

62-2018/50-2019

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las doce horas con quince minutos del treinta de septiembre de dos mil veintidós.

Los presentes procesos acumulados fueron promovidos por los ciudadanos Verónica Lissette González Penado (62-2018) y Franklin Josué Miranda Recinos (50-2019), a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad por omisión total en que habría incurrido la Asamblea Legislativa por supuestamente omitir regular la medida de reinstalo para la trabajadora embarazada despedida, lo que infringiría el mandato que hipotéticamente contienen los arts. 2 inc. 1°, 42 inc. 1°, 50 y 65 Cn., así como la inconstitucionalidad del art. 113 inc. 1° del Código de Trabajo¹ (CT), por la supuesta violación de los arts. 38 ord. 11° y 42 inc. 1° Cn.

Una vez analizados los argumentos, se realizan las siguientes consideraciones:

I. Parámetro y objeto de control.

En relación con la inconstitucionalidad por omisión total alegada en el proceso con referencia 62-2018, las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control establecen lo siguiente:

“Art. 2 [inc. 1°].- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

“Art. 42 [inc. 1°].- La mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado antes y después del parto, y a la conservación del empleo”.

“Art. 50.- La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma.

Dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos.

Al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley.

¹ Dicho código fue aprobado mediante el Decreto Legislativo n° 15, de 23 de junio de 1972, publicado en el Diario Oficial n° 142, tomo 236, de 31 de julio de 1972. La disposición que se impugna fue reformada mediante el Decreto Legislativo n° 41, de 28 de junio de 2018, publicado en el Diario Oficial n° 132, tomo 420, de 17 de julio de 2018.

El Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en favor de los trabajadores, en la medida en que sean cubiertas por el Seguro Social”.

“Art. 65.- La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento.

El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación”.

Por otra parte, el texto de la disposición legal impugnada en el proceso con referencia 50-2019 es el que sigue:

“Art. 113 [inc. 1° CT].- Desde que comienza el estado de gravidez, hasta que concluyan seis meses posteriores al descanso postnatal, el despido de hecho o el despido con juicio previo, no producirán la terminación del contrato de la mujer trabajadora, excepto cuando la causa de estos haya sido anterior al embarazo; pero aun en este caso, sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período antes expresado, el cual se le denominará ampliación de la garantía de estabilidad laboral de la mujer en estado de gravidez”.

En el proceso han intervenido los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

II. Argumentos de los intervinientes.

I. A) La demandante del proceso de inconstitucionalidad 62-2018 sostuvo que: a) el derecho a conservar el empleo (art. 42 inc. 1° Cn.) incluye el derecho a la estabilidad laboral, es decir, la prohibición de despedir a una mujer en estado de embarazo, pero el Código de Trabajo no prevé alguna medida como el reinstalo para la trabajadora embarazada despedida, por ejemplo, hasta que finalice el intervalo de descanso postnatal, y b) esta omisión incide de manera negativa en los arts. 2 inc. 1°, 50 y 65 Cn., pues la trabajadora no posee bases legales para pedir su reinstalo, así como tampoco los jueces las tienen para ordenarlo en sus resoluciones (protección jurisdiccional —art. 2 inc. 1° Cn.—). A su vez, la mujer embarazada despedida queda imposibilitada de acceder al sistema de servicios de salud (seguridad social y salud pública —art. 50 y 65 Cn.—).

B) El actor del proceso de inconstitucionalidad 50-2019 argumentó que el art. 113 inc. 1° CT fue reformado para asegurar condiciones favorables para la mujer embarazada, su hijo y el desarrollo de este último en los primeros meses de vida. Pero, no se eliminó la excepción prevista en el objeto de control, la cual deja “una ventana jurídica que permite el despido de una mujer

trabajadora en estado de embarazo”. Por esa razón, adujo que la disposición impugnada es una excepción a los derechos a la conservación del empleo e indemnización (arts. 38 ord. 11° y 42 inc. 1° Cn.), los cuales pretenden garantizar la estabilidad laboral de la mujer durante el embarazo y descanso postparto, así como su reintegración laboral posterior.

2. A) En el informe correspondiente al proceso de inconstitucionalidad 62-2018, la Asamblea Legislativa adujo que el art. 113 inc. 1° CT, reformado en junio de 2018, amplió el período de tutela de la estabilidad laboral de la mujer embarazada a los 6 meses posteriores al descanso postnatal, dentro los cuales esta no puede ser despedida a menos que la causa sea anterior al embarazo. En todo caso, sus efectos no se producen hasta una vez transcurrido el período antedicho. Por ello, dicho órgano de Estado consideró que no existe la omisión absoluta aducida por la demandante.

B) En cambio, en el proceso de inconstitucionalidad 50-2019, la Asamblea Legislativa expuso que el art. 113 inc. 1° CT configura todos los elementos que exige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con los derechos de la mujer embarazada en el ámbito laboral, así como aquellos que derivan del art. 42 Cn., pues: a) garantiza el derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada; b) incluso cuando la causa del despido no es el embarazo, impide su materialización hasta una vez concluido el período de descanso postnatal, y c) constituye una excepción a la regla general de la estabilidad laboral en el sector privado, en donde no rigen los mismos derechos y garantías que en el sector público. No obstante, se confiere a la trabajadora una protección reforzada en virtud de su estado de gravidez.

3. A) En el proceso de inconstitucionalidad 62-2018, el Fiscal General de la República sostuvo que no existe la inconstitucionalidad por omisión absoluta alegada por la demandante. A su parecer, aunque no haya una regulación legal expresa y exclusiva para pedir el reinstalo de la trabajadora embarazada, sí existe un proceso ordinario previsto en el Código de Trabajo para hacer efectiva la garantía de estabilidad de la mujer embarazada, en el cual puede solicitar el reinstalo y la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el empleador (art. 379 CT).

B) Por su parte, en el proceso de inconstitucionalidad 50-2019, dicha autoridad argumentó que no existía la inconstitucionalidad alegada en el art. 113 inc. 1° CT. Así, sostuvo que la disposición cuestionada establece una regla de garantía que no admite una excepción en sí misma, sino que el legislador previó una “circunstancia previa al lapso de tiempo que obligatoriamente debe gozar la madre”.

III. Depuración de la pretensión de inconstitucionalidad.

1. Este Tribunal advierte la necesidad de depurar la pretensión de inconstitucionalidad del proceso con referencia 50-2019. Según el auto de admisión de la demanda², el parámetro de control quedó configurado por los arts. 38 ord. 11° y 42 inc. 1° Cn. La primera de tales disposiciones establece que “[e]l patrono que despida a un trabajador sin causa justificada está obligado a indemnizarlo conforme a la ley”, mientras que la segunda señala que “[l]a mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado antes y después del parto, y a la conservación del empleo”.

Sobre la base de dichos parámetros, el actor argumentó que “si el despido se da por causa justificada se consideraría una terminación de contrato sin responsabilidad para el patrono, y que por no provenir el despido de la voluntad del patrono no nace la obligación constitucional de la indemnización haciendo imposible cualquier beneficio separado de las prestaciones consecuencia del estado de gravidez”. A juicio de esta Sala, esto supone una argumentación deficiente del contraste normativo del proceso de inconstitucionalidad³, en tanto que el actor no ha enlazado el contenido del art. 113 inc. 1° CT con el del art. 38 ord. 11° Cn., pues él asume que la primera de tales disposiciones impide siempre, bajo cualquier circunstancia, que haya un pago de indemnización, y que la segunda implica un deber de pagarla ante toda clase de despido.

Así, esto supone dos defectos argumentativos. En primer lugar, se obvia que el art. 38 ord. 11° Cn. señala que “[e]l patrono que despida a un trabajador *sin causa justificada* está obligado a indemnizarlo conforme a la ley” (itálicas propias), es decir, admite que no es obligatorio el pago de indemnización cuando la causa sí esté justificada. En segundo lugar, se atribuye un contenido equívoco al objeto de control⁴, ya que su texto no sugiere una dispensa del pago de indemnización cuando la causa sea injustificada ni la de las prestaciones asociadas a la gravidez. Al respecto, es necesario recordar que una de las cuestiones problemáticas para la interpretación jurídica es la “presuposición”, que puede tener lugar bajo dos circunstancias: a) reenvío explícito, que acontece cuando un enunciado normativo remite a otro de modo expreso (ej., el art. 252 Cn. reenvía al art.

