



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0357/2014

Sucre, 21 de febrero de 2014

SALA SEGUNDA

Magistrado Relator: Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales

Acción de amparo constitucional

Expediente: 04722-2013-10-AAC

Departamento: La Paz

En revisión la Resolución 53/2013, de 21 de agosto, cursante de fs. 133 a 134 vta., pronunciada dentro de la acción de amparo constitucional interpuesta por Nelson Arancibia Amador contra Felipe Ladislao Cáceres García, Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas, Hernán Quisbert Flores, Jefe de la Unidad Jurídica y Rodrigo Choque Yauli Coordinador General, ambos funcionarios del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 22 de julio de 2013, cursante de fs. 39 a 46 vta., el accionante, expresó los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Mediante memorándum V.D.S. STRIA. GRAL 024/10, de 2 de febrero de 2010, fue designado por el Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas -ahora demandado-, al cargo de “Responsable Departamental II- Sucre” de la Dirección General de Sustancias Controladas, dependiente del referido Viceministerio.

El 7 de febrero de 2013, vía fax fue notificado con el memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. STRIA. GRAL 064/13 de 6 de febrero de 2013, por el cual se le informa que después de hacer uso de su vacación debe dejar el cargo de “Responsable Departamental Sucre”, sin argumento ni procesamiento previo, refiriendo como base el art. 71 del Estatuto del Funcionario Público (EFP).

Refiere que, desde hace varios años atrás convive con su pareja, con la cual concibió a un hijo, el cual se encuentra con más de ocho meses de gestación y fue reconocido ad vientre, tanto por la madre y el padre; y que, dicha situación fue comunicada al Viceministro demandado, a través de memorial de 15 de febrero de 2013, con la suma: “Comunico estado de embarazo de la madre de mi hijo y solicito inamovilidad”.

Señala que, en lugar de atender favorablemente su petición, Rodrigo Choque, Coordinador General -codemandado-, puso en su conocimiento un informe legal, para subsanar observaciones y supuestas

contradicciones, en el que el Jefe de la Unidad Jurídica -codemandado-, le solicita presentar certificados médicos expedidos por la Caja Nacional de Salud (CNS), Formulario AVC-04 de afiliación de su conviviente por el que se demuestre que se encuentra recibiendo las prestaciones médicas, declaración judicial de convivencia o unión libre y que acredite el estado civil actual de su conviviente, denotando en tal manera que dicha solicitud pretende eludir el cumplimiento de su inamovilidad, además de atentar contra la intimidad de su pareja.

Manifiesta que, el 8 de marzo de 2013, remitió un segundo memorial justificando nuevamente su solicitud y adjuntando documentación pertinente, obteniendo como respuesta un informe legal en el que se sugiere: "...en tanto el ex funcionario NELSON ARANCIBIA AMADOR cumpla con las observaciones que se le hiciera y aclare la presunción de paternidad que se contrapone en el tiempo con el acta de RECONOCIMIENTO AD VIENTRE que realiza, no es posible ingresar en el análisis de fondo de la solicitud" (sic).

El 30 de abril de 2013, presentó un tercer memorial, aclarando las ofensas que sufrieron su pareja e hija aun no nacida, el cual no fue respondido, atentando contra sus derechos.

Finalmente, indica que para consolidar la determinación de alejarlo del cargo que tenía, persistiendo en restringir sus derechos, los demandados le iniciaron un proceso administrativo, alegando supuestas faltas como incumplimiento de deberes y beneficios en razón del cargo.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

El accionante, denuncia la lesión de sus derechos a la inamovilidad laboral, al trabajo, a la vida y a la salud de su hija, citando al efecto los arts. 18.I, 15.I y 46.I, de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicita se conceda la tutela y se disponga: a) Se deje sin efecto el memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. Stria. Gral. 064/13 de 6 de febrero de 2013; b) Se ordene su inmediata reincorporación al cargo de Responsable Departamental de Sustancias Controladas con el mismo nivel salarial; c) Se disponga la cancelación retroactiva de haberes devengados más todos los beneficios de ley, incluidos los bonos de prenatal y lactancia; y, d) Siendo evidente la apertura de un proceso administrativo en su contra el que posiblemente concluya con una sanción de destitución, se difiera la ejecución de dicha sanción, hasta que su hija cumpla un año de edad.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

La audiencia pública se realizó el 21 de agosto de 2013, según consta en el acta cursante de fs. 124 a 132, produciéndose los siguientes actuados

I.2.1. Ratificación de la acción

El accionante a través de su abogado, ratificó el tenor integro de la acción de amparo constitucional.

