

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-460/24

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTEXTO LABORAL
PRECONTRACTUAL-Vulneración por exigir vacunación contra el COVID 19 como condición para la vinculación laboral

(...) el requisito de vacunación, como condición para la vinculación laboral en un contexto posterior a la culminación de la emergencia sanitaria, no satisface las exigencias del juicio de igualdad y resulta discriminatorio en tanto supone una preferencia injustificada hacia las personas que han optado por aplicarse la vacuna contra el COVID-19.

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN-Procedencia de la acción de tutela

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Alcance

DEBIDO PROCESO EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES-Alcance

ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID 19-Alcance

PRESENTACIÓN DEL CARNÉ O CERTIFICADO DIGITAL DE VACUNACIÓN DE COVID 19-Marco normativo

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA-Aplicación

TEST INTEGRADO DE IGUALDAD-Aplicación

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Condena en abstracto

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Cuarta de Revisión-

SENTENCIA T-460 DE 2024

Referencia: Expediente T-9.981.627

Asunto: vacuna contra el COVID-19 – libre desarrollo de la personalidad

Demandante: María

Magistrado ponente: Vladimir Fernández Andrade

Síntesis de la sentencia: La Corte concluyó que la sociedad ISHAJON S.A.S. vulneró los derechos al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad de la accionante. Lo anterior, por cuanto la excluyó de un proceso de selección, con fundamento en una razón inaceptable desde la perspectiva constitucional: que no cumplía con el requisito de vacunación contra el COVID-19. La Sala encontró que esta exigencia no estaba prevista en la normatividad de la compañía demandada y, además, no guardaba relación con las funciones del cargo ofertado. La medida tampoco superó el test de igualdad, ya que, si bien buscaba una finalidad imperiosa y era idónea para lograrla, resultaba innecesaria. Esta ausencia de necesidad obedeció a que existen alternativas que también son efectivas para reducir la propagación del virus, como el uso de tapabocas, el distanciamiento y el lavado de manos, y que no afectan de manera significativa el libre desarrollo de la personalidad y otras garantías.

Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

Aclaración preliminar: reserva de la identidad. El nombre de la accionante será modificado en la versión pública de esta providencia, en atención a que el debate constitucional está relacionado con datos sensibles relativos a su estado de salud y a que la difusión de esta información podría comprometer su derecho a la intimidad.

I. I. ANTECEDENTES

A. A. Hechos

1. 1. En noviembre de 2023, la actora se presentó a dos convocatorias laborales: (i) en la notaría del municipio de La Mesa, Cundinamarca, y (ii) en las tiendas de ropa operadas por la

sociedad ISHAJON S.A.S. En ambas superó los filtros iniciales.

2. Según afirma la accionante, en el segundo proceso tuvo una entrevista inicial, oportunidad en la cual diligenció un formulario relacionado con el esquema de vacunación contra el COVID-19. Así, manifestó por escrito que no contaba con el mismo, toda vez que se había contagiado cuatro veces con el virus. Al respecto, señaló: “yo no veía la pertinencia (...) porque la inmunidad por contagio protege igual que la vacuna por enfermedad, tal como lo han concluido estudios recientes”.

3. El 4 de diciembre de 2023, tuvo una nueva entrevista con la señora Martha, empleada del área de recursos humanos de la sociedad ISHAJON S.A.S. Horas después, el señor Jeison, empleado del área de selección y contratación, le comunicó por teléfono que había superado todos los filtros de la convocatoria. Por consiguiente, le dio la bienvenida a la compañía.

4. El empleado le indicó los documentos que debía radicar al día siguiente y que debía abrir una cuenta de nómina en un banco determinado. Con posterioridad, firmaría el contrato para iniciar a trabajar. En todo caso, aclaró que le brindaría esta información por escrito.

5. Al enterarse de la vinculación laboral, rechazó la oferta de la notaría. Así, el 5 de diciembre de 2023 realizó los trámites solicitados por el señor Jeison y se dirigió a la sede administrativa de la compañía para firmar el contrato.

6. El señor Jeison procedió a revisar el cumplimiento de los requisitos. En este punto, la actora explicó que: “llegó al último documento de la lista y que hace referencia al carné de vacuna COVID-19, le dije claramente que no cuento con vacuna alguna de COVID-19 y que ya el tema era de conocimiento (...) porque desde la primera entrevista presencial yo lo había expuesto, con todo y sus motivos”. Por consiguiente, el empleado le informó que consultaría su caso.

7. Minutos después, la señora Martha le devolvió sus documentos y le dijo que “no podía continuar para contratación porque la compañía tenía como política no contratar a quienes no se hayan vacunado”. La demandante resaltó que lo anterior le fue comunicado en presencia de aproximadamente diez personas más, lo cual vulneró su derecho a la intimidad.

8. El 11 de diciembre de 2023, intentó comunicarse vía correo electrónico con la señora

Martha, y vía WhatsApp con el señor Jeison. Lo anterior, para solicitar una explicación respecto de lo sucedido. Sólo recibió respuesta del señor Jeison, quien “dejó en evidencia que no [la] contrataron con ocasión de la NO VACUNACION COVID-19, aun cumpliendo con el lleno de los requisitos para la vacante”.

B. Trámite de la acción de tutela

i. (i) Presentación y admisión de la acción de tutela

9. El 18 de diciembre de 2023, la señora María promovió acción de tutela contra la sociedad ISHAJON S.A.S. En su criterio, el hecho de que la compañía no la contratara por no contar con la vacuna contra el COVID vulneró sus derechos al trabajo, a la no discriminación en el acceso al empleo, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

10. Por lo anterior, invocó el amparo de los derechos referidos y solicitó que se ordenara a la accionada pagar por los daños materiales y morales causados, los cuales estima en \$16'000.000. Ello, por concepto de salarios dejados de percibir en la notaría de La Mesa, Cundinamarca, y por la discriminación de la que fue objeto en presencia de aproximadamente diez personas.

11. Resaltó que no tiene empleo ni ingresos para sufragar la manutención de sus tres hijos. Tampoco cuenta con apoyo económico, toda vez que es madre cabeza de familia.

12. En Auto del 18 de diciembre de 2023, el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá admitió la acción de tutela y corrió traslado a la sociedad demandada para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción. Cabe anotar que no vinculó a ninguna entidad.

(i) Respuesta de ISHAJON S.A.S.

13. En escrito del 20 de diciembre de 2023, la sociedad solicitó que se declarara la improcedencia de la acción, toda vez que la actora no se encuentra en situación de subordinación o indefensión, no acudió a los medios judiciales ordinarios y no demostró la configuración de un perjuicio irremediable. En este sentido, precisó que no se encuentra en “estado de especial protección” ni tiene una condición de “inferioridad manifiesta que deba ser protegida”. Además, la compañía no vulneró los derechos fundamentales de la

demandante y aquella no aportó pruebas que sustenten la reparación de perjuicios que reclama.

14. Para iniciar, señaló que la oportunidad laboral en la notaría era más afín a la formación de la actora, quien se graduó como abogada y economista. En esa medida, explicó que fue excluida del proceso de selección debido a que otra aspirante presentaba una ventaja competitiva sobre ella, por su formación en mercadeo y su experiencia en el sector de la moda.

15. En este punto, resaltó que la demandante sólo superó el filtro inicial pero no culminó el proceso de selección. En efecto, le faltaba asistir a un examen médico y realizar pruebas psicotécnicas, según se advierte en la conversación sostenida con el señor Jeison. Estas tenían como propósito determinar si cumplía los requisitos para el cargo de asesora comercial. En todo caso, insistió en que no tenía las competencias ni la experiencia para desempeñarlo.

16. Por otra parte, la sociedad destacó que no es cierto que el señor Jeison le haya indicado que debía allegar los documentos completos para firmar el contrato. Ello, en tanto él es un colaborador en aprendizaje del área de Gestión Humana y no tiene la potestad para decidir sobre la vinculación de personal. Agregó que “la compañía en aras de tener la vinculación completa de un trabajador, con anticipación, entrega certificado para apertura de cuenta bancaria y se continúa con el proceso de selección”.

18. Respecto de los criterios de selección de personal, adujo que la jurisprudencia constitucional admite que las entidades establezcan los que consideren, mientras sean razonables, proporcionales y no impliquen discriminaciones injustificadas. De manera que la empresa “tiene establecido una serie de requisitos de ingreso en los procesos de selección para ocupar los cargos vacantes en concordancia con las reglas concernientes al debido proceso en las relaciones entre particulares y el respeto de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y a la no discriminación de los aspirantes”.

19. También, precisó que, conforme con los artículos 2, 49 y 95 superiores, toda persona debe procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, y obrar en virtud del principio de solidaridad social. En esta línea, el Gobierno expidió la Resolución 777 de 2021, mediante la cual se establecieron los criterios y condiciones para el desarrollo de las

actividades económicas y sociales.

20. En criterio de la sociedad, la resolución dispuso un esquema de autocuidado según el cual los alcaldes podían autorizar aforos hasta del 100% en eventos masivos, siempre que se exigiera como requisito de ingreso la presentación del carné o certificado digital de vacunación en el que se evidenciara como mínimo el inicio del esquema. Por su parte, el Decreto 1615 de 2021, estableció la exigencia del carné como requisito para ingresar a eventos de asistencia masiva, según se advierte en los artículos 2 y 3.

21. Así, se infiere que, “[c]omo consecuencia de lo establecido en el Decreto 1615 de 2021, se insta a los empleadores a exigir a sus trabajadores la presentación del carnet con el esquema de vacunación completo, cuando desempeñan labores en eventos presenciales de carácter público o privado que implique asistencia masiva a bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias” (énfasis original).

22. A juicio de la sociedad demandada, la obligatoriedad del esquema de vacunación para trabajadores de establecimientos abiertos al público se justifica en tanto “no solo constituye una medida preventiva para el propio individuo, sino también sanitaria para evitar la propagación del coronavirus” (énfasis original).

