

8-2015/16-2015/89-2016

Inconstitucionalidad

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

Los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados han sido promovidos por Marta Guadalupe Zaldaña Hernández y Silvia Elizabeth del Carmen Urquilla Pérez (8-2015); Edwin Atilio Recinos Meléndez (16-2015); y Fátima Zoila Hernández Ramírez (89-2016), a fin de que este tribunal declare la inconstitucionalidad por omisión total en la que supuestamente ha incurrido la Asamblea Legislativa al no crear la normativa que desarrolle el mandato constitucional contenido, según ellos, en el art. 42 inc. 2 Cn., que prescribe:

"Las leyes regularán la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores".

Han intervenido en el proceso los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. A. Las demandantes del proceso de inconstitucionalidad 8-2015 adujeron que el art. 42 inc. 2 Cn. contiene un mandato constitucional que requiere de la concreción normativa del legislador. Exponen que la obligación de instalar y mantener salas cunas es una "condición necesaria para garantizar el derecho a la lactancia materna". No obstante, aclararon que "la instalación de salas cunas o lugares de custodia a favor de los niños y niñas [...] no debe verse únicamente en función de hacer efectivo el derecho a la lactancia materna y a la protección de la maternidad, si bien es una condición necesaria e indispensable para efectivizar ese derecho [...] no es su único propósito" (resaltado suprimido). Aunado a lo anterior, sostienen que existe un comportamiento omisivo injustificado del Legislativo al no emitir la normativa correspondiente durante los más de 30 años de vigencia de la Constitución. Por tal razón, piden que este tribunal declare la inconstitucionalidad por omisión e imponga un plazo a la Asamblea Legislativa para que emita la normativa que desarrolle el mandato constitucional.

B. El demandante del proceso de inconstitucionalidad 16-2015 dijo que con el art. 42 inc. 2 Cn. el constituyente estableció que es obligación de los patronos instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para niños de los trabajadores y generó un mandato que no puede ser ignorado por el legislador. A continuación, mencionó diversos instrumentos normativos

nacionales e internacionales relativos a los derechos de la niñez. Por tal motivo, consideró que la omisión es un acto que debe ser resuelto desde la responsabilidad directa que el legislador tiene a fin de que el derecho establecido por el constituyente no quede reducido a la voluntad de los patronos públicos y privados. Por tal razón, pidió que este tribunal estime su pretensión y declare la existencia de la inconstitucionalidad por omisión alegada.

C. Por último, la demandante del proceso 89-2016 sostuvo que la Asamblea Legislativa ha incurrido en una omisión total respecto del mandato regulado en el art. 42 inc. 2 Cn., que ordena regular la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores. Ello no se ha ejecutado pues "en ningún artículo del Código de Trabajo se regula este mandato constitucional". Luego, citó normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y alega que los Estados deben velar porque las trabajadoras y trabajadores puedan disponer de posibilidades para ocuparse debidamente de sus familias pese al tiempo que dedican a su empleo. De igual forma, indicó que debe tomarse en cuenta el derecho a la lactancia materna. Finalmente, adujo que a la fecha de presentación de la demanda han transcurrido 33 años desde la entrada en vigencia de la Constitución y no se ha legislado lo prescrito en el art. 42 inc. 2 Cn. Por ello, pide que en sentencia definitiva se declare la existencia de la omisión total en que ha incurrido la Asamblea Legislativa.

2. Las demandas mencionadas se admitieron por autos separados de fechas 20-II-2015, 25-II-2015 y 2-IX-2016, según el orden expuesto en las letras A, B y C del número anterior. En cada proceso se requirió a la Asamblea Legislativa que rindiera, el informe al que se refiere el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) y se corrió traslado al Fiscal General de la República de conformidad con el art. 8 LPC. Luego de que se rindieran tales informes, se ordenó la acumulación de todos los procesos mencionados.

