

Sentencia T-863/11

TRASLADO DE FUNCIONARIOS DE CARRERA PERTENECIENTES A PLANTA GLOBAL DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Límites

La Corte Constitucional ha reconocido que los funcionarios de carrera de la Procuraduría General de la Nación tienen derecho a no ser trasladados dentro de la entidad, aunque pertenezcan a la planta global y flexible, i. si no es en virtud de una necesidad del servicio, o ii. si el traslado se convierte en una verdadera imposibilidad de ejercer la función en el nuevo lugar o destino, o acarrea condiciones menos favorables para ellos o sus familiares, o iii. si entre el cargo al cual fueron inicialmente vinculados y el nuevo destino no hay condiciones mínimas de afinidad funcional.

CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACION

TRASLADO DE FUNCIONARIOS DE CARRERA PERTENECIENTES A PLANTA GLOBAL DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-No se probó trato discriminatorio en traslado de funcionario de la Sede Nacional a la Sede Regional, por razón de su orientación sexual y pertenecer al Sindicato

ACCION DE TUTELA CONTRA LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Caso en que funcionario alega haber sido trasladado por su orientación sexual, ser defensor de los derechos de la población LGBTI y pertenecer al Sindicato

ACCION DE TUTELA CONTRA LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Improcedencia por cuanto controversia suscitada por traslado laboral debe exigirse ante la jurisdicción contencioso administrativa

Acción de tutela instaurada por Daniel Antonio Sastoque Coronado contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA1

I. ANTECEDENTES

Síntesis

1. Daniel Antonio Sastoque Coronado instauró acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, porque a su juicio ésta le violó todo un haz de derechos fundamentales al haberlo trasladado desde la sede nacional de esa entidad, ubicada en Bogotá, hacia una Procuraduría Regional, situada en la misma ciudad. Primero, porque considera que le violó su derecho a no ser discriminado pues en su concepto el traslado en realidad, y aunque no hubiera sido motivado, se dio como consecuencia de sus condiciones personales (el tutelante es homosexual y convive en pareja con una persona de su mismo sexo), de sus opiniones políticas y filosóficas (es y ha sido, desde hace aproximadamente quince años, e incluso dentro de la misma Procuraduría, activista y defensor declarado y abierto de los derechos de la población LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales) y pertenecen al Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría (SINTRAPROAN). Segundo, porque estima que se le desconocieron sus derechos al debido proceso y al trabajo en condiciones dignas y justas, en tanto el acto de traslado no fue motivado y, la Procuraduría General no ha podido demostrar que su traslado se hubiera dado en razón de una necesidad del servicio.

Hechos

2. Daniel Antonio Sastoque Coronado ingresó a la Procuraduría General de la Nación el nueve (09) de julio de dos mil ocho (2008), al cargo de Asesor Código 1AS (Grado 19), tras haber ocupado el primer puesto en concurso de méritos.² Desempeñó sus funciones desde entonces en la sede nacional de la entidad, ubicada en la ciudad de Bogotá, hasta que le fue comunicado un acto de asignación de funciones en otra sede: la Procuraduría Regional de Cundinamarca, situada también en Bogotá. El acto de asignación de funciones decía, literalmente:

“DECRETO No. 2018

(10 AGO 2010)

Por el cual se asignan funciones

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales,

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: Asignar, a DANIEL ANTONIO SASTOQUE CORONADO, quien se identifica con la Cédula de Ciudadanía No. 79.593.684, Asesor, Código 1AS, Grado 19 de la Procuraduría Delegada Preventiva en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, funciones en la Procuraduría Regional para Cundinamarca.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El presente decreto rige a partir de la fecha de su comunicación.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los 10 AGO 2010

(FIRMA)

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO”.³

3. Este acto, según el actor, le fue comunicado formalmente el veinte (20) de agosto de dos mil diez (2010).⁴ Dice que tan pronto se le comunicó, solicitó ante diversos niveles de la entidad, y de distintas maneras, que le explicaran los motivos de la decisión.⁵ Pero asegura que sólo obtuvo respuesta de la Asesora de la Secretaría General de la entidad, Dra. Adriana Lucía González quien se refirió a la inquietud del tutelante en los siguientes términos:

“[s]eñor Sastoque; [l]a primera noticia que tengo relacionada con su traslado, [fue] precisamente cuando me informaron que Ud. me estaba buscando, así que pregunté cuál era la situación, entiendo que un grupo de funcionarios de la Delegada DDHH, fueron trasladados a la regional, pues allí necesitan personas que conozcan el tema de los desplazados y

cumplan funciones en relación con dicho tema. Al respecto, todas las decisiones de novedades de personal hacen parte de la facultad discrecional del Dr. Procurador [sic]. Lamentablemente es poco lo que le puedo colaborar con su inquietud pues ninguna participación tuve en el asunto, imagino que se atendió una petición de personal que desde hace mucho tiempo viene haciendo la regional”.6

4. No obstante, el peticionario expresa que posteriormente, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010), recibió una comunicación del Procurador Delegado para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, en la cual encontró apenas esbozada la razón del traslado: se dio por necesidades del servicio. Los términos relevantes de la respuesta fueron los siguientes:

“PARA: Grace Elena Kerguelen Ricardo (Asesora) Carmen Alicia Fuminaya Daza (Asesora) Daniel Antonio Sastoque Coronado (Asesor), Patricia Gutiérrez Parrado (Profesional Universitaria) Jaqueline Santofimio (Técnico administrativo), Melida Jiménez Ospina (Oficinista)

DE: Procurador Delegado para la prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

ASUNTO: Entrega formal de asuntos y elementos a su cargo

FECHA: Agosto 20 de 2010

Señora (e) Funcionaria (o)

He sido informado de los traslados de Ustedes a otras dependencias [...].

Finalmente, quiero manifestarles que los cambios responden a la necesidad que tiene la entidad de reforzar otras áreas, estoy seguro que el profesionalismo que siempre demostró cada uno, será el que lidere sus nuevas labores. No puedo dejar pasar la oportunidad para agradecerles el apoyo y el compromiso que siempre demostraron en las diferentes actividades que se les encomendaron.

Cordial saludo”.⁷

Acción de tutela

5. El señor Daniel Antonio Sastoque Coronado instauró, entonces, acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, encabezada por el señor Procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, pues estima que con su proceder le violó diversos derechos fundamentales.⁸ Primero, su derecho al debido proceso y al trabajo digno y justo, al haber dispuesto su traslado mediante un acto carente por completo de motivación, y luego no haber logrado justificar por qué era una necesidad del servicio trasladarlo justamente a él hacia la Procuraduría Regional de Cundinamarca. Segundo, opina que le desconoció su derecho a no ser discriminado en el goce de los demás derechos y libertades reconocidos por la Constitución (libertad de pensamiento, de expresión, de asociación, de desarrollar la personalidad, de escoger profesión u oficio, entre otras), al haberlo trasladado en realidad, y a pesar de la falta de motivación del acto, por su orientación sexual, por el sentido de sus opiniones políticas y filosóficas, y por su pertenencia y militancia en el Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría (SINTRAPROAN). A continuación se desarrollan los cargos del actor.

6. Primero, el demandante aduce que la Procuraduría General de la Nación le violó su derecho al debido proceso y al trabajo en condiciones dignas y justas. Este desconocimiento de su derecho fundamental se produjo –en su criterio– porque la entidad “no motivó el acto de la ‘Asignación de funciones’”, y luego de ello le “ha negado el acceso a toda información al respecto”.⁹ De ese modo –opina– ha faltado a su deber de justificar que el traslado se produjo por necesidades del servicio, que es, según su entendimiento de las sentencias C-443 de 1997 y C-429 de 2001 de la Corte Constitucional, un requisito jurídico indispensable para la administración, al momento de ejercer su facultad discrecional de traslado de personal.¹⁰

7. Segundo, considera que le violó el derecho a ejercer sin discriminación sus libertades y derechos constitucionales (art. 13, C.P.) porque no fue tratado “de igual manera que [a] sus compañeras y compañeros que quedan en la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos”. Y, agrega, en el mismo sentido, que aunque “ni se conocen los criterios en que se basaron para sacarme a mí, ni [l]os que [se]

tuvieron para dejarlos a ellos”, si se interpreta el acto que ordena su traslado en un contexto apropiado más amplio, puede advertirse que las verdaderas razones del mismo tuvieron que ver con: sus condiciones personales (el tutelante es, y ha declarado públicamente ser homosexual y convivir en pareja con una persona de su mismo sexo), sus opiniones políticas y filosóficas (es y ha sido, desde hace aproximadamente quince años, y dentro de la misma Procuraduría General, defensor de los derechos de las personas pertenecientes a la población LGBTI -Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales-); y por su pertenencia y militancia dentro del Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría (SINTRAPROAN) desde que ingresó a la entidad. En sus propias palabras, el traslado se produjo por los siguientes motivos:

“en mi caso la Administración de la Procuraduría General de la Nación acudió a criterios sospechosos proscritos por los Instrumentos Internacionales y aludidos en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional [...] Tales criterios son, evidentemente, la orientación de mi sexualidad, mi posición política y filosófica, mi condición de académico y sindicalista que vindica el respeto y cumplimiento de los Instrumentos Internacionales, el feminismo, la perspectiva y la Teoría de Género”.¹¹

Para fundamentar ese punto, el actor propone examinar su traslado en un contexto más amplio, que evidencia un claro contraste entre, por una parte, sus condiciones personales, opiniones políticas y filosóficas, y su pertenencia y militancia activa dentro del Sindicato; y, por otra parte, las opiniones emitidas por el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado sobre los derechos de las personas con orientación sexual homosexual y con la defensa de esos derechos. Las dos dimensiones de ese entorno las expone de la siguiente manera:

7.1. En efecto, por una parte, el demandante expone ampliamente algunos aspectos de su vida, de su vocación y ejercicio profesional, y de su proyecto vital propiamente dicho, que considera relevantes para este proceso, tales como:

a. Su orientación sexual (la del tutelante). El peticionario aduce ser un “hombre homosexual, de sexo masculino, con identidad y rol de género masculinos que forma familia con otro hombre en virtud de la unión en pareja, convivencia, solidaridad e interés erótico afectivo, que vivimos, desde hace más de 3 años”.¹² Dice que esas condiciones pudieron ser conocidas por la actual administración, encabezada por el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado,

pues –según él- toda esa información fue aportada a su hoja de vida. En sus propias palabras:

“[m]i orientación sexual y la unión en familia con otro hombre fueron informadas a la Administración de la Procuraduría General de la Nación en documentos que reposan en mi Hoja de Vida”. 13

b. Sus intereses profesionales. El demandante dice tener como vocación el ejercicio de la abogacía en defensa de los derechos de la población LGBTI, y que la jefatura de la Procuraduría General está enterada de ello. Asegura que varias manifestaciones de su ejercicio profesional así lo revelan. Por ejemplo, expresa que así lo muestran su proyecto de pregrado, el cual tituló ‘Diversidad y Convivencia en el Sistema Jurídico Colombiano’, y su proyecto de grado para la especialización en derechos humanos, que llevaba como título ‘Diversidad en la Sexualidad, Derecho Fundamental de la Humanidad’. Así lo evidencia también –a su parecer- su participación activa en diversos eventos académicos nacionales e internacionales, tales como los siguientes: ‘Ejercicio de la sexualidad: derecho fundamental de la humanidad’, llevado a cabo en Costa Rica (2010); ‘Ejercicio de la sexualidad: Derecho fundamental de la Humanidad. Situación en Colombia’, llevado a cabo en España (2008); ‘Violencia contra sexualidades no hegemónicas: el ejercicio de la sexualidad como un Derecho Humano. Aportes desde la Perspectiva Sindical’, llevado a cabo en Ecuador (2008); ‘Participación y precongreso. Derechos de los Trabajadores Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transgénero’, llevado a cabo en Austria (2007); ‘Derechos humanos y política de salud ocupacional con enfoque de género y diversidad’ llevado a cabo en Bogotá (2007); ‘Ejercicio de la sexualidad y conflictos armados’, llevado a cabo en Bogotá (2007), entre otros. 14

c. Sus opiniones sobre cómo la Procuraduría General de la Nación debe ser activa en la defensa de los derechos de la población LGBTI. El peticionario manifiesta que él mismo le expuso al señor Procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, su convicción de que el Ministerio Público debía adelantar acciones encaminadas hacia la defensa y protección efectiva de los derechos de la población LGBTI. Así, dice que luego de recibir una declaración de propósitos del entonces nuevo jefe del Ministerio Público, le extendió a este (Dr. Ordóñez Maldonado) la siguiente comunicación, en la cual le puso de presente su renovado interés en que la Procuraduría fuera un estandarte en la protección de los derechos de la población LGBTI. Se transcribe el aparte relevante de la carta:

“Bogotá D.C., 19 de enero de 2009

Doctor

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C.

REF: GESTIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN CON ENFOQUE EN EL RESPETO Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA POBLACIÓN LGBTI.

Respetado Señor Procurador:

Agradezco su saludo del pasado 15 de los corrientes a las servidoras y los servidores de la Procuraduría General de la Nación y le deseo los mejores éxitos en su gestión.

[Q]uiero invitarlo a que la Procuraduría General de la Nación lidere, en ejercicio de su mandato constitucional, el respeto y la garantía de los Derechos Humanos de la Población LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales), toda vez que en el orden nacional no se vela por el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas en virtud de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por nuestro Estado, para este sector de la población colombiana.

[...]

Por lo anterior, le explico mi deseo de ponerme a su disposición para la implementación de un enfoque con perspectiva de géneros y diversidad que responda a la problemática expuesta con altos estándares técnicos de calidad que permitan a la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control especializado en derechos humanos, cumplir con las demandas suscitadas al respecto por diferentes sectores a nivel nacional y, como lo he reiterado, con compromisos de orden internacional que nos vinculan.

Cuento con la cualificación y el reconocimiento para impulsar una política institucional de

respeto y garantía de los Derechos Humanos de la población LGBTI que satisfaga las actuales necesidades no sólo en materia de Promoción de Derechos, sino que permita, además, responder con altos estándares internacionales en el desarrollo de nuestro mandato como agentes del Ministerio Público, especialmente en el ámbito penal y en la implementación de la ley de justicia y paz, así como en nuestra esencial función disciplinaria.

