

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas con treinta y siete minutos del día diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete. ✓

El presente proceso de inconstitucionalidad fue promovido por el ciudadano Ricardo Arturo Argumedo Blanco, a fin de que este tribunal declare la inconstitucionalidad del art. 311 del Código de Trabajo (CT), emitido mediante Decreto Legislativo n° 15, de 23-VI-1972, publicado en el Diario Oficial n° 142, tomo 236, de 31-VII-1972, por la supuesta contravención con los arts. 42 inc. 1° y 246 inc. 1° Cn.

La disposición impugnada prescribe lo siguiente:

“Art. 311.- Para que la trabajadora tenga derecho a la prestación económica establecida en este Capítulo, será requisito indispensable que haya trabajado para el mismo patrono durante los seis meses anteriores a la fecha probable del parto; pero en todo caso tendrá derecho a la licencia establecida en el Art. 309”.

En este proceso han intervenido el demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. El demandante sostuvo que la disposición impugnada establece un requisito para que la trabajadora embarazada pueda gozar de licencia remunerada. Este consiste en haber laborado para el mismo patrono durante los seis meses anteriores a la posible fecha de alumbramiento; de lo contrario, solamente tiene derecho al descanso pero no a la remuneración. Lo anterior implica una total desprotección económica a toda mujer embarazada que hubiere laborado por un tiempo menor a esos seis meses, lo que crea una distinción entre las trabajadoras. Tal desprotección es producto de una limitación realizada por el legislador al efectuar la configuración normativa. Ello no es conforme con lo dispuesto en el art. 42 Cn. puesto que la finalidad del constituyente fue garantizar que las trabajadoras embarazadas recibieran descanso y al mismo tiempo una remuneración.

También señaló que el art. 311 CT contraviene la supremacía constitucional. Expuso que para limitar un derecho las leyes deben atender ciertos criterios, entre ellos, perseguir un fin constitucionalmente legítimo, observar el principio de proporcionalidad y no alterar el contenido esencial del derecho en cuestión. Consideró que el límite impuesto por el legislador en el art. 311 CT no es proporcional e idóneo pues, además de no contribuir a fomentar el derecho a la licencia remunerada por maternidad (art. 42 Cn.), excluye su goce a un porcentaje de trabajadoras embarazadas, por lo que les deja en indefensión al no cumplir las condiciones que la disposición señala. Además, manifestó que la limitación tampoco es necesaria ya que existen otros artículos que también regulan tal derecho en mejores condiciones que el impugnado. Esto es desproporcionado porque crea

un requisito perjudicial que únicamente beneficia al patrono. Por último, el actor dijo que en el art. 311 CT el legislador había alterado el contenido esencial del derecho en comento porque cambia los sujetos que lo pueden ejercer y crea requisitos que obstaculizan su ejercicio. El constituyente pretendió que toda trabajadora embarazada gozara de licencia remunerada por maternidad, sin sujeción a plazos de prestación de servicios al patrono.

2. Esta sala admitió la demanda mediante auto de 8-X-2014. En él, este tribunal sostuvo que el presente proceso sería tramitado con el fin de determinar si la disposición impugnada —por su carácter preconstitucional— fue derogada al entrar en vigencia la Constitución de la República. Además, se declaró improcedente la inclusión del art. 246 inc. 1° Cn. como parámetro de control por el carácter tautológico y circular de los argumentos aducidos por el actor. La demanda fue admitida y circunscribió el examen de constitucionalidad al contraste directo entre el art. 42 inc. 1° Cn y el art. 311 CT. También se ordenó que la Asamblea Legislativa rindiera informe y se le corrió traslado al Fiscal General de la República.

3. La Asamblea Legislativa externó algunas aproximaciones sobre la interpretación de las leyes en armonía con la Constitución. Sostuvo que la Constitución sienta las bases que fijan el marco de posibilidades del legislador para gobernar a los ciudadanos. Empero, en muchos casos la norma primaria solo expone parámetros generales, mientras que la ley aspira a prever todas las contingencias posibles. Por tal razón, la Constitución otorga un margen de discrecionalidad legítima al legislador para optar entre varias interpretaciones posibles de una disposición. El art. 311 CT establece que para obtener el beneficio otorgado por el art. 309 CT —prestación económica por maternidad— es requisito indispensable que la trabajadora haya laborado para el mismo patrono durante los seis meses anteriores a la fecha probable del parto, sin perjuicio de gozar de la licencia por maternidad. Luego sostuvo que ambas disposiciones deben interpretarse en concordancia con el art. 42 y 34 inc. 2 Cn. Indicó que el Estado ha creado normas e instituciones para el aseguramiento del derecho a la prestación remunerada y la protección de la maternidad, entre ellas el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), la Ley del Seguro Social (LSS) y el Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social (RARSS).