23. Asimismo, citó la Circular Externa Conjunta 0016 de 2022, expedida por los ministerios de Salud y Protección Social y del Trabajo, relativa a las instrucciones para la gestión y mitigación del riesgo de contagio de COVID-19 en los ambientes laborales. Entre esas, el deber que le asiste a los empleadores, de conformidad con el Decreto 1072 de 2015, de identificar peligros y establecer controles para prevenir daños en la salud de los trabajadores. Ello se traduce en medidas como la prevención y el control sanitario ante la ocurrencia de brotes de la enfermedad y en el cumplimiento de los protocolos de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

24. Con fundamento en lo anterior, la compañía explicó que, al desempeñar o prestar servicios de manera masiva, está en la obligación de exigir el esquema de vacunación a sus trabajadores. Ello, en cumplimiento del Decreto 1615 de 2021 y a efectos de proteger la salud del personal y de los clientes.

C. Decisión objeto de revisión

25. En sentencia del 29 de diciembre de 2023, el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá declaró improcedente el amparo. En concreto, estimó que la pretensión indemnizatoria era eminentemente económica y no debía reclamarse vía tutela. En ese sentido, la actora podía acudir a un centro de conciliación o promover una demanda de responsabilidad civil extracontractual. Por otra parte, reprochó que la demandante no se refirió a la configuración de un perjuicio irremediable u a otra situación que requiriera la intervención urgente del juez constitucional.

26. Tampoco aportó pruebas para demostrar que, desde el inicio del proceso de selección, la compañía supiera que no estaba vacunada contra el COVID. En todo caso, “en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada (...) se encuentra en toda posibilidad de establecer qué criterios aplicar a su proceso de selección, encontrándose totalmente justificada la exigencia de la vacuna, como quiera que la accionante estaba aplicando a un cargo en el que tendría contacto constante con muchas personas (vendedora de almacén)”. Lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

27. De manera que, “la empresa demandada demostró haber adoptado el protocolo general de bioseguridad COVID-19 el 18 de abril de 2022 y antes de considerarlo un criterio discriminatorio, lo cierto es que con dicha política (contratar a personas que se encuentren vacunadas contra el virus) demuestra un compromiso, no solamente con los empleados, sino con el público general que asiste las tiendas; pues si bien, a raíz de sus 4 contagios la accionante siente que ya no es posible que una nueva inoculación la pueda afectar ostensiblemente, sí puede ocurrir que ese virus se transmita a un comprador de la tercera edad o que sufra comorbilidades, evento que podría llegar a afligir su salud e incluso atentar contra su vida”.

28. La decisión judicial no fue objeto de impugnación.

D. Trámite de selección

29. Mediante Auto del 22 de marzo de 2024, la Sala Número Tres seleccionó el expediente y lo repartió al despacho del magistrado ponente.

E. Actuaciones en sede de revisión

30. En Auto del 10 de mayo de 2024, se solicitó a la demandante, a la sociedad accionada y al Ministerio de Salud y Protección Social suministrar determinada información.

31. Asimismo, en Auto del 15 de mayo de 2024, se invitó a siete entidades a participar en calidad de *amicus curiae*, con el fin de que emitieran concepto en relación con el debate constitucional subyacente al litigio. Igualmente, se solicitó concepto técnico a cinco facultades de medicina.

32. En Auto del 12 de junio de 2024, se requirió al Ministerio de Salud y Protección Social y a las facultades de medicina previamente oficiadas. Con posterioridad, en Auto del día 20 del mes y año en cita, se formularon varios interrogantes dirigidos al Instituto Nacional de Salud y a otras diez facultades de medicina.

33. Mediante Oficio del 22 de mayo de 2024, la Secretaría General de esta corporación corrió traslado a las partes de las pruebas e intervenciones allegadas hasta esa fecha, a efectos de garantizar su derecho de contradicción.

34. A continuación, se resumen las respuestas obtenidas:

i. (i) María

35. En escrito del 17 de mayo de 2024, la accionante informó que: (i) vive con sus tres hijos, de 15, 8 y 7 años; (ii) sus ingresos mensuales equivalen, en promedio, a \$2.500.000 y provienen de la cuota alimentaria (\$700.000 – 800.000) que aporta su ex pareja para la manutención de sus hijos, y de su actividad como abogada independiente (\$600.000 – 2.000.000); (iii) sus gastos mensuales ascienden a \$2.407.500 y se destinan al pago de arriendo (\$850.000), alimentación (\$900.000) y servicios públicos (\$250.000), entre otros conceptos; (iv) habita una vivienda estrato 3; (v) no es propietaria de bienes inmuebles ni de automotores; (v) hasta diciembre de 2022 fue beneficiaria del subsidio denominado ingreso solidario; (vi) se encuentra vinculada al régimen contributivo de salud, en calidad de beneficiaria de su ex pareja; (vii) no ha promovido ningún otro proceso judicial relacionado con los hechos que motivaron la presentación de la acción de tutela; y (viii) su primer diagnóstico de COVID fue en mayo de 2021.

() ISHAJON S.A.S.

36. En comunicación del 27 de mayo de 2024, la sociedad accionada remitió copia (i) del formulario que deben diligenciar los aspirantes para informar sobre su esquema de vacunación contra el COVID y (ii) del manual de contratación interno.

37. De igual forma, indicó que: (i) la accionante aplicó al cargo de asesora comercial, para el cual se requiere ser bachiller y tener experiencia en atención y servicio al cliente; (ii) superó la etapa inicial debido a su facilidad de comunicación, pero no fue contratada en tanto no cumplía con la experiencia requerida; (iii) la compañía emitió un certificado para la apertura de cuenta de nómina antes de que culminara el proceso de selección, con el fin de evitar contratiempos que impidieran atender la necesidad de personal del mes de diciembre; (iv) el protocolo interno de bioseguridad se actualizó por última vez en junio de 2022; y (v) la exigencia de la vacuna contra el COVID se fundamenta en normas como “el decreto 1615 del 2021 y la resolución 777 del 2021 y la circular externa conjunta 016 del 2022, decreto 1072 del 2015” (sic).

38. A la pregunta sobre el protocolo interno, esto es, el aparte en el que se establece el requisito de vacunación, respondió: “[p]or cumplimiento de lo ordenado por las autoridades competentes, y debido a que el cargo era para atender población era requisito de las autoridades que cumplieran con el esquema de vacunación”.

39. Por último, informó que el proceso de contratación está conformado por las siguientes etapas:

“1-Convocatoria para el cargo: Se realiza una entrevista grupal para preseleccionar los candidatos.

2-Aplicación de pruebas psicométricas PYXOOM-PUEBAS ERI

3-Entrevista con el área de selección de la compañía

4-Aplicación de pruebas técnicas

5-Entrevista con la dirección de gestión Humana (Ciertos cargos)

6-Exámenes médicos

7-Referenciación

8-Apertura de cuenta bancaria

9-Procesos de contratación y afiliación

10-Firma de contrato”.

() Universidad Tecnológica de Pereira

40. En escrito del 20 de mayo de 2024, la institución educativa emitió concepto técnico en el que señaló que es altamente recomendable que las personas que trabajan en establecimientos de comercio se vacunen, ya que ello: (i) reduce la probabilidad de infección y, en caso tal, disminuye la carga viral, la duración de la infecciosidad y el riesgo de transmisión; (ii) las protege contra formas graves de la enfermedad; (iii) contribuye a la continuidad de las operaciones comerciales al reducir las ausencias laborales; y (iv) previene futuros brotes.

41. En este sentido, si un trabajador de un establecimiento de comercio no se aplicara la vacuna, ello (i) aumentaría el riesgo de complicaciones, de muerte y de secuelas; (ii) generaría ausencias prolongadas; (iii) incrementaría la transmisión comunitaria y el número de casos; y (iv) retrasaría la obtención de la inmunidad colectiva. Igualmente, (v) derivaría en brotes de la enfermedad y en tensiones en el ambiente laboral.

42. Con todo, precisó que un trabajador se puede negar a aplicarse la vacuna contra el COVID si (i) ha presentado reacciones alérgicas a algún componente de la misma o de otras vacunas; (ii) existen condiciones médicas que puedan contraindicar la vacunación (tratamientos inmunosupresores intensivos, por ejemplo); (iii) o tiene antecedentes del Síndrome de Guillain-Barré asociado a la administración de esa vacuna.

43. Por último, explicó que (i) la respuesta generada por la vacunación tiende a ser más consistente en el tiempo, predecible y robusta que aquella generada por el contagio; (ii) protege al individuo contra múltiples variantes; y (iii) es una forma más segura de desarrollar inmunidad, en comparación con la infección natural.

() Universidad de la Sabana

44. En escrito del 23 de mayo de 2024, la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la universidad le solicitó a la Corte explorar si la negativa de la accionante obedeció a razones de índole científico y, de ser el caso, realizar la respectiva armonización entre sus derechos individuales, como posible objetora de conciencia, y la libertad de empresa.

45. Ello, toda vez que, aparentemente, fue rechazada debido a su convicción de tener inmunidad suficiente, basada en su experiencia personal de haber contraído el virus varias veces. A su turno, la política de la sociedad demandada “de exigir la vacunación contra el COVID-19 como requisito para la contratación constituye una interferencia con las decisiones privadas y el derecho a la objeción de conciencia de los trabajadores, pues desconoce la posibilidad de rehusarse a estos procedimientos con base en sus creencias o convicciones”.

46. En seguida, resaltó que este caso resulta relevante, ya que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho que les asiste a los objetores de conciencia de oponerse a tratamientos médicos que contrarían sus pensamientos, convicciones y creencias. En el ámbito internacional, en el caso Vavříčka y otros contra la República Checa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “determinó que las políticas de vacunación obligatoria constituyen una interferencia con la vida privada de las personas, incluso cuando las vacunas no son aplicadas. De igual forma, concluyó que la necesidad de medidas imperiosas para la salud pública no pueden (sic) ser desproporcionadas con respecto a los derechos individuales afectados”.

47. Por lo demás, señaló que el INVIMA ha reconocido que, en algunos casos, la vacuna contra el COVID puede generar reacciones alérgicas severas, miocarditis, pericarditis, eventos de síncope y trastornos de coagulación, entre otros efectos. En consecuencia, “es el ciudadano el único que debe realizar en última instancia el balance riesgo-beneficio y decidir autónomamente, libre de toda presión estatal o privada, si asume o no el álea o azar de encontrarse dentro de la población susceptible de presentar reacciones adversas”.

() Universidad ICESI

48. En escrito del 28 de mayo de 2024, el Grupo de Acciones Públicas de la institución

educativa explicó que la finalidad de la vacuna es prevenir las complicaciones graves y la mortalidad a causa del COVID y, también, reducir la carga viral y los síntomas severos, lo cual contribuye a la disminución de la propagación.