Cabe aclarar que el suscrito ingresó en julio de 2008 a nuestra entidad a través de concurso de méritos [...] y actualmente se desempeña como Asesor de la Coordinación de Atención al Desplazamiento Forzado, por lo que mi interés se enfoca en el desarrollo de una función.

Agradezco su atención [...]

DANIEL ANTONIO SASTOQUE CORONADO".15

Esta comunicación fue respondida por la entonces Secretaria Privada del Procurador General, Dra. Gloria Patricia Cáceres Becerra, quien le informó haber tomado "atenta nota de sus inquietudes y de su deseo de formar parte de los proyectos que al respecto emprenda la Entidad, que tendrá en cuenta su ofrecimiento de apoyo profesional en tal oportunidad".16

d. Sus actividades dentro de la Procuraduría General de Nación, a favor de la defensa de los derechos de la población LGBTI. El actor manifiesta que, cuando se produjo su traslado, trabajaba en la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos. A esta última se le había encomendado llevar a cabo la 'Acción Preventiva No. 4 de 2010', la cual tenía como objetivo esencial propiciar el "fortalecimiento de la función preventiva de la PGN en materia de derechos de la población LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales)". Pues bien -asegura- a él en específico se le asignó la función de ofrecer una capacitación a los funcionarios y funcionarias de la Procuraduría sobre los derechos de la población LGBTI. De estas actividades estaba enterada la administración, según su perspectiva. 17 El actor anexa varios de los documentos preparados por él en el curso de la Acción Preventiva, y enviados a los servidores en capacitación. Por ejemplo, anexa el módulo de la "semana 2", enviado por correo electrónico el viernes veintiocho (28) de mayo de dos mil diez (2010)18 y que fue elaborado por él mismo, tiene el logo de la Procuraduría General de la Nación, y se dicta -según su encabezado- dentro de la Acción Preventiva No. 4. El título del módulo es este: 'Conceptos básicos en sexualidad y género', y consta de once páginas. Algunos de los contenidos

pueden advertirse tras la lectura de los siguientes fragmentos:

“EL SEXO

El sexo ya no se entiende exclusivamente referido a los genitales. El desarrollo de la genética, la endocrinología y otras especialidades y subespecialidades de la medicina nos permiten extender la referencia del concepto sexo. Siguiendo al profesor Jaques Corraze ('L'homosexualité', Colección Que sais-je. Preses Universitaires de France, 5ª edición, París, 1996), el sexo biológico implica 3 componentes esenciales: el sexo cromosómico, el sexo hormonal y el sexo anatómico.

[...]

SEXUALIDAD

Muchas son las definiciones sustentadas sobre la sexualidad. A diferencia de lo sexual (relativo al sexo), la sexualidad implica un plano de realización humana que no se agota en lo meramente fisiológico. [...] 'La sexualidad, podríamos decir, es la exteriorización para sí y para el resto de personas, de la coherencia que construye cada persona frente a su sexo y su cotidianidad' [cita de su tesis de grado para especialización].

La orientación de la sexualidad hace alusión al interés erótico afectivo de una persona hacia otra. En este punto es necesario resaltar esto último: el interés erótico afectivo se dirige a otra persona y no hacia los animales (Bestialidad o zoofilia) y tampoco hacia los objetos (fetichismo).

La orientación de la sexualidad puede ser homosexual, heterosexual o bisexual.

Una persona es homosexual, cuando su interés erótico afectivo se dirige hacia personas del mismo sexo. Los términos LESBIANA y GAY hacen referencia a la homosexualidad femenina y masculina, aunque en algunos contextos la expresión Gay tiene un uso que refiere a la homosexualidad femenina o masculina. Para nuestra capacitación y el desarrollo de nuestra acción preventiva nominaremos la vivencia homosexual femenina con el concepto de Lesbianidad como una necesaria acción afirmativa pues las problemáticas de violación de derechos a la población homosexual afectan de manera diferenciada a mujeres y hombres.

Una persona es HETEROSEXUAL, cuando su interés erótico afectivo se dirige hacia personas del sexo opuesto.

Una persona es BISEXUAL, cuando su interés erótico afectivo se dirige hacia personas de ambos sexos, bien sea de manera simultánea o 'intercalada'. Hombres y mujeres pueden ser bisexuales.

En relación con la orientación de la sexualidad es importante recordar que la Homosexualidad no es una enfermedad ni una perversión. De hecho, desde hace 20 años la Organización Mundial de la Salud [la] excluyó de la lista de enfermedades mentales y actualmente hay consenso [en] que nunca debió estar en ella, por eso el 17 de mayo se celebra en todo el mundo el 'Día Internacional contra la Homofobia'.

Tengan presente por esta razón que actualmente no se utilizan las expresiones homosexualismo y lesbianismo porque los sufijos 'ismo' hacen referencia a categorías clínicas. Por ello es correcto hablar de homosexualidad y lesbiandad.

[...]

Como al referirnos al sexo advertíamos que hoy en día dicho concepto hace referencia a varias dimensiones, evidenciando otras categorías no enmarcadas en la bipolaridad hombre/mujer, actualmente hace curso la expresión 'PANSEXUAL' para referir a una orientación de la sexualidad en la que el interés erótico afectivo hacia una persona no tenga en cuenta ninguna tal dicotomía. Así, se considera que una persona que tenga interés erótico afectivo por una persona hermafrodita o ambigua sexual, por ejemplo, tiene una orientación homosexual.

LA IDENTIDAD Y EL ROL DE GÉNERO

[...]

La IDENTIDAD y el ROL DE GÉNERO pueden ser:

* FEMENINA: Si responden a lo que en determinado tiempo y cultura se atribuye a las

mujeres (El vestuario es tal vez uno de los mejores ejemplos: las mujeres en nuestra cultura utilizan faldas, zapatos de tacón, maquillaje, accesorios como aretes, etc).

* MASCULINA: Si responden a lo que en determinado tiempo y cultura se atribuye simultáneamente a mujeres y hombres (Siguiendo con nuestro ejemplo, los hombres utilizan pantalón, no se maquillan, zapatos bajos, etc)

* TRANSGÉNERO: Si responden a lo que en determinado tiempo y cultura se atribuye simultáneamente a mujeres y hombres o al margen de unas y otros.

Dentro de las Identidades y Roles Transgénero podemos identificar otros conceptos que no debemos confundir:

PERSONAS TRAVESTIS: Se visten continuamente con prendas de otro sexo, cambian de nombre por uno del sexo que pretende y desarrollan acciones que propenden por la transformación física, todo ello con el fin de fijar su identidad de género.

[...]

PERSONAS ANDRÓGINAS: Son personas que en su comportamiento y especialmente en su vestuario y apariencia, propenden por la ambigüedad. Es decir, a primera vista no podemos determinar de qué sexo son.”¹⁹

Por otra parte, asegura que poco tiempo antes de haber sido trasladado había ofrecido un concepto para un proceso de tutela tramitado ante la Corte Constitucional, que tenía que ver con los derechos de una mujer transgenerista, y que en su opinión jurídica expuso los criterios relevantes desde el punto de vista del derecho internacional, pero luego se enteró de que la versión final había sido sustancialmente modificada, y lleva ahora la firma del señor Procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

e. Su participación en el Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación (SINTRAPROAN), toda vez que dentro de sus actividades sindicales, ha elevado algunas críticas y reclamos a la administración actual de la Procuraduría General de la Nación. Así, por ejemplo, dice que el veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010), promovió un comunicado público de la Asamblea de la Seccional Bogotá, para solicitar un pronunciamiento del señor Procurador General sobre la muerte de un ‘compañero’ suyo, y

más adelante expresó su inconformidad por el hecho de que el Procurador hubiera guardado silencio frente a esa muerte y, en cambio, se hubiera pronunciado sobre el crimen del hijo de la Procuradora Judicial de Barranquilla. También dice que para las elecciones de delegados y delegadas de la seccional a la Asamblea Nacional de SINTRAPROAN, promovió públicamente “la necesidad” de que se fortaleciera el trabajo del sindicato por el respeto del “principio universal a trabajo de igual valor, salario de igual valor”, en tanto a su juicio dentro de la Procuraduría eran reiteradas las denuncias “sobre el manejo de la planta de personal por parte de la actual administración, pues hay muchas personas que prestan sus servicios en grados inferiores pero desempeñando funciones de mayor responsabilidad que las del cargo que ostentan y no son nombradas provisionalmente en los cargos respectivos, pues al parecer se está utilizando la planta para otro tipo de ‘compromisos’”. 20 Y cita otras manifestaciones, suyas o del Sindicato propiamente dicho, en las cuales se advierte un tono crítico frente a la ‘actual administración’.

7.2. Ahora bien, el demandante dice que todos esos datos, por sí solos, no dicen nada. Pero sí dicen, cuando se examinan a la luz de las opiniones emitidas por el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado sobre los derechos relacionados con el ejercicio de la sexualidad. Por tanto, propone contrastar los caracteres antes descritos (7.1), con los puntos de vista esgrimidos por el Dr. Ordóñez Maldonado en sus tres obras: Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad, El libre desarrollo de la personalidad o el fundamento libertario de la Corte Constitucional y El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural. Asegura que en ellas hay indicios que permitirían entender adecuadamente los impulsos del acto de traslado. En este punto, el demandante cita extensos pasajes y los agrupa por títulos. La Sala transcribe dos de ellos, según los títulos asignados por el actor:

-“El rechazo de la perspectiva de género y el multiculturalismo”. En su acción de tutela cita, entre otros, el siguiente pasaje de la obra El nuevo derecho, el orden mundial y la revolución cultural, del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado:

“8. Ideología de Género y jurisprudencia constitucional. (...) Ello se ha convertido, infortunadamente, en un problema de tecnología jurídica en la cual simplemente se termina por aplicar un tratado internacional o el precedente de algún organismo judicial multilateral, para declarar inexecutable cualquier norma que no sea compatible con la mencionada ideología, pero desde luego, las implicaciones de tal ideología las desconoce la opinión

pública colombiana que profesa concepciones religiosas, morales y culturales radicalmente contrarias, pero que en forma progresiva y por vía de la cosa juzgada, así como de la pedagogía que de allí se deriva, se las vienen cambiando imperceptiblemente.

Si ello no se detiene, más temprano que tarde la sociedad colombiana será irreconocible. Lo que está en peligro es nuestra propia identidad nacional, sustituida por un multiculturalismo diseñado desde los laboratorios de los actuales centros de poder global, que para su consolidación deberá disolver previamente –estamos en eso- las tradiciones nacionales” (pp. 145 y ss. de la obra citada).²¹

- “Autonomía”. En el escrito de tutela, el accionante también cita, además de otros, el pasaje siguiente de la obra *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*, del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado:

“[l]o que cualquier ordenamiento jurídico civilizado –desafortunadamente cada vez quedan menos, hoy las democracias no los permiten- deben censurar son los actos homosexuales realizados libre y voluntariamente que atenten contra los derechos del otro y contra el bien común al igual que cualquier otra conducta; las solas inclinaciones que no afecten los bienes jurídicos mencionados no podrán ser objeto de censura ni jurídica ni moral.

[...] La sola inclinación no puede ser fuente de derechos pues si así lo fuera, cualquier delincuente podría invocar su irresistible inclinación al delito cometido como justificación del mismo y más aún si llevamos a sus últimas consecuencias tal doctrina más temprano que tarde tendrían que expedirse normas que consagren el derecho al homicidio, al hurto, a la falsedad, dentro del marco del pleno desarrollo de la autonomía individual” (pp. 37 y ss. de la obra citada).²²

En su escrito, el demandante cita muchos otros fragmentos, y en extenso, dentro de los siguientes títulos: “Sistemas internacionales de derechos humanos”, “Corte Constitucional Colombiana”, “Procuraduría General de la Nación”, y en ellos se exponen las opiniones del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado sobre cada uno de estos puntos.

7.3. Y sugiere que ese contraste es todavía más revelador, si se toma en consideración que no había en realidad buenas razones para concluir que había una necesidad del servicio y que, si la había, debía ser él precisamente el llamado a satisfacerla. En ese sentido, parte de

sus argumentos se dirigen a cuestionar que en su caso no es tan claro que haya existido una necesidad del servicio, o que aun cuando haya existido, tuviera que ser justamente el encargado de satisfacerla:

“[n]o existen necesidades del servicio que satisfagan el hecho de que de toda la planta de la entidad, justo el suscrito sea el llamado a prestar su servicio en la Procuraduría Regional de Cundinamarca [...]”²³

“[n]o existen estudios que determinen la supuesta necesidad del servicio, no se sabe qué pasó con el personal que estaba en la regional de Cundinamarca, no se sabe qué de especial tengo yo en mi experiencia y conocimientos que ameriten dejar de asistir a todo el país en un tema altamente especializado [...]. ¿Si se precisaba algún tipo de asistencia, por qué simplemente no se me pidió que asesorara en lo pertinente a la Regional Cundinamarca? ¿Por qué se sacrifica la continuidad y el aporte técnico altamente especializado que estaba brindando en el Grupo de Asuntos Étnicos y Minorías Sexuales, tanto en asuntos multiculturales como de población LGBTI?”²⁴

8. En ese sentido, el señor Daniel Antonio Sastoque Coronado acusa a la dirección central de la Procuraduría General de la Nación de haber afectado varios de sus derechos fundamentales, sólo por tener una orientación sexual específica, y además por el sentido de sus opiniones políticas y filosóficas, y por su pertenencia al Sindicato de la entidad. A lo largo de su acción de tutela, el peticionario manifiesta indistintamente que ese acto es un atropello, primero para su derecho a la salud, aserto que justifica en que al momento de trasladarlo, la Procuraduría ignoró que él tenía derecho a una silla ergonómica, entre otros materiales por los cuales ‘luch[ó]’ para enfrentar un trauma en el cóccix. Dice, en específico:

“[l]a Administración ignoró por completo que el suscrito tiene una superficie de trabajo especial, una silla ergonómica (que utilizo con soporte de espalda y anillo ortopédico) y que hace 2 años luché para conseguir un archivador de doble servicio para disponer las carpetas y demás materiales de trabajo, pues sufrí un trauma en cóccix y columna hace algunos años que demandan un espacio de trabajo propio para mi salud [...]. La violación de mis Derechos me ha afectado de manera tan sensible que he desarrollado depresión, trastornos del sueño y exacerbación de enfermedades cutáneas que incluso han generado incapacidad del

suscrito”.25

Pero, por otro lado, asegura que ese acto le violó su derecho a la libertad de expresión y de conciencia, pues en términos prácticos fue una censura²⁶ a su derecho a escoger libremente profesión u oficio, pues desde cuando concursó para el cargo, lo que pretendía era laborar en el área en la cual trabajaba en la sede nacional;²⁷ su derecho a un trabajo digno y justo, pues en términos reales el traslado supuso haberle bajado el perfil;²⁸ su derecho al buen nombre y a la honra, pues el traslado en tanto censura y “castigo infundado e intimidación” puede despertar interrogantes y dudas en torno a su desempeño dentro de la entidad;²⁹ el derecho a no ser sometido a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, en tanto a sabiendas del sufrimiento que le produciría un traslado, y de la intimidación que provocaría en él y en quienes sostuvieran abiertamente posturas disidentes, se decidió dictarlo y ejecutarlo.³⁰

9. Así las cosas, el demandante solicita que se le amparen sus derechos, y como consecuencia –en síntesis- se ordene a la Procuraduría General de la Nación: i. cesar la violación a sus derechos y cumplir con las obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, ii. reintegrarlo en el programa de ejecución de la Acción preventiva No. 4 de 2010, sin ningún tipo de censura o discriminación, y iii. no adoptar, en su contra, ningún tipo de “retaliación”.

