trabajo y surjan las protecciones contra la discriminación deba realizarse este mismo escrutinio. La finalidad de este examen minucioso, contrastado con las pruebas del expediente tiene por objeto advertir que Andrea tenía pleno convencimiento de

la labor por la que había optado y que le generó la completa convicción de que sucedería, finalmente, se interrumpió arbitraria e injustificadamente tras la realización de una prueba de sangre.

§200. Así las cosas, la Sala subraya que Andrea fue excluida del proceso de selección en la penúltima etapa, y después de haber aprobado satisfactoriamente cinco (5) filtros previos, consistentes un (i) primer proceso de validación de su hoja de vida, (ii) una entrevista en donde fue consultada y evaluada frente a su experiencia laboral en cargos de la misma naturaleza junto con una validación técnica de su computador e internet, (iii) un periodo de capacitación de una semana, aunado a un examen de los conocimientos adquiridos en esta fase de capacitación; (iv) la instalación de los programas necesarios para la actividad “call center” y (v) la práctica de los exámenes médicos ocupacionales que arrojaron como resultado que Andrea se encontraba en óptimas condiciones de salud y no tenía ningún impedimento para el desarrollo de sus funciones.

§201. Con base en lo expuesto, la Sala se pregunta ¿cuáles fueron las razones por las cuales Alianza Empresarial Temporal S.A.S decidió excluir a Andrea del proceso de selección en el que venía participando y sobre todo en una etapa tan avanzada del mismo? Para la Sala no hay una conclusión diferente a que la exclusión de Andrea del proceso de selección se debió al estado de embarazo que fue conocido por las accionadas mediante la prueba de sangre que le fue realizada en el marco de los exámenes médicos ocupacionales. Esta conclusión, se justificará con base en las diferentes pruebas aportadas al proceso, tanto por la accionante como por los accionados.

6.2. Pruebas del acto discriminatorio en el que las empresas accionadas

§202. En primer lugar, la Sala reitera que la prueba de los actos discriminatorios reviste significativas particularidades que han sido reconocidas por esta Corporación en su jurisprudencia. La discriminación se disfraza a través de fórmulas sutiles que afectan la posibilidad de que quienes son víctimas de estas prácticas cuenten con pruebas directas del acto discriminatorio. En esa línea, a lo largo de esta decisión se ha insistido que las y los jueces tienen el deber de aplicar enfoques de género que permitan superar condiciones estructurales de marginación y desigualdad que afecten a las mujeres, entre ellas a las más vulnerables. Para el efecto, el despliegue probatorio debe atender a la sana crítica y la libre

formación del convencimiento. Ello supone que las autoridades judiciales deban partir de la comprensión de la discriminación que las mujeres padecen y que impone acudir también a los indicios, cuando se carezca de otros medios, para poder identificar las verdaderas circunstancias en las que se generó la lesión a los derechos.

§204. Esta conclusión se sustenta en un análisis compuesto por seis elementos probatorios que incluyen declaraciones extra juicio, inferencias lógicas y hasta confesiones que, se exponen a continuación:

a. a) No se acreditó en el proceso que la selección del centro médico para la recolección de muestras de sangre hubiese sido definido por la candidata. En efecto, como se dijo en las reglas generales de esta decisión, uno de los mecanismos previstos por el legislador para evitar actos discriminatorios en el acceso al empleo de las mujeres en gestación consiste en permitir que ellas, libre y voluntariamente, elijan el centro médico -autorizado legalmente- en el que se llevarán a cabo, so pena de presumirse discriminatoria su exclusión, como ocurre en este caso.

b. b) Conexidad temporal. La Sala encuentra que entre el día en el que se le practicaron los exámenes médicos ocupacionales que incluían una prueba de sangre a Andrea, su desvinculación del proceso de selección y la confirmación por parte de ella de su estado de embarazo, transcurrió un pequeño lapso de dos (2) a tres (3) días.

Esto permite inferir la existencia de un nexo causal y temporal entre la exclusión del proceso y el estado de embarazo de la accionante. En efecto, los exámenes médicos ocupacionales fueron practicados a Andrea el 20 de abril de 2023 y dos días después (el 22 de abril de 2023) se le notificó por medio de WhatsApp -a través del número de teléfono con el que había realizado el contacto inicial- que había sido desvinculada del proceso, mediante el siguiente mensaje: “[L]e comunicamos que el proceso de selección para ocupar el cargo Asesor Call Center de la empresa Grupo People BPO ha finalizado (no continua en el proceso) y en esta oportunidad su candidatura no continua”.

Ahora bien, la Sala estima que para el 20 de abril de 2023 la accionante ya se encontraba en estado de embarazo, con base en las siguientes dos pruebas:

* En historia clínica de Profamilia del 25 de abril de 2023, -aportada para dar cuenta del

intento de interrupción voluntaria del embarazo de Andrea- se evidencia que para tal fecha estaba embarazada. Además, en un espacio llamado “descripción” se indica lo siguiente: “paciente con gestación de 5 semanas con indicación de interrupción por técnica farmacológicas, no hay contraindicaciones”. Luego, es claro que, para el 20 de abril de 2023, cuando se le practicó el examen médico ocupacional a Andrea, ella ya se encontraba embarazada.