Por tanto —indicó—, el análisis del art. 311 CT debe hacerse en concordancia con otras normas con las que tenga relación. Sostuvo que la obligación contenida en el art. 42 Cn. está dirigida al Estado y no al patrono. Adujo que el art. 59 LSS establece que en caso de maternidad la trabajadora asegurada tendrá derecho, en la forma y por el tiempo que establezcan los reglamentos, a los siguientes beneficios: “ch) Un subsidio en dinero, calculado de conformidad al art. 48 de esta ley a condición de que la asegurada no efectúe trabajo remunerado durante el tiempo que reciba dicho subsidio. En ningún caso tendrá derecho a recibir subsidios acumulados por concepto de enfermedad y de maternidad”. Asimismo, el art. 23 RARSS establece que “[l]as prestaciones pecuniarias procederán en

todo caso cuando se trate de un asegurado que no esté cesante (...). Finalmente, el art. 26 del mismo cuerpo legal prescribe que el subsidio de maternidad que dispone el art. 59 letra ch de la Ley del Seguro Social se otorgará durante un periodo de 12 semanas, dentro del cual debe estar comprendida la fecha del parto. En virtud de lo anterior, concluyó que las disposiciones señaladas complementan el sentido del art. 311 CT en caso de que la trabajadora no tenga derecho a la prestación económica establecida en ese cuerpo legal.

4. El Fiscal General de la República realizó consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los principios de igualdad, seguridad jurídica y legalidad. Seguidamente, citó algunas disposiciones de tratados internacionales relativos a derechos humanos y derechos del niño. Al referirse a la controversia constitucional planteada, manifestó que según los arts. 1 inc. 1°, 34 inc. 2° y 42 inc. 1° Cn. se debe garantizar un orden social justo, aspiración que no se logra con una norma como la impugnada. El art. 42 inc. 1° Cn. otorga una protección especial para la mujer y la infancia en materia laboral, sobre todo frente a una situación que deviene en inferioridad o debilidad natural de la trabajadora e indefensión y vulnerabilidad de la infancia. Esto implica que quien pretenda este trato especial laboral debe pertenecer a ese grupo discriminado o marginado o estar en una situación de inferioridad o debilidad manifiesta frente al común de los trabajadores. Se trata de una diferencia que justifica un trato diferente o preferente. La protección del embarazo y la infancia es una responsabilidad compartida entre el gobierno y la sociedad. Por ello, concluyó que el art. 311 CT vulnera los arts. 42 inc. 1° y 246 inc. 1° Cn. pues establece un límite que contraviene derechos fundamentales de las mujeres trabajadoras, la infancia y la familia misma.

II. El íter lógico que seguirá esta sentencia es el siguiente: (III 1) se hará una reseña jurisprudencial sobre el carácter normativo de la Constitución, (III 2) el contenido de la Constitución, (III 3) las relaciones entre los derechos fundamentales y la ley, en la idea de desarrollo e intervención en los primeros y (III 4) el principio de proporcionalidad como límite a los márgenes estructurales de acción de la Asamblea Legislativa. Finalmente, (IV) se hará el análisis del contenido normativo del objeto de control a fin de resolver el problema planteado por el actor y se dictará el fallo correspondiente.

III. 1. Desde un punto de vista material, la Constitución se caracteriza por establecer los valores y principios básicos de la comunidad política —partiendo del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana— y por organizar los órganos del Estado (sentencia de 29-V-2015, Inc. 7-2006). En razón de la trascendencia sustancial de sus contenidos materiales, en el plano formal se adjudica supremacía a las disposiciones constitucionales. Ello significa que todas las normas que integran el ordenamiento jurídico están subordinadas a las normas constitucionales. La idea de supremacía constitucional está ligada indisolublemente a la del carácter normativo de la Constitución. A partir de esta

noción, la Constitución es auténtico derecho y, como tal, es susceptible de ser aplicada por los operadores jurídicos —en especial los tribunales—.