Respuesta de la Procuraduría General de la Nación

10. Por reparto le correspondió el conocimiento del asunto a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Mediante auto del ocho (08) de septiembre de dos mil diez (2010), la Sala Laboral no sólo avocó conocimiento, sino que además dispuso oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que en el término de los dos días siguientes a la comunicación se pronunciara sobre los hechos.³¹

Sin embargo, la Procuraduría General de la Nación guardó silencio.

Sentencias objeto de revisión e intervenciones de las partes

11. Sentencia de primera instancia. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010), negó la tutela

invocada. Para justificar su decisión, dijo que en el caso bajo examen se había producido un “traslado de personal” con fundamento en la facultad administrativa, con la cual cuenta el Procurador General, de asignar funciones en las diversas sedes de la entidad a los servidores públicos que dirige en ejercicio del ius variandi. Con todo, aseguró, el amparo puede proceder sólo si se cumplen las condiciones contempladas en la sentencia T-402 de 2005, por lo que citó el siguiente aparte, de ese fallo:

“la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado la procedencia de la acción de tutela en circunstancias especiales y que demandan con urgencia el amparo constitucional, a saber: (i) cuando el acto de traslado es intempestivo, arbitrario y atenta contra la unidad familiar; (ii) cuando con el mismo se [ponen] en grave riesgo la vida, la salud o la integridad personal del trabajador o algún miembro de la familia; y (iii) cuando atenta contra el derecho de los niños a tener una familia”.³²

Pero, en concepto de la Sala Laboral del Tribunal, esas condiciones no están presentes en este caso. Primero, porque no hay riesgo de ruptura de la unidad familiar del demandante, ni tampoco amenazas para su vida o su integridad personal. Segundo, porque no hay muestras entre los hechos narrados, de que el peticionario hubiera sido víctima de una discriminación, de una censura, o de una retaliación, por su orientación sexual o por su participación en el Sindicato de la Procuraduría. Esta falta de pruebas la expresa del siguiente modo:

“[d]e otra parte, el traslado del accionante a otra dependencia de la entidad y la reasignación de funciones, no demuestra la existencia de represalias por su condición sexual, ni por sus actividades sindicales, menos discriminación o censura, conductas que tampoco pueden deducirse, ni presumirse, de la postura religiosa del Procurador General, a la que se refiere la demanda. Así, pese a la amplitud y claridad de los argumentos que expone el actor para oponerse al traslado, en procura de establecer una relación de conexidad con la decisión de la entidad, no se evidencia que el acto administrativo en mención haya estado motivado por razones subjetivas o caprichosas, o precedido por actitudes de persecución y estigmatización, ante lo cual prevalece su presunción legal, que debe desvirtuarse ante el juez natural competente”.³³

12. Impugnación. El accionante apeló la providencia. Sostuvo, para justificar su impugnación, que la Sala Laboral del Tribunal cometió un error en la apreciación de los hechos fundantes

de su amparo, en cuanto se limitó a juzgar la legitimidad de la asignación de funciones, sin tener en cuenta que ese hecho es “apenas un evento en la cadena de sucesos” que –según su criterio- fue la causa de la violación a sus derechos. Pero, especialmente, hizo énfasis en que el silencio de la Procuraduría General de la Nación no podía ser contraproducente para el demandante, sino para la Procuraduría; máxime si, como en este caso, se alega una discriminación basada en criterios expresamente prohibidos por la Constitución. En casos con estas condiciones –dijo el actor- los jueces deben tener por ciertos los hechos narrados por el demandante, y como en este caso no ocurrió así se desconocieron la Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional e internacional en materia de derechos humanos. Por eso, solicitó que el fallo del Tribunal fuera revocado en segunda instancia.

13. Intervención de la Procuraduría General de la Nación. Mediante escrito del treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010), la Procuraduría General de la Nación intervino para oponerse a las pretensiones. Esta clase de asuntos, en su concepto, relacionados con los límites de la administración pública en la asignación de funciones y traslado de funcionarios, deben ser tramitados ante la justicia contencioso administrativa, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Para sustentar su aserto, la apoderada de la Procuraduría General de la Nación cita distintos apartes de sentencias de la Corte Constitucional, sin especificar a propósito de qué casos fueron formulados, pero de los cuales podría deducirse –a su juicio- que la acción de tutela no está llamada a proceder cuando hay otros medios de defensa judicial disponibles. Mucho menos si, como ocurre en los procesos por acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, puede solicitarse la suspensión provisional del acto atacado, pues en ese caso se trata de una medida igual de eficaz a la acción de tutela. Por lo demás, dice que el traslado del tutelante se produjo dentro de la misma ciudad (Bogotá), las funciones que se le asignaron en la nueva dependencia son similares a las que desarrollaba en la anterior, cuenta con condiciones locativas similares y desempeña exactamente el mismo cargo que antes.³⁴

14. Sentencia de segunda instancia. En segunda instancia, el veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió “confirmar el fallo”. La Sala de la Corte Suprema consideró que el caso le planteaba dos problemas: el primero tenía que ver con la forma en la cual la Procuraduría había decidido cumplir con sus funciones de promoción y defensa de los derechos humanos; el segundo,

relacionado con la validez del acto administrativo que “le asignó funciones [al demandante] en la Procuraduría Regional para Cundinamarca”.³⁵ El primer problema, dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, escapa al ámbito de competencia del juez constitucional y sólo le atañe a la Procuraduría General de la Nación, y si puede cuestionarse no es ante el juez constitucional, pues las políticas internas de la entidad son adoptadas mediante actos de carácter general, abstracto e impersonal, contra los cuales no procede la acción de tutela. El segundo problema debe ser resuelto por jueces distintos al de tutela, porque para eso existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, porque si el accionante pretende es protegerse frente al acoso laboral, la Ley 1010 de 2006 contempla un medio de defensa eficaz. Finalmente, no hay “elementos de juicio suficientes” para concluir que la decisión de la accionada, de asignarle unas nuevas funciones al actor, era una respuesta para enfrentar las convicciones personales e ideológicas del actor, o una discriminación por otros motivos.³⁶ Por el contrario, más bien es el ejercicio de las funciones propias de la administración de mover y redistribuir personal dentro de las entidades, en función de las necesidades del servicio.

Actuaciones relevantes de las partes, luego de la segunda instancia

15. El demandante presentó varios cuadernos más, luego de surtida la segunda instancia. El primero fue presentado el veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), y contiene dieciséis (16) folios. El segundo fue presentado el tres (03) de noviembre de dos mil diez (2010) y contiene treinta (30) folios. El tercero fue presentado el dieciséis (16) de febrero de dos mil once (2011) y contiene doscientos treinta y dos (232) folios. El cuarto fue presentado el cinco (05) de abril de dos mil once (2011) y contiene noventa y ocho (98) folios. El quinto lo presentó el nueve (09) de mayo de dos mil once (2011) y tiene treinta y dos (32) folios. El sexto lo presentó el dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) y tiene treinta (30) folios. El séptimo lo presentó el veinte (20) de junio de dos mil once (2011), y tiene setenta y cuatro (74) folios. El octavo lo presentó el veintidós (22) de junio de dos mil once (2011) y tiene trece (13) folios. El último lo presentó el seis (06) de julio de dos mil once (2011) y tiene treinta (30) folios. En síntesis, en sus más de quinientos folios, el demandante narra hechos posteriores a la acción de tutela, o a las decisiones de instancia, o a sus escritos anteriores. Los hechos narrados se relacionan con derechos de petición instaurados por él, que a su juicio no han tenido respuestas conformes a la ley y a la Constitución; con algunos problemas de salud que ha sufrido desde el traslado; con algunas incomodidades que le depara su

nuevo sitio de trabajo; con desavenencias que ha tenido con algunos funcionarios de la Procuraduría, o con manifestaciones que ha hecho el Procurador General de la Nación relacionadas con el manejo de personal dentro de la entidad; con correos que le han enviado, en los cuales se hace alusión a características asociadas a sus elecciones personales. Pero, también, en esos escritos, el demandante expresa opiniones sobre la administración de personal que actualmente tiene lugar en la Procuraduría General de la Nación, expone puntos de vista sobre su caso que no había ventilado antes, reitera algunos de los cuestionamientos iniciales, ahonda en algunos de los puntos centrales de su tutela, anexa otros documentos con el ánimo de acreditar sus condiciones de salud, y hace énfasis en aspectos de su caso que había desarrollado ampliamente en su acción de tutela y en su impugnación.

Dentro de los elementos que aporta, hay una grabación de una intervención del Doctor Alejandro Ordóñez en un acto público, en la cual, dice, se refirió abiertamente al conflicto que origina esta tutela.

“¿Que discrimino yo? No. Lo que se pretende acusarme es por un concepto que rendí ante la Corte Constitucional, a propósito de la exequibilidad del artículo ciento trece del estatuto civil. Y lo hago, no por mis convicciones, señor Sastóque (sic), aunque las tengo, y nunca las he negado, y no me avergüenzan [...] pero, para terminar, lo que Usted no le cuenta a la Asamblea es que Usted demandó esa remoción y que perdió en primera instancia, y no he querido proveer del cargo, y no he querido que la persona designada, hemos designado a alguien, o tal vez no... no sé, pero ahí está la vacante, ¿por qué razón? Para que entienda lo respetuoso que soy de los derechos, estoy esperando la decisión de segunda instancia, pero si la decisión de segunda instancia le desfavorece, estará demostrado, como se demostró en primera instancia, que no agravié el ordenamiento jurídico. Pero si es revocada, si es revocada la decisión, se cumplirá inexorablemente la decisión, pero le quiero decir: que los funcionarios de la Procuraduría no son ruedas sueltas, y no pueden hacer lo que se les venga en gana, está reglada y si ello es así, Usted no puede establecer los contenidos que quiera, ideologizados o no; hay comités que responden, que responden a las políticas, políticas de la Procuraduría, en esa como en otras materias de derechos fundamentales que se adecuan a la legislación, a la ley y a la Constitución. (...).37

16. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación presentó, asimismo, un memorial, cuando el proceso estaba en revisión ante la Corte Constitucional. El texto se radicó en la

Secretaría General de esta Corporación el veintinueve (29) de abril de dos mil once (2011). Este último memorial de la Procuraduría General de la Nación puede dividirse, por su relación con las premisas fundamentales de la demanda en tutela, en cinco apartados, que la Sala expone a continuación.

16.1. En el primer apartado, la Procuraduría expone algunos hechos anteriores al traslado del peticionario, que considera deben tenerse en cuenta al momento de definir el mérito de esta acción de tutela. Son hechos que, dice el Ministerio Público, si bien ocurrieron incluso antes del ingreso del peticionario a la Procuraduría General de la Nación, permiten examinar en contexto las reivindicaciones del demandante. En esencia, esos hechos tienen que ver con la forma como salió el señor Sastoque Coronado de la Defensoría del Pueblo. Pues, asegura la Procuraduría, al momento de su salida argüía que la Defensoría del Pueblo le había violado sus derechos fundamentales al no haberle brindado una adecuada protección, a pesar de haber sido, según él, amenazado de muerte como consecuencia del ejercicio de sus funciones. Ese reclamo del actor fue elevado incluso mediante acción de tutela, pero tanto en primera como en segunda instancia sus pretensiones le fueron despachadas desfavorablemente, según la versión del Ministerio Público. Asegura la Procuraduría, en su memorial, que el señor Sastoque Coronado, por ejemplo, justo antes de retirarse de la Defensoría, el nueve (09) de junio de dos mil ocho (2008), le dirigió una comunicación al Defensor del Pueblo en la cual le decía:

“en el trámite de la Acción de Tutela por mí impetrada se desconocieron los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Política, otra cosa es que la Rama Judicial hubiera basado su decisión en argumentos contrarios a la protección de Derechos, como el presumir de la defensoría del Pueblo la Buena Fe, pero no la mía, como debió ser porque así lo establece la Constitución Política de Colombia [. El hecho de que] el fallo hubiese constituido una vulneración más a mis derechos por el Estado colombiano no significa que no hubieran existido vulneraciones a mis derechos fundamentales”.³⁸

16.2. En el segundo apartado, la intervención ofrece su versión sobre los hechos presentados por el demandante. Dice, entonces, que los hechos materia de esta tutela pueden remontarse hasta la Resolución 316 de 2009, en la cual el Procurador General de la Nación creó los grupos de trabajo de la Procuraduría Delegada de la cual fue trasladado el hoy

demandante. Pues, según el memorial, fue precisamente para dar cumplimiento a esa Resolución, que el Procurador Delegado para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos creó un grupo conformado por cinco funcionarios, entre ellos por el señor Daniel Antonio Sastoque.³⁹ Se trataba del ‘Grupo de Asuntos Étnicos y Minorías Sexuales’, al cual se le asignó la función de llevar a cabo la Acción Preventiva No. 4 de 2010 relativa al ‘Fortalecimiento de la Función preventiva de la PGN en materia de Derechos de la Población LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales)’. Pues bien, dice la intervención, en desarrollo de sus funciones, fue que el demandante resultó destinatario del Decreto 2018 de 2010, mediante el cual el Procurador General de la Nación dispuso su traslado.