3. La Asamblea Legislativa rindió los informes solicitados. El del proceso de inconstitucionalidad 8-2015 se presentó de forma extemporánea. Por tanto, por aplicación del principio de preclusión procesal, este tribunal no tomará en cuenta las consideraciones ahí plasmadas. El del proceso de inconstitucionalidad 16-2015 se presentó en tiempo. En él, la autoridad demandada hizo referencia a los sistemas de control de constitucionalidad, los límites de la jurisdicción constitucional y al proceso de inconstitucionalidad. Expresó que el art. 42 inc. 2 Cn. no prescribe un plazo para el cumplimiento del mandato constitucional – a diferencia de lo que ocurre con el caso de la intervención de las telecomunicaciones– y cuestionó si es legítimo

que un poder constituido establezca un plazo que no fue fijado por el constituyente. Señaló que el Estado ha adoptado ciertas medidas que a su juicio dan cumplimiento al mandato constitucional, que son las que siguen: La adopción de la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna (LPPALM), la implementación del sistema educativo a tiempo completo por parte del Ministerio de Educación, la instalación de los Centros Ternura y la creación, por parte de la Asamblea Legislativa, de ciertas instituciones como el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo integral de la Niñez y la Adolescencia. Con base en ello, concluyó que la inconstitucionalidad por omisión no fue debidamente sustentada por el actor porque no pudo comprobar los extremos de su pretensión y pidió que en sentencia se declare no ha lugar a la pretensión. Se expresó en términos idénticos en el informe de la Inc. 89-2016.

4. El Fiscal General de la República no rindió el informe del proceso de Inc. 8-2015 no obstante que se le corrió traslado. En el del proceso de Inc. 16-2015, expuso consideraciones sobre los derechos fundamentales y la inconstitucionalidad por omisión. En lo que respecta a la pretensión de inconstitucionalidad, señaló que la Asamblea Legislativa no ha regulado hasta la fecha, en forma permanente, las condiciones para la materialización efectiva del "beneficio" contenido en el art. 42 inc. 2 Cn. Al no hacerlo, dicho órgano ha incurrido en una mora legislativa que afecta los derechos fundamentales. Expuso que los encargos al legislador son obligaciones en sentido estricto cuyo cumplimiento no queda a discreción del Legislativo y que no debe postergarse en demasía pues, de lo contrario, la eficacia del mandato constitucional se volvería nugatoria. Por estas razones, concluyó que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada. Expuso básicamente lo mismo en el proceso de Inc. 89-2016.

II. La presente sentencia tendrá el siguiente íter lógico: (III) se analizará la figura de los mandatos constitucionales y la de la inconstitucionalidad por omisión total. Luego, (IV) se hará un breve esbozo conceptual sobre los derechos sociales. A continuación, (V) se determinará en qué consisten las salas cunas y los lugares de custodia para los niños de los trabajadores a los que alude el art. 42 inc. 2 Cn. y (VI) se utilizarán estas nociones para determinar si tal disposición contiene un mandato constitucional; y, de ser así, si, este ha sido incumplido por la Asamblea Legislativa y si su incumplimiento está justificado. Finalmente, (VII) se establecerán los efectos de la presente sentencia y se dictará: el fallo que corresponda.

III. 1. La Constitución salvadoreña posee una variada tipología de normas constitucionales. De ellas interesa destacar los mandatos constitucionales, que se caracterizan por su estructura

relativamente incompleta. Generalmente, la existencia de este tipo de disposiciones constitucionales que tipifican mandatos se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino verdaderas imposiciones jurídicas que obligan al órgano emisor a conectarlas con otras de desarrollo infraconstitucional para alcanzar su plenitud aplicativa. Estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador constituyen cierto tipo de normas incompletas porque, en línea de principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que la circunstancia a la que se refiere el mandato pueda cobrar plena eficacia (sentencia de 23-I-2015, Inc. 53-2012). Los mandatos constitucionales pueden estar dirigidos a cualquiera de los órganos constitucionales. Cuando se dirigen al Órgano Legislativo, ellos reciben el nombre de mandatos al legislador y obligan a emitir determinadas normas generales y abstractas.

No es imperativo ni es una exigencia indefectible que los mandatos aparezcan explícitos en el texto de la Constitución. También pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia plena a la norma constitucional que los contiene. De igual forma, tampoco es imprescindible que estos contengan un plazo para su emisión pues esta sala, como órgano encargado del control de constitucionalidad, puede determinar la razonabilidad de la dilación en el comportamiento omisivo de los órganos y entes investidos de potestades normativas (sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98 y resolución de 19-VII-2001, Inc. 20-2001).