* Según historia clínica del 11 de noviembre de 2023 emitida por la Unidad Materno Infantil del Tolima S.A, la fecha de la última regla de Andrea fue el 17 de marzo de 2023. Esto implica que, al menos treinta días antes de que se le practicaran los exámenes médicos ocupacionales a Andrea (el 20 de abril de 2020 cuando se le tomó una prueba de sangre), ella ya se encontraba en estado de embarazo.

Se destaca que, en sus respuestas, las accionadas negaron haber usado la muestra de sangre (que según consta en la historia clínica estaba dirigida a identificar los valores de creatinina de la accionante), para practicar una prueba de embarazo a Andrea. Sumado a ello, se resalta que en la historia clínica ocupacional y el certificado médico ocupacional de Andrea no hay evidencia de que se le haya ordenado realizar una prueba de embarazo. Con todo, es importante tener en cuenta que, las accionadas no iban a asumir su propia culpa pues haber informado sobre la realización de una eventual prueba de embarazo, hubiese supuesto una confesión de su parte.

Además, es claro que las accionadas sí solicitaron una prueba de sangre a Andrea con la supuesta finalidad de obtener información sobre sus niveles de creatinina. Sin embargo, esta muestra de sangre, una vez tomada, podría haber sido usada para concluir sobre un eventual estado de embarazo. En efecto, según la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos la prueba GCH, practicada con el fin de detectar el nivel específico de la GCH en la sangre que corresponde a la hormona producida en el cuerpo durante el embarazo, permite arrojar resultados incluso 10 días después de la concepción. En consecuencia, en atención a que para la fecha en la que se realizó el examen médico ocupacional a Andrea - que implicó extraerle una muestra de sangre-, dado que ya tenía más de un mes de embarazo, era inevitable que su muestra reportara niveles de la hormona GCH.

c) Discriminación de género. En el presente caso, se cuenta con pruebas que dan cuenta de

un acto de discriminación en razón a la calidad de mujer de la accionante; discriminación, de la que no solo ella fue víctima, sino que también se extendió a las demás mujeres que se presentaron al proceso de selección. En concreto, entre quienes llegaron a instancias finales del proceso, solo había una persona de sexo masculino a la que no se le tomaron pruebas de sangre, sin que hubiese ningún argumento que permitiese justificar este tratamiento diferenciado. Este hecho se acredita con una declaración extra juicio del 3 de mayo de 2023 rendida por el único hombre que participó en el proceso, el señor Sebastián, en donde declaró lo siguiente:

“Declaro bajo gravedad de juramento:

Que participe en proceso de selección laboral convocado por la empresa de servicios temporales “Alianza Empresarial Temporal” identificada con Nit 901012753-8 dirigida a contratación de personal para el cargo de Agente call center, con el propósito de desarrollar actividades de venta de productos intangibles como parte de la campaña “Chalo Chile- Cross Hogar” en favor del grupo empresarial “Grupo People BPO SAS (...).

Que fui la única persona de sexo masculino que hizo parte del proceso de selección y llegó a instancias finales.

El día 20 de abril de 2023 acudí a la IPS Medisot sobre las 2:00 pm, lugar en donde se me practicaron tres exámenes, correspondientes a audiometría, visiometría e historia osteomuscular; a excepción de las demás aspirantes, a quienes adicionalmente se les tomó muestras de sangre”.

Con el fin de corroborar la anterior información, en sede de revisión se solicitó a la IPS Medisot que allegara la historia médica ocupacional y el certificado médico ocupacional de Sebastián. Ambos documentos fueron remitidos por Medisot y en los dos consta que, en efecto, a Sebastián solo se le practicaron los tres (3) exámenes indicados por él y no se le realizó un examen de sangre, como se observa:

Lo anterior difiere de los dos documentos que soportan la realización de los exámenes médicos ocupacionales ordenados a Andrea, en los que sí se incluye un examen de sangre de creatinina, como se expone:

De cara a estas pruebas, la Sala preguntó directamente a las accionadas la razón por la que se hacía un examen de creatinina solamente a mujeres y la única respuesta que fue brindada por Medisot, consistió en que “la finalidad de la prueba de creatinina es la de verificar u/o indagar el funcionamiento de los riñones”; pero, no manifestaron argumentos puntuales para excluir de su práctica a los hombres. A su vez, en los protocolos de los exámenes practicados por Medisot, respecto de la creatinina solo se indica que es un compuesto que elimina el organismo, cuya determinación es relevante para identificar afecciones renales y sobre su análisis, se establece que se debe “correlacionar los resultados con el sexo del examinado pues las mujeres generalmente tienen niveles de creatinina más bajos que los hombres. Esto se debe a que ellas normalmente tienen menor masa muscular. El nivel de creatinina varía con base en la talla y la masa muscular”.