16.3. En el tercer apartado, la Procuraduría relata los hechos posteriores al traslado del demandante. Asegura, en este contexto, que el acto de asignación de funciones en la Procuraduría Regional de Cundinamarca entró a regir el mismo diez (10) de agosto de dos mil diez (2010), y le fue comunicado al despacho del peticionario el día siguiente. Sin embargo, dice, el demandante sólo se presentó ante el Procurador Regional de Cundinamarca el diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010). En esa ocasión, según la versión de la Procuraduría, se presentó a la Procuraduría Regional y le puso de presente al Procurador Regional: que sólo había sido comunicado del traslado el veinte (20) de agosto, pues entre el momento de la expedición del mismo y esa fecha se encontraba en cumplimiento de funciones por fuera de Bogotá; que desde el veinte (20) de agosto estuvo organizando sus asuntos, para hacer entrega del cargo; que, con todo, entre el veinte (20) de septiembre y el primero de octubre salió a vacaciones; que cuando llegó de vacaciones tuvo una semana de permiso sindical, con motivo de la Asamblea de delegados; que del diez (10) al catorce (14) de octubre estuvo incapacitado; que el quince (15) de octubre se reintegró, pero fue notificado de su designación como jurado de votación para el Comité de Incentivos y estímulos, la cual habría de llevarse a cabo el diecinueve (19) de octubre; que, argumenta que de cualquier modo, él no poseía conocimientos en derecho disciplinario.⁴⁰

Según la Procuraduría General, ese mismo día, el Procurador Regional puso en conocimiento de la Procuraduría nacional las ausencias del demandante, y la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación le dirigió al peticionario una comunicación. En ella se le ‘ordenaba’ al demandante presentarse de inmediato a la Procuraduría Regional. Pero, para ello, se creyó necesario exponer la causa de la asignación de funciones en esa sede, lo cual

se hizo del siguiente modo, se cita en extenso:

“[p]or medio del Oficio SG-5630 del 27 de octubre de 2010, la Secretaría General de la Procuraduría General de la nación se dirigió al Señor Sastoque Coronado para responder al Oficio por él radicado en la Procuraduría Regional de Cundinamarca el 19 de octubre.

En su Oficio, la Secretaría General de la Nación recordó al Asesor que la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación fue establecida mediante el decreto 2065 [sic] de 2000, norma por virtud de la cual se creó un sistema dual de administración de personal, compuesto por un sistema de planta fija, en donde ‘es la misma ley la que determinó la cantidad, la denominación y la ubicación de los respectivos empleos’- y un sistema de planta globalizada, sobre el que ‘los empleos fueron previstos únicamente en su número total, correspondiendo su ubicación y distribución al Procurador General, según las facultades concedidas en los artículos 2° [del Decreto 2065 [sic] de 2000] y 7-39 del decreto ley No. 262 de 2000.

Dicho esto, la Secretaría General de la Nación precisó que ‘en el caso de los cargos de Asesor Código 1AS, Grado 19, se contempló como planta fija para el nivel territorial un total de 16 cargos[, entre los que no se encuentra el cargo asignado al señor Sastoque,] mientras que los demás hacen parte de la planta globalizada, según el artículo 1° del citado Decreto 265, y están distribuidos por disposición del procurador General de la nación en las demás dependencias de la entidad”. En el mismo sentido, hizo referencia al numeral 39 del artículo 7° del decreto 262 de 2000, de conformidad [con el cual] es potestad del Procurador General de la Nación “distribuir y reubicar los empleados de la planta de personal globalizada, entre las distintas dependencias de la Procuraduría”.⁴¹

Luego de esto, y de acuerdo con el libelo del Ministerio Público, al peticionario se le impartió la orden de “presentarse de inmediato en la Procuraduría Regional de Cundinamarca, en cumplimiento a lo ordenado por el nominador, el Procurador General de la Nación”. Posteriormente, el tres (3) de noviembre de dos mil diez (2010), el tutelante entregó los asuntos pendientes al Coordinador del Grupo de Asuntos Étnicos y Minorías Sexuales, y el nueve (9) del mismo mes se presentó en la Regional de Cundinamarca a cumplir sus funciones. Como consecuencia de ello, la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación ordenó indagación preliminar en su contra, por aparentemente haber incumplido la orden del

Procurador General de la Nación contenida en el Decreto 2018 del 10 de agosto de 2010.

En su escrito, la Procuraduría General de la Nación expresa que el demandante sigue en su cargo de Asesor Grado 19 y, aunque en la Regional de Cundinamarca, “desempeña funciones relacionadas con la labor preventiva en materia de derechos humanos de esa dependencia y con la labor preventiva relacionada con el cumplimiento de las sentencias judiciales de las distintas entidades públicas que han sido condenadas por la jurisdicción contencioso administrativa”. Pero -agrega- el accionante “se ha negado a adelantar procesos disciplinarios aduciendo que esas funciones no se adecuan a su perfil profesional”.⁴²

16.4. En el cuarto apartado, la intervención de la Procuraduría General de la Nación propone argumentos para sostener que, en este caso, la acción de tutela es improcedente. Señala, en este contexto, que el demandante tiene a su disposición otros medios de defensa judicial de sus derechos. Así, indica que el peticionario puede instaurar una acción contencioso-administrativa, la cual resultaría idónea y eficaz. Porque, por lo demás -agrega-, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos requisitos definidos para que, en hipótesis como esta, proceda la tutela como medio de protección judicial. Dice que la Corte Constitucional ha hecho depender la procedencia del amparo, en casos de traslado de servidores públicos, de la concurrencia de tres requisitos: (i) que el traslado tenga como consecuencia la afectación de la salud del trabajador o de los miembros de su núcleo familiar; (ii) que la decisión de trasladar aparezca como intempestiva y arbitraria y tenga como consecuencia la ruptura del núcleo familiar, y (iii) como consecuencia del traslado se pongan en riesgo la vida o la integridad personal del servidor. Así, continúa, en esta ocasión no se dan las condiciones precitadas: primero, porque el traslado se produjo dentro de la misma ciudad, y a unas cuantas cuadras;⁴³ segundo, porque el traslado respondió al ejercicio legítimo del ius variandi por parte del señor Procurador General de la Nación, quien de acuerdo con lo dispuesto en “el Decreto 2065 de 2000” puede distribuir los cargos de la planta globalizada dentro de la dependencia, y precisamente el cargo del tutelante hace parte de la planta globalizada;⁴⁴ tercero, porque las instalaciones de la Procuraduría Regional de Cundinamarca están en condiciones adecuadas, según los informes de la Oficina de Salud Ocupacional.⁴⁵

16.5. En el quinto apartado, la Procuraduría General de la Nación expone su criterio acerca del fondo del asunto: a su juicio, el traslado del demandante obedeció a un ejercicio legítimo

del ius variandi. Cita, en esta línea, fragmentos de las sentencias T-250 de 2008, T-524 de 2010, T-325 de 2010, y propone concordarlas con otras, en las cuales se hace relación a los alcances de la potestad con la cual cuenta el empleador para trasladar a los empleados de conformidad con la ley. Eso sí, aclara, esa atribución “no es absoluta y est[á] limitada a la necesidad del servicio”.⁴⁶ Y, luego de hacer esa afirmación y de citar un párrafo jurisprudencial concluye:

“[a] partir de lo anterior, es razonable inferir que en el presente caso, como en muchos otros ya resueltos por la Corte Constitucional, se ha manifestado de manera muy clara que la acción de tutela no es el medio judicial apropiado para controvertir la legalidad del acto administrativo por medio del cual se ordena un traslado ni tampoco para lograr su revocatoria, suspensión o reforma, pues el juez constitucional no tiene esa competencia y de hacerlo, no sólo estaría desbordando la órbita de su competencia, sino también estaría invadiendo la de otros jueces, como es, en el caso sub examine, la competencia del juez contencioso administrativo.

En ese sentido, tal y como lo concluyeron en su momento el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia, y contrario a lo pretendido por el Señor Sastoque Coronado, la acción de tutela no es el mecanismo apto para cuestionar el ius variandi. Por lo tanto, como jefe del Ministerio Público (e), concluyo que la acción de tutela por él interpuesta resulta improcedente, toda vez que, en atención a los presupuestos que para el ejercicio de la acción de tutela establece el artículo 86 de la Constitución Política, y como la Corte Constitucional lo ha señalado en reiteradas oportunidades, esta acción no es el mecanismo para discutir la legalidad de un acto administrativo, pues el mecanismo ordinario para el efecto está en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo. Acción por virtud de la cual, además, es posible lograr la suspensión provisional del acto administrativo cuestionado”. ⁴⁷

Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

17. Mediante auto del diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011), la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional decidió suspender los términos del proceso y le ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional que oficiara al despacho del Señor Procurador General de la Nación, para que en el término máximo de los cinco (05) días

siguientes a la notificación de esta providencia le suministrara información específica atinente al traslado del señor Sastoque Coronado, y esta fue la respuesta que obtuvo:

17.1. Para empezar, la Sala ofició a la Procuraduría General de la Nación en orden a que le informara en cuáles hechos se basó para concluir que era una necesidad del servicio trasladar al señor Daniel Antonio Sastoque Coronado desde la Procuraduría General de la Nación hacia la Procuraduría Regional de Cundinamarca el diez (10) de agosto de dos mil diez (2010), y aportara las pruebas pertinentes. Mediante el Oficio DO. No. 0179 del veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011) el señor Procurador General de la Nación, Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, respondió de la siguiente manera, se citan los apartes relevantes:

“es necesario informar [...] a esta Honorable Corporación que la decisión no estuvo revestida de arbitrariedad, pues dentro de los propósitos planteados por la Procuraduría se ha dispuesto el acompañamiento y atención a temas relativos a la protección de los derechos humanos, proyecto que se ha fijado en cumplimiento de los designios constitucionales, y que ha sido enfocado en el nivel territorial de acuerdo con las necesidades que demandan y requieren de la presencia de este Ente de Control.

De esta forma, y tal como fue consignado expresamente en la Circular 22 de 16 de abril de 2009, las Procuradurías Distritales y la Procuraduría Regional de Cundinamarca fueron designadas como representantes del Ministerio Público en el Distrito Capital y Departamento de Cundinamarca para contribuir con los intereses ciudadanos en materia de derechos humanos y desplazamiento forzado, hecho que revierte una importante relevancia por cuanto se requería fortalecer nuestra actuación en campos vitales para la protección de los derechos fundamentales de la población colombiana. Se dijo en dicho documento:

“(...) se torna ineludible e imperioso que las Procuradurías Distritales I y II, y la Procuraduría Regional de Cundinamarca con sede en la ciudad de Bogotá, como representantes del Ministerio Público en el Distrito Capital y el Departamento de Cundinamarca, reciban también a partir de la fecha, las consultas y las declaraciones de las víctimas del delito de desplazamiento forzado por la violencia, a fin de contribuir con la orden del Tribunal Constitucional de reducir el subregistro de víctimas y dar cumplimiento a su función legal de representar los intereses de los ciudadanos” [...]

En ese orden de ideas, y tal como está soportado con la preparación académica del señor Sastoque en los temas referidos por dicha Circular, entre otros relativos al mismo tópico, se consideró por este Despacho la necesidad de reforzar la Procuraduría Regional con personal que tuviese perfil acorde con los propósitos planteados, situación que permitió entonces proceder a asignarle funciones al demandante en dicha dependencia en atención a lo que su preparación indicaba”.48

17.2. Asimismo, en el auto la Sala le solicitaba a la entidad demandada que informara, de una parte, cuántos traslados de personal hubo durante el dos mil diez (2010), desde la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos hacia la Procuraduría Regional de Cundinamarca, y aportara las pruebas pertinentes; y, de otra parte, le informara también cuántos traslados de personal hubo durante el dos mil diez (2010), desde la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos hacia la otras procuraduría regionales, y aportara las pruebas pertinentes. Y la Procuraduría General de la Nación aportó un cuadro titulado ‘Reporte de traslados de la Procuraduría General de la Nación desde Enero de 2010’, de cuya información puede extraerse la siguiente, relevante para responder a la solicitud del auto:49

Nombres y apellidos

Dependencia antes del traslado

Fecha de traslado

Daniel Antonio Sastoque Coronado

Regional Cundinamarca

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

10/08/2010

Dora María Niño Rojas

Del. Vig. Jud. Pol. Jud.

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos
Étnicos

13/08/2010

Adriana Elena Martínez Díaz

Relaciones Internacionales

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos
Étnicos

04/11/2010

Martha Lucía García Quevedo

Div. Reg. Control Co.

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos
Étnicos

07/03/2011

Hugo César Chingate Prieto

Div. Reg. Control Co.

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos
Étnicos

07/04/2011

Álvaro David Moreno Quesada

Desp. Proc. General

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos
Étnicos

19/03/2010

Claudia María Arroyave López

Del. Policía Nacional

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos
Étnicos

06/07/2010

Clara Inés Beltrán Urrego

Regional Cundinamarca

División Administrativa

10/09/2010

Lila del Rosario Canaveras Ayala

Regional Cundinamarca

Proc. 2 Del. Vigilancia Administrativa

10/03/2011

María Liliana Rodríguez Valencia

Regional Cundinamarca

Despacho Procurador General

08/09/2010

Yahel Bibiana Bueno Pineda

Regional Cundinamarca

División Registro y Control y Correspondencia

13/12/2010

Mariana Rodríguez Garavito

Regional Cundinamarca

Proc. 2 Del. Casación Penal

María José Orostegui Prieto

Regional Cundinamarca

Proc. Del. Para Economía y Hacienda Publ.