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

Felipe Ladislao Cáceres García, Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas, representado legalmente por Hernán Quisbert Flores y Wilder Oliver Parada, presentó informe

escrito cursante de fs. 115 a 121, el cual fue ratificado en audiencia pública, señalando que: 1) Respecto a los servidores públicos Hernán Quisbert Flores y Rodrigo Choque Yauli, demandados, no se precisó en la acción de defensa cual fue el acto ilegal que cometieron, por ello existe falta de legitimación pasiva sobre estos ; 2) La desvinculación laboral del accionante, se efectuó en ejercicio de las atribuciones asignadas al Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas, bajo el tratamiento de las normas relativas a un funcionario provisorio, al desconocerse su condición de padre progenitor; 3) El 15 de febrero de 2013, cuando la relación laboral del accionante se encontraba definida, este recién solicitó la aplicación de inamovilidad laboral, lo que desvirtúa que el agradecimiento de servicios se produjo en conocimiento de su situación de padre progenitor; 4) El 8 de marzo del mismo año, el accionante presentó un certificado médico expedido por un médico particular y no por el Ente Gestor, pese a que dicho ex funcionario se encontraba afiliado a la CNS, entidad que, el 4 de marzo del mismo año, emitió una certificación de trámite de afiliación de la conviviente del accionante, hecho que imposibilitó el análisis de la inamovilidad solicitada en la vigencia de la relación jurídico-laboral; 5) La falta de tratamiento del caso en el momento se debió a la negligencia y por responsabilidad de Nelson Arancibia Amador; y, 6) El accionante no agotó las vías ordinarias de defensa, puesto que no representó ante el Ministerio de Gobierno, la decisión de agradecer los servicios de este, asumida por el Viceministerio demandado, conforme lo dispuesto en el art. 69, inciso b) del Reglamento Interno de Personal del Ministerio de Gobierno aprobado por “Resolución Ministerial 3503” (sic).

Hernán Quisbert Flores, Jefe de la Unidad Jurídica del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas, brindó informe oral en audiencia pública de amparo constitucional, señalando que: i) Tanto su persona como Rodrigo Choque Yauli Coordinador General, de la referida entidad, no tuvieron participación en la emisión del memorándum de agradecimiento de servicios impugnado, por no ser una atribución y competencia de los cargos que ejercen, por ello la acción no debió ser interpuesta contra sus personas; y, ii) Respecto al proceso administrativo sustanciado contra el accionante, el mismo fue iniciado en base a denuncias escritas por lo que no es armado tal como afirma éste.

I.2.3. Intervención del tercer interesado

Mario Raúl Iglesias Serrudo, Jefe Distrital Sucre de la Dirección General de Sustancias Controladas dependiente del Viceministerio de Defensa Social, mediante memorial cursante a fs. 109 a 111, manifestó que por la fecha y hora en la cual fue notificado se le imposibilitó su presencia en la audiencia de amparo constitucional, a realizarse en el departamento de La Paz, por lo que al ser atribuible al accionante el retraso en dicha notificación, se le estaría causando indefensión.

I.2.4. Resolución

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, pronunció la Resolución 53/2013 de 21 de agosto, cursante de fs. 133 a 134 vta., denegando la tutela solicitada, bajo el argumento de que el accionante al exigir la aplicación de la inamovilidad laboral en cumplimiento al Decreto Supremo 0012 de 19 de febrero de 2009, ante el incumplimiento del reclamo efectuado ante el Viceministerio demandado, tenía la oportunidad de acudir al Ministerio del Trabajo, por lo que no se cumplió con el principio de subsidiariedad en la presentación de la acción tutelar.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional Plurinacional

Al encontrarse en uso de su vacación anual la Magistrada Dra. Soraida Rosario Cháñez Chire, se habilitó en suplencia legal al Magistrado, Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales, de conformidad al art. 24.I de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsas de los antecedentes del caso, se llega a las siguientes conclusiones:

II.1. Mediante memorándum V.D.S. STRIA. GRAL. 024/10 de 2 de febrero de 2010, Felipe Cáceres García, Viceministro de Defensa Social, ahora demandado, designó a Nelson Arancibia Amador - ahora accionante-, "Responsable Departamental II - Sucre", dependiente de la Dirección General de Sustancias Controladas (fs. 1).