Las actuaciones que los mandatos constitucionales exigen realizar son tan necesarias que si no se llevan a cabo la Constitución podría verse vulnerada. De ahí la importancia de poder enjuiciar si ellas se han llevado a cabo. De negar esta posibilidad, se admitiría que la Asamblea Legislativa viole la Constitución mediante comportamientos omisivos. Y si se dejara la opción de cumplirlas o no, a discreción de los órganos ordinarios o constituidos, se los colocaría en el mismo nivel del constituyente (resolución de 25-XI-2015, Inc. 104-2015). Entre los criterios determinantes para analizar el cumplimiento del mandato constitucional están: su existencia como mandato explícito o implícito en la Constitución –el asunto de "si existe" el mandato constitucional y la forma en que debe cumplirse – el "cómo cumplir" el mandato constitucional – (sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95).

2. Debido a lo antedicho, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa contra su infracción –sea por acción o por omisión– porque de otra forma se generaría su

violación sin consecuencias y se negaría el carácter de norma jurídicamente vinculante de la Constitución (sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004). Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la norma constitucional se refleja en obligaciones de hacer, para cuya efectividad está diseñado el mecanismo procesal de control de las inconstitucionalidades por omisión.

A diferencia de otros países –como Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador o Paraguay–, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente la inconstitucionalidad por omisión como uno de los instrumentos que garantizan la eficacia de la constitucionalidad ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta sala ha sostenido que tal instrumento de protección es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98). Las razones que han sido argüidas para justificar la inconstitucionalidad por omisión son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, así como la fuerza normativa de los derechos fundamentales (sentencia de 234-2015, Inc. 53-2012).

Se puede conceptualizar la omisión inconstitucional como la falta de desarrollo por parte del legislador, en un plazo razonable, de aquellos mandatos constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, 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. En la definición del tipo de control que nos ocupa, se conjugan dos elementos trascendentales para determinar cuándo se está en presencia de una inconstitucionalidad por omisión: la falta de desarrollo y la ineficacia de las disposiciones constitucionales. La falta de desarrollo se vincula con los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de una forma específica. Asimismo, existe una inconstitucionalidad que se deriva de un accionar omisivo por parte del legislador cuando por mandato constitucional tendría que extender el alcance de la ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir ciertos destinatarios produce vulneración de derechos fundamentales, principalmente en términos de igualdad en el ejercicio de los mismos (sentencia de Inc. 37-2004, ya citada).

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 que dote de eficacia a las normas constitucionales que lo requieren; y como omisión parcial, en la cual la normativa de

desarrollo existe pero es insuficiente. Por tanto, la falta de desarrollo se concibe en un sentido amplio, que abarca no solo la total ausencia de legislación en el punto conflictivo, sino también la presencia de una normativa incompleta o parcial. En ese orden, las omisiones parciales no se restringen al quebrantamiento del principio de igualdad pues también abarcan las regulaciones incompletas de un instituto, capaz de originar la ineficacia del mandato constitucional y el consiguiente fraude a la norma fundamental. Consecuentemente, 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 plenitud, es decir, completaría a la normativa constitucional.

IV. 1. Habitualmente, los derechos sociales se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación. Para 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. En la medida en que los bienes que protegen tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de los derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas. Pero, incumbe de manera especial a los miembros más desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos suele ser residual y, pocas veces, inexistente.

En ese sentido, el esquema tradicional de los derechos sociales merece una reconstrucción en la que aparezcan como derechos que pueden verse desde una perspectiva garantista y democrático-participativa. La primera, parte de la constatación de que si bien el Derecho suele expresar el interés de los sujetos más fuertes, también debe operar como un instrumento al servicio de los sujetos más débiles. Así ocurre en el constitucionalismo actual, cuya lógica interna propugna, como condición para la ampliación de la libertad, la limitación y vinculación de todo poder, sea público o privado. La sola existencia de esta concepción garantista, desde luego, no asegura la automática satisfacción de los derechos, pero posibilita la articulación de un discurso crítico, jurídico además de político, capaz de deslegitimar las múltiples formas de poder arbitrario que, en diferentes escalas, bloquean la posibilidad de asegurar a las generaciones presentes y futuras la satisfacción de sus necesidades básicas y, con ello, el goce de su libertad. De acuerdo con la segunda perspectiva, también llamada democrático-deliberativa, la democracia aparecería

como un proceso siempre abierto, y no como régimen acabado al que pueda accederse de una vez y para siempre. De lo que se trataría, por consiguiente, es de inscribir la garantía de los derechos en un proceso de constante democratización tanto del marco institucional como de la esfera no institucional. Ello supondría examinar la calidad de la información, la publicidad y los argumentos ofrecidos por las instituciones en sus actuaciones y evaluar su capacidad para dar expresión, por vías adecuadas, a los diferentes reclamos sociales, comenzando por los de las clases y grupos vulnerables.

