

PRIMER
INFORME
DE AVANCE

OBSERVATORIO

DIANA COLORADO ACEVEDO

Profesora Asociada

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Directora Observatorio.

Cristian Andrey Urrego Roa*

Laura Orduz Mejía*

Estudiantes Posgrado

Olga Uñate Suárez*

Mauricio Avila Daza

Jarold Fernández

Estudiantes Pregrado

**SOBRE EL
DERECHO
FUNDAMENTAL
A LA
INFORMACIÓN EN
LOS
PROCESOS DE
SELECCIÓN LABORAL**

*Estudiantes que participaron también en la redacción final del informe de avance.

FACULTAD DE
DE DERECHO
CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES



Edificio 201



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA



INTRODUCCIÓN

En desarrollo de la propuesta presentada en virtud de la convocatoria para la selección de observatorios de investigación de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, el Observatorio sobre el derecho fundamental a la información en los procesos de selección laboral, ha adelantado una primera etapa dirigida a abordar los fundamentos jurídico-teóricos que enmarcan el tópico objeto del observatorio. En tal sentido, se ha enfocado en el tópico de los derechos laborales inespecíficos en el desarrollo del contrato de trabajo, el cual está signado por el elemento de la subordinación y las potestades del empresario, de una parte, y por la necesaria garantía de los derechos fundamentales del trabajador, de otra.

Para el efecto, se ha realizado el estudio de diversas fuentes de doctrina, normatividad internacional y Colombiana, y jurisprudencia, específicamente a partir de sentencias de la Corte Constitucional, dada la naturaleza fundamental de los derechos abordados

Los contenidos de este primer avance de resultados, se presentan de forma muy concreta y condensada, sin ánimo de exhaustividad y a manera de referencia conceptual, dada la naturaleza del presente documento; empero, su exposición con mayor detalle y alcance se hará en la publicación final.

Es necesario aclarar que las referencias doctrinales, en este primer boletín, provienen especialmente del derecho español, dada la escasez de obras sobre este tópico en el ámbito colombiano. Este aspecto, entre otros, motiva el trabajo en este tema, pues en la doctrina nacional no ha sido estudiado a profundidad y lo que se encuentra son menciones excepcionales. La referencia a escritos de origen anglosajón o francés, que tienen vistas sustanciales distintas, será mencionada en el texto final del observatorio.

EL CONCEPTO DE DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS

De acuerdo con una perspectiva internacional y de derecho comparado, los derechos laborales inespecíficos son aquellos derechos fundamentales de los que cualquier ciudadano es titular y que tienen un alcance peculiar en el ámbito de la relación de trabajo. El autor Jorge Benítez los define de la siguiente manera:

"(...) Se trata de derechos laborales inespecíficos porque su titularidad recae en cualquier ciudadano en su condición de tal, es decir, son derechos que se reconocen a los ciudadanos en general y no a los trabajadores propiamente dichos. Lo que sucede es que el ejercicio de estos derechos en la ejecución de un contrato de trabajo, dadas las particularidades en que se desarrolla esta relación, los convierte también en derechos laborales (...)" (Benítez, 2013, p. 14-15)

Entonces, los derechos fundamentales de quienes tienen el carácter de trabajadores en relación de dependencia, han de ser ejercidos en el escenario de la empresa, sin que puedan ser vulnerados por las decisiones o acciones del empleador. Empero, hay que considerar que dadas las potestades de subordinación, dirección y disciplina de las que es titular el empleador, ciertos límites a esos derechos fundamentales resultan legítimos, siempre bajo el análisis de la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, lo cual, desde la vista constitucional, hace que dichos

límites sean excepcionales y sustentados.

Para entender esta relación entre derechos fundamentales de los trabajadores y las potestades de los empleadores emanadas de los supuestos jurídicos de la libertad de empresa se debe ahondar en las características que poseen los derechos fundamentales en un Estado Constitucional Democrático.