II.2. Por memorándum V.D.S. STRIA. GRAL. 064/13 de 6 de febrero de 2013, se comunica al accionante que: "En cumplimiento a normas establecidas en el Reglamento Interno del Ministerio de Gobierno Cáp. VII Art. 41 y Art. 43 deberá hacer uso de su vacación anual, a partir del día 07 de Febrero hasta el 01 de Marzo inclusive del año en curso. Asimismo en mérito al Art. 71 de la Ley 2027 del Estatuto del Funcionario Público, a la conclusión de la misma (01/03/2013) se le agradece los servicios que venía desempeñando como 'RESPONSABLE DEPARTAMENTAL SUCRE', en la Dirección General de Sustancias Controladas dependiente de este Viceministerio de Defensa Social" (sic) (fs. 2).

II.3. El 15 de febrero de 2013, el accionante presentó memorial ante el Viceministerio demandado, comunicando el estado de embarazo de más de quince semanas de gestación de su pareja y solicitando inamovilidad laboral conforme a derecho y se deje sin efecto el memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. STRIA. GRAL. 064/13 de 6 de febrero de 2013 (fs. 3 a 5).

II.4. A través de nota cite V.D.S. DESP. 141/2013, Rodrigo Choque Yauli, Coordinador General del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas -codemandado-, responde la solicitud de inamovilidad laboral del accionante, pone en su conocimiento el informe legal UJ- 028/2013, y le informa que al haberse realizado algunas observaciones a su documentación presentada se le pide que la misma sea subsanada para considerarse el fondo de la solicitud de inamovilidad laboral. (fs. 6).

II.5. El Informe Legal UJ- 028/2013 de 22 de febrero, elaborado por Hernán Quisbert Flores, Jefe de la Unidad Jurídica del referido Viceministerio -codemandado-, sugiere al Viceministro de dicha entidad, que para posibilitar un análisis de fondo de la solicitud de inamovilidad laboral del accionante, se solicite a éste la presentación de certificados médicos expedidos por la CNS como ente gestor, Formulario AVC - 04 de afiliación de su conviviente que demuestre que se encuentra recibiendo prestaciones médicas, declaración judicial de convivencia o unión libre y aclare si su conviviente se encuentra unida en matrimonio a su ex cónyuge o la fecha de separación de hecho (fs. 7 a 12).

II.6. Mediante memorial presentado ante el Viceministro el 8 de marzo de 2013, el accionante responde al Informe legal UJ- 28/2013, manifestando que se subsanaron las observaciones efectuadas y solicitó la reincorporación inmediata al puesto que ocupaba con todos los derechos que le corresponden (fs. 13 a 16).

II.7. El Informe Legal UJ- 043/2013 de 22 de marzo, formulado por el Jefe de la Unidad Jurídica, codemandado, concluye que habiéndose establecido que se mantienen subsistentes las observaciones que se dieron a conocer se sugiere que en tanto el ex funcionario ahora accionante, de cumplimiento a las observaciones que se le hiciera y aclare la presunción de paternidad que se contrapone en el tiempo con el acta de reconocimiento ad ventre, no es posible ingresar al análisis de fondo de la solicitud de inamovilidad laboral. (fs. 18 a 22).

II.8. Por memorial presentado el 30 de abril de 2013, al Viceministerio de Defensa Social y

Sustancias Controladas, el accionante respondió al Informe legal UJ- 043/2013, reiterando su solicitud de reincorporación inmediata al puesto que ocupaba más los derechos correspondientes (fs. 23 a 24).

II.9. Cursa Testimonio de reconocimiento ad vientre, franquado por la Oficialía de Registro Civil DR-10101004 del departamento de Sucre, el 9 de julio de 2013, en el que se informa la inscripción el 6 del citado año, de reconocimiento de una persona simplemente concebida con una gestación aproximada de catorce semanas, por el accionante y Ninoska Ledy Flores Durán (fs. 28 a 29 vta.).

II.10.El Certificado de atención prenatal, emitido por el Director del Policlínico Sucre, acredita que Ninoska Ledy Flores Durán, en calidad de beneficiaria del asegurado accionante, con matrícula 76-0519 AAN, recibió atención médica en dicho centro de salud desde el quinto mes de embarazo y que a partir del 4 de abril de 2013, se encuentra habilitada para el subsidio prenatal (fs. 30).