La Sala estima que los anteriores elementos dan cuenta de que las accionadas no argumentaron las razones del tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres en torno a la práctica de la prueba de creatinina que justificaba la extracción de sangre para su valoración. Incluso, el protocolo interno de Medisot sugiere que para su análisis es necesario correlacionar los resultados obtenidos entre hombres y mujeres, dadas las diferencias que pueden tener. En esa línea, excluir de la práctica del examen de creatinina a los hombres implicaría asumir que este no se les realiza a ellos en tanto no sufren de enfermedades renales; afirmación desprovista de toda evidencia científica. Por lo tanto, se concluye que Andrea fue discriminada en razón a su calidad de mujer, al practicársele un examen de creatinina que no fue practicado a un hombre que aspiraba al mismo cargo y que estaría expuesto a los mismos riesgos (permanecer sentado durante varias horas al día), derivados del cargo común al cual aspiraban ambos que correspondía al de “Agente call center”.

En torno a este punto, también llama la atención la falta de claridad sobre la idoneidad y pertinencia de la prueba de creatinina para el ejercicio de las funciones de “agente call center”. La Resolución 2346 de 2007 del Ministerio del Trabajo establece en su artículo 4 que las evaluaciones medicas pre ocupacionales se deben realizar “en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo”. Sin embargo, se insiste, no es claro como la función renal de una persona pueda impactar en su desempeño como agente de ventas call center. Incluso, asumir que este trabajo no puede ser desempeñado por personas con afecciones renales supone una discriminación en razón a su estado de salud.

d) Discriminación de las mujeres gestantes. La Sala encuentra que en el presente caso, Andrea no solo fue discriminada en razón a su calidad de mujer, sino también por su estado de embarazo. Como evidencia de ello, la accionante remitió una declaración extra juicio suscrita el 4 de mayo de 2023 por Camila, otra participante del proceso de selección, quien declaró lo siguiente:

“Declaro bajo gravedad de juramento:

Que actualmente presto servicios como agente Calle Center al interior de la campaña “Claro Chile- Cross Hogar” en beneficio del Grupo People BPO SAS identificado con Nit 900610855-2, con intermediación de la empresa de servicios temporales Alianza Empresarial Temporal SAS (...) mediante contrato obra labor. El vínculo laboral existente con la sociedad Alianza Empresarial Temporal SAS fue el resultado de haber superado proceso de selección adelantado en periodo comprendido entre el 12 y el 20 de abril de 2023.

El día 20 de abril de 2023 los aspirantes residentes en la ciudad de Ibagué, acudimos grupalmente a la IPS Medisot ubicada en la carrera 4D No. 39-49, para la práctica de exámenes médicos ocupacionales.

Declaro que previo a brindar autorización de práctica de los exámenes, algunas aspirantes, incluyéndome, presentamos dudas por la falta de claridad del documento de consentimiento libre e informado pues el mismo establecía múltiples procedimientos sin especificar la finalidad (...) luego, se indicó que estos eran cuatro, respectivos a historia osteomuscular, audiometría, visiometría y creatinina.

Manifiesto que todas las personas de sexo femenino residentes en Ibagué que llegamos a la fase final y nos practicamos exámenes médicos con la IPS Medisot, la única que no fue llamada a suscribir el contrato, fue la señora Andrea, partiendo del hecho que todos nos conocíamos por la participación en la capacitación y demás etapas del proceso”.

De la anterior declaración, la Sala concluye que Andrea fue discriminada entre las mujeres, en atención a que se encontraba en un estado diferente al ellas, al estar embarazada para el momento en el que se realizó el examen médico ocupacional que incluyó la toma de sangre para, supuestamente, conocer sus valores de creatinina. La testigo, Camila afirma que de todas las mujeres que llegaron a la fase final del proceso de selección, la única mujer

excluida fue Andrea; ello, pese a que como consta en su certificado médico ocupacional y como fue confirmado por Medisot, su estado de salud era óptimo para el desempeño del cargo.

e) Necesidad recurrente. En su escrito de tutela, la accionante señaló que el 02 de mayo de 2023 se publicó en el portal Computrabajo una nueva oferta de trabajo relacionada con el proceso de selección en el que participó. Ello daría cuenta de que la necesidad de contratación del Grupo People BPO es recurrente, como incluso fue corroborado por la misma empresa temporal accionada que se encarga de adelantar los procesos de selección, quien manifestó que estos son rotativos y se abren en bases de datos cada 20 días aproximadamente. Siendo así, la Sala encuentra que después del proceso de selección en el que participó Andrea no se suplieron todas las vacantes; por lo que, se extrañan las razones por las que no se le vinculó, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas previamente sobre su aprobación satisfactoria de 5 etapas diferentes del proceso de selección.

Igualmente, se subraya que Andrea acreditó que previo a estos sucesos, laboró un año sin inconveniente alguno en un cargo de la misma naturaleza con Apex América Colombia SAS; situación que da cuenta que, su perfil era completamente idóneo para satisfacer esta necesidad recurrente del Grupo People BPO.

f) No desacreditación de la presunción de discriminación. Es importante tener en cuenta que Andrea preguntó a las accionadas a través de diferentes medios – correos electrónicos del 22 de abril y WhatsApp del 22 y el 26 de abril – las razones por las que se le retiró del proceso de selección, pero nunca obtuvo una respuesta clara. El 24 de abril se le respondió desde Medisot lo siguiente: “informo que la empresa ya cuenta con su concepto medico ALIANZA EMPRESARIA solicitarlo directamente con la IPS DESAT que tiene el convenio directo” y a sus consultas vía WhatsApp, la misma persona que la había contactado inicialmente para comenzar el proceso de selección, y que después le informó de su exclusión, le respondió “hola, yo no cuento con esa información”.