Estos atributos, de conformidad con lo enunciado por Robert Alexy (2009, pp. 33-36) son los siguientes: 1) Máximo rango 2) Máxima fuerza jurídica 3) Máxima importancia del objeto 4) Máximo grado de indeterminación

El máximo rango hace referencia a que los derechos fundamentales se encuentran regulados por la Constitución, lo cual implica que toda norma jurídica que los infrinja es inconstitucional por regla general. En cuanto a la máxima fuerza jurídica, los derechos fundamentales vinculan como derecho vigente y obligatorio, a las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder público. La máxima importancia del objeto denota que al hacer referencia a los derechos fundamentales, se hace referencia a bienes supremamente valiosos para una comunidad, por lo que la regulación y decisión sobre los citados derechos impacta la estructura básica de la sociedad: valga resaltar derechos como la vida, la libertad, la intimidad, la salud, por dar algunos ejemplos. Y finalmente, el máximo grado de indeterminación da cuenta de su carácter normativo amplio y abierto, poroso, por lo que se hace necesario superar la lectura literal del texto constitucional que versa sobre los derechos fundamentales y llevar esa discusión a un nivel interpretativo de los mismos.

Estas características son de gran relevancia en la medida que los derechos fundamentales son elevados a nivel constitucional, es decir, están a la par con los principios y fines del Estado de derecho, democrático y social, sin que se pueda llegar a una subordinación de los unos a los otros. (Alexy, 2009).

Ahora bien, como se mencionó antes, a pesar de las características de los derechos fundamentales antes descritas, existen circunstancias o si-

tuaciones en que las medidas restrictivas de los mismos, tomadas por los empleadores en virtud de la potestad que le confiere la dirección empresarial, son válidas. Pero para que esto pueda ocurrir es necesario que dichas medidas se ajusten a unos parámetros de constitucionalidad, los cuales son la garantía para el respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Estos parámetros constitucionales se verifican a través de los denominados juicios de idoneidad, de necesidad y proporcionalidad. El primero hace referencia a que la medida adoptada por el empleador debe ser adecuada para alcanzar el fin propuesto, el segundo requiere que no exista otra medida menos restrictiva con igual eficacia, y el último se basa en ponderar la medida restrictiva frente al derecho fundamental en cuestión y determinar si se derivan más beneficios que perjuicios si se toma la decisión de adoptar la restricción. (Benítez, 2013)

Es en esa medida, que los derechos inespecíficos y el poder de dirección empresarial operan como límites recíprocos los unos de los otros.

Cabe destacar que los derechos fundamentales que en mayor medida pueden ser objeto de restricciones, aunque de manera frecuente y desafortunada, de franca vulneración, en



el curso del contrato laboral, son los derechos a la intimidad; a la propia imagen y apariencia externa, el derecho a la libertad de expresión y comunicación; a la libertad religiosa; el derecho a la integridad física y moral; y el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En este punto, se acude a algunas definiciones provistas en el derecho español (Benítez, 2013), para después analizar el tratamiento dado a los derechos inespecíficos laborales en el escenario Colombiano, específicamente a través de las sentencias de la Corte Constitucional. En el primer espacio anotado, se ha de mencionar que el derecho a la intimidad constituye una expresión de la dignidad de la persona y consiste en una protección a la privacidad de la vida personal y familiar de las personas, lo cual implica una abstención por parte de terceros y del Estado de intervenir arbitrariamente en dicho ámbito, conforme lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T- 050 de 2016.

Respecto al derecho a la propia imagen y a la apariencia externa del trabajador, se acepta la limitación a este derecho en cuanto sea esencial para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar, es decir, en cuanto sea necesario para el cabal cumplimiento del objeto del contrato, siempre que no lesione la dignidad de la persona.

Frente a la intimidad corporal, en lo relativo a la vigilancia de la salud de los trabajadores, se requiere el consentimiento del trabajador y se direccionará a obtener la información de salud relacionada con el puesto de trabajo en caso de riesgo para la salud del trabajador, para los demás trabajadores y para terceros. Se deberá garantizar la confidencialidad de la información obtenida.

Por otro lado, ante la facultad que le asiste al empresario de adoptar medidas de control y vigilancia para verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador, éste deberá con fundamento en la buena fe, establecer las reglas de uso de los medios informáticos e informar al trabajador acerca de la existencia de controles para verificar su cumpli-

miento, sin embargo se debe mantener el respeto a la intimidad del trabajador en lo referente a sus archivos personales, archivos temporales de navegación y correo electrónico.

Así mismo, se acepta la instalación de cámaras de video solamente en los sitios donde se dé el cumplimiento de la labor contratada, restringiéndola a otras áreas como las de descanso, vestuarios y comedores. (Benítez, 2013)

Ahora bien, también se habla sobre el derecho a la libertad religiosa como un derecho laboral inespecífico, que consiste en la prerrogativa que tienen los trabajadores de no ser discriminados por sus creencias religiosas.