² Dicho auto es de 15 de noviembre de 2021.

³ Sobre la argumentación deficiente como una razón de improcedencia de la demanda, véanse los autos de 31 de marzo de 2017 y 28 de julio de 2017, inconstitucionalidades 174-2016 y 79-2017

⁴ La atribución de contenido equívoco al parámetro u objeto de control es una causa de improcedencia, según se ha sostenido en, por ejemplo, el auto de 4 de diciembre de 2015, inconstitucionalidad 132-2015.

38 ord. 12° Cn.); b) reenvío implícito, esto es, cuando un enunciado no reenvía explícitamente a otros enunciados legislativos, pero algún vocablo suyo hace pensar que sí existe reenvío⁵.

Así, el art. 113 inc. 1° CT contiene un reenvío implícito a los arts. 38 ord. 11° Cn. y 48, 49, 50, 53 y 55 CT, pues así lo sugiere el vocablo “causa” que utiliza, ya que es el mismo que aparece replicado en dichas disposiciones. Esto implica que tal precepto no exime del pago de indemnización cuando la “causa” que motive el despido no sea justificada (de conformidad con las disposiciones del Código de Trabajo antes citadas), pues se regiría por las reglas generales sobre el asunto. Pero, en todo caso, el despido sería efectivo hasta luego de agotado el período de descanso postnatal, pues durante ese período la mujer goza de estabilidad laboral reforzada. A su vez, esto supone que la disposición solo reenvía a las disposiciones sobre el despido, no a las relacionadas con las prestaciones laborales de la mujer embarazada, que en ningún momento pierden aplicabilidad. En consecuencia, cuando el mismo art. 113 inc. 1° CT prevé que los efectos del despido “no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período” de descanso postnatal, debe entenderse que esa anulación de efectos cobija tanto al pago de salarios como al de las demás prestaciones laborales.

2. En materia constitucional, el sobreseimiento implica la existencia de vicios en la pretensión que impiden al juzgador pronunciarse sobre el fondo del asunto. Dichos vicios la afectan y producen el rechazo de la demanda cuando son detectados en la tramitación del proceso constitucional⁶. Ello es así porque la pretensión es el elemento condicionante del proceso en todas sus etapas: es la que determina su iniciación, continuación y finalización. Este Tribunal ha señalado que, según la Ley de Procedimientos Constitucionales, las causas en virtud de las cuales puede sobreseerse en un proceso constitucional de amparo son varias. Sin embargo, dicha ley guarda silencio para los casos en los que con idéntica razón se advierta cualquiera de tales causas —u otras análogas— en los procesos de inconstitucionalidad⁷. Por ello, esta Sala ha sostenido que la regulación del sobreseimiento en la citada ley —prevista inicialmente para el proceso de amparo— puede extenderse a los otros dos procesos de los cuales conoce, vía autointegración del Derecho⁸.

⁵ Sobre lo dicho acerca de las presuposiciones por reenvío, véase Tarello, Giovanni, *La interpretación de la ley*, 1ª ed., Palestra Editores, Perú, 2013, pp. 141-142.

⁶ Sentencia de 8 de octubre de 2014, hábeas corpus 435-2014R.

⁷ Auto de 1 de julio de 2015, inconstitucionalidad 100-2014.

⁸ Así se ha dicho desde el auto de 2 de septiembre de 1998, inconstitucionalidad 12-98.

Por ejemplo, en el proceso de inconstitucionalidad es procedente el sobreseimiento cuando existe admisión indebida de la demanda⁹. Esto significa que si en el transcurso del proceso se advierte que uno o varios de los puntos que fueron objeto de admisión no debieron haberlo sido, la decisión debe ser la de no continuar el trámite y sobreseer¹⁰. De lo contrario, se incurriría en un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional, pues bajo la certeza de que la pretensión no es procedente, se haría que la relación procesal finalice con una sentencia desestimatoria —con lo que esto implica para las partes y para este Tribunal—.

A partir de estas consideraciones, esta Sala considera que en el presente proceso hubo admisión indebida de la demanda al haber aceptado que el art. 38 ord. 11° Cn. sirviera como parámetro de control, pues hay una argumentación deficiente del contraste normativo, en tanto que el actor no ha enlazado el contenido del art. 113 inc. 1° CT con el del art. 38 ord. 11° Cn., debido a que parte de una interpretación inadecuada de ambas disposiciones. En consecuencia, *se deberá sobreseer en el presente proceso sobre este punto*. Por tanto, respecto del proceso de inconstitucionalidad 50-2019, únicamente se examinarán los argumentos vinculados con la supuesta violación al art. 42 inc. 1° Cn.

IV. Definición del problema jurídico y orden temático de la sentencia.

I. A) Antes de definir el problema jurídico por resolver en este caso, es preciso que esta Sala realice algunas consideraciones relacionadas con los argumentos de los demandantes de los procesos acumulados. En esencia, se podrían reducir sus alegaciones a lo siguiente: a) hay una omisión total de regular la medida de reinstalo en caso de despido de la mujer embarazada, y b) el art. 113 inc. 1° CT abre una brecha al fraude de ley para burlar la garantía de estabilidad laboral de la mujer embarazada, pues prevé que su despido no produce la terminación del contrato de trabajo a menos que su causa haya sido anterior al embarazo. En principio, se podría afirmar erróneamente que ambos argumentos son incompatibles, ya que el primero supone una omisión total y el segundo implica que sí existe una regulación de la materia¹¹.

Sin embargo, esta impresión no es acertada, ya que las alegaciones se orientan a objetivos distintos. Así, lo aducido en el proceso de inconstitucionalidad 62-2018 tiene el propósito de que en sentencia se ordene regular la medida de reinstalo en caso de despido de una mujer embarazada,

⁹ Sobre esto, ver el auto de 31 de agosto de 2015, inconstitucionalidad 68-2013.

¹⁰ Auto de 19 de febrero de 2002, inconstitucionalidad 7-98.

¹¹ En la jurisprudencia constitucional se ha reconocido que la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión poseen exigencias argumentativas diferentes, por lo que la confusión entre ambas vías procesales es una razón de improcedencia. Sobre esto, ver el auto de 16 de julio de 2021, inconstitucionalidad 109-2019.

como parte del hipotético mandato de los arts. 2 inc. 1°, 42 inc. 1°, 50 y 65 Cn. En contraste, lo alegado en el proceso de inconstitucionalidad 50-2019 busca que se declare inconstitucional la frase “excepto cuando la causa de estos haya sido anterior al embarazo; pero aun en este caso, sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período antes expresado”, en tanto que permite el fraude de ley a la garantía de estabilidad de la trabajadora embarazada (art. 42 inc. 1° Cn.).

Como consecuencia de lo anterior, no hay incompatibilidad o contradicción entre lo aducido en ambos procesos, ya que, por una parte, se requiere de una eventual orden de regulación de la posibilidad de reinstalo, y por la otra, se pide que se suprima una frase que supuestamente permite burlar al art. 42 inc. 1° Cn. Por ello, el elemento objetivo de ambas pretensiones es distinto, partiendo de que dicho elemento de la pretensión se estructura por la petición (*petitum*) y la causa de pedir (*causa petendi*), es decir, la actuación determinada que se solicita al tribunal y la introducción al proceso de los aspectos que integran su objeto¹².

B) Así, en virtud de los argumentos aducidos por los intervinientes, el problema jurídico por resolver consiste en determinar si: a) existe una inconstitucionalidad por omisión total por la supuesta falta de regulación de la medida de reinstalo de la mujer embarazada que sea despedida de su trabajo, y b) existe la inconstitucionalidad alegada en el art. 113 inc. 1° CT, ya que permitiría el fraude de ley a la garantía de estabilidad laboral de la trabajadora embarazada.