II.11.Mediante Resolución 13/2013 de 14 de marzo, dictada dentro del trámite de inserción de beneficiaria presentado por el asegurado accionante, a favor de su conviviente Ninoska Ledy Flores Durán, la comisión calificadora de beneficiarios de la CNS, declaró procedente dicha solicitud (fs. 31).

II.12.Por Resolución Sumarial 001/2013, de 29 de mayo, pronunciada por la Autoridad sumariante del Viceministerio referido, se dispuso el inicio de proceso interno a fin de determinar la existencia de responsabilidad administrativa en contra del ex funcionario, ahora accionante, por supuestas contravenciones de la Ley 2027 de 27 de octubre de 1999. (fs. 32 a 35).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El accionante, denuncia la vulneración de sus derechos a la inamovilidad laboral, al trabajo y los derechos a la vida y a la salud de su hija, puesto que el Viceministro demandado, mediante memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. STRIA. GRAL 064/13 de 6 de febrero de 2013, dispuso retirarlo de su cargo como Responsable Departamental Sucre, de la Dirección General de Sustancias Controladas, luego de hacer uso de su vacación; pese a que, después de ser notificado con el referido memorándum comunicó a dicha autoridad el estado de embarazo de su conviviente, empero pese a las reiteradas solicitudes de inamovilidad laboral y restitución a su fuente laboral, no se dieron curso a las mismas.

En consecuencia, corresponde analizar, en revisión, si los argumentos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

III.1. La acción de amparo constitucional y la excepción al carácter subsidiario en el caso de mujeres embarazadas y progenitores con hijo o hija menor de un año de edad

Con relación al carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional y la excepción a la subsidiariedad en casos de mujeres embarazadas la jurisprudencia constitucional, a través de la SCP 0789/2012 de 13 de agosto, entre otras, ha reiterado lo siguiente: "... la jurisprudencia constitucional, con respecto a la no sujeción de la subsidiariedad en casos excepcionales, ha establecido lo siguiente: `La acción de amparo constitucional, como garantía jurisdiccional extraordinaria hace posible la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución Política del Estado y las leyes, cuando son restringidos, suprimidos o amenazados por particulares o funcionarios públicos y siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para su protección. Se activa ante la inexistencia de otras vías, empero, tratándose de resguardar y/o proteger derechos primarios de la mujer trabajadora embarazada y del ser en gestación, cuya protección es urgente e inmediata, ante el retiro intempestivo de la fuente laboral que provoca la

suspensión del derecho a la seguridad social que a su vez resguarda y garantiza el derecho a la salud, poniendo en riesgo el derecho a la vida que no puede estar supeditado al agotamiento previo de otras vías o instancias legales, es decir, no se sujeta al principio de subsidiariedad, característica de esta acción, debiendo hacer abstracción del mismo con el fin de tutelar en forma prioritaria e inmediata los derechos a la vida y a la salud como parte de la maternidad. En ese entendido, compete ingresar al análisis y resolución del fondo de la problemática planteada' (SC 0558/2011-R de 29 de abril); en consecuencia, conforme cita esta jurisprudencia, y considerando que se trata de la protección de derechos fundamentales como a la vida, a la salud, no solamente de la mujer embarazada, sino también del concebido, los cuales están siendo amenazados y cuya protección es urgente e inmediata, ante un retiro de la fuente laboral, que provoca la suspensión del derecho a la seguridad social, corresponde apartarnos del carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional e ingresar al análisis del fondo de la presente acción" (las negrillas son nuestras).

En este entendido conforme a lo señalado, la acción de amparo constitucional se activa ante la inexistencia o agotamiento de las vías, medios para la reclamación de los actos ilegales, indebidos; empero, excepcionalmente puede ser activada de manera directa en resguardo o protección de los derechos a la vida y a la salud de la mujer embarazada y del ser en gestación, toda vez que la protección de estos derechos fundamentales ante el retiro intempestivo debe ser inmediata y urgente, correspondiendo realizar la abstracción al carácter subsidiario de la referida acción en casos de haberse denunciado el despido, la afectación del nivel salarial y la ubicación en su puesto de trabajo de una mujer embarazada o padre progenitor de un niño o niña menor de un año.

III.2. Sobre el marco Constitucional, legal que regula el derecho al trabajo y la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores

La Constitución Política del Estado al estar sustentada en valores y principios, con el fin de alcanzar los fines esenciales, garantiza también el derecho fundamental de las personas al trabajo, señalando en su art. 46 que; "I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.

2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.

II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas (...)"