En este punto, los autores Toscani, D. y Valenciano, A. (2016) señalan que el derecho a la libertad religiosa en España es absoluto para los fieles con vínculo a la religión católica, a pesar de esto, la garantía de descanso y respeto de las festividades religiosas solo está presente cuando se trata de personas con afiliación a la antes mencionada religión mayoritaria. Los miembros de otras religiones que quieran disponer de los derechos referenciados, deberán acordar previamente con el empleador el otorgamiento de los descansos, e igualmente recuperar las horas dejadas de trabajar sin compensación adicional (Toscani Giménez & Valenciano Sal, 2016).

Adicional a lo anterior, se puede entender de la interpretación de la normativa Española y Europea que se ampara la práctica de culto, la conmemoración de festividades y la utilización de indumentaria que exprese creencias religiosas, siempre y cuando se respeten las limitaciones establecidas por los tribunales y legislaciones concernientes a la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral pública y los derechos o libertades de los demás.

desarrollo de la personalidad, entre otros derechos fundamentales. La revisión de la jurisprudencia ha permitido determinar que no siempre es fácil lograr el equilibrio entre los derechos inespecíficos y la libertad empresarial.

A continuación, se hará referencia a algunos tópicos tratados en sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, que muestran la tensión existente entre los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral (derechos inespecíficos) y la potestad de los empleadores en el escenario de la subordinación. Esta referencia es sólo un acercamiento inicial dada la corta extensión de este primer informe de avance; empero, en la publicación final de la actividad se presentará un número mayor de tópicos y de decisiones judiciales.

Los tatuajes del Dragoneante

En este caso (C. Const., Sent. T-413/17), los accionantes fueron calificados como no aptos en un proceso de convocatoria para el cargo de dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Uno de ellos fue identificado como no apto, dada la existencia de un tatuaje, considerado visible, en su brazo y la falta de presentación del carnet de vacunación. Otro fue excluido del proceso después de la valoración médica, debido a una cicatriz por encima del codo izquierdo y otra ubicada en el codo derecho. Y el último de los accionantes fue valorado médicamente y calificado como no apto por tener un tatuaje en la espalda y en el brazo izquierdo.

Los aspirantes deciden iniciar una acción constitucional de tutela, por considerar que la decisión de exclusión vulneró sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, acceso a la función pública y al trabajo.

El problema jurídico se centra en analizar si la Comisión Nacional del Servicio Civil, encargada de realizar el concurso abierto de méritos para proveer los cargos de dragoneante del INPEC, en el año 2016, vulneró los citados derechos de los accionantes, al no permitirles continuar



DERECHOS INESPECÍFICOS EN EL TRABAJO, EN EL ÁMBITO COLOMBIANO

Si bien la legislación laboral colombiana no evidencia un acercamiento en la protección expresa de estos derechos dentro de la relación laboral, más allá de la previsión de los artículos 8, 9, 10, 11, 23 del código sustantivo del trabajo; el tema ha sido abordado, aunque no de forma sistemática, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional por medio de sentencias de revisión de tutela, principalmente.

En varias providencias la Corte ha abordado, en el marco de las relaciones laborales, discusiones sobre el derecho a la intimidad; al buen nombre; a la honra, intimidad y autodeterminación; a la vivencia interna e individual del género; a la libertad religiosa y al libre

en el proceso de selección, por no cumplir una de las condiciones de aptitud médica establecidas en las normas que rigen el concurso: “tatuaje visible o cicatrices” en el brazo y presentación de antecedentes inmunológicos.

Frente a la protección del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad existen reiteradas decisiones en el campo constitucional sobre la obligación del Estado a la no interferencia y respeto de las decisiones que hacen parte de la intimidad de cada persona. Esto quiere decir que los individuos tienen la posibilidad de decidir sobre la construcción de su identidad personal, lo cual abarca la apariencia física, el modo de vida y la identidad sexual. Cabe destacar que el ejercicio de este derecho tiene sus límites en los derechos de los demás.