2. Para resolver tales problemas se seguirá el orden temático siguiente: (V) los derechos fundamentales y sus garantías primarias y secundarias; (VI) la estabilidad laboral de la mujer embarazada y su relación con la medida de reinstalo judicial; (VII) derechos fundamentales, derechos humanos y empresa; (VIII) una caracterización básica del fraude de ley; (IX) la inconstitucionalidad por omisión. Finalmente, (X) se resolverán los problemas jurídicos planteados.

V. Derechos fundamentales y sus garantías primarias y secundarias.

I. Los derechos fundamentales son “las 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

¹² Auto de 10 de marzo de 2008, hábeas corpus 191-2007.

Constitución”¹³. Esa función de fundamentación implica que también operan como principios informadores o normas estructurales del orden jurídico¹⁴.

Vistos como una clase cualificada de derechos subjetivos¹⁵, los derechos fundamentales poseen una estructura triádica compuesta por: disposición, norma y posiciones de derecho fundamental¹⁶. Como punto de partida, debe recordarse que una disposición jurídica es un texto normativo que requiere de interpretación, mientras que una norma jurídica es el resultado de la interpretación realizada, es decir, el sentido o significado que el intérprete asigna a la disposición¹⁷. Así, la Constitución contiene una serie de disposiciones y normas sobre derechos fundamentales¹⁸. Al interpretarse, tales disposiciones permiten adscribir normas de derecho fundamental¹⁹: lo que la disposición manda, prohíbe o permite (si fuera una norma regulativa); o las condiciones necesarias o suficientes para que se produzca un resultado institucional (si fuera una norma constitutiva)²⁰. A veces, una disposición iusfundamental puede contener varias normas y, por ende, distintos derechos. De modo que puede afirmarse que las normas de derecho fundamental son las que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, luego de que estas se interpreten de modo aceptable a la luz de la teoría sobre tales derechos²¹.

Pero, los derechos fundamentales, vistos como un todo, también incorporan otro elemento que se complementa con los otros dos: la posición iusfundamental o modalidades de ejercicio del derecho. Estas pueden consistir en un derecho a algo, libertad, competencia o inmunidad²². Un derecho a algo es una posición jurídica en la que el titular tiene un derecho a que el destinatario

¹³ Sentencia de 23 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 8-97.

¹⁴ Sentencia de 6 de junio de 2008, inconstitucionalidad 31-2004.

¹⁵ Aquí se afirma que se trata de una clase cualificada de derechos subjetivos porque se distinguen de ellos únicamente por sus propiedades formales y materiales. Las primeras se relacionan con la fuente de Derecho que es apta para contenerlos, mientras que las segundas se ligan con la clase de bienes que tutelan: los intereses de la persona política, es decir, intereses liberales, democráticos y satisfacción de necesidades básicas. Sobre lo dicho, véase la sentencia de 23 de octubre de 2020, inconstitucionalidad 6-2020 AC. Asimismo, véase Bernal Pulido, Carlos, “Derechos fundamentales”, en Fabra Zamora, J. y Rodríguez Blanco, V. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, volumen 2, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, pp. 1574-1587.

¹⁶ Sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.

¹⁷ Véase la sentencia de 14 de octubre de 2013, inconstitucionalidad 77-2013 AC. Esto, al menos bajo una visión analítica del Derecho, pues en abstracto hay otros posibles conceptos de “norma”. Al respecto, véase Rodríguez, Jorge Luis, *Teoría analítica del derecho*, 1ª ed., Marcial Pons, España, 2021, pp. 37-57.

¹⁸ Sentencia de 24 de septiembre de 2010, inconstitucionalidad 91-2007.

¹⁹ Sobre la distinción entre disposición y norma, véase la sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013; y el auto de 23 de noviembre de 2011, inconstitucionalidad 11-2005.

²⁰ Sobre la diferencia entre normas constitutivas y normas regulativas, véase la sentencia de 28 de mayo de 2018, inconstitucionalidad 146-2014 AC; y la sentencia de 19 de agosto de 2020, controversia 8-2020.

²¹ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²² Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

haga u omita algo; y el destinatario tiene el deber de hacer u omitir algo frente al titular. La libertad es una posición en la que el titular es libre frente al destinatario para hacer u omitir algo; y el destinatario carece de un derecho a algo para impedir que el titular haga u omita. La competencia es una posición jurídica en la que, mediante una acción o un conjunto de acciones del titular, puede modificarse la situación jurídica del destinatario; y el destinatario está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse por la acción o acciones del titular. Por último, la inmunidad es una posición en la que la situación jurídica del titular no puede ser modificada por acciones del destinatario; y el destinatario carece de alguna competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación del titular²³.

2. A) No obstante, es un lugar común en la teoría de los derechos fundamentales contemporánea que el simple reconocimiento de un derecho no basta por sí mismo para asegurar su eficacia²⁴. En cuanto a esto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que abordar las distintas maneras de estudiar las disposiciones jurídicas implica diferenciar sus distintas dimensiones²⁵. Así, ellas inciden en la realidad normada y reciben influjos del entorno social (dimensión sociológica), representan un punto de vista sobre la justicia (dimensión axiológica) y presentan una existencia normativa (dimensión jurídica)²⁶. Entonces, la eficacia de las normas (incluso las de derecho fundamental) es una cuestión relativa a su dimensión sociológica, por lo que es independiente de su reconocimiento formal y validez. Partiendo de esto, esta se entiende como la posibilidad que la norma cumpla con los objetivos previstos con su emisión²⁷.

B) Con base en ello, se ha reconocido la importancia de que los derechos fundamentales, además de un reconocimiento en disposiciones, gocen de garantías que aseguren su eficacia. Por “garantías” ha de entenderse los instrumentos de protección de los derechos, aquello que los asegura o afianza²⁸. Estas pueden ser positivas o negativas²⁹. Las primeras son las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas o de prestación que generan los derechos (por ejemplo, el derecho a la salud se asegura con la garantía positiva consistente en el deber

²³ Todas estas definiciones constan en la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²⁴ Sobre el estado de esta cuestión, véase Sarlet, Ingo, *La eficacia de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Palestra, Perú, 2019, pp. 303-604.

²⁵ Auto de 17 de enero de 2005, inconstitucionalidad 17-2004.

²⁶ Sentencia de 18 de abril de 2008, inconstitucionalidad 10-2007.

²⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 10-2007, ya citada.

²⁸ Véase la sentencia de 23 de enero de 2015, inconstitucionalidad 53-2012.

²⁹ Sobre ambas clases de garantías, véase Ferrajoli, Luigi, *La democracia constitucional*, 1ª ed., Porrúa, México, 2017, p. 44.

prestacional de proveer servicios de salud pública). Las segundas designan las prohibiciones correspondientes a aquellas expectativas negativas o de no lesión correlativas a tales derechos (siguiendo el ejemplo anterior, el derecho a la salud también se asegura con la garantía negativa consistente en la prohibición de discriminar en el acceso a los servicios de salud pública).

Las garantías también pueden ser primarias y secundarias. Las garantías primarias son las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos garantizados, es decir, son la suma de las garantías positivas y negativas³⁰. Estas se rigen por la prohibición de regresividad, ya que una vez que se reconoce un derecho fundamental y sus obligaciones correlativas, no es posible, en principio, retroceder en su reconocimiento o en el alcance de su ámbito de protección³¹. Por su parte, las garantías secundarias son las obligaciones de los órganos jurisdiccionales de aplicar la sanción o invalidar cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos —respectivamente— que violen los derechos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias³². En general, todos los procesos judiciales tienen esta naturaleza, debido a que los jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos, en especial los fundamentales³³. Pero, algunos procesos judiciales sirven para la protección reforzada de esos derechos fundamentales —ej., amparo y hábeas corpus—.

