

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0993/2010-R

Sucre, 23 de agosto de 2010

Expediente: 2007-16312-33-RAC

Distrito: Tarija

Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

En revisión la Resolución 02/2007 de 3 de julio, cursante de fs. 535 a 537, pronunciada por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Claudia Elva Vargas Cuellar contra Carlos Wilder Zeballos Villa, Director Ejecutivo de la Oficina Técnica Nacional de los Ríos Pilcomayo y Bermejo (OTNPB), alegando la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo, a la inamovilidad de la mujer embarazada, a la defensa y de la garantía al debido proceso, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y d), 16.II y IV y 193 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

La recurrente mediante memorial presentado el 26 de junio de 2007, cursante de fs. 41 a 57, sostiene que, el 14 de diciembre de 2005, suscribió contrato con la Oficina Técnica Nacional de los Ríos Pilcomayo y Bermejo (OTNPB), legalmente representada por su Director Ejecutivo Jorge O'Connor D'Arlach Mogro y su persona, se contrató sus servicios como "Coordinadora General y Secretaria General" de la OTNPB para el seguimiento del proyecto de gestión integrada y plan maestro de la cuenca del río Pilcomayo.

Alega que, para fines legales, dirigiéndose al Jefe Departamental del Trabajo por oficio CGP 0016/2006 de 29 de diciembre, hizo conocer, adjuntando los certificados médicos correspondientes, su estado de gravidez, solicitando que el Ministerio del ramo, comunique a la autoridad recurrida dicho extremo para que se respete su inamovilidad laboral.

Refiere que, su persona mediante oficio CGP 005/2006 de 27 de diciembre, presentó ante la autoridad recurrida, certificado médico que acredita su embarazo, solicitando sea remitido al Encargado de Personal para que se adjunte a su file; para posteriormente, debido a la existencia de amenaza de aborto, presentar dos bajas médicas correspondientes, conforme se tiene acreditado por los certificados adjuntos.

Sostiene que, por oficio CGPP 001/2007 de 31 de enero, hizo conocer a la autoridad recurrida que fue sometida a presiones y amenazas vertidas por Rafael Gómez Cossio, en ese entonces supuesto asesor personal, quien la intimidó con la posibilidad de iniciarle proceso interno en su contra y cambiarla del lugar de trabajo a Potosí si no renunciaba; sin embargo, de dejar

sentado el sometimiento a amenazas y presiones que pusieron en riesgo su salud y la de su hijo, el recurrido, por oficio OTNPB 120/07 de 26 de marzo DE 2007, sin que se le haya seguido un proceso previo procedió a resolver el contrato suscrito, señalando extrañamente que habría incumplido el contrato de servicios de consultoría provocando la pérdida total de confianza por el ejecutivo hacia el servicio de asesoramiento, sin perjuicio de que se inicien en su contra las acciones pertinentes por las omisiones cometidas en perjuicio de la Institución y los intereses del Estado.

Alega que impugnó esta determinación, agotando con ello la vía administrativa, exponiendo, entre otros fundamentos, el hecho de que se prescindió de sus servicios sin considerar que se encuentra protegida por la Ley 975 de 2 marzo de 1988, debido a su estado de gravidez, como oportunamente acreditó con la baja y certificado médico correspondiente.

Indica que, la normativa es clara al respecto, pues conforme prevén los arts. 1 y 2 de la Ley 975, la mujer embarazada goza de inamovilidad en su puesto de trabajo; el art. 107 del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA), establece que el nasciturus debe ser el primero en recibir protección y socorro, y por su parte el art. 11.2 incs. a) y d) de la Convención sobre la eliminación sobre todas las formas de **discriminación contra la mujer**, estipula que los Estados partes, deberán tomar las medidas adecuadas para prohibir, bajo pena de sanción, el despido por motivo de embarazo. A ello se suma lo estipulado en el Decreto Supremo (DS) 28699 de 1 de mayo de 2006, que significó un cambio en la regulación legal de las relaciones laborales donde se establece como características la relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador; la prestación de trabajo por cuenta ajena y la percepción de remuneración o salario en cualquiera de sus formas y manifestaciones; prescribiendo además que cualquier forma de contrato civil o comercial que tienda a encubrir la relación laboral no surtirá efectos de ninguna naturaleza debiendo prevalecer el principio de realidad sobre la relación aparente; estableciéndose con ello que el contrato suscrito no es un contrato de consultoría por no encontrarse enmarcado dentro de las previsiones de la ley civil y, por ende, no correspondía proceder a su resolución pactada en el marco del Código Civil, omitiendo la aplicación de las disposiciones legales vigentes.