En el caso en concreto, la entidad accionada argumentó que la exigencia de no tener tatuajes visibles y cicatrices en el cuerpo, obedece a la protección a los derechos a la vida e integridad física de quienes van a ejercer el cargo de dragoneante. Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, indicó que se justifica el requisito, pues cuando los dragoneantes estén ante el público, sus tatuajes pueden ser considerados agresivos u ofensivos y, por lo tanto *“no podría realizar un deber como lo es de tener buenas relaciones al público (sic) de manera cortés con una correcta presentación personal”, así mismo indicó que el tatuaje es un “referente fácil de identificación en caso de amenaza, vulnerando así la seguridad del Establecimiento y del funcionario mismo”* y que además conllevaría un maltrato psicológico y revictimización de los internos. (C. Const., Sent. T-413/17. pp 4.)

A juicio de la Corte, la ausencia de tatuajes y cicatrices visibles, en principio, se justifica y es considerado un fin legítimo para la preservación de la integridad y seguridad de los dragoneantes, y en relación con dicho propósito, el INPEC tiene el deber de identificar y prevenir todo peligro generado por la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión.

No obstante, no se justifica la manifestación

realizada por el INPEC de que los tatuajes visibles en una persona impiden que sea apta para llevar un trato cortés con el público, lo cual expresa un juicio de valor discriminatorio que a la larga impediría, sin sustento, a una persona acceder a un cargo público. De otra parte, no se entiende cómo la presencia de un tatuaje podría revictimizar a un interno. Por lo anterior, la Corte considera que dichas explicaciones no atienden fines constitucionales legítimos.

Respecto al juicio de idoneidad, se considera que la medida sobre la ausencia de tatuajes y cicatrices visibles es idónea para reducir el riesgo de identificación de los miembros del cuerpo de custodio y vigilancia del INPEC. Esta medida tiene un efecto minimizador sobre la amenaza de ser individualizado dentro y fuera de los establecimientos carcelarios, y por ende, garantiza la vida e integridad del personal.

Ahora bien, a pesar de ser un fin legítimo, y que la medida es idónea y efectivamente adecuada como un medio para garantizar la seguridad e integridad de los dragoneantes, no es necesaria para alcanzar el logro de dichos propósitos pues se cuenta con otros medios para evitar el riesgo de identificación del personal.

Según lo expuesto por los accionantes, el uniforme del INPEC tiene dos variantes las cuales son uno de manga corta y otro de manga larga, y lo vestirán los dragoneantes dependiendo a la ciudad asignada y al clima de la misma.

Estos comprobaron que vestidos con el uniforme de manga larga y manga corta ocultaban sus respectivos tatuajes y cica-

trices, debido a la ubicación en la que se encontraban, siendo totalmente imperceptibles a la vista. Solamente



en los casos en que los accionantes tuvieran que usar camiseta sin mangas a raíz del calor o por otra circunstancia, serían visibles. Esta última posibilidad, indica la corte, puede ser solucionada por el INPEC absteniéndose de asignar a los accionantes a estos sitios.

En ese sentido, la Corte señaló que el INPEC puede hacer exigible al accionante, en caso de desempeñar las funciones de dragoneante, el uso del uniforme de manga larga o evitando su asignación en ciudades de clima cálido, siendo estas medidas, alternativas a la exclusión de la convocatoria a Dragoneante.

Por otro lado, con respecto a la presentación del carné de vacunación durante la etapa de valoración médica, la Corte sostuvo que es una medida necesaria para garantizar la salud de los accionantes, resulta idónea para cumplir con las facetas preventivas del derecho a la salud y obedece a un fin legítimo y efectivo para garantizar la salubridad pública; en consecuencia, ésta si era una justificación para la exclusión del proceso de selección. Se concluye que la medida resulta válida y legítima para proteger la garantía de la vida, la salud e integridad física de los dragoneantes.

La Corte Constitucional decidió conceder la tutela de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, al acceso a

cargos públicos y al trabajo de los accionantes y, como consecuencia, ordenó su reincorporación al proceso de convocatoria. Pero respecto al accionante que no aportó el carné de vacunación en la etapa de valoración médica, le fueron negadas sus pretensiones.

El atuendo en el trabajo y las creencias religiosas.