49. Igualmente, señaló que, si bien la vacunación no es obligatoria, es recomendable que los trabajadores de establecimientos de comercio accedan a la misma. Ello, en tanto “son lugares de alta afluencia, lo que aumenta el riesgo de contagio. La vacunación de los trabajadores puede reducir las posibilidades de contraer y propagar el virus, protegiendo tanto a los propios trabajadores como al personal y a los clientes”.

50. En ese sentido, destacó que “obligar a las personas a vacunarse, bajo la amenaza de la afectación de derechos como el trabajo, implicaría imponer el autocuidado, lo cual estaría prohibido por la Constitución según la interpretación que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, dado que la medida busca proteger la salud de los demás trabajadores y, en general, de las demás personas, también se podría argumentar que la exigencia de la vacuna y sus consecuencias laborales, aunque limite la libertad, garantizaría la salud de los demás”.

51. Ahora bien, para la institución educativa, la obligatoriedad “solo debe aplicarse si es necesaria y proporcional para alcanzar un objetivo de salud pública identificado por una autoridad sanitaria legítima. Estos objetivos pueden incluir aspectos socioeconómicos, como la inmunidad de rebaño, la protección de personas vulnerables o la garantía de la capacidad del sistema de salud. Sin embargo, esto solo es válido si el objetivo no puede lograrse mediante políticas menos coercitivas e intrusivas”. En esta línea, precisó que, según la Organización Mundial de la Salud, la vacunación es una forma más controlada y segura de inducir inmunidad que exponer a las personas a los riesgos derivados de la infección natural.

() Ministerio de Salud y Protección Social

52. En oficio del 18 de junio de 2024, la entidad indicó lo siguiente en relación con la situación epidemiológica actual del COVID-19:

“Específicamente para la semana epidemiológica 18 de 2024, se reportaron 137 nuevos casos de COVID-19 en Colombia. De estos, el 27,8% (n=38) corresponden a la SE 18, mientras que el 72,2% (n=99) se distribuyen en semanas epidemiológicas anteriores del

2024. La tasa de contagio para la semana epidemiológica 18 es de 0,99 casos por cada 100.000 habitantes. Comparando estos datos con la misma semana del año 2023, se observa una disminución porcentual del 95% en el número de casos confirmados. En la semana epidemiológica 18 de 2024, se registraron 38 casos confirmados, mientras que en la semana epidemiológica 18 de 2023 se reportaron 911 casos confirmados”.

53. Por otra parte, señaló que:

“El día 30 de junio del 2022, por disposición de la Resolución 666 de 2022, se dio por terminada la emergencia sanitaria por COVID19 en nuestro país; lo que repercutió en la vigencia de algunas regulaciones laborales que fueron expedidas en el marco de la mencionada emergencia. Posteriormente, para el 5 de mayo del presente año la Organización Mundial de la Salud, declaró el fin de la emergencia sanitaria por COVID-19 a nivel mundial, poniendo así fin a la vigencia de otras medidas relacionadas, ya que se definió como un problema de salud establecido y persistente muchas de las medidas tomadas para la prevención de la infección por COVID-19, están a discreción de cada empresa y cada persona, en el marco de su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Es importante tener en cuenta que es responsabilidad del empleador o contratante la implantación de los controles y la entrega de los elementos de protección personal a sus trabajadores de acuerdo a los riesgos presentes en su proceso productivo plasmados en la matriz de identificación de riesgos valoración de, esto de acuerdo al Decreto 1072 de 2015 expedido por el Ministerio del Trabajo en sus artículos 2.2.4.6.24. parágrafo 1 para trabajadores”.

54. En este sentido, los empleadores deben atender lo establecido en los artículos 7 y 8 del Decreto 1443 de 2014, en relación con la definición y divulgación de la política de seguridad y salud en el trabajo. A su turno, según el artículo 10, los trabajadores deben cumplir las normas que integran la política establecida por la empresa.

55. Por otro lado, el numeral 6º de la Circular 52 de 2022 establece algunas recomendaciones para el control de la infección por COVID-19, entre las cuales se encuentra iniciar y completar los esquemas de vacunación en la población mayor de 3 años.

56. Ahora bien, en lo que atañe a la finalidad de la vacuna contra el COVID-19, el ministerio

destacó que la misma previene las formas graves de la enfermedad y el desenlace fatal. En cuanto a la transmisión, explicó que estos biológicos son efectivos para reducirla, en tanto disminuyen la severidad de la infección.

57. De igual forma, señaló que la inmunidad por contagio no es equivalente a aquella que ofrece la vacuna, toda vez que la primera es temporal debido a las características cambiantes y a las mutaciones constantes del virus.

58. Finalmente, precisó que “la vacunación en Colombia no es obligatoria, sin embargo, según la recomendación de la OMS y la evidencia epidemiológica del virus SARSCoV- 2 se sugiere la aplicación de la vacuna según la cepa circulante la cual corresponde a una dosis adicional, siendo priorizada la población con comorbilidades dada la alta exposición a posibles complicaciones y [algunos] grupos de riesgo”. Entre esos, se encuentran las mujeres gestantes, las personas mayores de 60 años y el personal de salud.

() Instituto Nacional de Salud

59. En oficio del 26 de junio de 2024, el Instituto Nacional de Salud informó lo siguiente sobre la situación epidemiológica del COVID-19: “[p]ara el 2024, con corte al 15 de junio por fecha de inicio de síntomas, se han notificado al Sivigila 18 403 casos de COVID19 con una incidencia de 35,6 casos por 100 000 habitantes. En las últimas 8 semanas se observa una disminución significativa del 86,4 % comparado con el mismo período del año 2023”. Por otro lado, explicó que las vacunas previenen infecciones asociadas al virus y la gravedad de la enfermedad. De igual forma, reducen la carga viral y la probabilidad de transmisión a otras personas.

60. Sumado a lo anterior, resaltó la importancia de acceder a vacunas actualizadas para ampliar la protección respecto de las variantes recientes, las cuales causan la mayoría de las infecciones y hospitalizaciones en la actualidad.

() Universidad Nacional de Colombia

61. En oficio del 28 de junio de 2024, la universidad indicó que el efecto principal de la vacuna es prevenir complicaciones de la enfermedad. Adicionalmente, se presenta un beneficio poblacional cuando muchas personas se vacunan, ya que la transmisión disminuye.

62. Por otra parte, explicó que es recomendable que todo ciudadano se aplique por lo menos dos dosis, sin importar su actividad laboral. En caso de que una persona no se vacune, el impacto que ello tendría en la salud pública es bajo, pues “ya hay un porcentaje importante de personas vacunadas o que le s ha dado COVID-19 o ambas cosas. Esto hace que en las circunstancias actuales el riesgo de nuevos picos epidémicos que desborden la capacidad hospitalaria es baja”. Con todo, una persona se podría negar a vacunarse si ha presentado alergia severa a los componentes del biológico.

63. Finalmente, destacó la importancia de aplicar refuerzos, ya que el virus muta o cambia, lo cual afecta la inmunidad generada previamente por infección natural o por acción de las vacunas.

() Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud (FUCS)

64. En comunicación del 28 de junio de 2024, la institución educativa señaló que los objetivos del plan de vacunación establecido en 2021 son reducir la mortalidad, la incidencia de casos graves, controlar la transmisión de COVID y contribuir a la inmunidad de rebaño.

65. Asimismo, explicó que es recomendable que las personas que atienden público mantengan sus esquemas de vacunación al día para evitar enfermedad grave por contagios y tiempos prolongados de infección que aumenten las probabilidades de transmisión del virus. En este sentido, destacó que “de acuerdo al artículo 10 literal a de la ley 1751 de 2015 son deberes de las personas ‘el propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad’ algo que también está descrito desde la ley 9 de 1979; situación que es aplicable para este tipo de vacunas”.

66. Así, sostuvo que, si este grupo de trabajadores no se aplicara la vacuna, aumentaría el riesgo de enfermedades graves y la morbimortalidad en el paciente y en quienes tengan contacto con él, “principalmente aquellas personas que presenten factores de riesgo (mayores de 60 años, pacientes crónicos, personas inmunosuprimidas, menores de edad o gestantes entre otros)”.

67. Sumado a lo anterior, indicó que un trabajador se puede negar a vacunarse si presentó reacciones alérgicas a algún componente de la vacuna o tiene antecedentes de eventos adversos, derivados de su aplicación.

68. Por último, sostuvo que la inmunidad por contagio no es equivalente a la protección que ofrece la vacuna, ya que “vacunarse contra la COVID-19 es la forma más segura y confiable de generar protección que enfermarse a causa del COVID-19. Adicionalmente las vacunas contra el COVID-19 pueden ofrecer una protección adicional a las personas que tuvieron COVID-19, incluso las protege y evita que sean hospitalizadas en caso de infectarse nuevamente”.

() Universidad CES

69. En comunicación del 28 de junio de 2024, la universidad señaló que la vacunación previene la gravedad de la enfermedad y reduce de manera significativa la transmisión del virus. Incluso, “se demostró entre adultos, en edad laboral en condiciones reales, una reducción de la transmisión del 80% en personas parcialmente inmunizadas y del 90% en aquellas con inmunización completa”.

70. Por otra parte, precisó que, para la semana epidemiológica 12 de 2024, la tasa de defunción por la enfermedad era cercana a 0. Sin embargo, es recomendable que las personas que trabajan en establecimientos de comercio se vacunen, ya que ello protege a los empleados y a ciudadanos que se encuentran en mayor riesgo de complicaciones graves.

71. En este sentido, explicó que si este grupo no se vacunara estaría expuesto a complicaciones derivadas de la enfermedad e, incluso, a la muerte. Además, ello podría impactar la salud pública, al aumentar el riesgo de contagio de personas que tengan contacto directo o indirecto con secreciones respiratorias.

72. Asimismo, señaló que un trabajador se puede negar a aplicarse la vacuna si es alérgico a algún componente del biológico, padece de una enfermedad aguda o presenta trombocitopenia severa o un bajo recuento plaquetario.

73. Finalmente, indicó que, en comparación con la inmunidad natural generada después de la infección, la “vacunación genera una respuesta inmunitaria más fuerte y duradera, con niveles más altos de anticuerpos neutralizantes, que brindan una mejor protección contra la enfermedad grave, la hospitalización y la muerte”.