I.1.2. Derechos y garantía supuestamente vulnerados

La recurrente considera vulnerados sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo, a la inamovilidad de la mujer embarazada, a la defensa y de la garantía al debido proceso, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y d), 16.II y IV y 193 de la CPEabrg.

.

I.1.3. Autoridad recurrida y petitorio

Con esos antecedentes, la recurrente interpone recurso de amparo constitucional contra Carlos Wilder Zeballos Villa, Director Ejecutivo de la OTNPB; solicitando se declare procedente el recurso disponiendo se deje sin efecto el oficio OTNPB 120/07 de 26 de marzo de 2007, que dejó sin efecto el contrato y se proceda a la restitución inmediata a su fuente laboral y a la cancelación y efectivización de los sueldos y subsidios devengados que le corresponden por ley.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Efectuada la audiencia pública el 3 de julio de 2007, en presencia de la recurrente y autoridad recurrida, en ausencia del representante del Ministerio Público, conforme consta en el acta cursante de fs. 516 a 535, se suscitaron los siguientes hechos:

I.2.1. Ratificación del recurso

La recurrente, por intermedio de sus abogados, ratificó los términos del recurso planteado.

I.2.2. Informe de la autoridad recurrida

En audiencia, el asesor legal de la OTNPB, señaló que: a) La recurrente no tiene la calidad de funcionaria pública de la OTNB y por ende no se encuentra protegida por la Ley General del Trabajo ni Estatuto del Funcionario Público, debido a que su contrato es de naturaleza mixta (administrativa y civil) pues, se la contrató para un trabajo de consultoría y se procedió a resolver el mismo porque existía una cláusula de resolución pactada de acuerdo al Código Civil; b) El contrato señala que ningún consultor forma parte del personal administrativo regular de la entidad y no cubrirá a su favor aguinaldos u otras remuneraciones que son propias de quienes se encuentran en relación de dependencia; c) De la misma manera, establece que éste podrá ser resuelto por incumplimiento de las cláusulas libremente pactadas y en el caso particular se desobedeció el inc. d) de la cláusula cuarta referente al alcance del trabajo de los servicios a prestarse; y, d) El DS 28699 invocado por la recurrente, establece en su art. 10 que regirá para relaciones laborales venideras y no prevé que se aplicará retroactivamente así como tampoco que se aplicará la "migración" de los contratos de consultoría a contratos laborales.

I.2.3. Resolución

La Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, constituida en Tribunal de garantías, pronunció la Resolución 02/2007 de 3 de julio, cursante de fs. 535 a 537, concediendo en parte el recurso y declarando ilegal la Resolución de contrato mediante oficio 120/07 de 26 de marzo de 2007, disponiendo se proceda a la restitución de la recurrente a su fuente laboral en el plazo de cinco días y consiguiente restablecimiento de su sueldo. Con relación a los sueldos devengados y el pago de daños y perjuicios y costas procesales, se efectivizarán en ejecución de la presente Sentencia de amparo constitucional bajo los siguientes fundamentos: 1) La recurrente no fue sometida a proceso interno mediante el cual se compruebe el incumplimiento al contrato de consultoría, vulnerando con ello el debido proceso; 2) La funcionaria goza de la inamovilidad, toda vez que la maternidad se encuentra ampliamente protegida por el Estado conforme establece el art. 193 de la CPEabrg, y bajo ese concepto de protección existe la Ley 975, que no hace distinción entre funcionarios públicos o privados u otra modalidad de trabajo que conste en un contrato de servicios sea cual sea su naturaleza; 3) La recurrente cumplió con las subreglas señaladas por el Tribunal Constitucional, para gozar de la inamovilidad porque comunicó su estado de gestación, la resolución del

contrato se dio durante el embarazo y según el contrato de servicios de consultoría la vigencia del mismo era desde el 14 de diciembre de 2005 hasta el 22 de julio de 2008; 4) El contrato suscrito, al ser de consultoría, evidentemente, cae dentro del ámbito civil conforme señala el art. 454 del Código Civil (CC) al preceptuar la libertad contractual; sin embargo, dicha normativa en el párrafo II, indica que la suscripción se limitará a la realización de intereses dignos de protección jurídica, y en ese contexto el art. 193 de la CPEabrg, prevé que la maternidad goza de la protección del Estado; y, 5) Si la recurrente hubiera prestado un asesoramiento jurídico deficiente y que motivara la resolución del contrato de servicios de acuerdo al art. 19 del Código de Ética Profesional, tendrá la responsabilidad pertinente pero en todo caso se debe respetar el periodo de maternidad.