§205. Todo lo anterior, permite entrever que nunca se brindó una justificación a Andrea, porque no había ningún argumento válido para soportar su exclusión, pese a haber aprobado exitosamente todas las etapas previas. La única razón consistió en su estado de embarazo, pero es claro que, de ninguna manera ello sería revelado por las accionadas.

§206. Adicionalmente, esta discriminación resulta imputable a las tres empresas accionadas, en tanto ninguna de estas logró desvirtuar la presunción de discriminación. En otras palabras, la Sala encuentra que las accionadas conocieron del estado de embarazo de la accionante en el marco del proceso de selección de personal y, por ende, incurrieron en una actuación discriminatoria, a partir de la apreciación conjunta de los indicios reseñados que incluyen: (i) la realización del examen creatinina en sangre que resultaba innecesaria para el empleo al que aspiraba Andrea; (ii) la extracción de una muestra de sangre que sería suficiente para analizar, sin mayores dificultades y de manera oculta, los niveles de GCH en sangre y así determinar si las solicitantes mujeres se encontraban o no en dicho estado; (iii) el hecho que solo a las mujeres les hubieran practicado el examen de creatinina; y (iv) la ausencia de razones por parte de las accionadas que explicaran la decisión de exclusión del proceso, entre otros indicios.

§207. Para finalizar este punto, se llama la atención sobre el hecho que en sus respuestas la empresa Alianza Empresarial Temporal manifestó que “se hace una prueba de sangre para valorar la reactividad frente a alguna enfermedad de transmisión sexual”, tanto para hombres como mujeres. Esta confesión de la realización irregular de pruebas que vulnera la intimidad de las y los trabajadores y que no está relacionada con las labores a contratar da cuenta de las evidentes irregularidades en todo el proceso de selección que afectan la dignidad humana y el derecho a la intimidad, tal como lo ha establecido esta Corte en múltiples decisiones.

§208. Una vez precisado esto, se pasan a abordar las vulneraciones de los demás derechos inicialmente relacionados en el problema delimitado.

6.3. El acto discriminatorio contra la accionante en razón a su estado de embarazo conllevó a una vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y a los derechos sexuales y reproductivos

§209. Hasta este punto, ha quedado demostrada la vulneración del derecho a no ser discriminado, de la que fue víctima Andrea. Sin embargo, este no es el único derecho que le fue conculcado por las accionadas, pues como consecuencia de este acto discriminatorio, ella también tuvo una lesión de sus derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad

de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y a los derechos sexuales y reproductivo, como se pasa a exponer.

§210. Vulneración del derecho al trabajo, el acceso en igualdad de oportunidades y la dignidad humana. Andrea no pudo tener acceso en igualdad de oportunidades al empleo que era ofertado por la empresa Alianza Empresarial Temporal. Esto, pese a que, se encontraba en las mismas condiciones que sus otros compañeros que sí fueron seleccionados y, además, tenía una hoja de vida cualificada y experiencia laboral que se ajustaba de manera precisa a este empleo. Esta situación pone de presente cómo las mujeres siguen encontrando brechas significativas en el acceso a un empleo; las cuales, se incrementan cuando la mujer se encuentra en estado de embarazo. Esta discriminación estructural conlleva a la marginación de las mujeres gestantes del mercado laboral formal, relevándolas a los roles propios de la vida privada, como si la decisión de ser madre implicase a la vez aceptar el castigo de ser excluida del mundo del trabajo remunerado.

§212. Sumado a ello, la Sala no pierde de vista el hecho que la exclusión se dio en un momento muy avanzado del proceso de selección, en donde se le habían creado expectativas razonables a la accionante de que sería seleccionada. En esa línea, la Sala destaca como esta práctica disfrazada también lesiona el derecho fundamental a la dignidad humana (art. 1, C.P.) de Andrea, tal como se sostuvo en la Sentencia T-1266 de 2008, en la que se indicó que cuando a una persona apta para desempeñar un cargo se la excluye con base en criterios ajenos a la aptitud y que no inciden en ella, se vulnera este derecho. En este punto, la Sala también reitera que la libertad económica debe ceder ante el respeto por el derecho fundamental a no ser discriminado.

§213. Lesión del derecho fundamental al debido proceso. La Sala también destaca que en este caso a Andrea le fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso puesto que, aunque ella solicitó información sobre las razones por las que se le desvinculó del proceso de selección al número telefónico que la empresa dispuso y también al WhatsApp en el que se realizó la divulgación de información del proceso por parte de Alianza Empresarial Temporal S.A.S, nunca obtuvo una respuesta asertiva. Esta situación le implicó una incertidumbre considerable que, además, se vio agravada con el hecho que había llegado a una etapa tan avanzada del proceso de selección que aumentó sus expectativas sobre la posibilidad de contratación. Como se indicó líneas atrás, el debido proceso es exigible tanto para las

entidades estatales como para las privadas, independientemente de la relación jurídica que exista entre las partes e inclusive cuando ni siquiera se ha suscrito un vínculo contractual. No obstante, en este caso ninguna de las accionadas brindó una respuesta concreta a Andrea sobre las razones de su desvinculación del proceso de selección.