Esta sala ha sostenido que frente a la contraposición entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ha adquirido fuerza la idea de que todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones *negativas* y *positivas de libertad*. Por ello, dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse; que imponen deberes no solo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos; que demandan prestaciones onerosas, que pueden adoptar carácter individual o colectivo y que, en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes. En ese sentido, según este esquema, las disposiciones constitucionales que tipifican derechos "sociales" (o que enfatizan la dimensión prestacional de los derechos fundamentales) se deben interpretar a fin de maximizarlas, para no debilitar la eficacia normativa de unos derechos a los que, después de todo, se ha otorgado rango constitucional (sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005).

Esto cobra sentido en la medida en que se tome en cuenta que, no obstante la clasificación de los derechos en individuales y sociales es de tipo material –los primeros hacen énfasis en aquellos atributos o facultades que las personas ejercen individualmente y se relacionan más con su esfera privada; los segundos son aquellos que las personas ejercen en concurrencia con otras personas en los diferentes ámbitos de la sociabilidad: familiar, laboral, social en general (sentencia de 12-II-2007, Inc. 26-2006)–, todos los derechos fundamentales gozan de supremacía y no pueden ser desconocidos o vulnerados por ninguna autoridad ni por los particulares. En tal sentido, los derechos sociales no solo contienen principios rectores que actúan como derechos de configuración legislativa cuyo sentido depende del desarrollo y actualización que le otorga la respectiva legislación, tal como lo sostenía la clásica teoría de los derechos de libertad, sino que, además, son derivados directamente de la Constitución, sin que los poderes públicos o privados puedan desconocerlos, ni por acción ni por omisión (sentencia de Inc. 53-2005, ya citada).

2. A El capítulo II del título II de la Constitución se denomina "Derechos Sociales". Este se compone de cuatro secciones, denominadas: familia; trabajo y seguridad social; educación, ciencia y cultura; y salud pública y asistencia social. El art. 42 inc. 2 Cn. se encuentra adscrito a la sección segunda del capítulo II ya mencionado, es decir, a la sección correspondiente al trabajo y seguridad social. Sobre esta sección, el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución expresó que "[e]l artículo 182 de la Constitución de 1962 enumeró una serie de principios en los cuales se fundamentaría el Código de Trabajo. Estos principios son ahora derechos de los trabajadores consagrados en la legislación secundaria, por lo que la Comisión decidió elevarlos al rango constitucional como tales, a efecto de que no puedan ser fácilmente suprimidos o disminuidos en el futuro".

En tanto que están positivados en la Constitución, los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales y constituyen, al igual que los de tipo individual, 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. Y por dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando de la supremacía y la protección reforzada de la que goza la Constitución (sentencia de 25-VI-2009, Inc. 26-2008). En consecuencia, además de su carácter de derechos fundamentales, adquieren la calidad de principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico (sentencia de 6-VI-2008, Inc. 31-2004).

B. El derecho internacional de los derechos humanos también ha influido en el desarrollo y reconocimiento de los derechos sociales. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 22 que "[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a [...] obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Además, reconoce distintos derechos sociales como el derecho al trabajo (art. 23.1), al descanso, jornada de trabajo limitada y vacaciones (art. 24), a un nivel de vida adecuado (art. 25.1), entre otros. También existe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está constituido por un total de treinta y un artículos, y en él se reconocen los siguientes derechos socioeconómicos: el derecho al

trabajo (art. 6), el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), la libertad de fundar sindicatos y afiliarse a ellos y el derecho de huelga (art. 8), el derecho a la seguridad social y a la asistencia social (art. 9), la protección y asistencia a la familia (art. 10), derecho a un nivel de vida adecuado y a medios de subsistencia, incluso alimentación, vestido y vivienda (art. 11), derecho a la salud física y mental (art. 12), derecho a la educación y formación profesional (aras. 13 y 14), y el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico (art. 15). Además, su art. 2.1 prescribe que "[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