I.3.Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

En virtud a la renuncia de los Magistrados del Tribunal Constitucional, éste se quedó sin quórum para la resolución de causas, que conforme a lo dispuesto por la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes el Órgano Judicial y Ministerio Público, se designa a nuevos Magistrados, reanudándose las labores jurisdiccionales, disponiéndose mediante Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, se proceda a un nuevo sorteo, en el caso presente se efectuó el 29 de junio de 2010, por lo que la esta Resolución es pronunciada dentro de plazo.

II. CONCLUSIONES

Del análisis y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establecen las siguientes conclusiones:

II.1.Mediante Resolución Administrativa (RA) 045/2005 de 6 de diciembre, firmada por la autoridad responsable del proceso de contratación, se resolvió aprobar el informe de la Comisión Calificadora y adjudicar la consultoría a la ahora recurrente Claudia Elva Vargas Cuellar (fs. 426).

De fs. 2 a 3, cursa el contrato de consultoría suscrito entre la OTNPB y la recurrente, señalando la cláusula sexta que su vigencia será del 14 de diciembre de 2005, hasta el 22 de julio de 2008.

II.2.Por oficio OTNPB CGP OF. 0015/2006 de 27 de diciembre, la recurrente, acompañando el certificado médico correspondiente, hizo saber al recurrido que se encuentra en estado de gravidez, solicitando que la certificación extendida sea adjuntada a su file personal (fs. 16).

II.3.Mediante carta 120/07 de 26 de marzo de 2007, la autoridad recurrida, comunicó a la recurrente la resolución del contrato de consultoría por haber incumplido el contenido del mismo, provocando la pérdida total de confianza. Así la mencionada carta señala que: "(...) se ha constatado que su persona ha Incumplido el contrato de servicio de consultoría habiendo provocado con su actitud la pérdida total de confianza por parte del Ejecutivo hacia el servicio de asesoramiento y acciones que pueda tomar Ud. a futuro como Coordinadora del Proyecto Pilcomayo" (sic).

Líneas más abajo indica que: "(...) se hace imposible la continuación en la prestación de sus servicios profesionales a la institución, (...) ha determinado la resolución del contrato de consultoría suscrito con su persona de fecha 14 de diciembre de 2005, por incumplimiento de acuerdo a lo estipulado en la cláusula séptima inc a) (...) sin perjuicio de iniciar las acciones pertinentes que procedieren en su contra por las omisiones u negligencias cometidas en perjuicio de la Institución y por ende de los intereses del Estado" (sic) (fs. 32).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente, ahora accionante, considera vulnerados sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo a la inamovilidad de la mujer embarazada, a la defensa y de la garantía al debido proceso, aduciendo que, la autoridad recurrida, hoy demandada, sin respetar la inamovilidad laboral de la que goza por encontrarse en estado de gravidez y sin que se le siga un debido proceso, procedió a resolver el contrato de consultoría señalando, extrañamente, que su persona incumplió el tenor del mismo generando la pérdida total de confianza. Corresponde analizar en revisión, si en el presente caso se debe otorgar o no la tutela solicitada.

III.1. Sujeción de la actuación del Tribunal Constitucional a la Constitución Política del Estado vigente desde el 7 de febrero de 2009

Cuando una Constitución es reformada o sustituida por una nueva, la Constitución en sí, mantiene su naturaleza jurídica, toda vez que ontológicamente sigue siendo la misma norma - fundamental y suprema dentro de un Estado- y, precisamente por su especial y exclusiva naturaleza jurídica, su operatividad en el tiempo no es igual que de las normas ordinarias, de manera que la Constitución Política del Estado y sus disposiciones, a partir de su promulgación el 7 de febrero de 2009, se constituye en la Ley Fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico del nuevo Estado boliviano, acogiendo en su contexto valores y principios propios de la realidad sobre la cual se cimienta la convivencia social en un Estado Social y Democrático de Derecho, en consecuencia, todas las normas inferiores deben adecuarse a lo prescrito por ella (art. 410.II de la Constitución Política del Estado vigente [CPE]), pudiendo inclusive, operar hacia el pasado, por cuanto su ubicación en la cúspide del ordenamiento jurídico implica que es éste el que tiene que adecuarse a aquélla, pues sus preceptos deben ser aplicados en forma inmediata, salvo que la propia Constitución disponga otra cosa, en resguardo de una aplicación ordenada y de los principios constitucionales.

En este sentido, el art. 410.II de la CPE, establece la supremacía de la Constitución Política del Estado y el art. 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, (PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y VIGENCIA DE LAS LEYES), determina que: "Las competencias y funciones de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Constitucional, del Consejo de la Judicatura, del Tribunal Agrario Nacional y del Ministerio Público se regirán por la Constitución Política del Estado y por las leyes respectivas...".