De igual forma, la Constitución Política del Estado con el fin de evitar la discriminación de los trabajadores o trabajadoras, y de asegurar su estabilidad laboral, y el respeto al ejercicio pleno del derecho al trabajo, a establecido en el art. 48. VI de la Norma Fundamental lo siguiente: "Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos y número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad" (las negrillas son nuestras).

Ahora bien bajo el preámbulo de la Constitución Política del Estado así como de sus principios, valores y fines establecidos, también de los principios específicos de protección de los trabajadores es que debe interpretarse lo establecido por el parágrafo VI de éste artículo.

Lo que quiere decir que si bien el Estado garantiza la estabilidad laboral, de todo miembro de la sociedad, así como el derecho al trabajo y a la no discriminación de las mujeres por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos, al garantizar la inamovilidad laboral tanto de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores, el Estado garantiza y

protege el derecho a la vida, a la salud y consecuentemente el derecho a la seguridad social, del niño o niña o ser en gestación, desde su concepción hasta que cumpla un año de edad.

En este mismo entendido, y tal como se ha señalado, los valores en los cuales se sustenta el Estado Plurinacional de Bolivia como la igualdad, inclusión, equidad social, y el fin que persigue como el de garantizar la protección e igual dignidad de las personas, además del derecho a la estabilidad laboral, en condiciones equitativas y satisfactorias, sustentan la protección del derecho a la inamovilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de gestación y lactancia, así como del progenitor, independientemente, de que estos sean servidores (as) públicos (as), o empleadas (os) del sector privado, sin discriminación alguna respecto de la protección de los trabajadores.

De igual forma, el Decreto Supremo (DS) 0012 de 19 de febrero de 2009, en su art. 2, respecto a la inamovilidad laboral señala: “La madre y/o padre progenitores, sea cual fuere su estado civil, gozarán de inamovilidad laboral desde la gestación hasta que su hijo o hija cumpla un (1) año de edad, no pudiendo ser despedidos, afectarse su nivel salarial ni su ubicación en su puesto de trabajo” (las negrillas son propias).

El art. 6 del mismo Decreto Supremo, complementado por el DS 0496 de 1 de mayo de 2010, establece que: “I. En caso de incumplimiento de la inamovilidad laboral, a solicitud de la madre y/o padre progenitores, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social instruirá al empleador, para que cumpla en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles a partir de su notificación, la reincorporación con goce de haberes y otros derechos sociales por el tiempo que duró la suspensión de la relación laboral.

II. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Parágrafo precedente, la afectada o afectado podrá interponer las acciones constitucionales que correspondan, tomándose en cuenta la inmediatez de la protección del derecho constitucional de inamovilidad laboral”.

De todo lo anteriormente glosado, se establece que el Estado tiene entre sus fines y funciones esenciales, garantizar el bienestar y la protección e igual dignidad de las personas, además de proteger el ejercicio del trabajo en todas sus formas, toda vez que las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio como es el caso de la inamovilidad laboral tanto de la mujer embarazada y de los progenitores, hasta que la hija o hijo cumpla 1 año de edad.

Entonces, la inamovilidad laboral implica la protección del trabajador o trabajadora en su fuente de empleo, respecto a su permanencia, sin que el empleador pueda despedirlos, rescindir unilateralmente el contrato de trabajo o modificar las condiciones laborales haciendo que estas sean desventajosas. Más aún si se considera que con la realización de estos actos, se pone en riesgo la estabilidad no solo económica, sino también emocional de la madre, del ser en gestación, respecto de quienes por mandato constitucional cumple asegurar un mínimo de estabilidad laboral hasta el año de nacimiento del ser en gestación.

III.3. Sobre la comunicación del estado de gravidez al empleador, para acceder a los beneficios de la inamovilidad laboral

La jurisprudencia sentada por la SC 1316/2011-R de 26 de septiembre; entre otras, cambiando el entendimiento jurisprudencial establecido en la SC 1416/2004-R, señaló que: “la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad; garantía que no está supedita a determinadas condiciones o requisitos que deben ser cumplidos por la mujer o el hombre y, por lo mismo, para su ejercicio, no se requiere el previo aviso al empleador del estado de embarazo o de la existencia de un hijo o hija menor a un año.

Norma que, es directamente aplicable, en virtud a lo expresamente dispuesto por el art. 109.I de la CPE, que refiere que: 'I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección'.