() Universidad Pontificia Bolivariana

75. En esta línea, indicó que habría mayor riesgo de transmisión si este grupo no se vacunara. Ello, por cuanto “al infectarse podrían contagiar a otros. Asimismo, hay más riesgo de hacer formas severas y morir de COVID severo más aún en pacientes con factores de riesgo como inmunosupresión, edad avanzada y ciertas comorbilidades”.

76. Con todo, precisó que la vacunación no es recomendable en pacientes con historia de reacciones alérgicas graves a algún componente de la vacuna o a una dosis previa. Finalmente, destacó que la vacunación es una forma más segura y efectiva de obtener protección contra la enfermedad, en comparación con la infección natural. Además, pacientes “que padecieron la infección y no se vacunan tienen más del doble de probabilidades de contraer una segunda infección que las personas que están totalmente vacunadas”.

. CONSIDERACIONES

77. Con miras a resolver el presente asunto, la Sala seguirá el siguiente esquema: (i) estudiará si se satisfacen las exigencias básicas que habilitan la prosperidad del amparo constitucional y, si se supera dicha etapa, (ii) procederá con la formulación del problema jurídico y la revisión sustancial del caso.

A. A. Competencia

78. Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 22 de marzo de 2024 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres.

B. Procedencia de la acción de tutela

79. De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto Ley 2591 de 1991, la demanda debe acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, con el fin de establecer su procedencia. En el caso concreto, la Sala debe verificar que se observen las exigencias de (i) legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad.

i. (i) Legitimación por activa

80. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona, natural o jurídica, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la Constitución y la ley.

81. Con base en dicho mandato, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 señala que la legitimación en la causa por activa se acredita cuando se ejerce la acción (i) por el interesado de forma directa; (ii) por intermedio de un representante legal (niños, niñas y adolescentes y personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial (abogado titulado con mandato expreso, más allá de que los poderes se presumen auténticos); (iv) mediante agente oficioso (cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa); o (v) por conducto del Defensor del Pueblo o de los personeros municipales (facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado expresamente su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión).

82. En el caso concreto se cumple con este requisito, toda vez que la señora María promovió la acción de tutela en nombre propio, en defensa de sus derechos al trabajo, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, presuntamente vulnerados por la sociedad accionada en el marco de un proceso de selección de personal.

(i) Legitimación por pasiva

83. El artículo 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que viole o amenace un derecho fundamental. También procede de manera excepcional contra acciones u omisiones de particulares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del texto superior y según lo que se desarrolla en el capítulo III del mencionado decreto.

84. La Corte ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

85. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra particulares, los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991 establecen los supuestos en los que resulta viable el amparo. Es así como, el régimen constitucional establece tres eventos en los cuales es procedente la acción de tutela contra particulares, a saber: (i) cuando éstos se encargan de la prestación de un servicio público; (ii) cuando con su conducta afectan grave y directamente el interés colectivo; y (iii) cuando el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión respecto de quien amenaza o lesiona sus derechos fundamentales. Esta última hipótesis se reitera en el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

86. Lo anterior se fundamenta en la posición de poder o autoridad en la cual un particular se encuentra respecto de otro, con la consecuencia de alterar la relación de igualdad que en principio debe existir entre ellos. Ello ocurre, por ejemplo, “en el marco de una relación laboral, tanto en la etapa contractual, como en la precontractual, ante la existencia de una asimetría de poder entre las partes, mediada por el hecho de que el trabajo es un bien escaso”.

87. Este Tribunal se ha ocupado de delimitar los conceptos de subordinación e indefensión, destacando que la diferencia entre ellos radica en el origen de la relación de dependencia. Al respecto, en la Sentencia T-290 de 1993 se indicó que:

“la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”.

88. En esta misma línea, al referirse específicamente a la subordinación, la Corte la ha definido como la situación en la que se encuentra una persona cuando tiene la obligación de acatar las órdenes de un tercero, en virtud de un contrato o vínculo jurídico que sitúa a las partes en una relación jerárquica. Por su parte, la indefensión ha sido caracterizada de la

siguiente manera:

“La situación de indefensión a que alude el numeral noveno del artículo 42, significa que la persona que interpone la tutela carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra. El estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes (condiciones económicas, sociales, culturales, antecedentes personales, etc.). Evidentemente, el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos”. (Énfasis añadido)

89. En esta oportunidad, se cumple este requisito, en tanto la señora María se encuentra en situación de indefensión en relación con la sociedad ISHAJON S.A.S. Ello obedece a que carece de medios de defensa respecto de la presunta discriminación de la que fue objeto en el marco del proceso de selección, y en virtud de la cual, según se plantea, fue excluida repentinamente del mismo.

() Inmediatez

90. Este Tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del texto superior. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable, pues de lo contrario no se estaría ante el presupuesto material para considerarlo afectado.

91. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso en concreto– verificar si el plazo fue razonable, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, y el surgimiento de derechos de terceros, la acción de tutela se interpuso oportunamente⁴. Este

cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en el que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

92. En el caso concreto se satisface este requisito, ya que transcurrieron casi dos semanas entre la presunta vulneración de derechos y la interposición del amparo. En efecto, la actora se enteró de que no sería contratada el 5 de diciembre de 2023 y presentó la acción de tutela el 18 de diciembre siguiente.

93. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente en tres ocasiones: “(i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia”.

94. Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

95. Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento de forma inmediata.

96. La Sala observa que el presente asunto no podría resolverse en la jurisdicción ordinaria. En efecto, la actora cuestiona una decisión adoptada en la etapa precontractual y no en el marco de una relación laboral. De manera que la controversia no se subsume en ninguno de los supuestos de competencia de los jueces laborales, relativos a la resolución de conflictos suscitados con ocasión de una relación o de un contrato de trabajo, en los términos del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

97. Además, contrario a lo sostenido por el juez de instancia, un proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual carece de idoneidad, pues no permitiría abordar el presente asunto en su dimensión constitucional. De hecho, ese trámite derivaría en un análisis de naturaleza legal, ajeno al estudio de un presunto acto discriminatorio y a la vulneración de derechos fundamentales ocasionada por el mismo.

98. Por otra parte, incluso si el proceso declarativo fuera un mecanismo idóneo, no sería eficaz por cuanto la situación de la accionante requiere de la intervención urgente del juez constitucional. Si bien recibe una cuota alimentaria mensual para la manutención de sus tres hijos por parte de su expareja (\$700.000 - \$800.000), carece de un ingreso estable para cubrir sus gastos y los de aquellos, los cuales ascienden a \$2.500.000 y se destinan al pago del arriendo, servicios públicos y alimentación. En contraste, los ingresos que recibe en virtud de su actividad como abogada independiente oscilan entre \$600.000 y \$2.000.000 de pesos. En esa medida, es posible inferir que la variabilidad del monto puede impactar directamente la subsistencia del núcleo familiar.

99. Por lo demás, esta Corporación ha precisado 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”.

100. En virtud de lo anterior, la Corte encuentra satisfechos los requisitos de procedencia, por lo que pasará a plantear el problema jurídico y la estructura de la decisión.

C. Planteamiento del problema jurídico

101. En esta ocasión, la accionante solicita la protección de sus derechos al trabajo, a la no discriminación en el acceso al empleo, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

Ahora bien, dado que la sociedad accionada no brindó información específica en relación con el aparte del protocolo de bioseguridad en el que se prevé la obligatoriedad del requisito de vacunación, la Sala estima necesario constatar si se presenta una vulneración del derecho al debido proceso.

102. Así, en virtud de la potestad de fijar el litigio y del principio *iura novit curia*, la Corte determinará si la sociedad demandada vulneró los derechos al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la señora María, al no contratarla bajo el argumento de que no contaba con la vacuna contra el COVID y a pesar de que ella manifestó por escrito que no lo consideraba necesario, toda vez que se había contagiado cuatro veces con el virus.

D. Análisis del problema jurídico

103. Para resolver el problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes temas: (i) el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad; (ii) los derechos al debido proceso y a la igualdad en el acceso al empleo; y (iii) el marco normativo expedido para la atención de la pandemia. Con sujeción a lo anterior, se decidirá el caso concreto.

i. (i) Alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad

104. El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra consagrado en el artículo 16 superior y ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como: “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”. De manera que permite que los ciudadanos decidan sobre sus proyectos de vida, intereses, deseos y convicciones, sin injerencias injustificadas.

105. La Corte ha señalado que este derecho adquiere especial relevancia en contextos como el acceso a procedimientos o tratamientos médicos. Por ejemplo, la Sentencia T-365 de 2017 precisó que el Estado no puede forzar a la población a vacunarse contra el virus del papiloma humano, en tanto la facultad de tomar decisiones sobre la propia salud es un derecho fundamental que se deriva del principio de pluralismo y de otras garantías como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal y la salud.

106. En esta línea, destacó que resultaba lógico que “en lo que toca con los procedimientos

médicos, incluso preventivos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos, de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido por conducto de sus propias convicciones”.

107. Ahora bien, esta Corporación ha estudiado restricciones al libre desarrollo de la personalidad en el contexto de la vacunación contra el COVID-19. Estos análisis han tenido como punto de partida el juicio de proporcionalidad o el juicio de igualdad.

108. La Sentencia T-337 de 2022 estudió tres expedientes acumulados. El primero era el caso de una mujer que solicitó que se ordenara al Centro Integrarte de Atención Interna, lugar en el que se encontraba internado su tío, no condicionar las visitas de ella a que ambos se vacunaran contra el COVID-19, y a abstenerse de someter a su tío a aislamiento después de que asistiera a citas médicas.

109. A efectos de resolver el caso, la Corte acudió a los juicios de razonabilidad e igualdad. Estableció que esas dos medidas perseguían una finalidad imperiosa como proteger la vida y la salud de las personas que se encontraban en el centro. Además, eran conducentes en tanto evitar el contacto físico disminuye la transmisión del virus.

110. En relación con la medida de aislamiento impuesta al familiar de la accionante, la Sala encontró que la misma no era necesaria, pues existían alternativas que también reducían el riesgo de transmisión, como lo señaló el Ministerio de Salud y Protección Social en el informe rendido en sede de revisión. Por ejemplo, la entidad indicó que el uso de mascarillas N95 y quirúrgica disminuyen la probabilidad de infección, respectivamente, en un 97% y 84%. Sumado a lo anterior, si los residentes y trabajadores del centro contaban con esquema de vacunación, no desarrollarían una forma grave de la enfermedad.