Por consiguiente, considerando que la nueva Constitución, ha abrogado la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores, y que la Disposición Final de la misma establece que: "Esta Constitución aprobada en referéndum por el pueblo boliviano entrará en vigencia el día de su publicación en la Gaceta Oficial", tomando en cuenta la primacía de la Constitución, la presente Sentencia, pronunciada en vigencia de la nueva Ley Suprema, resuelve el caso concreto a la luz de las normas constitucionales actuales, sin dejar de mencionar las invocadas por la accionante al momento de plantear el recurso.

III.2. Términos en la presente acción tutelar

La Constitución Política del Estado vigente dentro de las acciones de defensa de derechos fundamentales, en el art. 128 prevé la acción de amparo constitucional, en cuyo procedimiento en el art. 129.III señala que: "La autoridad o persona demandada, será citada en la forma prevista para la Acción de Libertad....", luego en el parágrafo IV añade que: "La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediateamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a la falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servidor público o de la persona demandada y, en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado..." (las negrillas y el subrayado son nuestros).

Por su parte, la Ley del Tribunal Constitucional si bien en el art. 97.I y II refiriéndose a la personería de quien interpone esta acción tutelar lo señala como "recurrente", y contra quien se dirige lo denomina parte "recurrida"; empero, es coincidente en lo referente a la forma de resolución, cuando en el art. 102.I establece que: "La resolución concederá o denegará el amparo..." (las negrillas y el subrayado nos pertenecen).

En consecuencia, la terminología a utilizarse para referirse a la persona que interpone esta acción tutelar será "accionante" y con relación a la autoridad o persona contra quien se dirige esta acción corresponderá el término "demandado (a)". Asimismo, en cuanto a la terminología con referencia a la parte dispositiva, en caso de otorgar la tutela se utilizará el término "conceder" y en caso contrario "denegar" la tutela.

En los casos en que no se ingresa al análisis de fondo, cabe señalar que si bien de conformidad a lo establecido por la SC 0505/2005-R y AC 0107/2006-RCA, la Comisión de Admisión revisa las acciones de amparo que hubiesen sido declaradas "improcedentes" o "rechazadas" por los tribunales de garantías, existen casos en los que pese a ser admitida la acción tutelar, haberse llevado a cabo la audiencia y emitido resolución, una vez elevada la causa, en revisión ante este Tribunal, en forma posterior al sorteo, el Pleno advierte que no es posible ingresar al análisis de fondo, sea por una de las causales previstas por el art. 96 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), incumplimiento evidente al principio de subsidiariedad, extemporaneidad de la acción, u otro motivo, como el incumplimiento de los requisitos de admisión previstos por el art. 97 del mismo cuerpo legal. Al respecto, este Tribunal en las SSCC 0494/2001-R y 0652/2004-R, entre otras, hasta la SC 0820/2007-R inclusive; indicó que en estos casos corresponde declarar "improcedente" el recurso.

No obstante, en resguardo de la previsión constitucional y a objeto de guardar armonía y no generar confusión con el uso de la terminología propia de la fase de admisión, corresponde en estos casos, "denegar" la tutela solicitada con la aclaración de que "no se ingresó al análisis de fondo de la problemática planteada", dado que la accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad.

A fin de unificar y armonizar criterios de orden procesal, se deja constancia, que a partir de la SC 0096/2010-R de 4 de mayo, corresponde utilizar la terminología precedentemente explicada, la cual será de carácter vinculante conforme disponen los arts. 4 y 44.I de la LTC, para todas las autoridades judiciales que actúen como tribunal de garantías constitucionales, como para este Tribunal.

III.3. Análisis del caso

III.3.1. Jurisprudencia constitucional respecto a mujeres contratadas como consultoras que se encuentren en estado de gestación

En principio, es necesario referir que el artículo primero de la Ley 975 de protección de la mujer embarazada, claramente señala que: "Toda mujer en periodo de gestación hasta un año de nacimiento del hijo, gozará de inamovilidad en su puesto de trabajo en instituciones públicas o privadas".

Se debe remarcar que la jurisprudencia de este Tribunal, ha interpretado la norma citada, otorgando tutela a mujeres embarazadas o con hijos menores de un año a las que no les fue respetada su inamovilidad laboral, categoría, lugar de funciones, nivel salarial, y que inclusive fueron objeto de discriminación por el sólo hecho de ser mujeres gestantes indicando que: "...la protección de la maternidad por parte del Estado, al estar este aspecto íntimamente relacionado con un derecho fundamental primario y sobre el cual se sustentan todos los demás derechos, como es el derecho a la vida, es por ello que en varios casos se ha excusado inclusive la observancia de los principios de subsidiariedad e inmediatez que informan el amparo, a los efectos del ejercicio pleno de este derecho que asiste a la mujer trabajadora en estado de embarazo, no sólo para la protección de ésta, sino también y fundamentalmente del nuevo ser..." (SC 1536/2005-R de 29 de noviembre, en el mismo sentido las SSCC 1315/2006-R, 0943/2006-R, 0906/2006-R, 0296/2006-R, 0780/2003-R, entre muchas otras).