22/09/2010

Martha Ligia Villamizar Araque

Regional Cundinamarca

Despacho procurador General

10/08/2010

17.3. Finalmente, la Sala le solicitó al despacho del señor Procurador General de la Nación que aportara copia de la hoja de vida del señor Daniel Antonio Sastoque Coronado, que reposa en la entidad. Y la aportó.

Intervenciones dentro del proceso

18. Mientras el proceso estaba en revisión ante la Corte Constitucional, algunas personas y organizaciones defensoras de derechos humanos presentaron intervenciones. A continuación se presenta una síntesis de las mismas.

18.1. El diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011), la Asociación INTERNACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS (ISP),50 Federación Sindical Internacional dedicada a la defensa de los

sindicatos de servicios públicos, a través de su Secretaría Regional Interamericana, se refirió al caso en estudio y apoyó la tutela del actor. En su criterio, es “deber de los Estados [r]espetar y garantizar los derechos a todos los trabajadores de las Américas, incluidos aquellos pertenecientes a la población LGBTI”. Asimismo señaló que a través del ejercicio del *ius variandi*, el Estado y sus representantes no pueden desmejorar las condiciones de los trabajadores y mucho menos afectar la función pública, sobrepasando los límites contenidos en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos. Finalmente, consideran que la decisión cuestionada se constituyó en un “acto de censura y discriminación”, y a su parecer fueron infundadas las razones dadas por parte del Jefe del Ministerio Público para tomar dicha disposición.

18.2. El veinte (20) de mayo de dos mil once (2011), a través de sus respectivos representantes legales, intervinieron en este proceso las siguientes organizaciones: La Casa de la Mujer Bogotá, la Fundación Centro de Desarrollo Social CEDESOCIAL, la Corporación Reiniciar, la Corporación Comunicar, la Asociación Santa Rita para la Educación y promoción-FUNSAREP-, la Red Colombiana de Mujeres por los Derechos sexuales y reproductivos, la Asociación Voces de Derechos de Barranquilla y la Fundación para la Cooperación Synergia.⁵¹ Asimismo, intervinieron los ciudadanos Felipe Antonio Jaramillo Toro, Clara Elena Cardona Tamayo, Medardo Alonso Patiño Patiño, María Claudia Caballero Badillo, Nicolás López Vivas, Osana Medina Bonilla, Adriana Ortiz, Genny Santamaría, Zully Meneses Hernández, Socorro Corrales Carvajal, Deidi Olaya Rodríguez, Liliana Silva Miguez⁵² y Dora Estella Gallego Correa.⁵³ Todas estas organizaciones y personas presentaron *amicus curiae* en defensa de los derechos del actor presuntamente vulnerados, con idéntico contenido.

Inicialmente expresan en su escrito que el actual Procurador General de la Nación ha violado el principio constitucional del Estado Laico en que se funda Colombia, ante sus “constantes hechos públicos y notorios”, en los cuales demuestra el ejercicio y la imposición de su fe católica, apostólica y romana y la persistente contradicción ante otros credos religiosos y el irrespeto de los derechos humanos. A juicio de los intervinientes, el hecho que condujo al traslado del señor Sastoque Coronado a la Procuraduría Regional, fue meramente discriminatorio de su condición personal y de su enfoque humanista, religioso y social claramente distinto al profesado por el Procurador General de la Nación. Finalmente, solicitan a la Corte un pronunciamiento afirmativo sobre los derechos fundamentales no solo del actor sino de todas las personas afectadas por dicha discriminación.

18.3. La Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo⁵⁴ se refirió al caso en estudio a través de Amicus Curiae. En él, sus representantes hacen un detallado análisis de los instrumentos y estándares internacionales en materia de derechos humanos y, de protección a los defensores de los mismos, con el fin de contribuir a la interpretación que de estos haga la Corte Constitucional. Destacan, además, la importancia de respetar el pluralismo constitucional como pilar de la democracia y la obligación estatal de proteger a los defensores de derechos humanos de manera que dichas labores cuenten con las garantías mínimas que aseguren el ejercicio de su actividad.

18.4. El 30 de Mayo de dos mil once (2011), la Organización OMBUDS GAY, defensora de derechos Humanos para el Colectivo de LGBTI en México, presentó a consideración de la Corte amicus curiae, en el cual señalan la importancia de los distintos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege la no discriminación con motivo de la orientación sexual, y así mismo establece la obligación del Estado de adoptar las medidas legales o administrativas tendientes a asegurar el acceso, en igualdad de condiciones, a la seguridad social y a otras medidas de protección. De esa manera, la organización asegura que el Estado colombiano ha incumplido con estas obligaciones en detrimento del señor Daniel Antonio Sastoque y de los demás integrantes de la comunidad LGBTI, por cuanto ha admitido que el Procurador General de la Nación, en sus constantes declaraciones, los discrimine. 55

18.5. El Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación SINTRAPOAN-C.G.T-, presentó ante esta Corporación el escrito de amicus curiae, en el cual solicita que la Corte se pronuncie sobre todos los hechos relatados por el accionante, y por tanto sobre la vulneración de los derechos alegados para que, de esa manera, fije la jurisprudencia aplicable a casos similares, en los cuales se vean afectados derechos de servidores públicos miembros de comunidad LGBTI. Por lo demás, solicita que se implementen acciones tendientes a proteger dichos derechos ya que, en su criterio, “[d]e nada sirve que las normas de Carrera Administrativa reconozcan Derechos a los servidores y se ofrezca la protección de Derechos fundamentales si esto no se aplica de manera efectiva”. En consecuencia, instan a la Corte a que tome determinaciones sobre la protección de los derechos de servidores públicos.⁵⁶

II. CONSIDERACIONES⁵⁷

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

1. El señor Daniel Antonio Sastoque Coronado estima que la Procuraduría General de la Nación, en cabeza del Procurador General Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, le violó sus derechos al debido proceso y a gozar sin discriminación de los demás derechos y libertades, al trasladarlo desde la sede nacional de la entidad a una sede regional en la misma ciudad. Esta acusación la sustenta, primero, en que el acto de traslado carece de motivación, y segundo en que el acto fue emitido en un contexto que permite advertir su propósito y efecto discriminatorio. Pues se expidió en un entorno situacional, de claro contraste entre, por una parte, su orientación sexual y sus opiniones políticas y filosóficas, y por otra las opiniones del Procurador, y eso en su concepto revela el verdadero motivo de su traslado, a saber: su orientación sexual homosexual, sus opiniones políticas y filosóficas favorables a la defensa y promoción de los derechos de la población LGBTI -Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales-, y su pertenencia y militancia dentro del Sindicato de la entidad. En cambio, la Procuraduría General de la Nación manifiesta no sólo que hay otro medio de defensa judicial (la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, junto con la suspensión provisional del acto demandado), sino que el traslado del demandante respondió a una necesidad del servicio, evaluada por el Procurador General de la Nación discrecionalmente. Y esta tesis es compartida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

2. Así las cosas, ante todo, en este caso el problema jurídico que debe resolver la Corte es el siguiente: ¿es la tutela el medio de defensa judicial procedente para cuestionar el traslado interno de un funcionario de carrera de la Procuraduría General de la Nación (perteneciente a la planta global y flexible de esa entidad), cuando los medios de prueba sólo dan cuenta de que el acto se expidió sin motivación y en un contexto abstracto de claro contraste entre el sentido de las opiniones del máximo director de ese organismo, por una parte, y la opción sexual y las opiniones políticas y filosóficas de la persona trasladada, por otra? La Sala piensa que cuando se dan sólo esos elementos, la acción de tutela no es el medio de defensa correcto para decidir si ha habido violación de esos derechos, por los motivos que expondrá a continuación.

El respeto a los límites constitucionales del traslado de funcionarios de carrera pertenecientes a la planta globalizada debe en principio exigirse ante la justicia contencioso-

administrativa, y sólo excepcionalmente ante el juez de tutela

3. Esta Sala acepta una tesis común a las intervenciones del accionante y de la Procuraduría General de la Nación, y es que el presente caso está estrechamente relacionado con el ejercicio del *ius variandi* por parte del Procurador General de la Nación. Porque, en efecto, como el tutelante desempeñaba su cargo en la sede nacional de la Procuraduría antes de la asignación de funciones en la nueva sede, este último acto supuso un traslado en la práctica. Y el traslado, de acuerdo con la ley y la Constitución, es una clara manifestación de ejercicio del *ius variandi*.⁵⁸

4. Ahora bien, lo que está en controversia no es tanto si el Procurador General podía trasladar de sede al señor Sastoque Coronado. Esa facultad es, por cierto, innegable pues el cargo Código 1AS Grado 19, que ha ocupado el peticionario durante todo el tiempo relevante para este proceso, pertenece a la planta globalizada de la Procuraduría General de la Nación,⁵⁹ y el Procurador General tiene competencia para distribuir y reubicar a los empleados de esa planta dentro de las dependencias de la entidad (arts. 7, num. 39, Dcto ley 262 de 2000,⁶⁰ y 2° del Dcto ley 265 de 2000).⁶¹ Más bien, lo que está en discusión es si el acto de traslado infringió los límites que la Constitución y la ley le fijan al Procurador General para el ejercicio del *ius variandi*. Pero esto supone que los actos de traslado de funcionarios de carrera, pertenecientes a la planta global y flexible, tienen ciertos límites. En consecuencia, antes de resolver ese punto la Corte debe decidir cuáles son esos límites.

5. Y para ello, conviene no perder de vista que desde la sentencia C-443 de 1997,⁶² y luego en la sentencia C-429 de 2001,⁶³ la Corte Constitucional ha reconocido que los funcionarios de carrera de la Procuraduría General de la Nación tienen derecho a no ser trasladados dentro de la entidad, aunque pertenezcan a la planta global y flexible, i. si no es en virtud de una necesidad del servicio, o ii. si el traslado se convierte en una verdadera imposibilidad de ejercer la función en el nuevo lugar o destino, o acarrea condiciones menos favorables para ellos o sus familiares, o iii. si entre el cargo al cual fueron inicialmente vinculados y el nuevo destino no hay condiciones mínimas de afinidad funcional. En el primero de esos fallos, por lo demás, la Corte señaló que esos limitantes no debían entenderse como restricciones impuestas sólo en virtud de la ley, sino especialmente como condiciones de validez derivadas de una interpretación articulada de los derechos constitucionales del trabajador a la estabilidad en el empleo (art. 53, C.P.), a recibir una remuneración justa por los servicios

prestados personalmente (art. 53, C.P.), a contar con un trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25, C.P.), y a la igualdad en el acceso y en el ejercicio de la función pública (arts. 13, 53 y 125, C.P.). Dijo, por eso, lo siguiente, en relación específica con los límites del traslado de personal dentro de la Procuraduría General de la Nación:

“[l]a Corte reitera entonces que la facultad discrecional del traslado de funcionarios públicos tiene límites, cuyo alcance conviene recapitular.

23. En primer lugar, se requiere que el traslado sea consecuencia de la necesidad del servicio, que implica una libertad más o menos amplia de apreciación del interés público, pues si bien el Legislador atribuye al nominador la facultad de valoración de un supuesto dado, también le exige que la decisión obedezca a razones ecuanímes, imparciales y honestas que la fundamentan. En otros términos, la necesidad del servicio es un valor objetivo del interés público que se evidencia tanto en la evaluación de las metas que se propone el Estado, como en la razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad legal del traslado (Art. 36 del Código Contencioso Administrativo). Sin embargo, no sobra advertir que el requisito de rectitud en la razón del traslado no está directamente relacionado con que efectivamente se obtenga el resultado esperado dentro del plazo establecido para el logro de la meta encomendada, por lo cual la decisión del desplazamiento de personal no necesariamente es ilegítima o está sujeta a revocatoria si hubo incumplimiento de la tarea asignada.

24. El segundo requisito para determinar la constitucionalidad del traslado es la evaluación de ciertas condiciones subjetivas del trabajador, pues no se le puede imponer una dificultad material de tanta magnitud que el desplazamiento de sede se convierta en una verdadera imposibilidad de ejercer la función en el nuevo lugar o destino, ni tampoco que el traslado implique condiciones menos favorables para el empleado (artículo 30 del Decreto 1950 de 1973). En relación con la interpretación del concepto de “condiciones menos favorables”, la Corte coincide con los criterios adelantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cuales permiten tener claridad al respecto. Esa Corporación manifiesta que dentro de las condiciones menos favorables “también están comprendidos la seguridad social del empleado, su bienestar que comprende también el grupo familiar, el medio en el cual vive y sus incidencias económicas, de modo que esos factores también cuentan en el salario y en la forma como se presta el servicio”. Agrega, además que “para un trabajador que vincula su

vida al servicio del Estado (...) no puede darse por la Administración un tratamiento que no sea humano al empleado con el solo y materialista argumento de que su salario no le fue disminuido en el monto con que mensualmente se le retribuye". 64 [...]

25- En tercer lugar, la constitucionalidad del traslado depende de que se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al cual fue inicialmente vinculado y el nuevo destino, pues conforme al artículo 29 del Decreto 1950 de 1973 "se produce traslado cuando se provee, con un empleado, en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones a fines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares"."

6. Por tanto, está claro que la Procuraduría General de la Nación podía trasladar a Daniel Antonio Sastoque Coronado, dentro de esos límites. Y la pregunta de fondo es si los respetó o no. Pero la Corte Constitucional sólo estaría obligada a definir, si así fue, si la acción de tutela es el medio de defensa correcto para provocar un juicio de esa naturaleza, porque esta Corte ha dicho en más de una ocasión que esa clase de controversias debe en principio ser debatidas ante la justicia contencioso administrativa por intermedio de las acciones de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.⁶⁵ Por tanto, definirá ese punto de manera previa.