V. I. A. El art. 42 inc. 2 Cn. establece que "[l]as leyes regularán la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores". Según esta disposición, los empleadores tienen el deber de proporcionar centros de cuidado a los hijos de sus trabajadores. En ellos, el hijo debe estar bajo la custodia de un profesional idóneo y calificado que se encarga de brindarle las atenciones que requiere durante el tiempo que dure la jornada de trabajo de su padre o madre, con el fin de procurar un ambiente adecuado para su desarrollo integral. Esto implica la realización de actividades aptas para el desarrollo de las capacidades cognitivas, sociales, afectivas y psicomotrices del niño. La existencia de esta especie de centros se justifica en razón de la especial importancia que reviste para el Estado la protección de la niñez y adolescencia (art. 34 y 35 Cn.) y por el art. 42 inc. 2 Cn. en sí mismo.

Estos centros pueden ser usados tanto por los hijos de las empleadas como por los de los empleados. Es decir, el sexo de su progenitor no incide en la posibilidad del hijo para ser cuidado en un centro de esta naturaleza. Lo único determinante es que se trate de un empleado del patrono que sufraga los gastos generados por las salas cunas o el lugar de custodia. Esta idea fue retomada en el seno de las discusiones de la Asamblea Constituyente. En ellas, al discutirse la manera en la que quedaría redactado el art. 42 Cn. —que en la propuesta original expresaba que "[l]as leyes regularán la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de las trabajadoras, el diputado Mazier Andino dijo: "yo estoy de acuerdo

con toda la redacción del artículo 42, excepto en la última frase del inciso 2º, que dice: 'de las trabajadoras', propongo que esta frase debe ser cambiada por 'de los trabajadores', es bien sabido que en nuestro país, por muchas circunstancias, las parejas se separan, así para el caso puede ser que la madre no trabaje en una empresa donde se encuentran los beneficios de una sala cunas y los hijos le queden al padre; este trabajador no podría usar los beneficios de la sala cunas para sus niños porque sería discriminado con esta frase: 'los hijos de las trabadoras'; otro caso sería, cuando muere la madre de los niños y [ellos] quedan en poder del padre, este trabajador [...] no podría utilizarlos por cuanto el artículo lo discrimina; lo mismo sucedería si [...] trabajando los dos en empresas diferentes, en la empresa donde trabaja la madre no existan los beneficios de la sala cuna y en la empresa donde trabaja el padre sí lo existan; entonces yo propongo que el término 'de las trabajadoras' debe de cambiarse por 'de los trabajadores' que es amplio y comprende tanto a las mujeres como a los hombres trabajadores" (versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983. Tomo IV).

B. a. Las salas cunas y los lugares de custodia están ligados a la protección de la niñez y, además, son una manifestación de seguridad social a favor de la familia. Como medida de protección integral de la niñez, estos centros tienen fundamento en el art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe: "[l]os Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada". Esta disposición ofrece una dualidad interpretativa conforme con la cual puede entenderse que estatuye tanto una obligación estatal de vigilancia y aseguramiento de la funcionalidad de los centros de cuidado y protección de los niños como también una obligación de estos centros de cumplir con la normativa que para tal efecto emitan las autoridades competentes. En igual sentido, el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que todo niño "tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Y es que no debe obviarse que el Estado tiene la obligación constitucional de proteger la salud física, mental y moral de la niñez y

adolescencia (art. 35 Cn.) y que ellos tienen derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral (art. 34 Cn.).

En lo que atañe a esta manifestación, el derecho referido genera mandatos de satisfacción positiva que son exigibles a los particulares. Esta tesis se reafirma en la medida en que la Constitución vincula algunos derechos sociales 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 la misma 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" (todos los resaltados son de este tribunal). Ahora bien, el ligamen entre los particulares y los derechos sociales que genera tales disposiciones 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 el Estado es quien debe garantizar la efectiva observancia de tales derechos y a quien compete la creación de las condiciones necesarias para su disfrute.