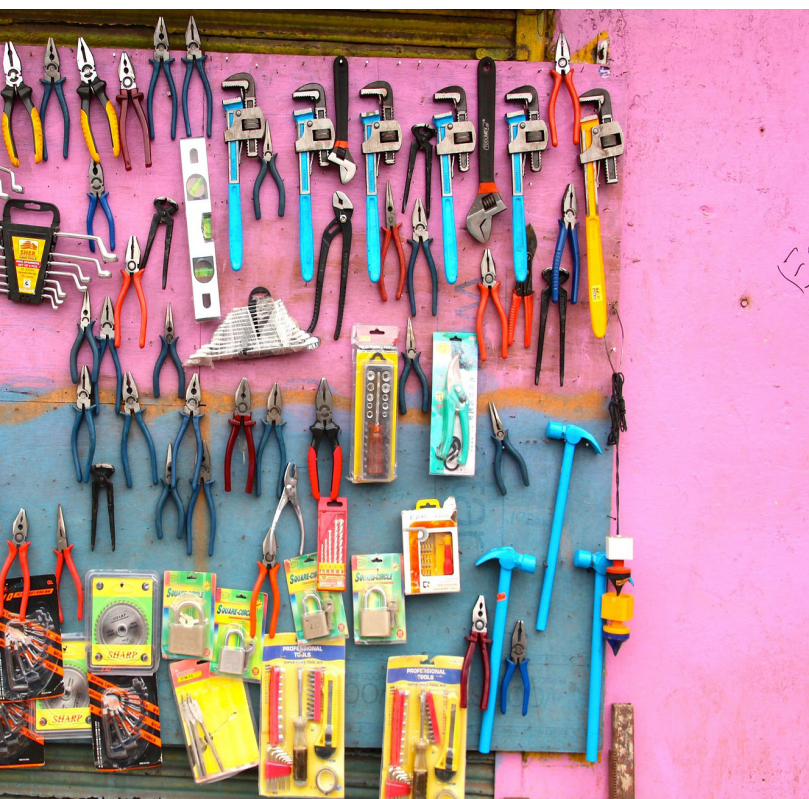
En este caso (C. Const., Sent. T-575/2016) la accionante inició labores el día 5 de noviembre de 1994 en la empresa Metrotel, en calidad de trabajadora en misión, contratada laboralmente por empresas que habían estado encargadas de la provisión del servicio de aseo y cafetería para aquella. Tiempo después, hacia el año 2014, la empresa Centro Aseo S.A. que en ese momento proveía el servicio de aseo y cafetería, entregó a la accionante la dotación para la ejecución del contrato que suscribirían pocos días después.

Luego de que la actora celebrara el contrato de trabajo a término indefinido, el empleador llamó la atención a la accionante, por no cumplir con el deber de usar de manera completa el uniforme. Esto, debido a que la accionante utilizaba falda en lugar del pantalón entregado con la dotación.

La señora tutelante argumentó que ella profesaba la religión cristiana y por ello no usaba pantalón. Afirmó que la empresa tenía conocimiento de ello, y durante los 21 años que laboró en Metrotel como trabajadora en misión, nunca había tenido problemas, ni llamados de atención por dicho motivo y siempre le habían permitido usar falda.

Luego del llamado de atención, Centro Aseo S.A. comunicó a la accionante la terminación de su vinculación e invocó como fundamento la cláusula del contrato de trabajo, que estipulaba su terminación unilateral en período de prueba.

La señora interpuso acción de tutela contra las empresas Metrotel y Centro Aseo, al considerar que vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la dignidad humana, a la libertad de cul-



to y al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional determinó que el problema jurídico se enfocaba en determinar si las empresas accionadas habían vulnerado el derecho a la libertad religiosa y de culto de la señora trabajadora, al disponer el uso obligatorio del pantalón para el cumplimiento de sus funciones, en lugar de la falda que utiliza la accionante conforme a los usos de la religión que profesa, y al terminar el contrato de trabajo con fundamento en la facultad que en virtud del período de prueba le confiere al empleador la ley laboral.

Frente al derecho a la libertad religiosa, se entiende que cobija las creencias fundamentales sólidas y serias de las religiones que las personas profesan. En este sentido, se tiene además del derecho de exteriorizar dichas creencias mediante actos individuales o colectivos, el derecho a gozar de una protección frente a actuaciones que buscan imponer una conducta contraria a dichos dogmas. Sin embargo, este derecho no es absoluto y puede

ser limitado por condiciones públicas de seguridad, salubridad, moralidad y tranquilidad que hacen posible el desarrollo de la libertad colectiva y el ejercicio eficaz de la autoridad.