§214. Desconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Los derechos sexuales y reproductivos implican la posibilidad de tomar decisiones libres sobre el ejercicio de la sexualidad que, entre otras cosas, abarca la posibilidad de decidir de forma libre y responsable el número de hijos (art. 42, C.P.). Al respecto, en la Sentencia SU-096 de 2018, la Corte destacó que los derechos sexuales y reproductivos se edifican sobre dos dimensiones. Una de libertad, que impide al Estado y a la sociedad “implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona”, y otra prestacional, “que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos”.

§215. Sin embargo, la Sala destaca como en este caso Andrea manifestó y probó que, dada la urgencia de vincularse laboralmente, junto con su pareja sopesaron la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. Esta situación fue posterior al presunto hecho de discriminación alegado por la accionante ya que, la convocatoria se desarrolló desde inicios del mes de abril del 2023 hasta el 19 de abril del mismo año, pero según consta en la historia clínica de Profamilia remitida por la accionante, la solicitud de interrupción se elevó el 25 de abril de 2023. Estos hechos evidencian que, después de los presuntos actos discriminatorios, la accionante vio afectados sus derechos reproductivos, al no poder tomar una decisión libre sobre la interrupción voluntaria de su embarazo puesto que esta se encontraba influenciada por la precariedad económica que la aquejaba.

§216. Por lo tanto, la Sala estima que el hecho de que Andrea haya sido desvinculada en razón a su embarazo le impregnó una presión psicológica tan significativa que, como ella demostró, la llevo al punto de pensar en interrumpir voluntariamente su embarazo. Una decisión que, aunque hace parte del derecho a la libertad reproductiva, en muchos escenarios no puede ser tomada con la libertad que este derecho presupone y que, por el contrario, como sucedió con Andrea estuvo coartada o viciada por la presión derivada del acto discriminatorio del que ella fue víctima.

§217. Lesión del derecho a la intimidad. A Andrea también se le vulneró su derecho fundamental a la intimidad y el acceso a sus datos personales. Pese a que en el expediente obran pruebas que dan cuenta de que Andrea solicitó expresamente a la IPS Medisot que le remitiera copia de su certificado médico ocupacional y de su historia clínica, estas solo fueron allegadas con el fallo de primera instancia. En efecto, en respuesta a sus solicitudes solo se le brindaba información evasiva, remitiéndola a la IPS DESAT que, es quien tiene convenio con la empresa temporal accionada que adelantó el proceso de selección en el que Andrea participó. Esto, en desconocimiento del hecho de que la accionante no estaba pidiendo nada más que la información relacionada con exámenes médicos sobre su propio estado de salud y sobre unas muestras de sangre que le fueron tomadas de su propio cuerpo. La Sala destaca que el parágrafo del artículo 9 de la Resolución 2346 de 2007 que regula los exámenes médicos ocupacionales, es claro en indicar que el médico evaluador deberá entregar copia al trabajador de cada una de las evaluaciones practicadas. No obstante, esta disposición fue obviada por Medisot quien, sin ningún argumento decidió negar a Andrea dicha información.

§218. Así las cosas, la Sala destaca como en el presente caso es claro que el acto discriminatorio del que fue víctima Andrea implicó la consecuente vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y a los derechos sexuales y reproductivos.

6.4. Remedios a adoptar

Remedios para compensar a la accionante del acto discriminatorio del que fue víctima la accionante

§219. La Sala concluye que, en el presente caso, es necesario adoptar una medida ejemplar que persuada a las accionadas de volver a replicar prácticas como las suscitada en esta oportunidad y que, a la vez, garantice una reparación integral a favor de Andrea. Por ello, y ante la evidente vulneración del derecho a no ser discriminada, se estima que no basta con condenar a las accionadas al pago de una indemnización en abstracto, sino que también debe ordenarse su vinculación a la Grupo People PBO.

§220. Indemnización en abstracto, incluyendo perjuicios morales. Sobre este punto, se reitera que la naturaleza de la acción de tutela es preventiva, al tener por objetivo evitar una

afectación o generar el restablecimiento de derechos fundamentales vulnerados. Por consiguiente, la posibilidad de otorgar una indemnización es excepcional y se deriva, exclusivamente, del cumplimiento de todos los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional, recogidos previamente en esta decisión.

§222. Así las cosas, la Sala estima que la indemnización en abstracto resulta procedente con el fin de compensar a Andrea por los perjuicios morales que le fueron causados al haberle generado significativas expectativas de ser vinculada a dicha empresa, para después excluirla repentinamente del proceso de selección y sin justificación alguna y mantenerla en el desempleo por motivos discriminatorios que hacen necesario el amparo.

§223. Para el cálculo de esta indemnización, el juez de instancia deberá tener en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo sobre la tasación de perjuicios y las demás a que haya lugar. El Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima) deberá remitir de manera inmediata copia de esta actuación al juez que por reparto corresponda, para que a través de trámite incidental realice la liquidación de los perjuicios morales causados a la accionante. Este trámite deberá iniciarse dentro de los 10 días siguientes al recibo de la comunicación y deberá ser decidido en los 3 meses posteriores.