VI. Estabilidad laboral de la mujer embarazada y su relación con la medida de reinstalo por vía judicial.

I. A) La protección laboral a la mujer tiene un amplio sustento constitucional e internacional. Así, el art. 42 inc. 1º Cn. establece que “[l]a mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado antes y después del parto, y a la conservación del empleo”. Por su parte, el art. 7 letra a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estatuye el derecho a la igualdad salarial en estos términos: “debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”. En igual sentido, el art. 10.2 de dicho pacto confiere protección a la trabajadora embarazada, pues señala que “[s]e debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Los derechos y sus garantías*, 1ª ed., Trotta, España, 2016, pp. 55-56.

³¹ Sentencias de 16 de diciembre de 2013 y 26 de julio de 2017, inconstitucionalidades 7-2012 y 1-2017 AC, respectivamente. Además, puede consultarse a Escobar, Guillermo, *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, 1ª ed., Marcial Pons, España, 2018, pp. 186-189.

³² Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Trotta, España, 2010, p. 64.

³³ Ávila Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, 1ª ed., Corte Constitucional, Ecuador, 2012, p. 211.

del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

Asimismo, el art. 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará) prevé que “[p]ara la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia *cuando está embarazada*, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad” (itálicas propias).

De igual modo, el art. 9.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “[c]uando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, *licencia retribuida por maternidad antes y después del parto*” (itálicas propias). Por último, el art. 15.3 letra a de dicho protocolo prevé que “[l]os Estados Partes [...] se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: [...] [c]onceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”.

B) Como se advierte, uno de los aspectos concretos de la protección laboral a la mujer es el de la tutela a la trabajadora embarazada. El art. 42 inc. 1° Cn. enuncia expresamente dos manifestaciones de dicha tutela: el derecho a un descanso remunerado antes y después del parto y el derecho a la conservación del empleo. Así, en la jurisprudencia constitucional se ha dicho que la conservación del empleo implica que, aun cuando existan causas legales para despedir a una mujer embarazada, esta debe conservar su trabajo hasta que finalice el lapso de descanso que le corresponde después del parto³⁴. En otras palabras, es hasta finalizado dicho período que se podrá hacer efectiva la separación de su cargo y se le deberá respetar su derecho de audiencia, siempre que este sea un requisito previo a la destitución³⁵. Tal disposición constitucional se concreta en el art. 113 CT.

³⁴ Véanse el auto de 3 de junio de 2005 y la sentencia de 4 de mayo de 2011, amparos 879-2003 y 100-2009.

³⁵ Sentencia de 2 de octubre de 2019, amparo 547-2017.

Entonces, en el caso particular de las mujeres embarazadas nos encontramos frente a una estabilidad laboral reforzada, con la cual se busca garantizarles la permanencia en el empleo por un periodo determinado que amerita protección especial, para asegurarle el sustento económico necesario y para cuidar de su hijo por nacer o recién nacido, lo cual se evidencia en el marco normativo expuesto. Sobre este punto, se debe señalar que esta salvaguarda pretende proteger la vida en condiciones materialmente dignas de la madre gestante y, además, del hijo. En ese sentido, el Estado debe brindarle una protección integral que comprenda: a) el derecho de la mujer a acceder a los servicios de salud necesarios para el cuidado de su salud y la de su hijo por nacer; b) una licencia remunerada para atender a su hijo recién nacido, y c) el derecho a gozar de estabilidad laboral reforzada, es decir, a no ser despedida de su empleo en razón de su embarazo, durante o después de este y hasta que finalice su descanso postnatal³⁶.

2. Ahora bien, la estabilidad laboral de la mujer embarazada se traduce en una garantía negativa: la prohibición patronal de no lesión a dicha estabilidad. Esto implica que la gravidez es una condición suficiente para que el empleador no pueda despedirla de hecho o inclusive con juicio previo, pues en ninguno de esos casos se tendría por finalizada la relación laboral³⁷. Esto tiene dos fundamentos sólidos: a) la idea de que el sexo es una categoría sospechosa de discriminación, esto es, una situación, criterio o factor que históricamente ha sido causa común de tratos discriminatorios³⁸; b) la noción de discriminación interseccional, que implica una situación donde varios motivos discriminatorios interactúan al mismo tiempo, de tal manera que son inseparables. A esto se refiere el art. 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer al establecer que “[...] se considerará a la mujer que es objeto de violencia *cuando está embarazada*” (itálicas propias).

No obstante, en el presente caso se cuestionan dos asuntos relacionados con el alcance de esta prohibición: por una parte, que al establecerse en el art. 113 inc. 1º CT la excepción de que “la causa [del despido] haya sido anterior al embarazo”, se abre una brecha al fraude de ley; y por la otra, que al no preverse la competencia judicial para ordenar el reinstalo en caso de despido, se

³⁶ Sobre todo lo dicho en este párrafo, véase la sentencia de amparo 547-2017, ya citada.

³⁷ Véase la sentencia de 6 de julio de 2018, amparo 606-2016. En tal sentencia, esta Sala sostuvo que “para acreditar la vulneración del derecho a la conservación del empleo y a gozar de un descanso remunerado antes y después del parto se deben verificar [...] que [la mujer embarazada] sea despedida, independientemente de que la causa de destitución sea justificada o injustificada, pues para efectos de determinar la transgresión del derecho en cuestión esto carece de relevancia”. En ese sentido, se reconoce que el embarazo es una condición suficiente para el goce de la garantía de estabilidad.

³⁸ Al respecto, véase la sentencia de 18 de febrero de 2022, inconstitucionalidad 33-2016 AC.

incurre en una inconstitucionalidad por omisión absoluta. La primera cuestión reconduce a la figura del fraude de ley, que será explicada en el considerando VIII. Por tanto, corresponde dotar de contenido a la segunda.

Así, puede afirmarse que la medida en referencia encajaría dentro de las garantías secundarias del derecho en comento. Como se dijo, estas son las obligaciones de los jueces de aplicar una sanción o invalidar cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos, respectivamente, que violen los derechos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias. En el estado de cosas normativo actual, el componente de “sanción” ya tiene reconocimiento en el art. 246 del Código Penal, que tipifica el delito de discriminación laboral de la siguiente manera: “El que produjere una grave discriminación en el trabajo por razón del sexo, *estado de gravidez*, origen, estado civil, raza, condición social o física, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, y no restableciere la situación de igualdad ante la ley, después de los requerimientos o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hubieren derivado, será sancionado con prisión de seis meses a dos años” (itálicas propias).

En cambio, la invalidación tiene cabida conforme al art. 113 CT, que niega que el despido de hecho o el despido con juicio previo produzcan la terminación del contrato de la mujer trabajadora embarazada. Sin embargo, la posibilidad de reinstalo —así se prevea expresa o implícitamente— sería una garantía secundaria adicional a la antes descrita, pues además de negarse la validez del acto que infringe la norma y ordenar el pago de salarios dejados de percibir (una manifestación “negativa”), también se permitiría restituir el estado de cosas anterior a él (una manifestación “positiva”).

VII. Derechos fundamentales, derechos humanos y empresa.

I. A) El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es uno de los avances más importantes en la materia dentro de las últimas décadas. En su visión tradicional, tales derechos eran vistos como barreras de protección del individuo frente al Estado (eficacia vertical). Pero, hoy en día también son títulos de expectativas positivas o negativas reclamables ante otros sujetos privados (eficacia horizontal). Así, tal efecto horizontal alude al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin

potestad estatal³⁹. Por ello, en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido que 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/o promoción”⁴⁰ (cursivas propias). También, que “[p]ara los órganos públicos, *e incluso para los particulares*, el reconocimiento de estas expectativas en constituciones y tratados internacionales comporta obligaciones positivas y negativas –de hacer y de no hacer–, ligadas a su satisfacción”⁴¹ (itálicas propias). Y, por último, se ha sostenido que “los derechos fundamentales también desplegarán su eficacia frente a los particulares”⁴².

B) Esta tesis se reafirma en la medida en que la Constitución vincula expresamente algunos derechos a la sociedad civil. Así, por ejemplo, el art. 38 ord. 5° Cn. establece que “los patronos darán a sus trabajadores una prima por cada año de trabajo” y el ord. 11° de esa disposición prescribe que “el patrono que despida a un trabajador sin causa justificada está obligado a indemnizarlo conforme a la ley”, a la vez que el ord. 12° de esta señala que “[l]a ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos están obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio”. Ahora bien, el ligamen entre los particulares y los derechos no implica el apartamiento absoluto del Estado en lo que respecta a ellos. Al contrario, él tiene un rol activo y una participación protagónica en esta materia, pues es quien debe garantizar su efectiva observancia y a quien compete la creación de las condiciones necesarias para su disfrute⁴³.