Esta idea está asociada con la de la responsabilidad social empresarial –figura reconocida en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas–. El Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD, *World Business Council for Sustainable Development*) considera que la responsabilidad social empresarial es el compromiso continuo de las empresas para comportarse éticamente y para contribuir al desarrollo económico, mejorando la calidad de vida de su fuerza laboral, la de sus familias, la comunidad local y la sociedad en general. Bajo esta óptica, dado que las empresas tienen una posición relevante para poder coadyuvar al crecimiento económico y al acrecentamiento de las posibilidades de mejora en la calidad de vida de sus empleados, su familia y la sociedad, tienen el deber de ejecutar una serie de acciones y observar otra serie de abstenciones orientadas a la consecución de este fin. A veces estos deberes son positivados bajo la figura de los derechos sociales, como acontece en el caso bajo análisis.

b. En lo que respecta a su carácter de medida de seguridad social, este tribunal ha sostenido que la necesidad de cumplir con el postulado constitucional de asegurar a cada individuo una existencia digna exige y origina la seguridad social, con la cual se les facilita que puedan hacer

frente a las contingencias que ponen en peligro la calidad digna de la existencia. Las contingencias que afectan la existencia digna se pueden clasificar así: patológicas, tales como enfermedad, invalidez, accidente de trabajo y enfermedad profesional; biológicas, tales como la maternidad, vejez y muerte; y socioeconómicas, tales como el desempleo y cargas familiares excesivas (sentencia de 06-VI-2008, Inc. 31-2004). En ese sentido, estos centros son una medida de seguridad social que permite que, ante la contingencia biológica de la maternidad y la paternidad, el trabajador pueda conciliar su vida laboral con el normal desarrollo de su vida privada.

C. En el derecho comparado también existe la figura de las salas cunas. En él, estos lugares tienen dos finalidades: por un lado, proporcionar un espacio físico en el que el trabajador pueda alimentar a sus hijos; y, por otro, garantizar un lugar en el que pueda dejarlos bajo la supervisión y cuidado de otra persona capacitada para tal fin mientras desempeña sus labores aparte. Las formas en que puede darse cumplimiento a este mandato –sin ánimo de taxatividad– son por lo menos tres: la primera, instalando y manteniendo las salas cunas y lugares de custodia en un lugar anexo e independiente al área de trabajo; en tal caso, los costos de la contratación del personal capacitado y de la habilitación del centro corren por cuenta del patrono. El segundo, por medio de la instalación y mantenimiento de un centro común de salas cunas y lugares de custodia que sean costeados por varias empresas y establecimientos de trabajo que se encuentren en una misma área geográfica. Y el tercero, a través del pago de salas cunas y lugares de custodia que presten tales servicios con carácter independiente a la empresa o establecimiento de trabajo de forma profesional y habitual. En tal caso, los honorarios que estas instituciones devenguen deberán ser pagados por el empleador.

2. El Derecho Internacional también ofrece cobertura normativa a las salas cunas y lugares de custodia. El convenio 156 de la OIT, ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo n° 29, de 15-VI-2000, publicado en el Diario Oficial n° 135, tomo 348, de 19-IX-2000, y por tanto parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico (art.144 Cn.), prescribe en su art. 1.1 que “[e]l presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella”. Por otro lado, su art. 3.1 contiene un mandato hacia los Estados de crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras. Con tal fin, deben "permitir que las personas con

responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, *sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales*" (las itálicas son propias). Finalmente, su art. 4 letra b prescribe que "[c]on miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: [...] tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social".

Al interpretar las disposiciones citadas en armonía con el art. 3 Cn., que reconoce el principio de igualdad, según el cual se debe tratar de manera distinta aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes (sentencia 4-V-2011, Inc. 18-2010, reiterada en la sentencia de 17-XI-2014, Inc. 59-2014), se arriba a la conclusión de que también hay un fundamento de igualdad en el establecimiento de las salas cunas y de los lugares de cuidado de los hijos de los trabajadores puesto que ellos, en contraposición a los trabajadores que no tienen hijos, deben de correr con la obligación de darles protección, asistencia, educación y seguridad (art. 36 inc. 1 Cn.) y también deben armonizar sus compromisos y obligaciones parentales con su actividad laboral. Para ello, los padres deben trabajar con el fin de devengar un salario que les permita afrontar las necesidades de tipo económico que tienen sus hijos. En esa medida, las salas cunas y los lugares de cuidado de sus hijos constituyen una medida de carácter social que permite que esta clase de empleados puedan conciliar su situación de padres con su necesidad de laborar, cuestión que no es así cuando se trata de empleados sin hijos. Por tanto, puede concluirse que esta es una medida de igualdad que permite que ellos laboren *sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales*.