§224. Orden de vinculación. De otro lado, la Sala considera que en el presente caso resulta procedente ordenar a las accionadas y, especialmente, a la empresa Alianza Empresarial Temporal a que procedan con la vinculación inmediata de Andrea a la etapa del proceso de selección en la que fue excluida injustificadamente que, corresponde a la fase de contratación, como se expuso en el acápite precedente.

§225. Esto, por las siguientes razones: (i) de conformidad con la jurisprudencia referenciada líneas atrás, la Corte Constitucional ha optado por esta fórmula frente a eventos en los que se ha acreditado la discriminación en los procesos de selección –aunque no se haya hecho hasta el momento frente a una mujer en estado de embarazo–; y (ii) se estima necesario brindar un alto estándar de protección que compense a Andrea y le permita vincularse al proceso de selección, tal como si no se hubiera generado el acto de discriminación en su contra; (iii) Andrea sufrió la vulneración intensa de diferentes derechos fundamentales, por lo que, la Sala considera que con el fin de desincentivar la reproducción de casos similares al

presente, se debe proceder con su vinculación.

§226. Además (iv), este remedio encuentra respaldo en el último aparte del inciso cuarto del artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo en el que se establece que “[La trabajadora que haya sido obligada a la realización de una prueba de embarazo en contra de lo establecido en este artículo deberá ser contratada para el cargo al cual aspiraba”. Sobre este aspecto se destaca que, si bien en este caso la Sala concluyó que no contaba con una prueba directa de que a Andrea se le hubiera practicado una prueba de embarazo, a través de los diferentes indicios expuestos al resolver el caso concreto, se logró inferir que la muestra de sangre tomada con el supuesto fin de conocer sus niveles de creatinina pudo haber sido manipulada para indagar sobre su estado de gestación. Por consiguiente, la Sala concluyó que Andrea fue sometida a la práctica de una prueba de embarazo como requisito de acceso al empleo al que estaba aspirando que, habilita dar aplicación al citado inciso cuarto del artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo.

§227. Con todo, Andrea es libre de decidir si se vincula o no al Grupo Empresarial BPO, pues es posible que sus intereses o necesidades hayan sufrido algún cambio que la motive a no vincularse al Grupo Empresarial BPO. Por último, se aclara que, si Andrea está interesada, en virtud de la presente providencia deberá ser vinculada directamente a la empresa Grupo Empresarial BPO ya que, como se expuso, ella aprobó cinco etapas diferentes del proceso de selección adelantado por la empresa Alianza Empresarial Temporal, quedando pendiente, solamente, la fase del role play. Sin embargo, según el análisis realizado por esta Corte, esta fase no es clasificatoria, sino que supone un espacio para que los “nuevos integrantes de la compañía”, seleccionados al haber aprobado todas las etapas previas, puedan poner en práctica sus conocimientos.

Remedios dirigidos a promover la erradicación de actos discriminatorios en razón al estado de embarazo en los procesos de selección

§228. En este punto, se reitera que la discriminación de las mujeres embarazadas en los procesos de selección, lamentablemente, es un fenómeno cada vez más actual que, además se vale de maniobras ocultas para disfrazar el ánimo discriminatorio. Sumado a ello, en algunos sectores de la economía parece ser una práctica común, ya que Andrea acreditó como en el marco de otro proceso de selección en el sector de ventas masivas por call center

en el que participó –puntualmente con la empresa Comdata– también fue discriminada por su estado de gestación.

§229. En efecto, la accionante manifiesta que aunque había avanzado hasta la etapa de proceso formativo, decidió no continuar ni realizarse los exámenes médicos, pues estos también incluían un examen de sangre en donde temía volver a ser discriminada por su estado de embarazo. Por ello, la accionante advirtió esta situación a una empleada de la Comdata, a quien también le manifestó que incluso estaba pensando en realizar la interrupción voluntaria del embarazo y le preguntó si podría presentarse el siguiente mes a la convocatoria; a lo cual, la trabajadora de Comdata le respondió “me cuentas como va tu proceso y revisamos”. Sobre esta situación y aunque Comdata no funge como demandada en el presente proceso, la Sala infiere que el estado de embarazo de la accionante sí fue un aspecto relevante en los procesos de selección en los que participó, evidenciando que esta parece ser una práctica reiterada en el sector.

§230. Así las cosas, y con el fin de hacer frente a la situación identificada en el presente caso, la Sala emitirá unas órdenes y realizará unos exhortos que permitan avanzar en la protección de las mujeres en estado de embarazo en los procesos de selección.

§231. Primero, se exhortará al Congreso de la República a que, teniendo en cuenta los elementos expuestos en esta decisión, regule la etapa previa al proceso de suscripción del contrato de trabajo y los efectos derivados de la oferta de trabajo que conducen a profundizar la discriminación en el acceso al empleo. Esta regulación debería contar con (i) una determinación de los derechos y deberes de los aspirantes en los procesos de selección, así como las sanciones que se aplicarán cuando se incurre en un acto discriminatorio en la etapa precontractual; (ii) la delimitación de las pruebas que se consideran como aptas según el tipo de trabajo y los riesgos a los que se expone quien ejecutará la respectiva labor y, (iii) además, dicha regulación debe precisar que, necesariamente, el examen médico ocupacional debe corresponder a la última etapa de cualquier proceso de selección, con el fin de que los aspirantes puedan demostrar sus capacidades y aptitudes para el ejercicio del cargo.