Con base en ello, cobra sentido que, por ejemplo, los derechos fundamentales se puedan exigir a los particulares por la vía del amparo y hábeas corpus⁴⁴. Por tal razón, en los precedentes de esta Sala se ha sostenido que el amparo contra particulares procede cuando concurren los siguientes requisitos: que el particular responsable del acto se encuentre en una situación de supra a subordinación respecto del peticionario; que no se trate de una simple inconformidad con el contenido del acto que se impugna; que se haya hecho uso de los recursos o procedimientos que el

³⁹ Barberán, Pablo Marshall, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución”, en *Estudios constitucionales*, año 8, n° 1, 2020, p. 44.

⁴⁰ Sentencia de 29 de mayo de 2015, inconstitucionalidad 7-2006 AC.

⁴¹ Sentencia de 10 de noviembre de 2017, inconstitucionalidad 8-2015 AC.

⁴² Sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005 AC.

⁴³ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

⁴⁴ Véase el auto de 19 de septiembre de 2012, amparo 506-2011; y la sentencia de 16 de mayo de 2008, hábeas corpus 135-2005 AC (en esta última sentencia se contiene un desarrollo muy acertado sobre los derechos fundamentales y su proyección garantista hacia el Estado y particulares).

ordenamiento jurídico prevé frente a actos de esa naturaleza y que estos se hayan agotado plenamente, o bien, que dichos mecanismos de protección no existan o sean insuficientes para garantizar los derechos del afectado; y que el derecho fundamental cuya vulneración se invoca por el demandante sea, por su naturaleza, exigible u oponible frente al particular demandado⁴⁵.

2. A) Partiendo de lo anterior, hoy en día se acepta que entre los derechos fundamentales, derechos humanos y empresa existe un estrecho ligamen. Esto se puede sintetizar de la misma forma en que lo hace el documento titulado “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, elaborado por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, adjuntados a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31) y adoptados por dicho consejo mediante la resolución 17/4, de 16 de junio de 2011⁴⁶. En esencia, tales principios obligan a las empresas a respetar los derechos humanos y a los Estados a garantizar que tal respeto sea efectivo por parte de ellas, ya sea mediante la creación de leyes, asesoría técnica, control judicial o elaboración y revisión periódica de políticas públicas.

B) En consecuencia, las empresas también tienen un deber de respeto a los derechos humanos y a los fundamentales. Esto se basa en las siguientes premisas: a) la eficacia horizontal de tales derechos; b) el ideal del constitucionalismo de controlar al poder, que hoy en día, a la luz de las profundas transformaciones sociales, ya no solo puede ser identificado con el poder público, sino también con algunos poderes privados⁴⁷, y c) la dimensión social de las empresas, pues estas no surgen aisladas del medio social en que se insertan, sino que se gestan en un contexto (normativo, sociológico, cultural, etc.) en donde el respeto a los derechos no es objeto de negociación ni siquiera para el poder del Estado, por lo que con mayor razón son un coto vedado para los poderes privados⁴⁸.

⁴⁵ Sobre tales requisitos, véase el auto de 14 de junio de 2021, amparo 518-2020.

⁴⁶ Este documento puede ser consultado en la dirección web que se detalla a continuación: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

⁴⁷ Sánchez González, Santiago, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en Sánchez González, Santiago (coordinador), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2015, p. 36. El autor cita a De Vega y señala que “la situación de indefensión a que se ve sometido el individuo en una sociedad [...] dominada, controlada y dirigida por poderes privados (aunque no [solo] por ellos), hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya [solo] en relación al poder del Estado, sino ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos”.

⁴⁸ La idea de los derechos fundamentales como un “coto vedado” al poder público tiene origen en la conocida frase de Ernesto Garzón Valdés. Véase Bovero, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, en

Es así como el constitucionalismo contemporáneo ha logrado que sus ideales permeen en ámbitos privados de al menos tres formas de incidencia positiva⁴⁹: a) la aplicación directa de los derechos fundamentales por la vía de la interpretación de las disposiciones que les reconocen como dirigidas simultáneamente al Estado y particulares⁵⁰; b) una aplicación refleja de los derechos por conducto del Órgano Judicial, pues inclusive si se concibiera que las normas de derecho fundamental solo obligan al Estado, dicho órgano forma parte de él y, en consecuencia, puede servir como canal de traslación de estas normas a las relaciones privadas⁵¹, y c) la aplicación indirecta mediante la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales⁵². Esta última, a su vez, se puede manifestar mediante la idea de los derechos como valores objetivos, esto es, como parámetros de interpretación de las disposiciones de Derecho Privado y como elementos interpretativos de “conceptos válvula” (ej., el de buena fe).

VIII. Caracterización básica del fraude de ley.

I. Antes de explicar qué es un fraude de ley, es necesario definir dos conceptos básicos que sirven para comprender su funcionamiento: el de normas constitutivas y el de normas regulativas, ambas pertenecientes al género de “enunciados normativos”.

A) Las normas constitutivas establecen las condiciones exigibles para la producción y existencia de situaciones jurídicas o de resultados institucionales y son condición necesaria para la producción de las consecuencias jurídicas a que se refieren⁵³. Estas se dividen en puramente constitutivas, que son las que condicionan la producción de un resultado institucional a la ocurrencia de un cierto estado de cosas; y en normas que confieren poder, que vinculan el surgimiento de un resultado institucional y la creación de un estado de cosas a la realización deliberada de una acción o de un conjunto de acciones encaminadas a ese fin, siempre que dichas acciones estén amparadas por una norma jurídica que faculte a alguien a ejecutarlas⁵⁴.

DOXA, n° 31, 2008, pp. 217-226. Asimismo, es una idea que ha tenido recepción en la jurisprudencia constitucional. Véase el auto de 11 de diciembre de 2020, inconstitucionalidad 112-2020.

⁴⁹ Sobre lo que se dirá a continuación, véase Barak, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2020, pp. 87-205.

⁵⁰ Por ejemplo, este es el caso de la sentencia de 4 de marzo de 2011, amparo 934-2007, donde la violación constitucional al derecho a la autodeterminación informativa (art. 2 Cn.) fue constatada y atribuida a un particular, entendiéndose así que tal derecho se dirige al Estado y a los particulares por igual.

⁵¹ Por ejemplo, la sentencia de 9 de marzo de 1964, caso *New York Times Co. V. Sullivan* (376 U.S. 254), pronunciada por la Corte Suprema de Estados Unidos.

⁵² Sobre dicha dimensión, véase la sentencia de 14 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 103-2007.

⁵³ Sentencia de inconstitucionalidad 146-2014 AC, ya citada.

⁵⁴ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º ed., Ariel, 2007, pp. 81-91.

Pueden darse los siguientes ejemplos de estos conceptos: a) norma puramente constitutiva: el art. 71 Cn., porque el hecho natural de que una persona cumpla 18 años —estado de cosas— produce el resultado institucional de su reconocimiento como ciudadano; b) norma que confiere poder: el art. 12 del Código de Familia, porque confiere el poder para contraer matrimonio. Sin embargo, los contrayentes deben efectuar deliberadamente las acciones encaminadas a ello para que dicho resultado institucional se produzca —que serían las normas relacionadas con el acto de matrimonio, como el funcionario ante el cual debe realizarse, la presencia de testigos, el instrumento en que debe constar, etc.—.

B) Las normas regulativas son las que contienen permisos, mandatos o prohibiciones para los sujetos destinatarios del Derecho⁵⁵. En ese sentido, las normas regulativas pueden consistir en reglas o principios. Por las particularidades de este caso, no es necesario precisar los pormenores de cada una de estas normas, pero, a grandes rasgos, puede decirse que las reglas se subdividen en reglas de acción (califican deónticamente⁵⁶ una acción u omisión) y reglas de fin (ordenan, prohíben o permiten la realización de acciones causalmente idóneas para producir un estado de cosas), mientras que los principios se subdividen en directrices y principios en sentido estricto (también llamados “mandatos de optimización”)⁵⁷.