En el caso concreto, la Corte consideró que el empleador no pretendió ejercer discriminación, ni adoptar una medida desfavorable frente a la trabajadora en virtud de la creencia religiosa que ella profesaba, la cual le exigía el uso de la falda, en razón de que, si bien fue demostrado que se trata de una manifestación de culto seria y no acomodaticia, conclusión a la que se allegó a partir de la ilustración solicitada a la respectiva iglesia, no se acreditó que la accionante haya puesto en conocimiento del empleador (Centro Aseo S.A.) la oposición entre las prácticas de la religión que profesa y el uso del pantalón, que justificara el incumplimiento de la obligación de utilizar la dotación recibida. Por el contrario, se comprobó que la accionante expresó su consentimiento respecto de la obligación de utilizar el uniforme de la empresa durante todas las oportunidades que se le exigió: antes de la firma del contrato, en la suscripción del mismo, y durante su ejecución.

Por lo anterior, se concluyó que no es posible afirmar que exista un nexo de causalidad entre la terminación del contrato de trabajo y el ejercicio de la libertad de culto por parte de la trabajadora, ya que la incompatibilidad del uniforme de dotación y sus prácticas religiosas, permaneció en secreto para Centro Aseo, hasta la interposición de la acción de tutela, meses después de operada la terminación del contrato de trabajo.

El análisis implica que no es posible imponer la carga de trato diferencial a quien no tiene la posibilidad de conocer de la condición o cualidad de una persona que obligue a ello. Así, cuando un individuo opta por mantener en secreto una creencia, dogma, posición política o filosófica o una condición determinada, resulta inviable censurar la actuación de la persona a la que se le reprocha el supuesto acto discriminatorio, cuando no ha habido previamente una manifestación que permita conocer de dicha situación.

De otra parte, llama la atención que la empresa



manifestó un argumento muy importante acerca del necesario uso del pantalón a efectos de garantizar la seguridad y salud en el trabajo de la empleada, y prevenir accidentes laborales, dadas sus funciones de aseo y cafetería, pero este aspecto no fue analizado por la Corte, lo que hubiera permitido un estudio muy interesante respecto a la tensión de derechos, obligaciones e intereses jurídicos legítimamente tutelados.

Las fotografías y el consentimiento sobre el uso de la propia imagen.

(C. Const., Sent. T-634/2013)

La accionante se vinculó con un Establecimiento de Masajes, mediante contrato verbal, con el objeto de realizar masajes relajantes a los usuarios. La relación estuvo vigente entre octubre y noviembre de 2012. Al vincularse, le solicitaron la realización de un estudio fotográfico y la firma de una autorización que permitía la circulación y publicación de las fotografías con fines publicitarios.

El jefe de la accionante la presionaba para brindar a los clientes la opción de pasar a otro nivel de masajes de carácter erótico y actividades con contenido sexual, las cuales extralimitaban la actividad contratada. La accionante decidió no acceder a las pretensiones del empleador y renunció a la empresa, por no compartir las políticas internas.

Al renunciar de forma verbal, pidió a la empresa retirar su imagen de redes sociales y de otras formas de publicidad, e igualmente, la devolución de las fotografías que le habían tomado. La empresa se negó a la petición, aduciendo tener derecho sobre las imágenes, en virtud de la autorización firmada para su uso con fines publicitarios.

El problema jurídico planteado por la corte se enfoca en verificar si la negación de retirar las imágenes de la accionante de un sitio web abierto al público y de otros medios de publicidad, vulnera los derechos a la propia imagen, la intimidad, el buen nombre y la honra, *“cuando (i) las imágenes fueron tomadas y divulgadas con base en una autorización general para*

ser usadas con fines publicitarios no específicos; (ii) quien aparece en ellas nunca consintió expresamente en que fueran divulgadas en un contexto en el cual, aparece proyectada en un rol que puede ser asociado a la prestación de servicios sexuales; y (iii) esto ha tenido efectos negativos en su vida familiar y social.” (C. Const., Sent. T-634/2013, pp 7)

La Corte estableció que el uso de la imagen de la accionante no fue consensuado, en la medida que la autorización no incluía las finalidades dadas en el uso publicitario. La forma como estaban siendo usadas las fotografías obstaculizaba la manera como la accionante quería proyectar su imagen, su cuerpo y su identidad:



“La autorización para el uso de la propia imagen debe entenderse en términos del asentimiento otorgado por una persona para su utilización y difusión y también el consentimiento sobre la finalidad de dicho uso, no puede entenderse como una renuncia indefinida, total e ilimitada a disponer de la propia imagen o al desconocimiento de otros derechos fundamentales como la honra, el buen nombre o la intimidad.” (C. Const., Sent. T-634/2013, pp 15)

La Corte decide conceder la tutela por la vulneración de los derechos fundamentales a la propia imagen, la honra, el buen nombre y la intimidad de la demandante. Se ordena a la Empresa de masajes retirar las fotos de las redes sociales y de cualquier otro medio de publicidad, y abstenerse en el futuro de divulgarlas y publicarlas mediante cualquier medio.