111. Finalmente, la Sala estimó que la medida no era proporcional en sentido estricto, en tanto que:

“(…) si Integrarte quería organizar sus esfuerzos encausándolos a maximizar la salvaguarda de la salud y vida de los demás residentes de Integrarte individualmente considerados, disponía de múltiples herramientas que le permitían desarrollar ese interés sin necesidad de recurrir al extremo de limitar la libertad física y de circulación del agenciado. Ello se revelaba más innecesario todavía si se tiene en cuenta que la mayoría de la población de Integrarte ya

disponía de un esquema de vacunación que lograba minimizar para ella los riesgos de los que se les quería proteger.

Con todo, la medida consistió en una restricción grave a los derechos fundamentales del agenciado, puesto que, en realidad, ni la SDIS ni Integrarte maximizaron la protección a la salud de los demás residentes del Centro (...).

112. En relación con la restricción de acceso impuesta a la accionante, con fundamento en que no se había vacunado, la Corte encontró que la misma era innecesaria a partir de lo dispuesto en el Decreto 1408 de 2021. Ello, toda vez que el centro no era uno de los establecimientos (bares, gastrobares, restaurantes, entre otros) que debían exigir el carné como requisito de ingreso. Además, los informes rendidos por el centro no permitían inferir que allí se realizaran reuniones que involucraran la asistencia masiva de personas.

113. Agregó que la medida resultaba innecesaria aún si se argumentaba que el centro la había adoptado en ejercicio de su autonomía. Lo anterior, por cuanto alternativas como el uso de tapabocas reducían el riesgo de transmisión del virus y contribuían a salvaguardar la salud de las demás personas que se encontraban en el lugar. De ahí que restringir el acceso de la demandante no fuera indispensable para alcanzar ese objetivo.

114. En virtud de lo anterior, concluyó que la medida cuestionada impactó de manera grave los derechos a la libertad de circulación e intimidad familiar de la actora.

115. Ahora bien, los otros dos expedientes acumulados trataban sobre el protocolo de seguridad para desarrollar un concurso de méritos, en el que se dispuso como medida prohibir el ingreso o retirar de las instalaciones a aquellos participantes que no presentaran carné o certificado digital de vacunación. Esto, con fundamento en que la medida se acogía a las exigencias del Decreto 1408 de 2021, al tratarse de un evento masivo al que asistirían 55.000 personas para presentar las pruebas escritas.

116. A juicio de la Corte, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública debían cumplir el citado decreto, no por la asistencia masiva de personas a las pruebas, sino porque las mismas se aplicarían en establecimientos que estaban obligados a exigir el certificado de vacunación para el ingreso.

117. Luego, estableció que la medida podría crear un privilegio a favor de las personas que sí presentaran el carné, en tanto sólo ellas podrían participar en la conformación del poder político.

118. En seguida, la Sala explicó que aplicaría el juicio de igualdad en su nivel intenso, ya que el privilegio creado por la medida podría lesionar de manera grave derechos como el libre desarrollo de la personalidad y de acceso a cargos públicos. En esta línea, estableció que “la exigencia del carné o certificado digital de vacunación por parte de la CNSC y la ESAP como requisito para continuar participando en el proceso de selección no satisface las exigencias del juicio de igualdad; y, por ende, es discriminatoria”.

119. Al respecto, consideró que la medida buscaba una finalidad imperiosa: minimizar el riesgo de transmisión del virus y salvaguardar la salud y la vida de los demás participantes. Igualmente, excluir del concurso a las personas que no presentaran el carné de vacunación era una medida conducente para disminuir el riesgo de propagación.

120. Sin embargo, la medida resultaba innecesaria para salvaguardar la salud y la vida de los demás participantes, debido a la existencia de medios alternativos que podían emplearse para alcanzar esa finalidad (uso de tapabocas, ventilación y distanciamiento). De manera que: “la CNSC y la ESAP podían adoptar un enfoque integral de salud pública que maximizara la salvaguarda de los demás participantes, sin necesidad de reducir sus esfuerzos a exigir la presentación del carné o certificado digital de vacunación”.

121. En esta línea, concluyó que la implementación de la alternativa más lesiva (exigencia del carné de vacunación) sacrificó el principio de participación política y el derecho a la igualdad de los participantes que optaron por no aplicarse la vacuna.

122. Asimismo, en la Sentencia T-003 de 2023, la Corte estudió el caso de una mujer que se inscribió en el mismo concurso de méritos analizado en la Sentencia T-337 de 2022. A juicio de la accionante, el requisito de presentar el carné de vacunación vulneraba sus derechos al debido proceso, a la igualdad, a la libertad de conciencia y de acceso a cargos públicos.

123. En esa ocasión, la Corte estimó que la “medida analizada le imponía a la accionante un dilema complejo que compromete la realización de [los] derechos [de acceder a cargos públicos y al libre desarrollo de la personalidad]. En efecto si debido a la desconfianza que

siente por las vacunas existentes decidía no vacunarse, se enfrentaría a la imposibilidad de participar en el concurso de méritos afectando con ello el derecho reconocido en el artículo 40 de la Constitución. A su vez, si a efectos de participar en el concurso tuviera que aplicarse la vacuna se limitaría significativamente la posibilidad de decidir libremente las intervenciones en su cuerpo en materia de tratamientos relativos a la propia salud”.

124. De igual forma, a partir de la Sentencia T-337 de 2022, reiteró que la medida creaba un privilegio en favor de las personas que aportaran el carné de vacunación, al ser el único grupo que podría participar en el concurso de méritos.

125. Luego, aplicó un juicio de proporcionalidad para resolver el caso concreto. Así, consideró que las finalidades de la exigencia del carné de vacunación eran reducir la transmisión del virus y la gravedad de la enfermedad y, con ello, la presión en el sistema de salud. Además, la medida era efectivamente conducente para alcanzarlas, según lo establecido en la Sentencia T-337 de 2022 y en los lineamientos de las autoridades nacionales, internacionales y de las organizaciones científicas privadas.

126. Sin embargo, la Corte estimó que la medida no era necesaria, ya que, según la Organización Mundial de la Salud, existen otras alternativas que también son aptas para prevenir la infección por COVID-19. Sobre el particular, se dijo:

“Además de la vacunación se encuentran en esa dirección a) mantenerse al menos a un metro de distancia de las demás personas; b) utilizar una mascarilla bien ajustada cuando no sea posible el distanciamiento físico o cuando se encuentre en lugares mal ventilados; c) elegir espacios abiertos y bien ventilados en lugar de los cerrados, abriendo una ventana si está en el interior; d) lavarse las manos regularmente con agua y jabón o limpiarlas con un desinfectante de manos a base de alcohol; e) cubrir la boca y la nariz al toser o estornudar; y f) quedarse en casa en caso de sentirse mal. Bajo esa perspectiva, un adecuado plan de vacunación hace posible disminuir las dificultades de acceder a los servicios de salud por parte de un mayor número de personas (eficiencia y universalidad) dado que, puede afirmarse, puede reducir los índices de ocupación de las diferentes instituciones de salud”.

127. A partir de lo anterior, concluyó que una combinación de estas medidas habría permitido alcanzar el mismo resultado —reducir los riesgos de contagio—pero con una menor afectación de los derechos de la accionante. Tal estrategia pudo haber incluido:

distanciamiento físico, uso de mascarilla, ventilación e higiene de manos.

128. En síntesis, el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite que los ciudadanos tomen decisiones que se ajusten a sus convicciones e intereses. Esta garantía adquiere especial relevancia en el ámbito de la salud, ya que sustenta la facultad de solicitar o declinar tratamientos o procedimientos médicos. Al estudiar casos relacionados con la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19 como requisito para acceder a concursos de méritos o a determinados espacios, la jurisprudencia constitucional ha señalado que tal medida no supera el juicio de igualdad. Si bien busca objetivos importantes, como reducir la transmisión del virus y prevenir la gravedad de la enfermedad, no resulta necesaria en tanto existen alternativas no farmacológicas que también son idóneas para alcanzar dichas finalidades. Y, adicionalmente, no afectan de manera significativa derechos como el libre desarrollo de la personalidad.

() Los derechos al debido proceso y a la igualdad en el acceso al empleo

129. El principio de la autonomía de la voluntad privada, aplicable a las relaciones entre particulares, se encuentra consagrado en la Carta Política. En efecto, el artículo 333 dispone que: “[l]a actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. Bajo este entendido, los empresarios están facultados para tomar las decisiones que, a su juicio, resultan adecuadas para direccionar su negocio. Entre los asuntos amparados por el citado principio se encuentra la reglamentación de los procesos de selección de personal.

130. Con todo, la libertad económica encuentra un límite en otras disposiciones superiores. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que los derechos fundamentales tienen plena aplicación en las relaciones entre particulares. Por ejemplo, en contratos de prestación de servicios o laborales e, incluso, en situaciones previas a la consolidación de un vínculo contractual. Lo anterior obedece a que uno de los fines del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tal como lo establece el artículo 2.

131. De manera que, si bien la libertad económica faculta a los empresarios para regular los procesos de selección de personal, esta potestad debe desarrollarse con observancia de los derechos de los aspirantes, como el debido proceso. Sobre el particular, la Sentencia T-694

de 2013 señaló:

“es claro para la Sala que el derecho fundamental al debido proceso en un proceso de selección para el acceso a un empleo, aún ante una empresa privada, debe observar principios de publicidad y transparencia, en el sentido en que los postulantes deben tener conocimiento de las condiciones a las cuales se someten al postularse a un cargo y conocer posteriormente las razones por las cuales no se cumplió con los requisitos exigidos, siendo estas razones proporcionales y objetivas”.

132. La materialización del derecho al debido proceso también exige que los potenciales empleadores respeten la oferta de trabajo y actúen de conformidad con el principio de buena fe . Este mandato ha sido definido “como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada (...) la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”.

133. En cuanto a la oferta laboral, la Sentencia T-202 de 2024 destacó que aquella tiene efectos jurídicos y obliga al oferente, aunque el Código Sustantivo del Trabajo no la regule. Al respecto, el fallo indicó que:

“si bien no existe una regulación formal sí es viable reconocer un valor jurídico importante a la oferta de trabajo, a través de la analogía [con normas del Código de Comercio], 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”.