2. Pues bien, el fraude de ley se puede explicar con base en la distinción antes trazada. En general, el fraude de ley pertenece a la categoría de “ilícitos atípicos”⁵⁸ —lo cual no implica que sean delitos, sino simplemente acciones u omisiones contrarias al orden jurídico y, por tanto, susceptibles de eventual invalidación—. Dicha categoría ya ha sido reconocida en los precedentes constitucionales en que se ha aludido al abuso del derecho⁵⁹ (una modalidad de dichos ilícitos). Además, el fraude de ley en específico ya ha sido referido en la jurisprudencia de esta Sala, donde se ha sostenido que “[e]l incumplimiento, la infracción o vulneración de una disposición puede ser directo o indirecto. En el primer caso, se realiza una conducta —activa u omisiva— que contradice el contenido imperativo de la disposición; y en el segundo caso, la realización de conductas aparentes o simuladas, de las que formalmente se puede inferir su cumplimiento, pero que en

⁵⁵ Sentencia de controversia 8-2020, ya citada.

⁵⁶ La expresión “calificación deóntica” alude a la modalidad que el enunciado normativo confiere a la acción u omisión: como algo prohibido, permitido u obligatorio.

⁵⁷ Sobre el tema, véase Ródenas, Ángeles, “Normas regulativas: principios y reglas”, en González Lagier, Daniel (coordinador), *Conceptos básicos del derecho*, 1ª ed., Marcial Pons, España, 2015, pp. 16-24.

⁵⁸ Esta terminología es tomada de Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2º ed., Trotta, España, 2006.

⁵⁹ Sentencia de controversia 8-2020, ya citada. De hecho, en esta sentencia se cita la obra de *Ilícitos atípicos* de Atienza y Ruiz Manero.

definitiva se apartan del mandato. A esta segunda forma de irrespeto del contenido de una disposición jurídica corresponde el llamado fraude de ley⁶⁰.

Entonces, con base en el precedente citado y la distinción entre normas constitutivas y regulativas, se puede decir que, esquemática y conceptualmente, hay fraude de ley si concurren las siguientes condiciones: a) hay una norma regulativa que le permite a un sujeto usar una norma que le confiere poder para producir un resultado (dicho resultado acontece al realizar cierta acción en determinadas circunstancias); b) el resultado obtenido produce un estado de cosas que, de acuerdo con el balance de los principios en juego (el que justifica la norma regulativa y la norma constitutiva aplicada al caso y el de otros principios contrapuestos a él en el caso concreto), supone un daño injustificado o un beneficio indebido que, no obstante debe ser evitado, puede llegar a ser producido por el resultado en principio permitido por la norma regulativa y la que confiere poder; c) ese resultado es un medio que permite alcanzar, subjetiva u objetivamente, aquel daño injustificado o beneficio indebido que debería ser evitado, y d) del balance entre los principios en juego resulta una norma que establece que, dadas las circunstancias del caso, está prohibido usar la norma que confiere poder para alcanzar el resultado en principio permitido con el fin de lograr el daño injustificado o beneficio indebido que debería ser evitado⁶¹.

IX. Inconstitucionalidad por omisión.

La Constitución contiene mandatos constitucionales, caracterizados por su estructura relativamente incompleta. Generalmente, las disposiciones que establecen mandatos se traducen en órdenes al legislador, sin perjuicio de que puedan tener otros destinatarios. Estas normas, en principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que la circunstancia a la que se refieren pueda cobrar plena eficacia⁶². No es una exigencia que los mandatos sean expresos, pues pueden derivarse de la jurisprudencia constitucional, cuando la emisión de actos o disposiciones infraconstitucionales sea imprescindible para la eficacia plena de la norma constitucional que los contiene. De igual forma, no es imprescindible que contengan un plazo para su emisión, pues esta Sala, como órgano encargado del control de constitucionalidad, puede determinar la razonabilidad del retardo de los órganos con competencias normativas⁶³.

⁶⁰ Sentencia de 21 de marzo de 2013, inconstitucionalidad 49-2011.

⁶¹ Sobre esta conceptualización esquemática, véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2ª ed., Trotta, España, 2006, pp. 67-90.

⁶² Sentencia de inconstitucionalidad 53-2012, ya citada.

⁶³ Sentencia de 26 de febrero de 2002, inconstitucionalidad 19-98.

Si se dejara a los órganos ordinarios o constituidos la opción de cumplir esos mandatos, se les colocaría en el mismo nivel del constituyente. Por ello, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa contra la violación de la Constitución por omisión, porque de otra forma esta no acarrearía consecuencia alguna y se negaría su carácter de norma vinculante⁶⁴. Pero, a diferencia de otros países, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente la inconstitucionalidad por omisión como uno de los instrumentos que garantizan la eficacia constitucional. Aun así, tal instrumento es aplicable por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución⁶⁵.

Se puede conceptualizar la omisión inconstitucional como la falta de desarrollo, en un plazo razonable, de los mandatos constitucionales, de forma que impida su eficaz aplicación. No se trata de una simple negativa de hacer: significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se está constitucionalmente obligado. Esta modalidad de vulneración constitucional se puede llevar a cabo de dos formas: como omisión absoluta, que consiste en la total ausencia de cualquier normativa o acto que dote de eficacia a las normas constitucionales que lo requieren; y como omisión parcial, en la cual la normativa o acto de desarrollo existe, pero es insuficiente. Por ello, en las omisiones relativas se distinguen dos especies: las que infringen el principio de igualdad —exclusión arbitraria de beneficio— y las que suponen una deficiente regulación de un aspecto que le daría plenitud⁶⁶.

X. Resolución del problema jurídico.

1. Como se dijo en el considerando IV 1 B de esta sentencia, en virtud de los argumentos aducidos por los intervinientes, el problema jurídico por resolver consiste en determinar si: a) existe una inconstitucionalidad por omisión total por la supuesta falta de regulación de la medida de reinstalo de la mujer embarazada que sea despedida de su trabajo, y b) existe la inconstitucionalidad alegada en el art. 113 inc. 1º CT, ya que permitiría el fraude de ley a la garantía de estabilidad laboral de la trabajadora embarazada.

2. A) En primer lugar, debe resolverse la cuestión relacionada con la supuesta inconstitucionalidad por omisión total. Según la jurisprudencia constitucional, para determinar si hay una inconstitucionalidad de esta naturaleza es preciso: a) constatar si existe un mandato que obligue al legislador a emitir la normativa correspondiente; b) verificar si existe un comportamiento

⁶⁴ Sentencia de 26 de enero de 2011, inconstitucionalidad 37-2004.

⁶⁵ Sentencia de inconstitucionalidad 53-2012, ya citada.

⁶⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato, y c) establecer si el comportamiento omiso ha sido excesivo e injustificadamente dilatado⁶⁷.

B) Sobre el asunto de si el mandato existe, es un lugar común en el constitucionalismo contemporáneo que hay numerosas barreras para la garantía de los derechos laborales. Así, “[e]n las constituciones modernas [...] han sido incluidos [...] innumerables derechos sociales o derechos-expectativas: el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a la educación, a la información y otros similares. Pero no han sido elaborados, paralelamente, sistemas de garantías positivas idóneas para asegurar la efectividad de tales derechos; es decir, para garantizarlos, no ya a través de prohibiciones (tendientes a asegurar prestaciones negativas) correspondientes a los tradicionales ‘derechos de’, sino a través de obligaciones tendientes a asegurar prestaciones positivas correspondientes a los nuevos derechos sociales, que son ‘derechos a’”⁶⁸.