Bajo ese razonamiento, debe entenderse que la tutela que brinda la Constitución Política del Estado a la mujer embarazada y con hijos menores a un año, y a los progenitores, es más amplia y, por lo mismo, no se puede aplicar la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 1416/2004-R citada precedentemente, al haber realizado una interpretación restrictiva de la Ley 975.

Efectivamente, el requisito formal de dar aviso a su empleador acerca de su estado de gravidez, sin el cual no existiría la protección estatal en lo que respecta a su inamovilidad laboral, carece de relevancia frente a una necesidad indubitable, que es precisamente asegurar el derecho a la vida y a la salud de la madre y el menor, ya que con una fuente laboral, al menos se asegurará a la madre el poder agenciar los medios necesarios para proteger las necesidades más premiosas que demande el niño o niña recién nacidos”.

En tal sentido, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional citada se tiene que no es necesario dar aviso al empleador sobre la situación de embarazo de la mujer o progenitores trabajadores, para así poder acceder a la protección que brinda la Constitución Política del Estado a la mujer embarazada o madre de un niño menor a un año y así también los progenitores; no obstante se deberá acudir de manera inmediata al empleador a efectos de solicitar el ejercicio de sus derechos a través de la reincorporación a su fuente laboral más los beneficios consiguientes, lo que implica que haciendo abstracción a los requisitos de subsidiariedad, no es necesario acudir a la vía de la judicatura laboral u otros medios impugnativos al interior de la entidad o instancias superiores, por lo que puede acudir directamente a la justicia constitucional a través de la acción de amparo constitucional, para hacer valer sus derechos.

III.4. Legitimación pasiva en la acción de amparo constitucional

El Tribunal Constitucional con relación a la legitimación pasiva ha establecido que: “...la legitimación pasiva debe ser entendida como la coincidencia entre la autoridad que presuntamente causó la violación de los derechos y aquella contra quien se dirige la acción (SSCC 0255/2001-R, 0829/2001-R, 1349/2001-R, entre otras); de lo que se establece que para que el recurso sea admitido es imprescindible que el recurso sea dirigido contra la persona que cometió el acto ilegal o la omisión indebida, es decir el agraviante” (SSCC 0325/2001-R y 0863/2001-R).

Así también, la jurisprudencia establecida por el Tribunal extinto, determinó que no es viable considerar el fondo de la problemática que se plantea dentro la presente acción de amparo constitucional, cuando está no fue dirigida contra la autoridad de última instancia que tiene la facultad de modificar, confirmar o revocar el acto o resolución sometido a su consideración. Así las SSCC 0258/2003-R, 0726/2003-R, 0885/2003-R, 0723/2004-R y 1445/2004-R, 0823/2005-R, 0856/2005-R y otras, han establecido que: “cuando se trata de procesos en cualquier materia, el agraviado debe acusar el acto indebido o ilegal constituido ya sea en un acto procesal o en una resolución ante la instancia última, pues de no hacerlo la tutela resultaría ineficaz por cuanto no se puede compulsar la problemática si no ha sido recurrida la autoridad o persona que tiene la facultad de revisar, consiguientemente, modificar, confirmar o revocar el acto o resolución puesto en su conocimiento, ya que en la última instancia -si se acusa el acto ilegal u omisión indebida-, se resolverá definitivamente, de manera que quien deberá responder por la lesión al derecho fundamental y repararlo en forma inmediata será la autoridad o tribunal que tenga legalmente la atribución de conocer en última instancia, y por lo mismo, para el caso de no reparar la lesión al momento de resolver el recurso ordinario, es quien tiene la legitimación pasiva para ser demandado,

responder y cumplir lo que se ordene en esta jurisdicción si se presentare Amparo”.

III.5. Análisis del caso concreto

El accionante, denuncia la vulneración de sus derechos a la inamovilidad laboral, al trabajo y los derechos a la vida y a la salud de su hija por nacer; toda vez que, desde febrero de 2010, desempeño las funciones de Responsable Departamental II - Sucre”, dependiente de la Dirección General de Sustancias Controladas, hasta que el 7 de febrero de 2013, mediante memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. STRIA. GRAL 064/13 de 6 de febrero de 2013, emitido por el Vice ministro ahora demandado, se le comunico que: “En cumplimiento a normas establecidas en el Reglamento Interno del Ministerio de Gobierno Cap. VII art. 41 y Art. 43 deberá hacer uso de su vacación anual, a partir del día 07 de Febrero hasta el 01 de Marzo inclusive del año en curso. Asimismo en mérito al Art. 71 de la Ley 2027 del Estatuto del Funcionario Público, a la conclusión de la misma (1/3/2013) se le agradece los servicios que venía desempeñando como 'RESPONSABLE DEPARTAMENTAL SUCRE', en la Dirección General de Sustancias Controladas dependiente de este Viceministerio de Defensa Social” (sic).