De esa comprensión legal y jurisprudencial, se desprende que aquella protección legal de la maternidad, se extiende a toda mujer empleada que trabaje en entidades públicas o privadas del país. Se hace notar que, anteriormente, se entendía en este aspecto por mujer empleada a toda aquella que por su relación laboral se encuentre vinculada a la Ley General del Trabajo o al Estatuto del Funcionario Público. Sin embargo, la actual Constitución Política del Estado, reconoce el derecho a la maternidad, señalando en su art. 45.V que: "Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y posnatal". De esta manera se instituye una protección en resguardo del derecho a la vida y a la

salud tanto de la madre como del nasciturus. Dicha concepción de protección, es asimismo ampliada dentro del ámbito constitucional, disponiendo el art. 48.VI, que "Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o 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"; esta protección, se vincula de forma conexa, con los otros derechos de primer orden como la salud y la vida.

En tal entendido, aquella discriminación que el propio Estado realizaba, entre las funcionarias públicas, las consultores en línea, y quienes no se encontraban amparadas por el Estatuto del Funcionario Público y tampoco se les reconocía la pertenencia al régimen amparado por la Ley General del Trabajo, dicha figura de "Consultor en línea", respecto de aquellas personas que son contratadas mediante un contrato civil y en directa dependencia de instituciones públicas; es decir, trabajan ya sea directa o indirectamente bajo tuición del Estado boliviano, debe modificarse, en especial, respecto a la protección de las mujeres embarazadas, las cuales se encuentran desprotegidas, y debe reiterarse por el propio mandato constitucional, éstas gozan de una especial atención y cuidado.

Para tal efecto se debe analizar el art. 47 del Decreto Supremo (DS) 27328 de 31 de enero de 2004, en virtud a que la SC 0165/2005-R de 28 de febrero, deslinda la naturaleza jurídica, del contrato de consultoría, citando las SSCC 0938/2003-R, 1317/2003-R y 0605/2004-R, puntualizando que: "... ese contrato tiene un régimen especial diferente de la modalidad de prestación de servicios de calidad de empleados; pues el consultor no es empleado en esencia, por lo mismo no es un servidor público...", sin que exista de por medio una relación de dependencia propiamente dicha, por lo que esta fuera del trabajo asalariado y del servicio público que se rigen por la Ley General del Trabajo y por el Estatuto del Funcionario Público; y señalando que en aquélla oportunidad, la entonces accionante debía agotar previamente la vía ordinaria civil para impugnar la rescisión del contrato de consultoría, puesto que al haber suscrito ese tipo de contrato, su regulación como emergencia debió ser resuelta en la vía ordinaria.

Sin embargo, fue la jurisprudencia y el entendimiento del Tribunal Constitucional de aquel entonces que determinó que los Consultores no son funcionarios públicos, por consiguiente, los mismos no gozaban de la protección que aquel tenía, y menos aún de la Ley General del Trabajo, por lo que no les correspondía de vacaciones, aguinaldos, y otros beneficios, siendo que estas personas, prestan un servicio al Estado, teniendo directa responsabilidad sobre los bienes del Estado que se le otorga y por el trabajo que desarrollan, por consiguiente, la jurisprudencia anterior, creó una figura que aún en la actualidad no es clara.

Respecto al caso de mujer embarazada y la especial protección que goza ésta del Estado boliviano, con los antecedentes referidos, es el propio Estado quien coloca en indefensión a la mujer embarazada, por consiguiente debe entenderse que el 45.V de la CPE, deja a un lado aquella discriminación entre funcionarios públicos y consultores, colocando a la mujer en gestación que sea Consultora en línea, en igualdad material frente a cualquier otra servidora pública, debiendo aplicarse al respecto un tratamiento especial, e incluso de discriminación positiva a favor de las consultoras embarazadas.

En tal sentido, debe entenderse que en el tiempo que dure la relación contractual como consultora, y al encontrarse en estado de gravidez, se debe respetar tanto la relación del contrato, y su inamovilidad, debiendo dejarse en claro, que ello no excluye a la embarazada de las responsabilidades contractuales, o las posibles responsabilidades emergentes de una labor deficiente o el pago de daños y perjuicios por accionar negligente en su fuente laboral, así de una parte se protege a la mujer embarazada ya sea ésta como funcionaria pública, o como Consultora y por otra no se le ampara por posibles malos manejos o trabajo negligente.