En consonancia con esta idea, esta sala ha afirmado que la Constitución es efectivamente un conjunto de normas jurídicas con características propias y peculiares, pero imbuidas de la naturaleza de toda norma jurídica (sentencia del 14-II-1997, Inc. 15-96). El carácter normativo de la Constitución se encuentra tácitamente reconocido en varias de sus disposiciones: el art. 73 ord. 2º, que establece el deber de los ciudadanos de cumplir y velar porque se cumpla la Constitución; el art. 172 inc. 3º, que somete a los jueces exclusivamente a la Constitución y a las leyes; el art. 235, según el cual todo funcionario, previo a tomar posesión de su cargo, debe protestar cumplir y hacer cumplir la Constitución cualesquiera que fueran las normas que la contraríen; el art. 249, que deroga todas las disposiciones preconstitucionales que estuvieran en contra de la Constitución; y los arts. 149, 183 y 185, que prevén los controles difuso y concentrado de constitucionalidad (sentencia de Inc. 15-96, ya citada).

La supremacía y normatividad de la Constitución traen aparejadas consecuencias de suma importancia en la estructura del orden jurídico y en la funcionalidad de los órganos estatales. En el plano estructural, la supremacía y normatividad constitucional implican que los contenidos constitucionales no son solamente directrices o pautas interpretativas del ordenamiento jurídico, sino elementos que vinculan su validez sustancial, de forma tal que las normas que contradigan el sentido de las normas constitucionales pueden ser objeto de invalidación por medio del proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad. En el plano funcional, suponen que los órganos del Estado están sometidos al principio de constitucionalidad y legalidad. En ese entendido, sus actuaciones deben ser el reflejo de una competencia atribuida por normas jurídicas preconstituidas y deben estar ajustadas a la ley y principalmente a la Constitución. En caso de incompatibilidad entre ellas, el operador jurídico debe preferir la aplicación de la Constitución.

La caracterización de la Constitución como la norma jurídica suprema también incide en su fuerza normativa. Este tribunal ha sostenido que la fuerza normativa tiene dos manifestaciones muy acentuadas en la Constitución: por un lado, su fuerza jurídica activa, que significa la capacidad de las disposiciones constitucionales para intervenir en el ordenamiento jurídico creando Derecho o modificando el ya existente; y, por el otro, la fuerza jurídica pasiva, que implica la capacidad de resistirse a las modificaciones pretendidas por normas infraconstitucionales. De este modo, cualquier expresión de los órganos constituidos que contradiga el contenido de la Constitución puede ser invalidada, independientemente de su naturaleza —concreta o abstracta— y de su origen normativo —interno o externo—, cuando se oponga a los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la norma fundamental (sentencia de 14-XI-2016, Inc. 67-2014).

2. La Constitución contiene, entre otros, los siguientes elementos: los valores y principios básicos de la comunidad política, establecidos en el preámbulo —la dignidad humana y la democracia— y en el art. 1 inc. 1º —la justicia, la seguridad jurídica y el bien común—; principios relativos a la actividad de los órganos del Estado; garantías institucionales (arts. 27 inc. 3º, 32 inc. 1º y 38 inc. 1º ord. 2º); normas que organizan a los poderes del Estado (arts. 86 inc. 2º, 88 y 121); derechos fundamentales (los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc. —art. 2 inc. 1º—), y las garantías constitucionales (el proceso de inconstitucionalidad, etc.). Si se parte de la premisa fundamental de que la Constitución en su conjunto posee valor jurídico, todos los elementos que la componen vinculan a sus destinatarios, aunque de modo diferente:

A. Los valores y principios básicos de la comunidad política, que son las normas de mayor abstracción, lejos de lo que pudiera pensarse, participan del valor normativo de la Constitución pues representan el fundamento material que debe orientar la interpretación, creación y aplicación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico, inclusive de las normas constitucionales con un menor grado de abstracción. En ese sentido, constituyen un límite material a la interpretación que en algunos casos podría provocar la declaración de inconstitucionalidad de una norma o de un acto estatal.