En el estudio del caso se señala que: “1) el alcance de las autorizaciones para el uso de imagen debe describir la finalidad del uso; 2) la autorización no implica una renuncia indefinida al manejo de la propia imagen o al ejercicio de este derecho fundamental; 3) por último, se determina que al negarse una entidad a retirar las imágenes de la persona, se genera un obstáculo para que ésta decida acerca del uso de su propia imagen.” (C. Const., Sent. T-634/2013, pp 15)

Hasta este punto se ha puesto el centro de atención en la naturaleza de los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores y se han dado unos ejemplos de su alcance. En el siguiente acápite se indicará el tópico específico que desarrollará el observatorio en relación con los derechos fundamentales de la persona que aspira a ocupar un puesto de trabajo, los cuales pueden verse afectados en los procesos de selección, especialmente en el manejo de su información personal.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN LABORAL

Como escenario específico, se han planteado desde el observatorio aquellas situaciones ligadas a los procesos de selección (antes de la consolidación de la relación laboral), en las que se exige información no relacionada con el objeto de trabajo, que puede ser usada con fines discriminatorios y que puede, además, vulnerar el derecho a la intimidad e incluso la dignidad de la persona. No se hace referencia a aquellos escenarios que ya han sido revisados en la jurisprudencia y la doctrina donde, dependiendo del objeto de trabajo y con base en los principios de racionalidad, necesidad y proporcionalidad, el empleador requiere de cierta información sobre el aspirante en forma justificada.

Se alude, en efecto, a aquellos casos en los que el empleador solicita información sobre el estado de salud del aspirante (pruebas de gravi-

dez, pruebas inmunológicas para verificar si es portador del virus del VIH, o exámenes médicos para identificar si padece enfermedades que puedan resultar incapacitantes); y sobre su vida privada, situación socioeconómica y proyecto de vida (estado civil, convicciones religiosas y políticas, estrato socioeconómico, rol desempeñado en la familia, conformación del núcleo familiar, proyectos académicos y, en el caso de las mujeres, su proyección en la maternidad).

Esta intromisión puede agravarse a tal punto, que el empleador incluye en su sistema de selección, bajo convenio con terceros “especializados”, visitas domiciliarias (donde se realiza una revisión exhaustiva de la vivienda) y pruebas de polígrafo.

Frente a este escenario, y teniendo como marco los derechos laborales inespecíficos, se hace necesario abordar el problema relativo al desconocimiento del derecho fundamental a disponer libremente de la información privada en los procesos de selección laboral. En el Observatorio, se parte de la hipótesis de que en Colombia, los aspirantes a un puesto de trabajo se ven forzados a compartir información privada, dado que la negativa a hacerlo significaría sacrificar la posibilidad de ser seleccionado y contratado, en un mercado laboral marcadamente desigual donde prevalece el desempleo, el subempleo y el empleo informal.

En la práctica se evidencia que en la fase precontractual ya se ejerce un poder subordinante o de dominio que no tendría legitimidad o justificación jurídica y que puede violar derechos fundamentales. Es por esto que en el Observatorio se adelanta la tarea de realizar un estudio sistemático sobre el particular, que constituya un punto de partida que pueda favorecer la protección de estos derechos desde los órganos legislativos y de control.

Referencias:

- Alexy, R. (2009). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta.
- Benitez, J. (2013). La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Toscani Giménez, D., & Valenciano Sal, A. (2016). El derecho de Libertad Religiosa. En D. Toscani Giménez, & A. Valenciano Sal, Derechos Fundamentales Inespecifico de los Trabajadores (págs. 109-119). BOMARZO.
- Corte Constitucional . (13 de 09 de 2013). Sentencia T-634. Bogotá, Colombia .
- Corte Constitucional., (10 de 02 de 2016), Sentencia T-050, Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (28 de 06 de 2017), Sentencia T-413, Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional., (20 de 10 de 2017), Sentencia T-575, Bogotá, Colombia.