7. Pues bien, para que la acción de tutela proceda como medio de defensa judicial frente a los actos de traslado, es indispensable que se acredite un perjuicio irremediable, en vista de que hay otros medios de protección. Con todo, en el ámbito fáctico específico de las controversias derivadas de los actos de traslado, el perjuicio irremediable tiene una configuración particular, y se entiende que una personas está amenazada de sufrirlo cuando "el acto (i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) [haya sido] adoptado en forma intempestiva [o] (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar".⁶⁶ Lo cual significa que si el decreto por el cual se dictó el traslado no fue "ostensiblemente arbitrario", si tampoco fue adoptado de manera intempestiva o si no afectó de "forma clara, grave y directa" los derechos del señor Sastoque Coronado o de su familia, los cargos planteados en la acción de tutela contra el acto de asignación de funciones, deben ser resueltos ante la justicia contencioso administrativa. Y, en este caso, la Sala piensa que no está dada ninguna de esas condiciones, como pasa a exponerlo a continuación.

9. En efecto, de una parte dice el señor Sastoque que su traslado fue fruto de una intención de discriminarlo, ya que a él no se lo trató “de igual manera que [a sus] compañeras y compañeros que quedan en la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos”. Sin embargo, esa circunstancia no prueba que el motivo del traslado haya sido su diversa orientación sexual, o el sentido de sus opiniones políticas y filosóficas, o el hecho de su pertenencia al sindicato. Sólo prueba que él fue trasladado y otros no. Lo cual, por cierto, aparece claramente refutado en el expediente, pues conviene aclarar que el peticionario no ha sido el único funcionario trasladado desde la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos en el año dos mil diez (2010) y en lo que va del año dos mil once (2011). De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, otros funcionarios de esa misma Delegada también han sido trasladados hacia otras dependencias de la entidad. Es el caso de Dora María Niño Rojas, Adriana Elena Martínez Díaz, Martha Lucía García Quevedo, Hugo César Chingate Prieto, Álvaro David Moreno Quesada y Claudia María Arroyave López. Así las cosas, para la Sala carece de sustento la parte del alegato del señor Sastoque, de acuerdo con la cual una de las muestras de la discriminación es que sólo él fue sometido a un traslado interno, pues ya se vio que otros de sus compañeros de la misma Procuraduría Delegada también lo fueron.

10. Ahora bien, ese no es el único elemento de juicio que el señor Sastoque Coronado pretende exponer como respaldo de su tesis de que el acto de traslado fue discriminatorio. De hecho, ese no es ni siquiera su argumento principal. Porque su planteamiento central es que el carácter discriminatorio del traslado es algo que puede inferirse esencialmente a partir de indicios, suministrados por el contexto global más amplio en el cual tuvo lugar el acto de asignación de funciones. En concepto del demandante, ese contexto más general es el que surge del contraste entre, por una parte, su opción sexual, sus ideas acerca del deber que tiene la Procuraduría General de la Nación de defender y proteger los derechos de la población LGBTI, y su pertenencia al sindicato de la institución y, por otra parte, las opiniones que ha emitido el Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación, en su calidad de ciudadano contra una opción sexual como la del tutelante, y contra cierto grado de protección de los derechos de la población LGBTI que coincide de un modo notable con la que el señor Sastoque sostiene. Por consiguiente, la Sala debe establecer si es posible concluir que ha habido una discriminación, a partir de ese contexto.

11. Y la respuesta a ese punto es que en efecto, la discriminación, por ejemplo, por motivos étnicos, sexuales, de orientación sexual o por las opiniones políticas y filosóficas de una persona, no siempre se produce de modo abierto, público y declarado. En ciertas ocasiones, la discriminación tiene lugar de manera sutil, y en esos casos exigirle a la persona que reclama protección para sus derechos, que pruebe de forma inequívoca la discriminación, podría ser una barrera significativa para el amparo adecuado de los mismos. Y el intérprete de la Constitución no puede simplemente construir esa barrera a partir de los derechos humanos, porque sería asignarles un sentido contrario a su finalidad de proteger activamente la igual dignidad de todos los seres humanos. Por lo tanto, cuando en una controversia una de las partes aduce que la otra la discriminó, y además que lo hizo por un motivo expresamente protegido por el artículo 13 de la Constitución, es válido considerar que la presunta víctima está beneficiada por una suerte de alivio probatorio, en virtud del cual se le aligera la carga de probar de forma acabada y completa la discriminación.⁶⁷

12. Todo lo cual quiere decir que, entonces, cuando una persona reclame protección judicial frente a un acto de discriminación encubierta, tiene por lo menos la carga de despertar una duda razonable en el juez de que la discriminación ocurrió, y eso puede hacerlo por ejemplo por medio de indicios. Si lo hace, ipso iure se radica parcialmente la carga probatoria en el otro extremo de la controversia, que sería la de demostrar de manera aceptable que el acto no fue discriminatorio. Y si la parte acusada no satisface adecuadamente esa carga, entonces debe tenerse por cierto que hubo discriminación. Pues ese es, en efecto, el modo más equitativo de resolver problemas de discriminación, en los cuales suelen existir dificultades probatorias relevantes, tal como lo reconoció esta Corte, por ejemplo, en la sentencia T-247 de 2010.⁶⁸ Porque en esa oportunidad, debía resolver si una mujer había sido discriminada por su sexo, en un contexto en el cual la mujer sólo ofrecía indicios contingentes de que la discriminación había ocurrido. Entonces, la Corporación no sólo dijo que en ese caso los indicios contingentes eran idóneos para probar un acto de discriminación. También manifestó que en casos en los cuales están involucrados problemas de discriminación, la carga de la prueba la deben compartir la presunta víctima y el supuesto responsable:

“en los eventos de presunta discriminación resultaría inequitativo y contrario al derecho de acceso a la justicia que la carga probatoria recayera exclusivamente sobre la persona que alega ser víctima de dicha discriminación, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realiza la acción presuntamente discriminatoria. En estas

oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, colocan una carga probatoria especial en el acusado, pues estará obligado a demostrar que su conducta es claramente garantista del derecho de igualdad y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.

13. Desde luego, este alivio probatorio no está llamado a aplicarse siempre que una persona aduzca simplemente haber sido discriminada, en un caso concreto. Es necesario, además, que ofrezca algún indicio suficiente de discriminación, que provoque una duda acerca de la validez del acto o la legitimidad de los hechos tenidos por ciertos. De modo que, en algunos casos, no sería válido radicar en cabeza de la parte demandada la carga de probar que no hubo discriminación. Y es lo que ocurrió, por ejemplo, en un caso resuelto por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, órgano autorizado para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁶⁹ en el cual si bien no se discutía una discriminación con base en alguno de los criterios especialmente protegidos por ese tratado, sí se discutía si cuando una persona ofrece sólo muestras de un trato diferenciado, pero ni siquiera indicios de discriminación, es válido distribuir la carga de la prueba entre acusador y acusado.

14. Se trata del caso Teesdale contra Trinidad y Tobago, resuelto en mil novecientos noventa y seis (1996). En esa ocasión, el Comité debía decidir si una persona había sido víctima de un trato discriminatorio, aun cuando sólo aportaba pruebas de que, por una parte, su condena a sufrir una pena de muerte había sido conmutada por pena de prisión a setenta y cinco años, y por ende se le había privado de la posibilidad de beneficiarse eventualmente con una suerte de libertad condicional; y, por otra, que a otros individuos la misma pena de muerte se les había conmutado, no en condena de prisión por setenta y cinco años como a él, sino en cadena perpetua, y por consiguiente se vieron beneficiados por la posibilidad de eventualmente disfrutar de esa suerte de libertad condicional. El Comité consideró, entonces, que el peticionario no probó de un modo suficiente la discriminación, porque no ofreció detalles acerca de la naturaleza de los casos de los demás condenados. Y aun cuando tres integrantes del Comité estimaban que en ese caso era legítimo imponerle al Estado acusado la carga de probar que no había discriminación, la mayoría concluyó que no, razón por la cual absolvió al Estado.⁷⁰

15. Así las cosas, en este asunto, lo primero que debía decidir la Corte Constitucional era si al contexto ofrecido por el demandante debía dársele algún valor probatorio relevante. Y entendió que sí, porque el señor Daniel Antonio Sastoque Coronado expuso de manera suficiente que había un claro contraste entre sus propias condiciones personales y sus opiniones políticas y filosóficas, y las opiniones del señor Procurador General de la Nación. Pero, además, aportó prueba de un hecho, que tuvo la capacidad de provocarle a la Corte una duda razonable acerca de si el acto que dispuso su traslado fue en realidad expedido con propósitos o efectos discriminatorios. El hecho ocurrió en una de las intervenciones públicas del Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, en la cual se refirió al señor Sastoque Coronado y al acto de asignación de funciones en la Procuraduría Regional de Cundinamarca. En esa oportunidad, le manifestó delante de un auditorio, que aun cuando esta acción tuviera vocación de prosperidad, y a él (al señor Procurador General) se le ordenara reintegrar al peticionario a su cargo, este último debía saber muy bien que en la entidad nadie podía ser 'rueda suelta', e imponer sus propios contenidos a los programas de la entidad, 'ideologizados o no'.

16. Ahora bien, el valor probatorio que le asignara la Corte Constitucional a esa prueba no debía ser tan alto, que prácticamente la relevara de efectuar cualquier otra indagación. Así como podía ser posible que la discriminación hubiera realmente ocurrido, podía ser posible una hipótesis opuesta. En vista de esa indeterminación probatoria, entonces, la Sala decidió oficiar a la Procuraduría General de la Nación, para pedirle que explicara cuáles fundamentos tuvo para concluir que por una necesidad del servicio debía efectuarse un traslado de personal desde la Procuraduría General de la Nación hacia la Procuraduría Regional de Cundinamarca. Pues sólo si la Procuraduría no justificaba de un modo constitucionalmente aceptable el traslado, podía interpretarse que la discriminación se había producido. Pero la Corte encontró que la justificación ofrecida por la Procuraduría despejó las dudas preliminares.

17. Porque, según la versión entregada al proceso, el traslado del señor Daniel Antonio Sastoque Coronado a la sede regional de Cundinamarca se dispuso con el fin de satisfacer la creciente demanda de servicios que experimentaba esa dependencia, como resultado de haberle asignado la función de atender la población desplazada por la violencia que llegara la capital del país y al Departamento de Cundinamarca, en conjunto con las Procuradurías Distritales.⁷¹ En ese sentido, la Procuraduría General presentó un motivo que desvirtúa que

el acto hubiera sido ostensiblemente arbitrario. Pues la asignación de funciones en la Procuraduría Regional, fue aparentemente un medio para “contribuir con la orden del Tribunal Constitucional de reducir el subregistro de víctimas [del desplazamiento forzado por la violencia] y [de] dar cumplimiento a su función legal de representar los intereses de los ciudadanos”. Y esa, en concepto de la Corte Constitucional, es una razón suficiente para desvirtuar el indicio preliminar de discriminación, porque la población desplazada que decide instalarse al menos provisionalmente en la capital de la República o en sus alrededores es muy grande,⁷² y si la Procuraduría decidió por razones de eficiencia encomendarle a la Procuraduría Regional de Cundinamarca, junto con las Procuradurías Distritales, la función de atenderla, es razonable que tenga que efectuar traslados de personal a esa dependencia.

18. Eso es indicativo de que la discriminación no es manifiesta, y no es razonable por ello entender que el acto haya sido ostensiblemente arbitrario, y que la acción de tutela sea por lo tanto procedente. Tiene en cambio el accionante la posibilidad de ejercer las acciones que el sistema jurídico colombiano le ofrece para reclamar sus pretensiones, aportando los medios de prueba que considere pertinentes dentro de la controversia judicial que se plantee.

19. Ahora bien, el señor Sastoque sugiere que, más allá de la apariencia de legalidad del acto de traslado, lo que debe mirarse es la verdadera intencionalidad del Procurador General de la Nación, revelada por el contraste notorio que hay entre sus opiniones acerca de la opción sexual y ciertas opiniones políticas y filosóficas, y las que el tutelante prohíja. Y sin duda la Corte Constitucional debe tener en cuenta ese argumento, porque no son pocos los casos en los cuales las formas jurídicas se usan de un modo principal para encubrir actos violatorios de la igual dignidad de todas las personas, que los Estados Constitucionales de Derecho deben garantizar. Así, por ejemplo, ocurrió en el caso resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo *Bączkowski y otros contra Polonia*.⁷³ Pues, en esa ocasión, el Estado de Polonia se había rehusado a concederles a unas personas licencia para organizar una manifestación pública, con la cual pretendían denunciar actos de discriminación basada en la orientación sexual. Y al momento de decidir, la Corte encontró que la autorización se les había negado con apego estricto a ciertas formas jurídicas internas. Sin embargo, también conoció que el alcalde de Varsovia había hecho explícita, con términos claramente homofóbicos, su voluntad de no autorizar la promoción de la homosexualidad con esa manifestación, por considerar que no era apropiada. La Corte entendió que ese comentario,

razonablemente pudo haber tenido incidencia en el rechazo de la licencia, y como el Estado no pudo mostrar que a otros organizadores de eventos se les hubiera exigido lo mismo, juzgó que a esas personas se les había violado su derecho a no ser discriminadas en el goce de su libertad de asociación.⁷⁴

20. Con todo, no puede decirse que en este caso estén presentes los suficientes elementos para concluir que hubo una discriminación ostensible de esa misma naturaleza. La Corte Constitucional tiene en cuenta el sentido de las opiniones que ha hecho públicas el hoy Procurador General de la Nación, Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, en su calidad de ciudadano, sobre ciertas opciones sexuales, a propósito del grado de protección que estas deben recibir por parte del Estado, y sobre cuáles deben ser los límites de la libertad humana en asuntos sexuales y eróticos. Pero de esas solas manifestaciones no puede colegirse que el traslado de una persona como el señor Daniel Antonio Sastoque Coronado haya sido motivado por su orientación sexual, por sus opiniones políticas o filosóficas o por su pertenencia al sindicato, porque esas manifestaciones son generales y no específicas. Y a partir de aserciones con ese nivel de generalidad, es cuando menos apresurado concluir que se ha producido una discriminación particular y específica. Por tanto, podría haber caso a examinar con mayor favorabilidad el argumento del demandante, así se hubiera alegado la concurrencia de una necesidad del servicio, si por ejemplo se tuviera un medio de prueba que hiciera alusión puntual a la necesidad de ordenar su traslado sólo por haber elegido cierta opción sexual, opinión política o filosófica, o por pertenecer al sindicato de la entidad. O, incluso, si se contara con un medio de prueba en virtud del cual el traslado tuviera que dictarse respecto de todos los funcionarios con uno o más de esos atributos. Sin embargo, en el expediente no hay pruebas de ello. Y a falta de pruebas, la Corte no puede concluir que el acto haya sido 'ostensiblemente arbitrario'.