Hecha la valoración de antecedentes, se tiene que, el 15 de febrero de 2013, el accionante comunicó el estado de embarazo de más de quince semanas de gestación de su pareja y solicitó inamovilidad laboral por lo que debería dejarse sin efecto el memorándum de agradecimiento de servicios, mereciendo respuesta por parte de Rodrigo Choque Yauli, Coordinador General del Viceministerio, comunicándole que según Informe Legal pronunciado por por Hernan Quisbert Flores, Jefe de la Unidad Jurídica de dicho Viceministerio, no se podía considerar su solicitud por haberse observado la documentación presentada al efecto, solicitándole subsanar la misma.

Posteriormente, el accionante respondió a las observaciones efectuadas y reiterando su solicitud de reincorporación inmediata, empero en vez de darse curso a su solicitud, se pusieron en conocimiento de éste, informes legales que concluían que no se ingresaba al análisis de fondo de su solicitud de inamovilidad laboral y reincorporación, por no contarse con documental idónea al efecto.

Considerando que el art. 128 de la CPE, dispone que la acción de amparo constitucional ha sido instituida como una acción tutelar de defensa contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma Constitución Política del Estado y la ley, se llega a concluir lo siguiente:

III.5.1. Sobre el derecho a la inamovilidad laboral y al trabajo, solicitados por el accionante

Conforme el desarrollo, efectuado en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, está plenamente establecido que en mérito a los valores en los cuales se sustenta el Estado Plurinacional de Bolivia, tales como la igualdad, inclusión, equidad social, y el fin que persigue como el de garantizar la protección e igual dignidad de las personas, además del derecho a la estabilidad laboral, en condiciones equitativas y satisfactorias, sustentan la protección del derecho a la inamovilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de gestación y lactancia, así como del progenitor, independientemente, de que estos sean servidores (as) públicos (as), o empleadas (os) del sector privado, sin discriminación alguna.

En este entendido, el accionante al tener conocimiento del memorándum por el que se lo desvincula de su fuente laboral, acudió ante el citado Viceministro, invocando inamovilidad laboral, en su calidad de progenitor de un ser de aproximadamente quince semanas de gestación, situación

acreditada por el Testimonio de reconocimiento ad vientre, descrito en la conclusión II.9 y refrendado por el certificado referido en la Conclusión II.10 del presente fallo, por lo que correspondía a esta autoridad, al tener conocimiento de la calidad de progenitor del accionante proceder a la reincorporación de éste, en resguardo de los derechos conferidos por la Constitución Política del Estado, en su art. 48.VI- y el DS 0496 que complementa al DS 0012, al no haber actuado de esta forma, lesiona los derechos a la inamovilidad laboral y al trabajo del accionante.

III.5.2. Inaplicabilidad del principio de subsidiariedad

Puesto que, el Tribunal de garantías constituido para resolver el fondo de la presente acción de defensa, funda su decisión de denegar la tutela, debido a que el accionante no acudió ante el Ministerio del Trabajo para exigir la aplicación de su inamovilidad laboral, corresponde referir que, conforme al entendimiento asumido y desarrollado en el Fundamento Jurídico III. 1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, la acción de amparo constitucional se activa ante la inexistencia o agotamiento de las vías o medios conducentes a atender el reclamo de los actos ilegales, indebidos; pero también excepcionalmente puede ser activada de manera directa, todo en resguardo o protección de los derechos a la vida y a la salud de la mujer embarazada y del ser en gestación, puesto que la protección de estos derechos fundamentales debe ser inmediata y urgente, correspondiendo realizar la abstracción al carácter subsidiario de la referida acción de defensa, en casos de haberse denunciado el despido ante la autoridad que decidió concluir la relación laboral de una mujer embarazada o padre progenitor, por lo que este aspecto no fue considerado en la Resolución emitida por el Tribunal de garantías.