III.3.2. De la discriminación positiva a favor de un grupo más vulnerable

Para entrar al análisis del caso, acudiremos a las investigaciones del autor Ayala Baldelomar, William (El recurso de amparo como instrumento de protección de los Derechos Fundamentales, 2010). Así debemos reconocer que dentro del ordenamiento jurídico boliviano, no se han profundizado estudios sobre la "discriminación positiva", por lo que tendremos que recurrir a legislaciones comparadas para tratar de explicar la discriminación positiva a favor de un grupo en clara desigualdad, ya que se debe entender que una cosa es la igualdad supuesta que existe en los textos, tales como el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en el texto constitucional; sin embargo, de esa igualdad formal, existe una igualdad material, que no es efectiva, porque las mujeres, los ancianos, y los niños o niñas, se encuentran materialmente en desventaja dentro de nuestra realidad social. Así pues, diremos que se entiende a la discriminación positiva, como el conjunto de normas políticas, sociales o económicas que se insertan dentro del ordenamiento jurídico, para así, tratar de reparar injusticias, que son producto de la misma sociedad y de su naturaleza. De esta forma se trata de encontrar un equilibrio mediante un marco legislativo; esto significa "tratar con desigualdad, en favor de un grupo que se encuentra en desventaja y por tanto en una situación desigual y desfavorable".

De esta manera, se intenta paliar una situación de injusticia que padece un determinado grupo en relación con otro que ostenta superioridad o ventaja con respecto al primero. Así, mediante mecanismos legales, se persigue con un trato discriminatorio y desigualitario, buscar una "igualdad". Debemos indicar que la igualdad, conlleva aspectos mucho más amplios que una simple concepción de la misma. Porque no puede existir igualdad de condiciones cuando existe predominio, superioridad o ventajas entre personas o grupos sociales. Por lo que la discriminación positiva, trata en su medida de equilibrar la balanza y dar oportunidades a los grupos menos favorecidos para que puedan estar en igualdad de condiciones.

Dentro la sociedad actual, se han promovido determinadas normas jurídicas que buscan ese equilibrio, tratando de evitar así detrimentos a grupos que se encuentran en desventaja ya sea por razón de sexo, raza, origen étnico, edad, opción sexual, discapacidades físicas, entre otros. De esta forma se han desarrollado normas que pretenden la "inclusión" de las personas que se encuentran en desventaja con el conjunto en general, porque es claro que no se puede gozar de los derechos constitucionalmente reconocidos, si no se tiene la oportunidad de acceso a ellos.

Entre algunos ejemplos, podemos nombrar dentro de la legislación española a la asignación de un determinado porcentaje en los puestos de trabajo en la administración pública en favor de las personas con discapacidades, o la Ley de Paridad Electoral que obliga a los partidos políticos que incluyan dentro sus listas electorales a un porcentaje que corresponde al cincuenta por ciento en protección de las mujeres, de esta forma se garantiza una participación igualitaria tanto de hombres como de mujeres. También se puede apreciar discriminación positiva en favor de los extranjeros en la Ley de Extranjería, como en la asignación de número de plazas en los centros educativos para extranjeros. Otro ejemplo que podemos citar de discriminación positiva dentro de la legislación española es la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que de manera expresa prohíbe cualquier tipo de discriminación ya sea directa o indirectamente, el acoso sexual, la discriminación por embarazo, etc. De esta forma se da paso a la posibilidad de normas que establecen desigualdades preferentes, pero que buscan la igualdad efectiva dentro un plano real entre los ciudadanos.

Así pues, en la realidad constitucional boliviana, debe entenderse que la igualdad establecida en el art. 8.II de la CPE, que a la letra señala: "El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien" (las negrillas nos pertenecen), proclama la igualdad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, esta no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada. De esta forma se puede entender que la voluntad del Constituyente que es expresada en el texto constitucional, es la de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el Constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material.

Recurriendo a la jurisprudencia comparada, diremos que el mismo Tribunal Constitucional de España, en la STC 12/2008, señala que una norma recurrida como de discriminación positiva que no puede ser calificada de excesiva en atención a la necesidad de corregir una situación de desequilibrio entre los sexos históricamente muy arraigada. Y tal como establece en su Sentencia de 19 de enero de 2009: "Obviamente esta medida en concreto (como con carácter general todas las dirigidas a la promoción activa de un colectivo discriminado) sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada".