21. Pero, podría decirse que en todo este relato hay un elemento que la Sala debe tener en cuenta, y es la manifestación pública en la cual el Doctor Alejandro Ordóñez sostuvo que si el demandante había de ser reintegrado a la sede nacional, debía tener presente que no podía ser 'rueda suelta' e imponerle los contenidos a los programas de la entidad. Porque en principio más bien, parecería que el traslado fue fruto de un problema de diferencias de opinión, y de una dificultad para coordinar las ideas que inspiraban los programas de la institución y las del señor Sastoque. La Corte no cree que ese elemento sea incompatible con la explicación de la Procuraduría, pues es perfectamente posible entender que la necesidad

del servicio sí existió, y que entre los criterios para definir quiénes debían satisfacerla, tuvo un valor alto el nivel de coordinación con los programas que se adelantaban en la entidad.

22. Ahora bien, podría alegarse que ese, aunque pudo haber sido el criterio de hecho, para elegir el funcionario llamado a satisfacer la necesidad del servicio, en todo caso fue un criterio ilegítimo, porque entonces debería concluirse que tampoco hay discriminación en un acto de traslado para satisfacer una necesidad del servicio, si el criterio para elegir a la persona que va a ser trasladada es por ejemplo la etnia, el sexo o la orientación sexual. Y la Corte cree que esa réplica debe ser tomada en consideración, pues le permite precisar que esos nunca pueden ser los criterios, si no es justificable que lo sean.

23. En efecto, por una parte, en ocasiones excepcionales, el sexo puede ser no sólo importante sino decisivo para desempeñar adecuadamente un empleo, y en principio es válido que en consecuencia se tenga en cuenta para definir quiénes deben ocuparlo. Por eso, en un caso resuelto por la Corte Europea de Justicia, en el que se acusaba una regulación alemana por supuestamente violar la prohibición de discriminación sexual en el empleo, en tanto permitía que en algunas ocasiones en las cuales el sexo fuera indispensable para ejercer el trabajo se lo tuviera en cuenta como criterio de selección, la Corte indicó que en ciertas oportunidades el sexo del aspirante podía ser tomado en consideración. Y, para ilustrarlo, puso los ejemplos tomados de la experiencia europea, de cantantes que requerían tener determinada tesitura de voz, de modelos de cierta clase de ropa o accesorios, de bailarines o bailarinas de cierto género musical, o de actores o actrices para determinados roles.⁷⁵

24. Aunque, de hecho, no sólo el sexo sino también la orientación sexual de una persona podría llegar a ser tomada en cuenta para definir el acceso de un individuo a un trabajo, si en el contexto normativo es justificable que lo sea. Para efectos puramente ilustrativos, puede mencionarse a propósito que en el contexto europeo, por ejemplo, la doctrina se refiere un caso resuelto por el Ombudsman Sueco contra la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual, en el que a una mujer se le rechazó su ingreso en una federación para la promoción de los derechos de las lesbianas, los gay y los transgeneristas, sólo por el hecho de ser heterosexual. El Ombudsman no estimó que en ese caso se le hubiera violado su derecho a no ser discriminada, porque su exclusión del trabajo era justificable como un modo de garantizar un adecuado entendimiento y una sinergia particular con los principios de la

organización y los demás compañeros de trabajo.⁷⁶ Y, desde luego, los ejemplos podrían extenderse, ya en nuestro contexto constitucional, que hacia otras características específicamente amparadas por el artículo 13. Así, sería posible imaginar también un caso en el cual la etnia de persona fuera un factor contribuyente para decidir si debe ser trasladada o no, y que precisamente podría ejemplificar adecuadamente este caso. Pues si en una organización del Estado hay una dependencia especial para proteger a las poblaciones desplazadas afro descendientes, y surge una necesidad del servicio, puede ser válido trasladar un funcionario de carrea perteneciente a la planta globalizada que sea también afro descendiente para satisfacerla, si además se dan las otras condiciones constitucionales y legales de un traslado debido.

25. Por tanto, el hecho de que el modo de pensar o las opiniones del señor Sastoque hubieran sido tomadas en consideración para definir su traslado no es por sí mismo inconstitucional, ni demuestra de suyo que el traslado hubiera sido ostensiblemente arbitrario. Para poder concluir que una persona es discriminada por sus opiniones políticas y filosóficas se requiere más que una constatación de esa naturaleza, y es preciso identificar si, a partir del contexto en el cual ocurrieron los hechos demostrados dentro del proceso, se lo escogió para satisfacer la necesidad del servicio, sólo por sostener, expresar o actuar según sus propias opiniones políticas o filosóficas y, por ende, sin ninguna justificación adicional aceptable. Porque, en ese aspecto, la Corte debe ser clara. No sólo se produce una discriminación con base en las opiniones políticas o de otra índole de una persona, cuando se adopta una decisión sólo con fundamento en aquellas, sino también cuando la decisión se fundamenta en otros criterios que, sin embargo, no son aceptables.⁷⁷ Y, en eso, la Corte Constitucional sigue la interpretación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecida por el Comité de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso Foin contra Francia. Pues en esa ocasión decidió que a un individuo se le había violado su derecho a no ser discriminado por sus opiniones, en tanto se lo sometió a la prestación de un servicio civil alternativo al servicio militar obligatorio, que sin embargo duraba el doble de tiempo que este último. Y si lo hizo así, no fue porque la regulación hubiera carecido por completo de justificación, pues el aumento del tiempo para el servicio civil era –en concepto del Estado francés– la única manera de saber si una persona en verdad era objetora de conciencia. El Comité consideró que había una discriminación, por cuanto esa razón no justificaba de modo aceptable la diferencia de trato en un caso como ese.⁷⁸

27. Pero lo cierto es que, por las pruebas obrantes dentro del expediente, puede deducirse que a la actual administración de la Procuraduría General de la Nación podía resultarle más provechoso que en el desarrollo de ese programa interviniera otra persona que sintonizara mejor con los énfasis y los matices que pretendía introducir en la puesta en marcha de la Acción Preventiva. Y era válido que ese hubiera sido un criterio a tomar en cuenta para definir cuál funcionario de esa Procuraduría Delegada debía satisfacer la necesidad del servicio surgida en la Regional, pues en asuntos de esa naturaleza que aún provocan polémicas en la sociedad, aun cuando el Ministerio Público no puede desconocer la obligación que tiene de promover los derechos fundamentales, sí debe contar con cierto ámbito de libertad para definir cuestiones de énfasis o de acentos, que suelen ser vistas como asuntos de hondo calado y con significativas repercusiones para lo que se pretende de una política. Por tanto, puede inferirse razonablemente que cuando el Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado sugirió, en un acto público, que en caso de ser reintegrado a su cargo en la sede nacional de la entidad, el señor Daniel Antonio Sastoque no podía ser 'rueda suelta', hizo alusión a un criterio que tuvo en cuenta para definir quién debía satisfacer las necesidades del servicio surgidas en la procuraduría Regional. Pero no puede decirse que sólo por eso le violó su derecho a no ser discriminado. Porque el funcionario puede sostener, expresar e incluso actuar de acuerdo con sus opiniones políticas y filosóficas, aunque con ciertos límites. Y es válido que uno de ellos sea el adecuado desarrollo de un programa que se pretende implementar desde la institución. Si decide no ajustarse a esas líneas, desde luego que no por sólo eso puede ser trasladado. Pero si se presenta una necesidad del servicio, y se dan las demás condiciones jurídicas, puede ser elegido para satisfacerla.

28. Ahora bien, la acción de tutela podría ser procedente, así el acto de traslado no sea ostensiblemente arbitrario, si cuando menos resulta que fue expedido intempestivamente, o que afectó de "forma clara, grave y directa" los derechos del señor Sastoque Coronado. Sin embargo, en el proceso tampoco hay elementos para que la Corte Constitucional llegue a concluir, fundadamente, que el acto de traslado se expidió intempestivamente o que afectó de forma clara, grave y directa sus derechos fundamentales.

28.1. Para empezar, el tutelante no reclama que el acto de traslado haya sido intempestivo. Pero, aun así, la Corte está en capacidad de revisar si lo fue o no. Y, sin embargo, luego de

estudiar las pruebas obrantes en el proceso, cree que no hay siquiera indicios de que el acto se hubiera dictado por fuera de la oportunidad para satisfacer la necesidad del servicio que surgió en la Procuraduría Regional de Cundinamarca. Pues la crisis del desplazamiento forzado hacia Cundinamarca, y en especial a hacia la capital del país, no sólo era una realidad en el momento en el cual dictó el traslado, sino que además lo sigue siendo aún hoy, y mientras persista esa situación y la Procuraduría General de la Nación resuelva que debe ser la Procuraduría Regional la encargada de atender los servicios demandados por las personas que han sido víctimas de ese delito, no puede decirse que sea inoportuna una actuación encaminada a aumentar el número de funcionarios encargados de prestarlos.

28.2. Pero, además, frente a las declaraciones del peticionario en el sentido de que el traslado afectó todo un haz de derechos fundamentales de los cuales es titular, es importante hacer la siguiente precisión. La Corte Constitucional, y en general los jueces tutela, sólo pueden pronunciarse sobre la validez de un acto dictado en ejercicio del ius variandi como el de traslado, por supuestamente violar los derechos fundamentales del actor, cuando logran apreciar que esa violación es protuberante, y por tanto que no sólo es clara y no admite lugar a dudas, sino además que es grave y supone una interferencia decisiva en el ámbito prima facie protegible, y finalmente es directa y por ende es consecuencia específica del acto de traslado pero no de otros actos concomitantes o incidentales al traslado. Y eso, en este caso, no es lo que puede advertirse.

Porque si bien el demandante asegura que ese acto le violó su derecho a la salud, a la libertad de expresión y de conciencia, a escoger libremente profesión u oficio, a un trabajo digno y justo, al buen nombre y a la honra, a no ser sometido a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, en realidad son muy pocas las razones que se tendrían para concluir que estos derechos fueron interferidos de forma grave y directa por la asignación de funciones en la sede regional de la entidad. Primero que todo, la acusación menos dudosa de todas es la que se relaciona con la pérdida de ciertas facilidades ergonómicas, y de algunos artefactos adecuados para su salud en el ámbito laboral. Pero ni siquiera esa alegación es suficiente, pues no hay pruebas contundentes de que no pueda obtener un trato similar en la sede regional, o de que en caso de no obtenerlo sufra una afectación severa en sus condiciones de salud.⁷⁹ Segundo, sus demás cuestionamientos acerca de la supuesta pérdida de reputación entre colegas y compañeros de la Procuraduría, su sentimiento de que ha sido censurado por expresar opiniones diversas, su supuesta pérdida de libertad para

escoger profesión u oficio, o incluso su alegato de que perdió las condiciones que hacían del suyo un trabajo digno, y su cuestionamiento contra el acto porque le brindó un trato tortuoso, cruel, inhumano y degradante, en su criterio, no encuentran respaldo probatorio en el proceso, o resultan por lo menos dudosos si se las compara con actos típicos de violación de esos derechos.

29. En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo dictado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el veintiséis (26) de octubre dos mil diez (2010), que a su vez confirmó el de primera instancia expedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010), pues ambas autoridades negaron la tutela. En su lugar, la Corte Constitucional declarará improcedente el amparo impetrado por el señor Daniel Antonio Sastoque Coronado, por las razones antes expuestas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR el fallo dictado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el veintiséis (26) de octubre dos mil diez (2010), que a su vez confirmó el de primera instancia expedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010), en el cual se resolvió negar la tutela invocada, y en su lugar DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo intentado por el señor Daniel Antonio Sastoque Coronado contra la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- Líbrense por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En la revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010) y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el veintiséis (26) de octubre dos mil diez (2010). La acción de tutela fue promovida por Daniel Antonio Sastoque Coronado contra la Procuraduría General de la Nación. Los fallos fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección Número Uno, mediante auto proferido el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011).

2 Convocatoria No. 2006-037. Folio 81 del cuaderno principal. La Resolución No. 152 de 2008, 'por medio de la cual se establece una lista de elegibles' menciona que el señor "Sastoque Coronado Daniel" ocupó el primer puesto. (Folio 83 del cuaderno principal). En adelante, todos los medios de prueba se referirán a este cuaderno, a menos que se diga expresamente lo contrario.

4 Folio 20.

5 Por ejemplo, manifiesta que el mismo veinte (20) de agosto asistió al 'Grupo Hojas de Vida', de la entidad, para averiguar las razones del traslado. Pero asegura no haber encontrado ningún elemento en su expediente que ofreciera una justificación sobre el particular (Folio 21). También manifiesta que, en esa misma fecha, el Presidente de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de la Procuraduría solicitó la revocatoria del acto de asignación de

funciones, pero que ni él ni el Presidente de la Junta sindical obtuvieron respuesta alguna (folio 384). Además, expresó que el veintitrés (23) del mismo mes, trató de comunicarse con la Asesora de la Secretaría General de la entidad, Dra. Adriana Lucía González, pero no la encontró (folio 22). Por otra parte, dice que le preguntó a su jefe inmediato, el Procurador Delegado para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, qué información tenía sobre su traslado, y este le manifestó que ninguna. Asimismo, aseveró haber enviado sendos correos electrónicos a la Secretaria Privada del señor Procurador, Dra. Ana María Silva Escobar, y a la Dra. Adriana Lucía González, en los cual les solicitaba que lo atendieran para poder obtener información sobre el traslado (folio 390). Pero, la primera no le respondió.