§232. En segundo lugar, se ordenará al Ministerio del Trabajo emitir una ruta especial para la atención de quejas o denuncias de presuntos actos de discriminación en los procesos de selección. Esta ruta debe contar con: (i) un canal virtual que permita radicar las denuncias de

manera ágil, (ii) el diseño de un proceso que permita garantizar el ejercicio de investigaciones imparciales que garanticen los derechos de ambas partes, pero que parta del reconocimiento de las dificultades y análisis probatorio (sana crítica, inversión de la carga de prueba, presunción de discriminación) que debe realizarse frente a actos de discriminación, como fue expuesto en esta decisión; (iii) un equipo de profesionales encargado de brindar acompañamiento al o la denunciante en este proceso que, en todo caso y en aras de salvaguardar la sostenibilidad fiscal del Estado, no debe implicar la contratación o vinculación de personal adicional, sino la asignación de esta tarea en cabeza de los funcionarios que hacen parte de esta entidad, como podría suceder con aquellos miembros del Grupo Élite de Inspección Laboral para la Equidad de Género – Grupo GEEG y (iv) la definición de un esquema de multas que pueden ser impuestas por este ministerio, en virtud de la habilitación dispuesta en los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo.

§233. La anterior orden se emite en atención a que si bien, entre otras cosas, en virtud de la Sentencia T-031 de 2021, el Ministerio del Trabajo ha adelantado actividades valiosas como la expedición de la Circular 062 de 2021 y la conformación de un Grupo Élite de Inspección Laboral para la Equidad de Género – Grupo GEEG (Resolución 4607 de 2022), ninguna de estas alternativas cubre situaciones como las suscitadas en este caso, en donde una persona víctima de discriminación en el acceso al empleo requiere además de un acompañamiento, la posibilidad de poner en conocimiento esta situación ante el ministerio para que imponga las sanciones que estime pertinentes. De hecho, pese a que en el artículo 3 de la citada Resolución 4607 de 2022 se plantea que el Grupo GEEG puede “[R]ealizar de oficio o a solicitud de parte inspecciones y re inspecciones a los centros de trabajo”, este no parece ser un canal dirigido a atender quejas puntuales sobre eventuales hechos de discriminación de género en el acceso al empleo, sino que parece ser un mecanismo más general para “verificar las prácticas de los empleadores en materia de acceso al empleo en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres” (art. 3, Resolución 4607 de 2022).

§234. En tercer lugar, se ordenará al ministerio del Trabajo que emita un protocolo en donde defina las directrices que considere necesarias para garantizar la aplicación efectiva del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 2114 de 2021 que habilitó la posibilidad de que las candidatas puedan seleccionar el centro médico o laboratorio en dónde realizar los exámenes de sangre que le hayan sido ordenados, si las evaluaciones médicas pre ocupacionales o de pre ingreso involucran este tipo de prueba. Esta regulación debe tener

una cobertura general, pues al reconocerle un carácter potestativo o sectorizado se podrían promover tratamientos discriminatorios que, precisamente, buscan ser contrarrestados con la medida. Igualmente, debe ser de obligatorio cumplimiento para todas las empresas privadas que adelanten procesos de selección.

§235. La Sala encuentra que, aunque el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 2114 de 2021 habilita una opción beneficiosa para las mujeres que hacen parte de un proceso de selección a las se les solicita un examen de sangre en el marco de las validaciones pre ocupacionales, lo cierto es que en la práctica hacer uso de esta facultad puede ser visto con sospecha por los empleadores, generando incluso el efecto contrario al deseado por la norma. Por ello, se considera necesario estandarizar el procedimiento y asignar al ministerio la definición de una estrategia que garantice que, en todos los procesos de contratación en donde los empleadores requieran practicar muestras de sangre a sus aspirantes mujeres en el marco de exámenes pre ocupacionales, sean estas quienes -en su totalidad- decidan libremente en cuál de las diferentes IPS que prestan el servicio en la respectiva ciudad, desean realizarse el examen se sangre, sin que su eventual empleador tenga intervención alguna en el proceso de selección de la IPS. Ello implica restringir la relación entre el empleador y la IPS que practicará los exámenes médicos pre ocupacionales, solamente, a la recepción del respectivo certificado médico respectivo.

§236. En cuarto lugar, se ordenará al ministerio del Trabajo a que realice una inspección en las instalaciones de la empresa Alianza Empresarial Temporal, con el fin de indagar si esta empresa ordena realizar exámenes dirigidos a determinar si los aspirantes que participan en sus procesos padecen de alguna enfermedad de transmisión sexual, como fue indicado por esta empresa en sus respuestas. El ministerio deberá tomar las medidas que le corresponda, según la información que encuentre en su respectiva inspección.