Hacemos un hincapié en ésta última situación, tomando en cuenta las circunstancias que justifican a una discriminación positiva que pretende restablecer el equilibrio entre grupos menos favorecidos, para así dotar de una igualdad efectiva en un tiempo y lugar determinado, cuyo fin es precisamente el de establecer una "igualdad real" contemplada como uno de los

principios fundamentales de la Constitución. Partiendo de estas premisas, abordaremos el caso boliviano

Así, el problema surge cuando confrontamos -al menos en el campo teórico- derechos que se encuentran "constitucionalizados", en este caso: el derecho a la igualdad contrapuesto con la discriminación positiva en favor de las mujeres gestantes (respecto al caso analizado, pudiendo ampliarse el análisis a grupos desfavorecidos, como las ancianas, ancianos, niñas y niños, minusválidos, etc).

Para tratar de comprender la magnitud de la cuestión planteada, debemos recurrir, en primer término a los preceptos básicos del derecho constitucional. Existe una clara diferencia entre lo que es la Constitución o la norma constitucional respecto a otras normas o leyes que son de menor jerarquía. La primera es entendida como la norma jurídica de la sociedad y que también asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política; pues ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporarlas y darles la eficacia. Esta superioridad constitucional procede de circunstancias que la hacen singular; quizás el aspecto más importante es la facultad creadora de la Constitución de los poderes públicos del Estado; delimitando sus funciones -positiva y negativamente-; recogiendo los procedimientos de creación normativa; reconociendo los derechos fundamentales de los habitantes del Estado, e incorporando los valores esenciales o superiores de la comunidad a la que rige. Bien sabido es que, el estatus de la Constitución se encuentra en la cúspide del sistema jurídico, es decir que la supremacía constitucional, es una cualidad eminentemente política, que se halla correspondida a nivel estrictamente jurídico por la suprallegalidad de las normas constitucionales. Entendiéndose que la supremacía constitucional es una cualidad política de la Constitución como el conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad es la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad y por tanto en la norma superior y de inexcusable cumplimiento a la cual la sociedad política se somete.

Dicho esto, entendemos que la suprallegalidad constitucional es consecuencia del pacto constituyente que la erigió, concebida como el canon primigenio político y jurídico de la cual emanan las demás normas, haciéndola una fuente de producción jerárquicamente superior a la de la ley.

Entonces cuando se confrontan dos derechos, en este caso el de la igualdad en términos generales que se reconoce por la Constitución (art. 8, 14.II, 26.I y 98 de la CPE), confrontada por el de la discriminación positiva que pretende reparar una injusticia o desigualdad en la conformación de una realidad donde las madres gestantes han sido vulnerables por el sistema anterior, ya sea en lo político, social, económico, etc, encontramos un dilema -lo reiteramos, al menos en el plano teórico- porque ambos presupuestos -igualdad vs. discriminación positiva-, se encuentran constitucionalizados, ya que la propia Constitución reconoce en su art. 45.V que: "Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo,

parto y en los periodos prenatal y posnatal", entonces, es el Estado el que debe crear y brindar líneas efectivas de protección, porque la Constitución Política del Estado, no es solo un texto de declaraciones morales, o valores y principios, sino que es un texto jurídico, que obliga a todos y cada una de las personas del Estado boliviano a someterse a ella.

En este entendido, la contrariedad emerge cuando la Constitución Política del Estado, reconoce como un principio fundamental el derecho a la igualdad de todas y todos los bolivianos, y a la vez, constitucionaliza también una discriminación positiva en favor de las mujeres gestantes, al parecer en desmedro de los hombres, pero hay que entender que son las mujeres quienes llevan en sí mismas, las facultades para poder concebir a un nuevo ser, hecho que no se da en los varones. Siendo que la discriminación positiva mediante ley puede ser implementada, modificada, derogada o abrogada conforme logre el fin que persigue que es la "igualdad efectiva y real de los grupos discriminados o en desventaja", teniendo la facultad el legislador una vez alcanzados los objetivos de quitarla del ordenamiento jurídico vigente. En cambio cuando existe una discriminación positiva que se encuentra constitucionalizada, ésta permanece inalterable, en tanto subsista en dicha Constitución.

Hasta ahí, se puede justificar de manera amplia el por qué solamente pueden gozar las mujeres embarazadas de una discriminación positiva en su fuente laboral como consultoras respecto de los varones.