B. Los principios relativos a la actividad de los Órganos del Estado se subdividen en dos tipos: por un lado, existen principios que no requieren de desarrollo legislativo para tener plena eficacia (por ejemplo, los principios de igualdad, de presunción de inocencia y de legalidad —arts. 3 inc. 1º, 12 inc. 1º y 15 Cn. respectivamente—). En estos casos, su normatividad radica en que, al igual que los valores y principios antes mencionados, son criterios que deben orientar la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico. Estos principios son menos abstractos que los anteriores y suelen operar en sectores específicos del ordenamiento jurídico —ej., en el ámbito penal o administrativo—. Por otro lado, existen principios que, aunque su nivel de concreción es superior al de los dos anteriores, sí requieren de desarrollo legislativo para obtener plena eficacia (ej., los arts. 37 inc. 2º, 53 inc. 1º parte final y 62 inc. 2º Cn.).

C. Una de las notas esenciales de las Constituciones de los Estados democráticos es el reconocimiento de los derechos fundamentales, los cuales son “facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución” (sentencia del 23-III-2001, Inc. 8-97). Los derechos fundamentales constituyen límites a la actuación de los poderes públicos y, en algunos casos, de los particulares, con el correlativo derecho de los individuos de exigir su respeto, protección, garantía y promoción. Es más, por el

derecho general de libertad (art. 8 Cn.), los individuos, contrariamente a lo que sucede con los funcionarios, tienen un amplio poder de actuación lícito desde el punto de vista constitucional, a pesar de que tal principio no esté concretamente definido.

Ahora bien, como sucede con los principios relativos a la actividad estatal, entre los derechos fundamentales cabe distinguir aquellos que no exigen desarrollo legal para lograr plena eficacia de aquellos que sí lo imponen. Los primeros (por ejemplo, el derecho a la vida —art. 2 inc. 1º Cn.—) son directamente exigibles, es decir, en virtud exclusivamente de su previsión en la Constitución. Los segundos comprenden, por un lado, aquellos derechos cuya exigencia de desarrollo deriva del texto constitucional (por ejemplo, la libertad de contratación —art. 23 frase 1ª Cn.—), por lo que existe un mandato concreto al legislador para que actúe; pero a pesar de que su desarrollo legal es deseable —para delimitar las condiciones de su ejercicio—, son directamente exigibles si falta dicho desarrollo. Por otro lado, aquellos derechos cuya plena eficacia está condicionada por la escasez de recursos u otros factores empíricos —por ejemplo, los derechos a la educación, a la salud, etc.—, por lo que se hace necesaria la interposición del legislador para concretar su verdadero alcance.

3. En la sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006, se dijo que característica notable de los derechos fundamentales es que, tratándose de barreras frente al legislador, su plena eficacia está también necesitada de colaboración legislativa. En general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae inevitablemente consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos.

A. Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de su regulación. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador no es una amenaza para los derechos fundamentales, sino más bien su garantía mediante la reserva de ley y la determinación normativa. Frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que estos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales. Esta vinculación positiva dirigida al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales pues, en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por él.

En efecto, es un punto común en la doctrina que los derechos fundamentales están dotados de validez jurídica y que uno de los efectos de dicha validez consiste en que el legislador está vinculado por su contenido, por lo que debe ser respetado por las leyes que los desarrollen. La observancia de los derechos fundamentales está garantizada por el sistema de control de constitucionalidad. Pero, el control de la observancia legislativa de

los derechos fundamentales tropieza con ostensibles dificultades cuando estos derechos no aparecen determinados por completo en el texto de la Constitución. En efecto, cada vez que se plantean aspectos normativos cuya solución no puede extraerse categóricamente del texto de la Constitución se suscitan incertidumbres interpretativas que deben ser disipadas siempre que los derechos fundamentales hayan de ser aplicados para tomar decisiones.

Las normas que consagran derechos fundamentales desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que los desarrollan. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde el punto de vista formal, la respuesta a esta interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y de procedimiento prescritas por la Constitución, y en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene.

B. La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto de control constitucional es, en efecto, un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental debe ser considerada como una limitación a ese derecho. La idea de afectación negativa tiene una extensión destacable pues comprende todo tipo de desventajas que una norma pueda producir en un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar su ejercicio. Para que se produzca esa desventaja es necesario que entre la norma legal y la afectación del elemento fundamental del derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa —jurídica o fáctica—. En otros términos, es pertinente que la norma sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la posición o elemento esencial en el derecho afectado —afectación normativa—, o bien que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones que habilita el derecho o menoscabar el estatus de las propiedades o situaciones pertenecientes a él —afectación fáctica—. Una disposición guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma que le afecta.