§237. Por último, se ordenará la difusión de la presente providencia por parte del Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio del Trabajo. Estas entidades deberán velar para que, las autoridades judiciales y los inspectores del trabajo, respectivamente, tengan en cuenta el análisis probatorio que debe adelantarse frente a presuntos actos de discriminación en la etapa precontractual y el necesario análisis interseccional que debe realizarse cuando las víctimas de estos actos son mujeres en estado de embarazo.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida el 6 de julio de 2023 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima) que revocó la decisión del Juez Doce Penal Municipal con función de conocimiento de la ciudad de Ibagué y negó el amparo de los derechos fundamentales de Andrea. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la dignidad humana, al debido proceso, a la intimidad y a los derechos sexuales y reproductivos de Andrea.

SEGUNDO. CONDENAR EN ABSTRACTO, conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a Alianza Empresarial Temporal S.A.S, el Grupo People Bpo S.A.S y la IPS Medicina y Salud Total Limitada (Medisot)., al pago de los perjuicios morales causados a Andrea, con ocasión de la exclusión del proceso de selección que venía cursando para ocupar el cargo de “agente call center”, la cual tuvo fundamento en su estado de embarazo. Como consecuencia ORDENAR al Juez Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima) que remita inmediatamente copia del expediente T-9.661.412, incluida esta sentencia, al Juez que por reparto corresponda, para que a través de trámite incidental, realice la liquidación de los perjuicios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. El trámite incidental deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses posteriores.

TERCERO. ORDENAR a la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S y al Grupo People Bpo S.A.S a que, máximo en el término de cuarenta y ocho (48) horas, realicen la contratación de Andrea en el cargo de “agente call center” al cual ella se presentó, en el próximo periodo en el que se apertura este empleo y siempre que, Andrea se encuentre interesada en ello. Igualmente, se ADVIERTE a la empresa Alianza Empresarial Temporal S.A.S, al Grupo People Bpo S.A.S y la IPS Medisot que, en adelante se abstengan de incurrir en conductas discriminatorias que atenten contra los derechos fundamentales de los aspirantes que

participan en los procesos de selección que convoca.

CUARTO. EXHORTAR al Congreso de la República a regular la etapa previa del proceso de suscripción del contrato de trabajo, los derechos de los aspirantes, los efectos derivados de la oferta de trabajo y las sanciones aplicables frente a actos discriminatorios. Todo ello, teniendo en cuenta los elementos expuestos en esta decisión.

QUINTO. ORDENAR al Ministerio del Trabajo a que, a más tardar en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, diseñe una ruta especial para la atención de quejas o denuncias de presuntos actos de discriminación en los procesos de selección. Esta ruta debe contar con lo siguiente: (i) un canal virtual que permita radicar las denuncias de manera ágil, (ii) el diseño de un proceso que permita garantizar el ejercicio de investigaciones imparciales que, a la vez, partan del reconocimiento de las dificultades y análisis probatorio que debe realizarse frente a actos de discriminación; (iii) un equipo de profesionales encargado de brindar acompañamiento al o la denunciante en este proceso, sin que ello implique una ampliación de la planta de personal del Ministerio o la contratación de personal adicional y (iv) la definición de un esquema de multas que pueden ser impuestas por este ministerio, en virtud de la habilitación dispuesta en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo.

SEXTO. ORDENAR al Ministerio del Trabajo que a más tardar en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, emita un protocolo en donde define las directrices que considere necesarias para garantizar la aplicación efectiva del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 2114 de 2021 que habilitó la posibilidad de que las candidatas puedan seleccionar el centro médico o laboratorio en dónde realizar los exámenes de sangre que les hayan sido ordenados en el evento en el que las evaluaciones médicas pre ocupacionales involucren muestras de sangre.

SEPTIMO. ORDENAR al Ministerio del Trabajo una inspección a las instalaciones de la empresa Alianza Empresarial Temporal, con el fin de indagar si esta empresa ordena exámenes dirigidos a determinar si los aspirantes que participan en sus procesos padecen de alguna enfermedad de transmisión sexual, como fue indicado por esta empresa en sus respuestas.

OCTAVO. ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura y al Ministerio del Trabajo difundir la presente providencia con las autoridades judiciales y los inspectores del trabajo,

respectivamente, con el fin de que tengan en cuenta el análisis probatorio que debe adelantarse frente a presuntos actos de discriminación en la etapa precontractual y el necesario análisis interseccional que debe aplicarse cuando las víctimas de estos actos son mujeres en estado de embarazo.

NOVENO. ORDENAR a la secretaría general de la Corte Constitucional, así como al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima) que adopten las medidas necesarias para reservar la identidad de la accionante, dentro de las actuaciones que se surtan en el marco de este proceso, esto con el fin de salvaguardar su intimidad.

DECIMO. ORDENAR al Juez Doce Penal Municipal con función de conocimiento de la ciudad de Ibagué, que fungió como autoridad judicial de instancia en el presente asunto, que vigile el cumplimiento de lo establecido en este fallo.

DECIMO PRIMERO. Por secretaría general de la Corte Constitucional LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

Aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

Expediente T- 9.661.412

M.P. Diana Fajardo Rivera