III.3.3. Del debido proceso en el despido

En la especie, de los antecedentes procesales remitidos a este Tribunal, se evidencia que la accionante suscribió un contrato de consultoría con la OTNPB, señalando la cláusula sexta el término de vigencia desde el 14 de diciembre de 2005 hasta el 22 de julio de 2008. Asimismo, se tiene que por oficio 120/2007 de 26 de marzo, la autoridad demandada comunicó a la accionante la Resolución del contrato de consultoría por haber incumplido el contenido del mismo provocando la pérdida total de confianza. Así, el mencionado oficio refiere que: "(...) se ha constatado que su persona ha incumplido el contrato de servicio de consultoría habiendo provocado con su actitud la pérdida total de confianza por parte del Ejecutivo hacia el servicio de asesoramiento y acciones que pueda tomar Ud. a futuro como Coordinadora del Proyecto Pilcomayo" (sic).

Ahora bien, ciñéndonos a la normativa y jurisprudencia precedentemente glosada, se tiene que la accionante, en vigencia del contrato de consultoría dio aviso al empleador de su estado de gravidez, dada la naturaleza del convenio suscrito y aunque anterior jurisprudencia señaló que su estado como consultora, era diferente a la modalidad de prestación de servicios que prestan los empleados o servidores públicos, y existiendo un mandato constitucional, se debe modular y entender que en el caso, le es aplicable a su favor la Ley 975. Así, se hace procedente la protección de la maternidad e inamovilidad laboral y consecuentes beneficios de mujeres embarazadas o con hijos menores de un año, situación que acontece en obrados, lo que hace viable la tutela solicitada por este aspecto.

Asímismo, se establece que, del contenido del oficio 110/07 de 26 de marzo de 2007, a través

del cual se comunicó la resolución del contrato, se establece que se resolvió éste sin que previamente se le haya iniciado una acción donde se le permita probar el incumplimiento al mismo, prueba de ello es que se alude a que se: "(...) ha determinado la resolución del contrato de consultoría suscrito con su persona de fecha 14 de diciembre de 2005, por incumplimiento de acuerdo a lo estipulado en la cláusula séptima inciso a) sin perjuicio de iniciar las acciones pertinentes que procedieren en su contra por las omisiones o negligencias cometidas en perjuicio de la institución y por ende de los intereses del Estado"(sic); significando ello que la accionante no fue sometida a un proceso donde se le permita asumir su derecho a la defensa, pues si bien goza ahora, a través de esta nueva línea jurisprudencial, de la inamovilidad por su estado de gravidez, no puede ser tampoco, arbitrariamente destituida sin que antes se le instaure un proceso dentro del cual ejerza sus derechos y garantías esenciales previstas en los arts. 115.II y 119.II de la CPE, que reconocen el derecho a la defensa y al debido proceso, concordante con el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Bolivia, a través de la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, que en su art. 8.1, referente a garantías judiciales expresa que: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Por su parte, este Tribunal Constitucional, definió el debido proceso como: "...el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley" (SSCC 1044/2003-R 0418/2000-R, 1276/2001-R, 0917/2003-R, 0842/2003-R, 0820/2003-R, entre otras); y en cuanto a su ámbito de aplicación, la SC 0119/2003-R de 28 de enero, señaló que: "...el debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales".

Finalmente, la SC 0731/2000-R de 27 de julio, interpretó que: "...las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en la que a las personas se les atribuya -aplicando un procedimiento previsto en la Ley- la comisión de un acto que vulnere la normativa vigente y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de jueces, el garantizar el respeto a esta garantía constitucional".

Por consiguiente, de la normativa citada que conforma el bloque de constitucionalidad y las subreglas establecidas por el Tribunal Constitucional sobre el debido proceso, se infiere que toda actividad sancionadora, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a

la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad. Además, cabe hacer notar que, en la SC 0136/2003-R de 6 de febrero, este Tribunal ha establecido que el derecho a defensa debe ser interpretado conforme al principio de favorabilidad antes que restrictivamente; posiciones todas, afines a la doctrina administrativa contemporánea.

Por lo referido, la accionante fue vulnerada en su derecho de inamovilidad como mujer embarazada, además de que no fue sometida a un proceso interno mediante el cual se compruebe el incumplimiento del contrato de consultoría, por lo que resulta ilegal y vulnera su derecho al trabajo y fundamentalmente la garantía al debido proceso, por lo que, el recurso debe ser concedido.

Respecto al presente caso, analizados los antecedentes, se concluye que el Tribunal de garantías, al haber concedido en parte, el recurso, aunque con otros fundamentos, efectuó una parcial evaluación del caso en análisis.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve APROBAR la Resolución 02/2007 de 3 de julio, cursante de fs. 535 a 537, pronunciada por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija; y en consecuencia, CONCEDE la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No interviene el Presidente Dr. Juan Lanchipa Ponce, porque no conoció el asunto.

Dr. Abigael Burgoa Ordóñez
DECANO

Dr. Ernesto Félix Mur
MAGISTRADO

Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños
MAGISTRADA

Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés
MAGISTRADO