III.5.3. Sobre la comunicación por parte del accionante, del estado de gravidez, para acceder al beneficio de inamovilidad laboral

Puesto que la autoridad demandada, en el informe escrito que presentó y que a la vez fue ratificado en audiencia pública, argumenta la existencia de comunicación extemporánea del ex funcionario Nelson Arancibia Amador -accionante-, manifestando que el 15 de febrero de 2013, cuando la relación laboral se había definido, el accionante recién solicitó la aplicación de inamovilidad laboral, cabe puntualizar que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional desarrollada en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, claramente se tiene definido que no resulta necesario dar aviso al empleador sobre la situación de embarazo de la mujer o progenitores trabajadores, para que se pueda acceder al beneficio de inamovilidad laboral, contemplado en el art. 48.6 de la CPE; por otra parte debe considerarse que en la fecha señalada, la relación laboral entre el Viceministerio, no había concluido, toda vez que como bien refiere el memorándum V.D.S. STRIA. GRAL 064/13 de 6 de febrero de 2013, el agradecimiento de servicios o la desvinculación laboral, se haría efectiva a partir del 1 de marzo del mismo año, una vez concluidas las vacaciones del accionante; por lo que, dicho argumento resulta contradictorio con la Jurisprudencia constitucional referida y los hechos acontecidos.

Así también, tomando en cuenta que la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores hasta que la hija o el hijo cumplan un año de edad; no está sujeta a determinadas condiciones o requisitos, no puede argüirse falta de documentación idónea, puesto que como bien se estableció anteriormente, el accionante acreditó su condición de progenitor de una persona de aproximadamente quince semanas de gestación.

III.5.4. Sobre otros derechos acusados de vulnerados y la solicitud de disponerse que la sanción emergente de un proceso administrativo interno en contra del accionante sea diferida.

En cuanto a los otros derechos, denunciados como lesionados, corresponde señalar que al haberse

separado de su fuente laboral al accionante, se ha atentado contra el derecho a la vida y la salud del ser en gestación del cual es progenitor, por lo que corresponde otorgar la tutela en su favor, respecto a ambos derechos se refiere.

Con relación a la solicitud impetrada por el accionante de que se difiera la sanción a ser determinada en el proceso administrativo interno sustanciado en su contra hasta que su hija cumpla un año de edad; si bien es cierto y evidente la existencia e inicio del mismo, como bien refiere el accionante, no se cuenta con una resolución que determine una sanción puesto que el referido proceso se encuentra en tramitación sin estar concluido, por lo que este Tribunal no puede emitir criterio al respecto.

III.5.5. Falta de legitimación pasiva en los demandados Hernán Quisbert Flores y Rodrigo Choque Yauli.

Advertiendo que la acción de amparo constitucional, está dirigida contra Hernán Quisbert Flores, Jefe de la Unidad Jurídica y Rodrigo Choque Yauli Coordinador General, ambos servidores públicos del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas, considerando que al momento de interponer la acción de amparo constitucional, es imprescindible que la parte accionante dirija la misma contra la autoridad, servidor público o persona particular que presuntamente cometió el acto ilegal u omisión indebida que atenta derechos fundamentales, el ahora accionante no tomo en cuenta que los codemandados Hernán Quisbert Flores y Rodrigo Choque Yauli, no fueron quienes emitieron el memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. STRIA. GRAL 064/13 de 6 de febrero de 2013; por lo que corresponde denegar la tutela en relación a estos.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de garantías al denegar la tutela, no evaluó en forma correcta los antecedentes del proceso.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Segunda; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; y, el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve:

1º REVOCAR en parte la Resolución 53/2013 de 21 de agosto, cursante de fs. 133 a 134 vta., pronunciada por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz; y, en consecuencia CONCEDER la tutela solicitada.

2º Dejar sin efecto el memorándum de agradecimiento de servicios V.D.S. STRIA. GRAL 064/13 de 6 de febrero de 2013, emitido por el Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas dependiente del Ministerio de Gobierno, por lo que esta autoridad deberá proceder a la reincorporación laboral de Nelson Arancibia al cargo de Responsable Departamental II- Sucre de la Dirección General de Sustancias Controladas, dependiente del Viceministerio de Defensa Social y cumplir con la provisión de beneficios y derechos reconocidos por ley a favor del menor.

3º DENEGAR la Tutela con relación a los demandados Hernán Quisbert Flores, Jefe de la Unidad Jurídica y Rodrigo Choque Yauli Coordinador General, ambos servidores públicos del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas, conforme los argumentos expuestos en el presente fallo.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Fdo. Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Mirtha Camacho Quiroga
MAGISTRADA