134. Por otro lado, la Sentencia T-694 de 2013 precisó que las relaciones previas a la contratación también deben observar los principios de igualdad y no discriminación. En tal virtud, resulta contrario a la Constitución la exclusión de un participante con base en criterios prejuiciosos carentes de una fundamentación objetiva y razonable que evidencie la incapacidad para realizar la labor inherente a la vacante ofertada.

135. En esta línea, la Sentencia T-247 de 2010 indicó que los procesos de selección deben plantear “criterios que sean una base conceptual objetiva para la toma de decisiones que

surjan como el resultado de un proceso planteado sobre bases con un contenido igualitario”. Según esta providencia, las siguientes acciones atienden a los parámetros constitucionales: (i) establecer pruebas o requisitos; (ii) prever que tengan absoluta y directa relación con las funciones a cumplir; y (iii) plantear exigencias vinculadas con la experiencia y habilidades del aspirante.

136. Asimismo, la Sentencia T-463 de 1996 señaló que “la persona humana en su esencia es ofendida cuando, para el desempeño de actividades respecto de las cuales es apta, se la excluye apelando a un factor accidental que no incide en esa aptitud”. En este sentido, se precisó que las entidades estatales y privadas pueden establecer requisitos para el desempeño de ciertas tareas. De tal suerte, no resulta contrario a los derechos fundamentales rechazar a los aspirantes que no satisfacen dichas exigencias, siempre que:

“hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, que el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y que la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva en torno al cumplimiento de las reglas aplicables.

Pero 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.

La razonabilidad del requisito implica que ninguna autoridad pública o privada puede demandar de quienes aspiran a un cupo o puesto académico, o a un cargo, condiciones que resulten contrarias a la razón o a la naturaleza humana.

De otro lado, no pueden ser establecidas exigencias que lleven implícita o explícita una discriminación o preferencia injustificada.

Tampoco es aceptable el señalamiento de requisitos que no guardan proporción con la clase de asunto respecto del cual se convoca a los aspirantes. La naturaleza de cada actividad suministra por sí misma las exigencias correspondientes”.

137. En conclusión, la libertad económica que faculta a los empresarios a reglamentar los procesos de selección de personal encuentra un límite en los derechos fundamentales de los

aspirantes. En este escenario, debe garantizarse el debido proceso mediante la observancia de los principios de publicidad y transparencia, a efectos de que los ciudadanos conozcan las condiciones a las cuales se someten al momento de la postulación y, posteriormente, las razones por las cuales no cumplieron con los requisitos exigidos. Asimismo, la etapa precontractual debe regirse por la buena fe y el respeto a la oferta laboral. Por otra parte, debe garantizarse el derecho a la igualdad, lo cual supone que la exclusión de los participantes no puede basarse en criterios prejuiciosos carentes de una fundamentación objetiva y razonable que demuestre la falta de aptitud para realizar las funciones propias del cargo. Por consiguiente, debe existir una relación entre los requisitos y las tareas a cumplir, así como entre aquellos y la experiencia y las habilidades que se esperan de los participantes.

() Marco normativo expedido para la atención de la pandemia

138. En 2020 las autoridades de la rama ejecutiva expidieron una serie de actos administrativos orientados a controlar la propagación del COVID-19 en Colombia. Así, en primer lugar, mediante la Resolución No. 385 de ese año, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró emergencia sanitaria por causa del virus.

139. Luego de que entrara en vigor el Plan Nacional de Vacunación establecido por el Decreto 109 de 2021, el Ministerio de Salud y Protección social expidió la Resolución 777 de 2021 con el propósito de adoptar un protocolo de seguridad para el desarrollo de las actividades económicas y sociales y del Estado. De hecho, el artículo 4 dispuso que ese desarrollo se realizaría por ciclos, de acuerdo con ciertos criterios epidemiológicos.

140. En cuanto al ciclo 3, que iniciaba cuando el municipio o distrito alcanzara un índice de resiliencia epidemiológica municipal de 0.75, la resolución precisó que podrían realizarse eventos masivos: “siempre que se [mantuviera] el distanciamiento físico de 1 metro y se [respetara] un aforo máximo de 75% de la capacidad de la infraestructura en donde se realiza el evento”.

141. Sin embargo, se aclaraba que “los alcaldes distritales y municipales [podrían] autorizar aforos de hasta el 100% en aquellos lugares o eventos masivos públicos o privados en los cuales se [exigiera], como requisito para su ingreso, la presentación por parte de los asistentes y participantes del carnet de vacunación o certificado digital de vacunación, en el

que se [evidenciara], como mínimo, el inicio del esquema de vacunación”.

142. De manera similar, por medio del Decreto 1408 de 2021, el Ministerio del Interior expidió instrucciones en el marco de la emergencia sanitaria. En concreto, el artículo 2 dispuso:

“ARTÍCULO 2. Exigencia del Carné de Vacunación. Las entidades territoriales deberán adicionar a los protocolos de bioseguridad vigentes, la presentación obligatoria del carné de vacunación contra el Covid-19 o certificado digital de vacunación disponible en el link: mivacuna.sispro.gov.co, en el que se evidencie, como mínimo, el inicio del esquema de vacunación, como requisito de ingreso a: (i) eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y, (ii) bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias”.

143. Con posterioridad, se expidió el Decreto 1615 de 2021 con idéntico propósito. De manera que la norma reiteró lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1408 y precisó lo siguiente:

“Artículo 3. Criterio y condiciones para el desarrollo de las actividades bajo esquemas de vacunación completos. El desarrollo de todas las actividades aquí dispuestas se realizarán (sic), de acuerdo con los siguientes criterios:

Todo evento presencial de carácter público o privado que implique asistencia masiva a bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias deberá exigir sin excepción el carnet de vacunación con esquema completo de acuerdo con las fechas señaladas en el artículo anterior. Los aforos podrán ser del 100% de acomodación cuando se cumpla con este criterio y condición”.

144. Luego, el párrafo 2 del artículo 6 del Decreto 655 de 2022 dispuso que:

“Párrafo 2. Las entidades territoriales no podrán adicionar a los protocolos de bioseguridad la presentación obligatoria del carné de vacunación contra el covid-19 o certificado digital de vacunación en el que se evidencie el inicio del esquema de vacunación, como requisito de

ingreso a eventos presenciales de carácter público o privado, salvo que la medida sea modificada por el Gobierno nacional”.

145. Por otra parte, en abril de 2022, los ministerios de Salud y Protección Social y del Trabajo expedieron la Circular Externa Conjunta No. 0016 con el propósito de impartir instrucciones, dirigidas a los empleadores del sector público y privado, para la gestión y mitigación del riesgo de contagio de COVID.

146. Vale destacar algunas como: (i) implementar medidas de prevención y control sanitario ante la ocurrencia de brotes de la enfermedad; (ii) cumplir con las medidas y protocolos de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social; (iii) fortalecer las capacidades de detección oportuna, alerta temprana y respuesta rápida, en atención a lo dispuesto en el Decreto 1072 de 2015; y (iv) elaborar el mapa de riesgo de acuerdo con la cobertura de vacunación entre el personal y adelantar la reorganización respectiva para mitigarlo, para lo cual se sugiere solicitar asistencia técnica de las administradoras de riesgos laborales.

147. Adicionalmente, la circular precisa que la información contenida en la misma “constituye un insumo relevante para la gestión del riesgo a nivel colectivo, que permitirá ajustar los planes de preparación y respuesta ante brotes de COVID-19, y en ningún caso puede ser usada para tratamientos discriminatorios o excluyentes hacia trabajadores o contratistas, y en todo caso se garantizarán sus derechos”.

148. En todo caso, la emergencia sanitaria finalizó el 30 de junio de 2022, según lo establecido en el artículo 1 de la Resolución 666 de 2022:

“Artículo 1. Prorrogar hasta el 30 de junio de 2022 la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, declarada mediante la Resolución 385 de 2020 y prorrogada por las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, 222, 738, 1315, 1913 de 2021 y 304 de 2022”.

149. Por consiguiente, como lo advirtió el Ministerio de Salud y Protección Social en su intervención, esta situación afectó la vigencia de las normas que se expedieron para atender la emergencia sanitaria.

150. En suma, en el marco de la emergencia sanitaria, la Resolución 777 y el Decreto 1615

de 2021 establecieron el requisito de presentación del carné de vacunación como condición de ingreso a eventos de carácter masivo. Sin embargo, esta medida fue derogada por el Decreto 655 de 2022. Por su parte, la Circular Externa Conjunta No. 0016 impartió instrucciones para gestionar y mitigar el riesgo de contagio de COVID en los ambientes laborales. En todo caso, la emergencia finalizó el 30 de junio de 2022 y, con ello, perdieron vigencia las normas que se expidieron para atenderla.

E. Solución al caso concreto

151. Para establecer si la sociedad accionada vulneró los derechos al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad de la accionante, por haberla excluido de un proceso de selección de personal con fundamento en que no se había vacunado contra el COVID-19, la Sala examinará si, de conformidad con las pruebas recaudadas, ese fue el motivo determinante de la exclusión alegada. En caso afirmativo, revisará la exigibilidad y la validez constitucional de dicha motivación.

i. (i) La accionante fue excluida del proceso de selección debido a que no se había vacunado contra el COVID-19

152. La parte demandada alega que no vulneró los derechos de la peticionaria, toda vez que ésta (i) no culminó el proceso de selección, en tanto le faltaba asistir a un examen médico y realizar unas pruebas psicotécnicas que determinarían si cumplía los requisitos para el cargo de asesora comercial; y (ii) sólo superó la etapa inicial y fue excluida debido a que otra aspirante cumplía con el requisito de formación en mercadeo y experiencia en el sector de la moda. Sumado a lo anterior, resaltó que la exigencia de presentación del certificado para apertura de cuenta bancaria no generaba certeza alguna sobre la vinculación.

154. Pues bien, a juicio de la Corte, las afirmaciones de la sociedad accionada no logran desvirtuar que la peticionaria hubiese sido excluida del proceso de selección por una razón distinta a no haberse vacunado contra el COVID-19. En efecto, en el expediente obra una comunicación en la que la compañía le da la bienvenida, le proporciona la dirección donde debe realizarse los exámenes médicos ocupacionales y señala lo siguiente:

“Queremos darte las indicaciones para realizar el trámite de los documentos que debes

conseguir para firmar contrato (...) Importante que tengas en cuenta que tu proceso de contratación inicia, cuando hayas hecho entrega de todos los requisitos documentales, en la fecha indicada por nuestro Equipo (...) En el transcurso de Hoy o mañana, se comunicará contigo nuestra Auxiliar de Contratación (...) para darte todas las indicaciones sobre tu ingreso”.