No obstante, esta es una idea que ya ha sido objeto de intentos de superación por parte de la jurisprudencia constitucional, donde se ha procurado que los derechos sociales sean tan efectivos como los individuales. Así, se ha dicho que “los derechos sociales [merecen] una reconstrucción en la que aparezcan como derechos que pueden verse desde una perspectiva garantista y democrático-participativa”⁶⁹, a la vez que ya se ha constatado la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión total por no dotar de garantías legislativas a los derechos de los trabajadores bajo ciertos supuestos concretos⁷⁰.

Pues bien, a la luz de estas consideraciones, el art. 42 inc. 1° Cn. debe ser interpretado en el modo en que se potencie en mayor medida los derechos ahí reconocidos⁷¹. Pero, esta afirmación debe ser ampliada a las garantías que aseguren tales derechos, a fin de dotarles de eficacia. En tal sentido, la garantía primaria de conservación del empleo de la mujer embarazada debe ser enlazada cuanto menos con dos garantías secundarias (o jurisdiccionales), pues así lo exigiría el art. 2 inc. 1° Cn.⁷²: por una parte, la posibilidad de invalidación de los actos de autoridad pública o particulares que ignoren dicha garantía (esto es, la anulación o invalidación del despido y la orden

⁶⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, 1ª ed., Palestra, Perú, 2019, p. 148.

⁶⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

⁷⁰ Sentencia de inconstitucionalidad 53-2005 AC, ya citada.

⁷¹ Hay que recordar que, según la sentencia de inconstitucionalidad 103-2007, ya citada, las disposiciones de derecho fundamental se deben interpretar conforme con el criterio de fuerza expansiva y optimizadora, esto es, dándoles el sentido más amplio y favorable para tales derechos.

⁷² Esta disposición es el fundamento del derecho a la protección jurisdiccional. Sobre esto, véase la sentencia de 12 de noviembre de 2010, inconstitucionalidad 40-2009 AC.

de pagar los salarios que se dejen de percibir a causa de él), que es una medida de contenido negativo ya prevista en el art. 113 CT; y por la otra, la competencia para restituir las cosas al estado en que se encontraban antes del acto anulado o inválido, ya sea como consecuencia de una medida cautelar o como efecto de una sentencia. La razón es que, de lo contrario, las decisiones judiciales que garantizan la conservación del empleo de la trabajadora en estado de gravidez no conducirían al resultado de aseguramiento que se espera de ellas. En ese sentido, se puede afirmar que *sí existe un mandato constitucional de prever la garantía secundaria de reinstalo de la mujer embarazada despedida*.

Además, estas consideraciones también van de la mano con los avances constitucionales e internacionales en relación con la protección del *nasciturus* (art. 1 Cn. y art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷³, así como instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño). De igual modo, con ello se potenciaría la protección de la mujer embarazada en asuntos relacionados con su salud física y mental, tal como se ha documentado en los informes de la Organización Internacional del Trabajo en relación con el tema. Finalmente, es acorde con la política de Estado de protección de la niñez, como se evidencia en, por ejemplo, la Ley Crecer Juntos para la Primera Infancia, Niñez y Adolescencia (actualmente en *vacatio legis*), donde se denota la intención de tutelar de la forma más amplia posible los derechos de este grupo social.

C) Entonces, ahora debe determinarse si hay un comportamiento omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato. En el proceso, la Asamblea Legislativa sostuvo que no hay omisión absoluta de cumplir con este, pues este ya estaría regulado en el art. 113 CT. Asimismo, el Fiscal General de la República argumentó que el demandante puede solicitar el reinstalo y la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el empleador (art. 379 CT). Sin embargo, tales argumentos adolecen de las deficiencias que se mencionarán a continuación.

En cuanto al argumento de la Asamblea Legislativa, dicho órgano de Estado parte de una premisa errada: equipara la garantía secundaria de anulación o invalidación judicial (art. 113 CT) con la de la competencia para restituir las cosas al estado en que se encontraban antes del acto anulado o inválido (reinstalo), ya sea como consecuencia de una medida cautelar o como efecto de una sentencia. Sin embargo, ambas tienen un efecto que no necesariamente coincide: la primera

⁷³ Pueden verse sobre el tema la sentencia del caso *Artavia Murillo*, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la sentencia de 15 de febrero de 2017, inconstitucionalidad 22-2011.

podría conducir al derecho de reclamar los salarios dejados de percibir (no a la “conservación del empleo” a que alude el art. 42 inc. 1° Cn.), sin que haya competencia para ordenar el reinstalo, mientras que la segunda adicionaría a la primera la posibilidad de ordenarlo, lo cual sería indisponible por el juzgador que conozca del proceso.

Respecto del argumento del Fiscal General de la República, este parte de la asunción de que la petición del actor basta para que el juez confiera lo pedido en un proceso de trabajo. Sin embargo, a falta de una disposición expresa que determine la obligación judicial de ordenar el reinstalo en caso de que se constate un despido a una trabajadora embarazada, dicha petición hipotética podría ser negada. En cambio, si hubiere una disposición que expresamente determine que esa es la decisión que debe tomarse ante tal supuesto de hecho, la opción de tomarla sería indisponible para el juzgador, lo que sin duda sería de mayor beneficio para asegurar la conservación del empleo de la mujer embarazada, pues lo que se procura es precisamente eso: conservar el empleo, no obtener salarios dejados de percibir.

Por otra parte, esta Sala advierte que no existe ninguna disposición jurídica que regule expresamente la medida de reinstalo de la trabajadora embarazada despedida, ya sea como medida cautelar o como efecto de una sentencia. Así, con base en estas consideraciones, puede sostenerse que *el mandato constitucional de prever la garantía secundaria de reinstalo de la mujer embarazada despedida ha sido incumplido por la Asamblea Legislativa.*

D) Por último, debe determinarse si el comportamiento omiso ha sido excesivo e injustificadamente dilatado. *Sobre ello, es incuestionable la falta de justificación por la omisión constatada, en tanto que han transcurrido casi 40 años desde que la Constitución de la República entró en vigor sin que se le haya dado cumplimiento al mandato.* Durante todo este tiempo, el art. 42 inc. 1° Cn. ha carecido de un marco regulatorio que determine la garantía secundaria de reinstalo. Naturalmente, esto no debe ser interpretado en el sentido que las disposiciones constitucionales que contienen derechos sociales requieran de desarrollo legislativo para ser aplicables. Los derechos sociales no solo contienen principios rectores que actúan como derechos de configuración legislativa, sino que, además, son derivados directamente de la Constitución, sin que los poderes públicos o privados puedan desconocerlos, ni por acción ni por omisión. En tal sentido, gozan de aplicabilidad plena por cualquier autoridad o particular y vinculan a ambos con independencia de que exista una ley que los desarrolle.

E) En virtud de lo anterior, *deberá declararse que existe la inconstitucionalidad por omisión total alegada, al no haberse regulado la garantía secundaria de reinstalo de la mujer embarazada despedida, ya sea como medida cautelar o como efecto de la sentencia.* En consecuencia, *la Asamblea Legislativa deberá realizar las reformas que sean necesarias para colmar dicho vacío normativo, para lo cual dispondrá del término de 6 meses contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia.*

3. A) En segundo lugar, se debe determinar si existe la inconstitucionalidad alegada en el art. 113 inc. 1º CT, ya que permitiría el fraude de ley a la garantía de estabilidad laboral de la trabajadora embarazada. Como se sostuvo en el considerando VIII, existe fraude de ley cuando: a) hay una norma regulativa que le permite a un sujeto usar una norma que le confiere poder para producir un resultado (dicho resultado acontece al realizar cierta acción en determinadas circunstancias); b) el resultado obtenido produce un estado de cosas que, de acuerdo con el balance de los principios en juego (el que justifica la norma regulativa y la norma constitutiva aplicada al caso y el de otros principios contrapuestos a él en el caso concreto), supone un daño injustificado o un beneficio indebido que, no obstante debe ser evitado, puede llegar a ser producido por el resultado en principio permitido por la norma regulativa y la que confiere poder; c) ese resultado es un medio que permite alcanzar, subjetiva u objetivamente, aquel daño injustificado o beneficio indebido que debería ser evitado, y d) del balance entre los principios en juego resulta una norma que establece que, dadas las circunstancias del caso, está prohibido usar la norma que confiere poder para alcanzar el resultado en principio permitido con el fin de lograr el daño injustificado o beneficio indebido que debería ser evitado⁷⁴.