6 Folio 390.

7 Folio 392.

8 Dice que le viola al menos los siguientes diecisiete (17) derechos: derecho a defender los derechos, derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de conciencia, derecho a no ser objeto de censura, derecho a la igualdad, derecho a no ser discriminado, derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, derecho al desempeño de funciones y cargos públicos, derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, derecho a la libre asociación, derecho al debido proceso, derecho al acceso a la información, derecho al buen nombre, derecho a la honra, derecho a la vida digna, derecho a no ser objeto de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, derecho a la moralidad administrativa y a la eficaz y eficiente prestación de servicios públicos. Folio 41.

9 Folio 47.

10 Folios 44 y s.

11 Folio 64.

12 Folio 1.

13 Folio 1.

14 Folio 3.

15 Folio 91 (Mayúsculas en el texto).

16 Folio 8.

17 Folios 12-14.

18 Folios 237 y 238.

19 Folios 239-250

20 Folio 16.

21 Folio 30.

22 Folio 32.

23 Folio 47.

24 Folio 53.

25 Folio 24.

26 Folio 54.

27 Folio 56.

28 Folio 57.

29 Folio 69.

30 Folio 70.

31 En el folio 436 está el auto del ocho (08) de septiembre de dos mil diez (2010), expedido por la Magistrada Lilly Yolanda Vega Blanco. En él puede leerse lo siguiente: “[s]e avoca conocimiento de la presente acción. Por Secretaría, ofíciase a la Procuraduría General de la nación, para que dentro del término de dos (2) días siguientes al recibo de la comunicación, se pronuncie sobre los hechos de la demanda”. Y en el folio 437 aparece el oficio T-No. 3761, del mismo Tribunal, mediante el cual se le da traslado a la Procuraduría General de la Nación

de la acción de tutela instaurada por Daniel Antonio Sastoque Coronado en su contra.

32 Folio 444.

33 Folio 445.

34 Folios 460-466.

35 Folio 8. Cuaderno de segunda instancia.

36 Folios 10 y 11. Cuaderno de segunda instancia.

37 CD. Folio 32 del segundo cuaderno.

38 Transcripción hecha por la Procuraduría General de la Nación en su memorial. (Folio 135 del cuaderno de revisión).

39 Folio 139 del cuaderno de revisión.

40 Folios 140 y 141 del cuaderno de revisión.

41 Folio 143, cuaderno de revisión.

42 Folios 144 y 145, cuaderno de revisión.

43 Dice: “con anterioridad al [traslado] el funcionario desempeñaba sus funciones en el edificio central de la entidad, ubicado en la Carrera 5 No. 15-80 de Bogotá y, por virtud del traslado, ahora se encuentra ubicado en las oficinas de la Procuraduría Regional de Cundinamarca, ubicada en la Carrera 10 No. 16-82 de la misma ciudad”. Folio 171 del cuaderno de revisión.

44 Sobre este punto el memorial dice: “[e]l traslado responde al ejercicio legítimo del ius variandi por parte del Procurador General de la Nación quien, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2065 de 2000 –por virtud del cual se creó un sistema dual de administración de personal para la Procuraduría General de la nación, compuesto por un sistema de planta fija y un sistema de planta globalizada – y según las facultades concedidas en los artículos 2 del Decreto 2065 de 2000 y 739 del Decreto ley No. 262 de 2000, puede

disponer de la distribución, entre las distintas dependencias de la entidad, de todos los cargos que no pertenecen al sistema de planta fija, como es el caso del cargo de Asesor Grado 19 asignado al Señor Sastoque Coronado". Folio 171 del cuaderno de revisión.

45 Folios 172 y 173 del cuaderno de revisión.

46 Folio 166 del cuaderno de revisión.

47 Folios 167 y 168 del cuaderno de revisión.

49 Folios 18-32, Primer cuaderno de pruebas.

50 Folios 253 a 261. Cuaderno de revisión.

51 Folios 422 a 430. Cuaderno de revisión.

52 Folios 299 a 390. Cuaderno de revisión.

53 Folios 413 a 421. Cuaderno de revisión.

54 Folios 392 a 412. Cuaderno de revisión.

55 Folios 447 a 458. Cuaderno de revisión.

56 Folios 460 a 462. Cuaderno de revisión.

57 La Sala es competente para revisar los fallos de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

58 Sentencia T-715 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte negó la tutela de los derechos invocados por una funcionaria a la que se había trasladado de sede, pero aceptó que esa facultad de distribuir personal de la planta global y flexible, en las sedes de una entidad pública, es un ejercicio del ius variandi.

59 El artículo 1º del Decreto ley 262 de 2000 dice que pertenecen a la planta globalizada doscientos cincuenta y cuatro (254) Asesores 1AS 19.

60 El artículo 7, numeral 39, del Decreto ley 265 de 2000 establece: “[f]unciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: [...] 39. Distribuir y reubicar los empleos de la planta de personal globalizada, entre las distintas dependencias de la Procuraduría, y fijar el número de integrantes de la Sala Disciplinaria, de acuerdo con las necesidades del servicio”.

61 El artículo 2 del Decreto ley 265 de 2000 dice: “[e]l Procurador General de la Nación podrá distribuir los empleos de la planta globalizada mediante acto administrativo, de acuerdo con la estructura interna, las necesidades del servicio y los planes y programas trazados por la Procuraduría General de la Nación”.

62 Sentencia C-443 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime). En esa oportunidad, la Corte estudió la constitucionalidad de la facultad legal, asignada al Procurador General de la Nación, de trasladar de sede a los agentes y a los servidores de la planta de personal del Ministerio Público, en atención a las necesidades del servicio.

63 (MP. Jaime Araújo Rentería. Unánime). En esta ocasión, la Corte ratificó lo que había estatuido en la sentencia C-443 de 1997 antes citada, precisamente al examinar la constitucionalidad del artículo 7-39 del Decreto ley 262 de 2000, invocado dentro de este proceso. En efecto, esa norma le confiere al Procurador General de la Nación la facultad de “[d]istribuir y reubicar los empleos de la planta de personal globalizada, entre las distintas dependencias de la Procuraduría [...] de acuerdo con las necesidades del servicio”. Y la Corporación reiteró, entonces, que la facultad de disponer los traslados de funcionarios pertenecientes a la planta globalizada por sí misma no iba contra la Constitución, siempre y cuando el traslado se diera por necesidades del servicio, y no infringiera los demás límites del poder discrecional organizativo mencionados en la sentencia C-443 de 1997.

64 Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 12 de febrero de 1980. (CP. Ignacio Reyes Posada). Radicación número: 2694.

65 Así, por ejemplo, en la sentencia T-468 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional declaró improcedente la tutela instaurada por una persona que se desempeñaba en un cargo público perteneciente a la planta global y flexible de la institución, y en tal calidad fue trasladada, porque no había razones para desplazar la competencia con la cual contaba la justicia contencioso administrativa de resolver acerca de la validez del acto

de traslado. Dijo, entonces, que por no estar dadas esas condiciones “la orden de traslado ha[bía] debido ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

66 Así, en la sentencia T-468 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional concluyó que no estaban dados los elementos de un perjuicio irremediable, en tanto en el acto de traslado no había sido ostensiblemente arbitrario, ni adoptado en forma intempestiva o afectado en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Esta misma posición fue luego reiterada en la sentencia T-264 de 2005 (MP. Jaime Araújo Rentería), en la cual la Corte declaró improcedente también una acción de tutela intentada por un funcionario de la planta global y flexible contra un acto de traslado, luego de considerar que no estaban dadas las condiciones del perjuicio irremediable, y como tales mencionó las indicadas en la sentencia T-468 de 2002. Más recientemente, esta posición fue reiterada por esta Corte en la sentencia T-325 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), cuando al resolver un caso igual y declarar la tutela improcedente para cuestionar el acto de traslado, manifestó que la razón central de su decisión residía en que no se había demostrado “que (i) el [act]o [hubiera sido] ostensiblemente arbitrario o, en otras palabras, care[n]te de fundamento alguno; (ii) [hubiera sido] adoptado en forma intempestiva y; (iii) [hubiera] afecta[do] en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”.

67 Para una referencia a la dificultad probatoria en el ámbito de la discriminación, si bien restringida a la que se da con motivos del sexo, y a la forma de resolver los problemas ligados a esa dificultad con la distribución de la carga probatoria entre las partes, puede verse Pannick, David: Sex discrimination law, New York, Oxford-Clarendon Press, 1985, pp. 85-87.

68 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

69 Y así lo ha reconocido esta Corte, por ejemplo, en la sentencia C-336 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández. SPV. Jaime Araújo Rentería). En esa ocasión, lo hizo al reconocer que los beneficios de la pensión de sobrevivientes debían extenderse a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, luego de advertir que de acuerdo con decisiones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la exclusión de un beneficio legal

sólo con fundamento en la orientación sexual, constituía una violación del derecho de las personas a no ser discriminadas, injustificadamente.

70 Joseph, Sarah; Jenny Schultz; Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 2° edición, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 750-751.

71 Disposición adoptada en la Circular 22 de 16 de abril de 2009 de la Procuraduría General de la Nación. Folios 1 y 2 del Primer Cuaderno de pruebas.

72 Según las estadísticas de Acción Social, nada más en 2010, el número de personas en situación de desplazamiento que arribó a Bogotá fue de 4554. Y en Cundinamarca ese número de personas ascendió a 2489. <http://www.accionsocial.gov.co/EstadisticasDesplazados/GeneralesPD.aspx?idRpt=2> Pero, a este número debe sumársele el de personas que previamente se habían ubicado en Bogotá y en Soacha, como consecuencia del desplazamiento forzado. Según el Informe Sobre Avances en la Coordinación y Corresponsabilidad entre la Nación y las entidades Territoriales en Materia de Atención Integral a la Población Desplazada y Garantía del Goce Efectivo de los Derechos de Esta Población. Auto 314 de 2009, publicado por la Defensoría del Pueblo, los datos relativos al número de personas desplazadas que habían llegado a Bogotá y a Soacha hasta 2009 son los siguientes: “[e]n Bogotá D.C., según las cifras de la Agencia Presidencial Para la Acción Social y la Cooperación Internacional con corte a 31 de diciembre de 2009 han sido reconocidos 71.634 hogares es decir 274.376 Personas, que corresponden al 16,00 % de la población total registrada. || [...] Aunque Bogotá, no es considerado un municipio expulsor de población desplazada, a 31 de Diciembre de 2009, se han reconocido por Acción Social 1143 hogares expulsados, que representan 4490 personas.|| [...] El municipio de Soacha, es el mayor receptor de población desplazada de Cundinamarca, contando hasta el 2009 con 31522 personas incluidas, para este año la cifra ya sobrepasa las 32000 personas [...]”.

73 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Bączkowski y Otros contra Polonia*, Aplicación No. 1543/06, sentencia del 3 de Mayo 2007. Un caso parcialmente similar fue resuelto en el fallo *Alekseyev contra Rusia*, Aplicaciones nro. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, sentencia del 21 de octubre de 2010, pues en esa ocasión la Corte concluyó que a unas personas se les

violó su derecho a no ser discriminadas porque la administración se negó a concederles una autorización para hacer un desfile del 'orgullo gay' sobre la base de que podía provocar violencia, pero en un contexto en el cual la administración de Moscú había hecho explícita su intención de no promover la homosexualidad, hecho que fue importante –según la Corte– para definir que los motivos aducidos no desvirtuaban la discriminación.

74 Para otras referencias, puede verse el texto patrocinado por la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Consejo de Europa: Handbook on European non-discrimination law, 2011, p. 34 y ss. Disponible en la página web:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+analysis/Handbook+on+non-discrimination/>. Para referencias en español, puede verse el texto de Santamaría, René: "Artículo 14. Prohibición de discriminación", en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Dir.) y otros: Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, Segunda edición, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2009, pp. 674-706.

75 Corte Europea de Justicia, caso 248/83 de la Comisión contra Alemania, sentencia del 21 de mayo de 1985.

76 Citado en el texto de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Consejo de Europa: Handbook on European non-discrimination law, 2011, pp. 97 y 98. Disponible en la página web: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+analysis/Handbook+on+non-discrimination/>.

77 El cual es un criterio más amplio que, por ejemplo, el acogido durante un tiempo por la justicia constitucional alemana, que llegó a interpretar que sólo era una violación del principio de no discriminación el acto de desfavorecer a una persona nada más que por sostener una opinión política, y no por expresarla o por actuar de acuerdo con ella. Currie, David P.: "Equality", en The Constitution of the Federal Republic of Germany, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1994, p. 326.

78 Comité de Derechos Humanos, caso Foin contra Francia, Comunicación 666/1995. Dice, en la parte pertinente: "[e]l Comité reitera su posición de que el artículo 26 no prohíbe todas las

diferencias de trato. Sin embargo, como el Comité ha tenido ocasión de afirmar repetidamente, toda diferenciación debe basarse en criterios razonables y objetivos. A este respecto, el Comité reconoce que la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que esas diferencias pueden, en casos particulares, justificar un período de servicio más largo, si la diferenciación se basa en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio en cuestión o la necesidad de una formación especial para prestarlo. En el presente caso, sin embargo, las razones aducidas por el Estado Parte no mencionan ningún criterio de ese tipo, o sólo mencionan criterios en términos generales sin referirse concretamente al caso del autor, sino que se basan en el argumento de que la duplicación de la duración del servicio es la única forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo. En opinión del Comité, este argumento no satisface el requisito de que, en el presente caso, la diferencia de trato se basa en criterios razonables y objetivos. En estas circunstancias, el Comité considera que se ha violado el artículo 26, ya que el autor ha sido objeto de discriminación en razón de su convicción de conciencia”.

79 Y la falta de pruebas de una afectación a la salud del peticionario o de su familia, puede ser una razón suficiente para concluir que la tutela instaurada contra un acto de traslado debe ser declarada improcedente. Así lo ha hecho la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-715 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual dijo que el cuestionamiento del acto de traslado de una funcionaria perteneciente a la planta global y flexible de una entidad, no podía ser resuelto mediante tutela, entre otras razones porque no tenía “elementos de juicio para establecer si el traslado a Girardot podría afectar la salud de la madre de la actora”.