155. En ese sentido, cabe resaltar que, en los documentos exigidos para la vinculación, se lee: “Fotocopia Carnet de Vacunación COVID 19”.

156. Sumado a lo anterior, también se advierte una conversación del 4 de diciembre de 2023, vía WhatsApp, en la cual el señor Jeison Estupiñán le dice: “hago parte del área de gestión humana de fuera de serie y me alegra informarte que pasaste todos los filtros solicitados para tu contratación (...) Tienes que asistir el día de mañana a exámenes médicos (...) por favor desarrollar las siguientes pruebas psicotécnicas (...) te envío la lista de documentos para que los adjuntes completos y los entregues impresos el día de mañana después de tus exámenes médicos a la sede administrativa (...) te dejo la carta de cuenta nomina para que saques tu cuenta” (sic).

157. Sobre esto último, en el expediente obra una comunicación del 4 de diciembre de 2023 en la cual el área de gestión humana certifica que la accionante se encuentra vinculada desde esa fecha, por lo cual se indica “afiliar al convenio de Bancolombia (...) para el pago de su nómina”.

158. De igual forma, en una conversación de WhatsApp del 11 de diciembre de 2023, en la que el mismo empleado trató de aclararle los motivos por los que no se efectuó la contratación, se lee: “la empresa exige que las personas que van a estar atendiendo a los clientes cuenten con las dosis de vacunación exigida, si te estás postulando a nuevos cargos con nuestra empresa es importante que por favor (...) aclares que no cuentas con ninguna dosis de lo contrario como te paso ya en proceso de contratación, es que no se puede seguir con el proceso (...) fuiste una persona que estuvo super atenta y clara y todo lo entregaste a tiempo (...) si fue culpa de la persona que quizás dejó pasar esa novedad”.

159. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha favorecido la valoración de capturas de pantalla extraídas de la aplicación WhatsApp en virtud del carácter informal de la acción de tutela. En esta línea, ha señalado que, si bien estas pruebas pueden considerarse débiles por

sí solas, ello no implica que el juez deba descartarlas o ignorarlas. Así, deben valorarse de forma conjunta con las demás.

160. Por su parte, la Sentencia T-467 de 2022 precisó que la copia simple de un mensaje de datos “es una prueba documental que deberá valorarse según las reglas generales de los documentos establecidas en el Código General del Proceso. La naturaleza de la prueba no varía según el medio en que se aporte y su fuerza probatoria se determinará con base en el grado de confiabilidad que ofrezca”.

161. Según esta providencia, la fuerza probatoria depende del grado de confiabilidad que pueda asignársele a la prueba, en atención a las particularidades del caso. A su vez, la confiabilidad se encuentra sujeta a dos factores: “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. En particular, la valoración de este último atributo de la prueba demanda del juez la aplicación de las reglas de la sana crítica, la presunción de buena fe, los principios del debido proceso, de defensa, de igualdad, y de lealtad procesal”.

162. A juicio de la Sala, las conversaciones aportadas por la accionante satisfacen los criterios que determinan la confiabilidad. En relación con la autenticidad, se observa que los mensajes se enviaron desde la cuenta “fdsdirecciong” y que la persona remitente se identificó como Jeison Estupiñán. En esa medida, la autoría del documento puede atribuirse a un empleado de la sociedad accionada.

163. En cuanto a la veracidad, la Corte resalta que lo allí expresado guarda correspondencia con los hechos de la controversia. En efecto, en sede de tutela, la demandada reconoció que el señor Jeison era un empleado del departamento de gestión humana e, incluso, remitió su hoja de vida. Además, la fecha de envío (4 de diciembre) coincide con la de expedición del certificado para la apertura de cuenta bancaria. También coincide con el relato de la actora, según el cual el remitente le indicó que debía entregar los documentos para la vinculación el 5 de diciembre. Cabe anotar que la peticionaria manifiesta que se acercó en esa fecha a la sede administrativa de la compañía.

164. Sumado a lo anterior, la valoración conjunta de los elementos de juicio no solo desvirtúa

las afirmaciones de la sociedad accionada, sino que permite concluir que (i) la demandante sí culminó el proceso de selección y que (ii) la razón por la que no fue vinculada es ajena a su experiencia o a las ventajas que otro aspirante pudiera tener sobre ella.

165. En cuanto a lo primero, en los mensajes aportados se advierte que superó todas las etapas, y que el examen médico y la prueba psicotécnica eran requisitos para la celebración del contrato, pero no para la selección de personal. Adicionalmente, no es cierto que la certificación para la apertura de la cuenta bancaria se hubiese remitido durante el proceso de selección. Ello, toda vez que se expidió el 4 de diciembre de 2023, esto es, el mismo día en el que señor Jeison le informó que había sido seleccionada. Además, en sede de revisión, la accionada indicó que la apertura de la cuenta bancaria es la penúltima etapa del proceso de contratación.

166. En cuanto a las razones por las que no se celebró el contrato, la Sala advierte que ello obedeció a que la peticionaria no contaba con el esquema de vacunación contra el COVID-19. En efecto, en la lista de documentos requeridos para la vinculación se encontraba el carné. Además, los mensajes intercambiados con el señor Jeison evidencian que la sociedad tenía como directriz contratar sólo a aquellas personas que se hubieran vacunado.

167. El contenido del formulario aportado por la compañía permite reforzar este argumento, pues en la sección “VACUNACIÓN COVID 19” se advierte que los aspirantes deben suministrar información sobre las dosis que se han aplicado (fechas y número). De manera que, contrario a lo sostenido por la demandada, este formulario no se diligencia al momento de la contratación.

168. Establecido lo anterior, la Corte se pronunciará sobre la exigibilidad y la validez constitucional del requisito atinente a la presentación del carné vacunación, el cual se fundamenta en normas como “el decreto 1615 del 2021 y la Resolución 777 del 2021 y la circular externa conjunta 016 del 2022, decreto 1072 del 2015” (sic).

() Consideraciones generales sobre la vacunación como requisito para acceder al empleo

169. Lo primero que advierte la Sala es que la sociedad realizó una inferencia errada a partir de lo dispuesto en la Resolución 777 y en el Decreto 1615 de 2021, toda vez que la venta en establecimientos de comercio no puede equipararse a un evento masivo. Además, los

almacenes no pueden subsumirse en ninguna de las categorías establecidas en el citado decreto (restaurantes, bares, actividades de ocio, entre otros).

170. Por otra parte, ignoró que el Decreto 655 de 2022 derogó la exigencia del carné de vacunación como condición de ingreso a ciertos lugares. También pasó por alto que, de acuerdo con la Resolución 666 de 2022, la emergencia sanitaria finalizó el 30 de junio de 2022. Por consiguiente, ello afectó la vigencia de las normas que se expidieron para atenderla.

171. Sumado a lo anterior, la Circular Externa Conjunta 0016 de 2022 se limitó a establecer instrucciones generales para la gestión y mitigación del riesgo de contagio de COVID en los ambientes laborales, sin incluir alguna indicación sobre la exigencia del carné de vacunación. Asimismo, la circular precisa que la información allí contenida “constituye un insumo relevante para la gestión del riesgo a nivel colectivo, que permitirá ajustar los planes de preparación y respuesta ante brotes de COVID-19, y en ningún caso puede ser usada para tratamientos discriminatorios o excluyentes hacia trabajadores o contratistas, y en todo caso se garantizarán sus derechos”.

172. De manera que, contrario a lo sostenido por la sociedad accionada, la exigencia del carné de vacunación no encuentra sustento en ninguna de estas disposiciones. Como ya se dijo, tal requisito no resultaba aplicable al contexto de los establecimientos de comercio. Además, la Circular Externa Conjunta 0016 de 2022 especificó que las instrucciones para la gestión y mitigación del riesgo en los ambientes laborales no podrían derivar en actos discriminatorios hacia los trabajadores. En todo caso, las normas que establecían el requisito de vacunación perdieron vigencia en junio de 2022. De ahí que no hubiera lugar a aplicarlas en un proceso de selección que se adelantó más de un año después.

173. Ahora bien, al examinar el protocolo de bioseguridad aportado por la compañía, actualizado por última vez en junio de 2022, la Sala observa que en ningún aparte se establece la obligatoriedad de la vacunación.

174. En la sección relativa a las medidas de prevención y normas para empleados, se incluyen instrucciones generales como las siguientes: “respetar todas las disposiciones de las autoridades sanitarias competentes y las definidas por [la sociedad] para acceder o permanecer en las instalaciones tales como: mantener la distancia, observar y cumplir las

normas de higiene de manos, mantener comportamientos de higiene correctos, utilizar los elementos de protección personal dados por la Empresa (...).".

175. En este sentido, en las medidas aplicables a los puntos de venta, se indica que: "[s]e promoverá la aplicación de las medidas comprobadas en efectividad de prevención y contención del contagio, como lo son el lavado de manos, el distanciamiento social y el uso de los elementos de protección personal".

176. Cabe resaltar que la obligatoriedad de la vacunación tampoco se encuentra prevista en los requisitos para contratación de personal, establecidos en el manual de procedimientos de la compañía.

177. Tampoco se advierte dicho requisito en el perfil del cargo "asesor de moda", según el cual las funciones son "asesorar y presentar a FDS ante los clientes como la mejor alternativa de moda e imagen, destacando y potencializando la comercialización de los productos FDS, contribuyendo al cumplimiento de las metas de ventas individuales y corporativas". Además, la formación y la experiencia exigidas son, respectivamente, grado de bachiller y 1 a 2 años en ventas o en atención al cliente. En todo caso, se aclara que si el aspirante carece de experiencia "su actitud dentro del proceso FDS debe ser excepcional".

178. De manera que esa exigencia carecía de sustento jurídico y, además, no se encontraba prevista en el protocolo de bioseguridad, en el manual de contratación ni en el perfil del cargo "asesor de moda". Esto supone una vulneración del derecho al debido proceso, el cual resulta aplicable a los trámites de selección de personal en el sector privado. Como ya se dijo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que esta garantía exige que los criterios de selección se encuentren previamente establecidos y, además, sean conocidos por los aspirantes en virtud de los principios de publicidad y transparencia.