Si se traduce este esquema al caso concreto, el fraude de ley ocurriría cuando: a) se usa el art. 113 inc. 1º CT (en su contenido regulativo derivado de la frase “excepto cuando la causa de estos haya sido anterior al embarazo”) para utilizar las normas constitutivas laborales que confieren poder al empleador para despedir a trabajadores (por ejemplo, el art. 50 CT, sobre despido sin responsabilidad del empleador); b) el resultado obtenido (un despido que encubre una discriminación, no basado en una causa legítima, que en todo caso surtirá efectos hasta una vez concluido el descanso postnatal) produce un estado de cosas que, a la luz del balance de los principios que justifican a ambas instituciones, supone un daño injustificado o un beneficio

⁷⁴ Sobre esta conceptualización esquemática, véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2ª ed., Trotta, España, 2006, pp. 67-90.

indebido que, no obstante debe ser evitado, puede llegar a ser producido por el resultado en principio permitido por los arts. 50 y 113 inc. 1° CT (u otra disposición que habilite al despido); c) ese resultado es un medio que permite alcanzar, subjetiva u objetivamente, el daño injustificado o beneficio indebido que debería ser evitado en virtud del art. 42 inc. 1° Cn. (la anulación de la garantía de estabilidad laboral de la mujer embarazada), y d) del balance entre los principios en juego resulta una norma que establece que, dadas las circunstancias del caso, está prohibido usar los arts. 50 y 113 inc. 1° CT (u otra disposición que habilite al despido) para alcanzar el resultado en principio permitido con el fin de lograr el daño injustificado o beneficio indebido que debería ser evitado (lo mencionado en las letras b y c).

B) El art. 113 inc. 1° CT prevé que “[d]esde que comienza el estado de gravidez, hasta que concluyan seis meses posteriores al descanso postnatal, el despido de hecho o el despido con juicio previo, no producirán la terminación del contrato de la mujer trabajadora, *excepto cuando la causa de estos haya sido anterior al embarazo*; pero aun en este caso, sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período antes expresado, el cual se le denominará ampliación de la garantía de estabilidad laboral de la mujer en estado de gravidez” (itálicas propias). Para el actor del proceso con referencia 50-2019, la frase resaltada permitiría el fraude de ley a la garantía de estabilidad laboral de la trabajadora embarazada.

Al respecto, debe analizarse la manera en que opera el despido de acuerdo con el Código de Trabajo. Partiendo de los arts. 48, 49, 50, 55 y 58 CT, es posible inferir que el despido de un trabajador debe acontecer mediante un proceso previo ante los jueces con competencia en materia laboral, pues de lo contrario se le califica como un “despido de hecho” que se presume como injustificado por disposición legal (art. 55 inc. 3° CT). Así, dicha presunción desplaza la carga de la prueba en contra de la parte que no se beneficia de ella (el empleador)⁷⁵. De modo que, frente a un despido de hecho de una trabajadora embarazada, el empleador tendría la carga de demostrar que: a) dicho despido no tiene un propósito discriminatorio⁷⁶ (art. 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), y b) los hechos que le justifican son ajenos y previos al embarazo. En todo caso, incluso cuando pruebe estos hechos, “sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período [de descanso postnatal]” (art. 113 inc. 1° CT).

⁷⁵ Sentencia de 9 de abril de 2018, inconstitucionalidad 133-2015.

⁷⁶ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 33-2016 AC, ya citada.

Entonces, como se presupone que hay intervención judicial (ya sea porque el empleador inicie un proceso previo o porque la mujer acuda a sede judicial ante un despido de hecho), existe la posibilidad de que el juez que conoce del proceso controle la actividad argumentativa y probatoria del empleador para determinar si se presentan las circunstancias con base en las cuales se puede calificar que existe un fraude de ley. Esto, dado que el fraude de ley es, por su naturaleza, un “ilícito atípico” posible siempre que haya una norma constitutiva que confiera poder, que en este caso no es solo el art. 113 inc. 1° CT, sino en general la que permite que los empleadores inicien procesos de despido o realicen tales despidos de hecho. Y, precisamente por esto, la misma disposición cuestionada cierra la posibilidad a que un eventual fraude de ley logre su propósito, pues señala que “aun en este caso, sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período [de descanso postnatal]”.

Así, la frase “excepto cuando la causa de estos haya sido anterior al embarazo” no debe ser entendida como una brecha al fraude de ley, pues debe interpretarse de modo armónico con la frase “aun en este caso, sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período [de descanso postnatal]”, que impediría que, incluso cuando se intente realizar dicho fraude, este logre su propósito. Además, debe entenderse como una verdadera cláusula excepcional que debe ser evaluada por los jueces en cada caso, a la luz de los argumentos, pruebas y estándares constitucionales e internacionales aplicables. Y, por tanto, cuando estos adviertan que concurren las circunstancias propias de un fraude de ley, deben rechazar las peticiones orientadas a validar el despido, sin que asuman un rol acrítico frente a las alegaciones basadas en esta parte del art. 113 inc. 1° CT. Así, pues, los jueces deben cumplir su auténtica función de garantía de los derechos fundamentales.

Con base en lo anterior, *se deberá declarar que no existe la inconstitucionalidad alegada en el art. 113 inc. 1° CT, por la supuesta violación al art. 42 inc. 1° Cn.*

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 183 de la Constitución y 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA:**

1. Sobreseáse en el presente proceso respecto de la supuesta violación del artículo 113 inciso 1° del Código de Trabajo al artículo 38 ordinal 11° de la Constitución. La razón es que hay una argumentación deficiente del contraste normativo, en tanto que el actor no enlazó el contenido de ambas disposiciones, debido a que partió de una interpretación inadecuada de ellas.

2. *Declárase la inconstitucionalidad por omisión total* en que ha incurrido la Asamblea Legislativa, por incumplir el mandato constitucional que deriva de los artículos 2 inciso 1°, 42 inciso 1°, 50 y 65 de la Constitución, *al no haber regulado la garantía secundaria de reinstalo de la mujer embarazada despedida, ya sea como medida cautelar o como efecto de la sentencia.* En consecuencia, *la Asamblea Legislativa deberá realizar las reformas que sean necesarias para colmar dicho vacío normativo, para lo cual dispondrá del término de 6 meses contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia.*

3. *Declárase, de un modo general y obligatorio, que no existe la inconstitucionalidad alegada* en el artículo 113 inciso 1° del Código de Trabajo, por la supuesta violación al artículo 42 inciso 1° de la Constitución. La razón es que: a) frente a un despido de una trabajadora embarazada, el empleador tendría la carga de demostrar que dicho despido no tiene un propósito discriminatorio y que los hechos que le justifican son ajenos y previos al embarazo; b) la frase “excepto cuando la causa de estos haya sido anterior al embarazo” no debe ser entendida como una brecha al fraude de ley, pues debe interpretarse de modo armónico con la frase “aun en este caso, sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el período [de descanso postnatal]”, que impediría que, incluso cuando se intente realizar dicho fraude, este logre su propósito. Además, debe entenderse como una verdadera cláusula excepcional que debe ser evaluada por los jueces en cada caso, a la luz de los argumentos, pruebas y estándares constitucionales e internacionales aplicables. Por tanto, cuando estos adviertan que concurren las circunstancias propias de un fraude de ley de acuerdo con los parámetros establecidos en esta sentencia, deben rechazar las peticiones orientadas a validar el despido.

4. *Notifíquese* la presente sentencia a todos los intervinientes del proceso.

5. *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 mismo.

“””””-----
-----A. L. J. Z.-----DUEÑAS-----J. A. PÉREZ-----LUIS JAVIER SUÁREZ MAGAÑA-----H. N. G.-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
-----RENÉ ARÍSTIDES GONZÁLEZ BENÍTEZ-----SECRETARIO-----RUBRICADAS-----

_””””