C. Ahora bien, la catalogación de una disposición como una intervención negativa en un derecho fundamental no implica automáticamente su inconstitucionalidad, sino que solo presupone que contra dicha norma pueden hacerse valer las garantías y los mecanismos de protección material de los derechos fundamentales. Por ello, es importante señalar las diferencias entre regulación y limitación de derechos.

La regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales —a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga—, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean

necesarios para hacerlos efectivos y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho fundamental puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de los órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello. El establecimiento de condiciones para el ejercicio de un derecho forma parte del margen estructural de acción del legislador, y no crea derechos, así como tampoco es el cumplimiento de tales condiciones en un caso concreto lo que hace surgir el derecho en la práctica. El derecho existe independientemente de tales condiciones ya que estas lo único que hacen es regular las formas para su ejercicio.

La limitación de un derecho fundamental es un caso específico de regulación que se caracteriza por las siguientes propiedades: es directa, instituye una disciplina general del derecho o, aún siendo parcial, afecta alguno de sus elementos sustanciales o de sus aspectos esenciales. La limitación o restricción de un derecho supone una regulación e implica la modificación de su objeto o sujetos —elementos esenciales del derecho fundamental—, de forma que implica una obstaculización o impedimento para su ejercicio con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. A diferencia de la regulación, la limitación solo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa. La simple regulación —por el contrario— afecta elementos no necesarios al derecho y no incide directamente sobre su ámbito y límites o se refiere solo a algunas de sus modalidades de ejercicio. La simple regulación se presenta en casos que resulta palmario que el legislador ha disciplinado solamente algunos aspectos parciales del derecho, de manera poco intensa o ha afectado algunas acciones habilitadas por el derecho que no son esenciales.

4. A. Este tribunal ha sostenido que la Constitución, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, y al establecer la obligación del ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal, limita el ejercicio del poder (sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010). Esta dinámica de interacción en el proceso político que se desarrolla bajo tres tipos de normas: (i) las prohibiciones, es decir, aquellos aspectos que son constitucionalmente imposibles o vedados, pues encajan dentro de la esfera de lo indecible; (ii) las órdenes o mandatos, que postula los aspectos de la realidad que son constitucionalmente necesarios; y (iii) las prescripciones habilitantes que encajan dentro de lo discrecional —es decir, ámbitos constitucionalmente posibles— (sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006).

Dentro de este último tipo de normas, se configura el margen estructural que la Constitución confía a los entes públicos, principalmente los que tienen competencias relacionadas con la concreción normativa de los preceptos constitucionales. A tales efectos, se puede afirmar que existen tres tipos de márgenes de acción estructurales: para la fijación de fines, para la elección de medios y para la ponderación (sentencia de Inc. 20-2006, ya citada). Sobre este último, se ha dicho que la ponderación es la parte esencial de la

dogmática de la Constitución como marco. La forma como deba resolverse el problema de la constitucionalización depende sobre todo de la respuesta que se dé al problema de la ponderación. El mandato de ponderación es idéntico al tercer subprincipio de la proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se trata del problema del margen para la ponderación, en definitiva, todo se remite al papel del principio de proporcionalidad.

B. En ese sentido, si bien el legislador puede ponderar derechos fundamentales al crear las leyes que los regulen o limiten, esta potestad no está exenta de límites pues el principio de proporcionalidad —como un todo— constituye uno de esos límites a los márgenes estructurales de acción. En ese sentido, la Asamblea Legislativa, al limitar un derecho fundamental, debe cuidar que las medidas limitadoras sean idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Esta sala ha sostenido que el juicio de proporcionalidad es un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales —de poca densidad normativa— y las concreciones interpretativas de las mismas (sentencia de 20-I-2009, Inc. 84-2006).

El principio de proporcionalidad se compone de tres juicios o subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como condición de precedencia del test de proporcionalidad debe establecerse la finalidad que busca la normativa sujeta a análisis. Una vez identificado el fin constitucionalmente legítimo de la norma, debe enjuiciarse su idoneidad. Basta que la medida impugnada fomente de alguna manera el fin inmediato que persigue para estimar satisfecho el juicio de idoneidad. Luego, debe analizarse su necesidad, que implica comprobar si la medida era la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto implica determinar si la importancia de la realización del fin mediano perseguido por la medida justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente (sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009).