179. Aclarado lo anterior, la Corte estudiará la constitucionalidad de la medida a partir del test de integrado de igualdad.

(i) Constitucionalidad del requisito de vacunación

180. El test integrado de igualdad sirve para determinar si un criterio de distinción fue empleado con observancia del principio de igualdad. Lo anterior se establece mediante un

juicio que comprende distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto).

181. El test estricto se aplica a situaciones relacionadas con: “i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que prima facie, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros en términos del ejercicio de derechos fundamentales”.

182. En esta oportunidad, es preciso adelantar el juicio en su intensidad estricta, toda vez que la medida objeto de análisis impacta de manera grave el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al imponer un comportamiento específico en el ámbito de la salud. Además, privilegia el acceso al empleo por parte de personas que han optado por aplicarse la vacuna contra el COVID-19. A su vez, excluye el ejercicio del derecho al trabajo a quienes no cuentan con el esquema de vacunación.

183. A continuación, se desarrolla el escrutinio en detalle:

184. En primer lugar, la medida supera el juicio de razonabilidad, toda vez que existe una razón constitucionalmente importante para establecer un trato diferenciado entre las personas que se han aplicado la vacuna contra el COVID-19 y las que no lo han hecho. En esta ocasión, la sociedad accionada adujo que la finalidad del requisito de vacunación es proteger la salud de los trabajadores y de los clientes que visitan las tiendas, lo cual encuentra respaldo en la literatura científica.

185. En efecto, como lo indicaron las entidades intervinientes, la finalidad de la vacunación es prevenir los síntomas severos, las complicaciones y la mortalidad a causa de la enfermedad, así como reducir la probabilidad de transmisión. Estos objetivos son imperiosos, dado que encuentran sustento en disposiciones constitucionales como el deber que le asiste a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad (art. 49, inciso 5º) y en la prevalencia del interés general (art. 1º).

186. En segundo lugar, el requisito de vacunación es una medida idónea para prevenir la sintomatología grave, la muerte y la transmisión de la infección por COVID-19. Al respecto,

las entidades intervinientes resaltaron que la vacuna es la medida más segura y controlada para desarrollar una inmunidad robusta y duradera. Además, el biológico reduce la carga viral de manera efectiva y, con ello, el riesgo de contagiar a otras personas.

187. Sin embargo, la medida no es necesaria, pues, como lo ha indicado esta Corporación, existen alternativas no farmacológicas que reducen la transmisión del virus y contribuyen a salvaguardar la salud de las personas. En efecto, en las Sentencias T-337 de 2022 y T-003 de 2023 se concluyó que existen alternativas como el uso de tapabocas, el distanciamiento, el lavado de manos y la ventilación de espacios cerrados, las cuales resultan efectivas para controlar el contagio, de conformidad con los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud. A su vez, afectan en menor medida algunos derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de circulación, la intimidad familiar y de acceso a cargos públicos, según sea el caso.

188. De tal suerte, con el propósito de disminuir la transmisión del virus, la sociedad accionada podía emplear otras medidas que sí se encuentran previstas en su protocolo de bioseguridad interno (distanciamiento, uso de tapabocas y lavado de manos) y que, a diferencia del requisito de vacunación, no restringían de manera grave los derechos al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad de la actora.

189. Además, como lo indicó la Universidad Nacional, el hecho de que en la actualidad un ciudadano no se vacune no supone un impacto significativo para la salud pública. Lo anterior, por cuanto existe un alto porcentaje de personas que ya se han contagiado o vacunado, y ello implica que el riesgo de picos epidémicos es bajo. Dicho de otro modo, es poco probable que hoy día el número de contagios sea tan elevado que desborde la capacidad del sistema de salud.

190. Esta afirmación encuentra respaldo en las estadísticas suministradas por el Ministerio de Salud y Protección Social, según las cuales, para la semana epidemiológica 18 del año en curso, la tasa de contagio fue de 0,99 casos por cada 100.000 habitantes, esto es, 38 casos confirmados. Esta cifra resulta menor si se compara con los 911 reportados en la misma semana de 2023.

191. Así, ante el incumplimiento del criterio de necesidad, la Sala omitirá el estudio del criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

192. Lo anterior es suficiente para concluir que el requisito de vacunación, como condición para la vinculación laboral en un contexto posterior a la culminación de la emergencia sanitaria, no satisface las exigencias del juicio de igualdad y resulta discriminatorio en tanto supone una preferencia injustificada hacia las personas que han optado por aplicarse la vacuna contra el COVID-19.

193. Asimismo, se trata de un criterio ajeno a la aptitud para desempeñar el cargo de “asesor de moda”. Como se explicó, las responsabilidades de aquel se circunscriben a la comercialización y venta de los productos de la compañía accionada. En esa medida, el requisito de vacunación no guarda relación con las funciones de la vacante. Por consiguiente, la Sala concluye que la accionante fue excluida del proceso de selección en virtud de un criterio contrario al ordenamiento superior, toda vez que carece de una fundamentación objetiva y razonable relacionada con su idoneidad para el empleo ofertado.

194. Además, la obligatoriedad de la vacunación desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual faculta a los individuos a declinar o a solicitar cualquier procedimiento médico, de conformidad con su proyecto de vida y convicciones. De tal suerte, esa exigencia deviene en una interferencia externa que le impide a la persona decidir sobre su propia salud de manera autónoma.

195. Por otro lado, como ya se advirtió, el requisito en mención no se encuentra previsto en el protocolo de bioseguridad, en el manual de contratación ni en el perfil del cargo, lo cual desconoce las garantías inherentes al debido proceso y que deben orientar la selección de personal en el sector privado.

196. En virtud de lo expuesto, la Corte concluye que el requisito de vacunación obligatoria supuso la vulneración de los derechos al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad de la accionante.

197. De conformidad con lo anterior, la Sala revocará la sentencia de tutela de instancia única, proferida el 29 de diciembre de 2023 por el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, en la que se declaró improcedente el amparo solicitado por María. En su lugar, concederá la protección de los derechos al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, adoptará los remedios que se explican a continuación.

() Órdenes por proferir

198. En virtud de lo expuesto, la Sala ordenará varios remedios constitucionales. Por un lado, ordenará a la sociedad accionada reincorporar a María a la etapa del proceso de selección en la que fue excluida, esto es, la fase de contratación. Esta orden se fundamenta en los motivos que se exponen a continuación.

199. En primer lugar, la Corte ha optado por este remedio constitucional en casos relativos a procesos de selección en los que han ocurrido actos discriminatorios. En segundo lugar, es necesario brindar un alto estándar de protección, toda vez que la actividad laboral de la accionante no sólo incide en su subsistencia, sino también en la de tres niños y niñas.

200. Para el efecto, se ordenará al representante legal de la sociedad ISHAJON S.A.S., o a quien haga sus veces, iniciar el proceso de contratación de la señora María para el mismo cargo y con las mismas expectativas y beneficios laborales propuestos en su momento. En el marco de ese trámite, deberá contactarla para verificar si subsiste su interés en la vinculación.

201. Ahora bien, esta Corte ha reconocido que, en principio, la acción de tutela no es el medio adecuado para solicitar la indemnización de perjuicios. Sin embargo, el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 habilita que, de manera excepcional, el juez constitucional ordene tal indemnización cuando concurren los supuestos previstos en la norma.

202. En oportunidades anteriores, la Corte ha ordenado el reconocimiento de perjuicios morales en el marco de la indemnización en abstracto. Ello, con ocasión de actos discriminatorios ocurridos en procesos de selección de personal y en el escenario laboral. En esta línea, la Sala adoptará el referido remedio constitucional dado que se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, como pasa a explicarse.

203. Primero, la actora carece de medios judiciales para solicitar el resarcimiento, pues, como se indicó en el análisis de subsidiariedad, el hecho vulnerador fue una decisión adoptada en la etapa precontractual. En consecuencia, no se subsume en ninguno de los supuestos de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral. Además, el asunto no podría abordarse en su dimensión constitucional en el marco de un proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual. De ahí que no sea posible acudir a otras

instancias para exigir una compensación por los daños ocasionados con el actuar de la accionada.

204. Segundo, la violación de sus derechos fue consecuencia del actuar arbitrario y discriminatorio de la demandada, al generarle una legítima expectativa para luego excluirla de manera repentina del proceso de selección. Ello, pese a que informó desde el inicio que no contaba con la vacuna contra el COVID, superó todos los filtros exigidos y su contratación se encontraba en trámite. Este actuar fue contrario al principio de buena fe, el cual resulta aplicable a la etapa precontractual y exige que los particulares obren con honestidad y coherencia en relación con la palabra dada.

205. Tercero, la indemnización en abstracto es necesaria para asegurar el goce efectivo de los derechos de la accionante, dado que constituye una medida reivindicatoria y reparadora de las garantías lesionadas por el actuar de la demandada.

206. Y, por último, según el citado artículo 25, el juez tiene la potestad de ordenarla de oficio, lo cual supone que se trata de un remedio distinto a la orden principal orientada a restablecer el derecho en los términos del artículo 86 de la Constitución.

207. En este sentido, se ordenará al Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá remitir copia del expediente al juez civil que por reparto corresponda, para que realice la liquidación de los perjuicios morales a través de trámite incidental. Lo anterior, con sujeción a lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

208. De igual forma, con el propósito de prevenir futuros actos discriminatorios, la Corte instará a la sociedad accionada para que solicite asesoría de la administradora de riesgos laborales a la que se encuentre afiliada, a efectos de identificar y evaluar los riesgos en seguridad y salud en el trabajo asociados al COVID-19, y establecer las medidas de prevención y control actualizadas y pertinentes. Lo anterior, de conformidad con los artículos 2.2.4.6.8., 2.2.4.6.9., 2.2.4.6.15., 2.2.4.6.23. y 2.2.4.6.24. del Decreto 1072 de 2015.

209. Por último, se ordenará a la sociedad accionada que, en lo sucesivo, se abstenga de requerir información sobre el esquema de vacunación de las personas que participan en sus procesos de selección y, en consecuencia, realice las modificaciones respectivas a los formatos “HOJA DE VIDA FUERA DE SERIE GHH-FOR-” y al que contiene los requisitos

documentales para la contratación.

III. DECISIÓN

210. En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la sociedad ISHAJ