IV. 1. Es necesario determinar si la disposición objeto de control es compatible con el art. 42 inc. 1 Cn. con el fin de dar respuesta a la pretensión del actor. Para ello, se debe considerar que el art. 311 CT es una limitación al derecho fundamental reconocido en la disposición constitucional referida, en tanto que su ejercicio se ve condicionado a la circunstancia de que la mujer embarazada haya trabajado para el mismo patrono durante los seis meses anteriores a la fecha probable del parto. Ello constituye una restricción al margen de protección inicial del derecho en mención. En consecuencia, esta limitación debe ser analizada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, tal como el demandante lo propuso en su demanda. En concreto, el análisis se realizará con el fin de determinar si la medida limitadora del art. 311 CT es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto conforme con los argumentos expuestos por el actor.

2. El test de idoneidad se vincula con la razonabilidad de la medida limitadora. Para

que el juicio de proporcionalidad responda a criterios objetivos, requiere de una cuota de razonabilidad a efecto de que la decisión que determine el legislador sea conforme, no solamente a la normativa constitucional, sino a las necesidades de la realidad. La razonabilidad se distingue en tres niveles: (i) el normativo, que sugiere que las normas infraconstitucionales mantengan coherencia con el contenido de la Constitución; (ii) el técnico, que se refiere a que debe existir una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos; y (iii) el axiológico, que envuelve la exigencia de congruencia de los medios escogidos por la norma con los valores constitucionalmente reconocidos (sentencias de 14-XII-2004, Inc. 20-2003 y 42-2003).

Concebido de esta manera, el juicio de razonabilidad constituye la primera etapa del análisis de la idoneidad de un acto del poder público, en el sentido que, previo a determinar si una medida cuestionada es adecuada o no para la obtención de una finalidad jurídicamente relevante, antes debe verificarse si se encuentra justificada por parte del ente que lo realiza o emite de acuerdo con parámetros o criterios objetivos (sentencia de 14-I-2016, Inc. 109-2013). Partiendo de esa idea, el test de razonabilidad comporta la exigencia de exponer los motivos que dieron lugar a la elección de una determinada acción, justificando las medidas adoptadas mediante la aportación de razones objetivas para demostrar que la afectación, limitación o perjuicio de otros derechos o bienes es plausible (sentencia de 9-VII-2010, Inc. 35-2009), por ejemplo, con la documentación seria y suficiente de los conocimientos empíricos, estudios técnicos o datos de la realidad —según la naturaleza del asunto que se trate y las exigencias de la disposición constitucional que sirva de parámetro— que permitan justificar, argumentar o demostrar la razonabilidad de una medida (sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002).

3. Si se usan las nociones antes mencionadas al caso bajo análisis se arriba a la conclusión de que el establecimiento de la condición de que la mujer embarazada haya laborado para el empleador durante los seis meses anteriores a la fecha probable de parto para gozar de la prestación económica prescrita en la legislación laboral carece de razonabilidad. Ello se desprende del informe presentado por la Asamblea Legislativa en este proceso de inconstitucionalidad. En él, lejos de hacer una auténtica defensa de la constitucionalidad del art. 311 CT de conformidad con los estándares derivados del principio de proporcionalidad, se limitó a afirmar que lo establecido por el art. 42 inc. 1º Cn. es una obligación dirigida al Estado y no al patrono que encuentra cobertura en la LSS y el RARSS. Es decir, no existen elementos que permitan determinar que la medida en mención obedece a algún criterio objetivo tomado en consideración por el legislador, lo cual no es aceptable si se considera que el principio de proporcionalidad es un límite de sus márgenes estructurales de acción y una garantía normativa de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la limitación en referencia no supera el test de idoneidad del principio de proporcionalidad que fue aducido por el demandante en este proceso. Ello

significa que la medida es inconstitucional porque uno de los principios esenciales que rigen al Estado de Derecho es la protección, conservación, promoción y garantía de los derechos fundamentales hasta el límite de las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto. Por tanto, las actuaciones estatales que vayan en detrimento de estos derechos deben atender a criterios de razonabilidad y ser compatibles con alguna circunstancia objetiva que las justifiquen. Solamente de esa forma se puede concebir el ejercicio de poder como una actividad racional y no como una manifestación de arbitrariedad.

Cabe aclarar que, al margen de lo expuesto, la alegación de la Asamblea Legislativa referida a que la LSS y el RARSS satisfacen el derecho al descanso por maternidad remunerado es errada. Esto se puede aseverar en función de que la normativa de seguridad social mencionada también establece límites para poder reclamar y ejercer este derecho fundamental. El art. 25 RARSS prescribe que “[h]abrá derecho a los beneficios por maternidad señalados en el Art. 59 de la Ley del Seguro Social, *siempre que la asegurada acredite dieciséis semanas cotizadas en el transcurso de los doce meses calendario anteriores al mes en que se presume ocurrirá el parto*. Dicha acreditación será verificada por el Centro de Atención de Salud que brindará el servicio, mediante el documento de identidad correspondiente” (el resaltado es de este tribunal). Resulta claro que esta disposición, al igual que la impugnada, exige el transcurso de un margen temporal para poder acceder a la prestación económica a la que se refiere el art. 42 inc. 1 Cn.

A partir de lo anterior, la tesis planteada por la Asamblea Legislativa debe descartarse. Ello ocurre por dos situaciones: la primera, porque el régimen del seguro social, al igual que el del Código de Trabajo, establece límites al derecho fundamental contenido en el art. 42 inc. 1 Cn. que están ligados al paso del tiempo desde su afiliación en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; y la segunda, porque en caso de que por cualquier circunstancia el patrono no inscriba a la trabajadora en esta institución ella estaría sometida a las regulaciones que contiene el Código de Trabajo, estando entonces sujeta a la aplicación potencial del art. 311 CT. En caso de que esta disposición sea la aplicada, se desvanece la idea de que el Estado es el obligado a la satisfacción del derecho social contenido en el parámetro de control pues en tal supuesto será el empleador —que es un particular— quien deberá correr con la carga económica que derive de ello. Por tal motivo, se constata que *en el art. 311 CT existe la inconstitucionalidad alegada por el actor*.

4. Por su vigencia, el art. 311 CT puede ser clasificado como preconstitucional. Por ello, el control de constitucionalidad realizado por esta sala sobre dicha normativa solo obedece a razones de seguridad jurídica, pero la sentencia de fondo en este proceso no produce la expulsión del sistema de fuentes de la disposición o cuerpo normativo objeto de control, sino que se limita a constatar de un modo general y obligatorio la derogación producida por el art. 249 Cn. el 20-XII-1983 (sentencia de 9-VII-2014, Inc. 5-2012/78-2012/138-2013 AC). De ello derivan dos consecuencias importantes: la primera es que, en

tanto constatación, los efectos de la sentencia que decide la constitucionalidad de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional, por regla general, se retrotraen siempre al 20-XII-1983. Es decir, no se trata de un efecto constitutivo, como en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, sino de una constatación declarativa. La segunda consecuencia es que, constatada tal derogación por esta sala, de un modo general y obligatorio, la disposición sobre la cual recaiga dicha constatación ya no puede ser aplicada por los funcionarios judiciales y administrativos, por haberse establecido que es una disposición inexistente. Por lo anterior, esta sala se limitará en su fallo a declarar de modo general y obligatorio que la disposición impugnada quedó derogada el 20-XII-1983, fecha en que entró en vigencia la Constitución.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta sala

Falla:

1. *Declárase* que el art. 311 del Código de Trabajo, emitido mediante Decreto Legislativo n° 15, de 23-VI-1972, publicado en el Diario Oficial n° 142, tomo 236, de 31-VII-1972, contraviene el art. 42 inc. 1 Cn. en tanto que contiene una limitación al derecho fundamental reconocido en esta disposición que no es compatible con el principio de proporcionalidad. En concreto, porque la disposición objeto de control no supera el test de idoneidad en su manifestación de razonabilidad. Consecuentemente, se constata que la mencionada disposición jurídica quedó derogada tácitamente por la Constitución el 20-XII-1983, por lo que no puede producir efecto jurídico alguno pues no forma parte del ordenamiento jurídico vigente.

2. *Notifíquese* la presente decisión a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del Diario Oficial.