VI. Para resolver el asunto sometido a conocimiento de este tribunal, esta sala debe: (1) constatar si en el texto constitucional existe un mandato que obligue al legislador a emitir la normativa correspondiente; (2) verificar si existe un comportamiento omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato; y, (3) establecer si el comportamiento omiso ha sido excesivo e injustificadamente dilatado; y, en su caso, (4) fijar las consecuencias que derivan de este test.

I. Con el objeto de constatar si existe el mandato constitucional aducido por los actores, este tribunal estima conducente retomar lo expuesto en la sentencia de 23-I-2015. Inc. 53-2012, relativa a la indemnización por daño moral. En esa resolución, esta sala sostuvo que “[el art. 2 inc. 3 Cn.] prescribe que '[s]e le establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de

carácter moral[...]. Dada la estructura normativa del enunciado constitucional en referencia, es dable concluir que este contiene un mandato explícito para que el Legislativo emita una regulación que desarrolle el derecho de toda persona a ser compensada por el acaecimiento de daños de tipo moral. De su tenor se infiere la necesidad de una actividad concreta de actualización legislativa que garantice el reconocimiento y protección de aquel derecho. Dicha disposición, lejos de postergar la vinculación que el derecho impone hacia los entes con potestades normativas, reafirma el mandato hacia el Legislativo para que desarrolle las plataformas normativas sobre las cuales el derecho en mención se ejercerá".

Entre el art. 2 inc. 3 Cn. y el art. 42 inc. 2 Cn. existe una semejanza que permite sostener que si este tribunal estimó que el primero contiene un mandato al legislador, el segundo también lo hace. Y es que la frase inicial del art. 42 inc. 2 Cn. es justamente "[l]as leyes regularán [...]", de lo que se sigue que el constituyente previó que la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores necesitaba de una regulación normativa. Pero, la norma que debe regular esta situación tiene que ser una ley en sentido formal. Esto es así porque la disposición constitucional en referencia necesita de una protección y promoción mediante la garantía respectiva –que el legislador desarrolle sus condiciones de ejercicio–. En consecuencia, si bien la inexistencia de una norma legal que desarrolle el contenido de esta disposición no le resta operatividad ni normatividad, para que las garantías puedan desempeñar su papel de instrumento de protección de los derechos es necesario un desarrollo legal de los supuestos y condiciones para la protección de estos (sentencia de Inc. 37-2004, ya citada).

El parámetro de control debe ser desarrollado a nivel legislativo con el propósito de perfilar, entre otras cosas, las condiciones ambientales y de seguridad que deben cumplir las salas cunas y los lugares de custodia de los hijos de los trabajadores, el número de personal exigido, las condiciones que debe cumplir el empleado para que sus hijos accedan a ellas, los requisitos que deben cumplir los encargados del cuidado de los niños y las entidades encargadas de la acreditación, vigilancia, fiscalización, supervisión y sanción de estos centros de cuidado. Y es que en virtud del art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la obligación estatal de asegurar "que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su

personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada", El Salvador ha asumido un compromiso internacional de tomar las medidas pertinentes para la consecución de ese fin. Los arts. 34 y 35 Cn. crean deberes estatales en un sentido similar al de esa disposición. Al Estado le compete primordialmente la protección de la niñez y de la adolescencia, lo cual significa que debe cuidar que gocen de condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral y debe asegurar la protección de su salud física, mental y moral.

2. A. La Asamblea Legislativa no le ha dado cumplimiento al mandato constitucional previsto en el art. 42 inc. 2 Cn. En el ordenamiento jurídico salvadoreño existen leyes que, si bien tienen por objeto la protección de la niñez y adolescencia, no inciden en la cuestión de las salas cunas y de los lugares de custodia de los hijos de los trabajadores de la manera en que le es exigible a una normativa que desarrolla el contenido de un precepto constitucional. A manera de ejemplo, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula en el título II, capítulo II, lo relativo a la protección de la persona adolescente trabajadora. Aunque esta normativa despliega un desarrollo legislativo sobre los derechos, garantías y condiciones de trabajo del adolescente trabajador, no expresa nada relacionado con el art. 42 inc. 2 Cn.

B. En el trámite de este proceso, la Asamblea Legislativa intentó justificar que sí ha dado cumplimiento al mandato previsto en el art. 42 inc. 2 Cn. Sin embargo, ninguno de los argumentos justificativos aducidos por este órgano es atendible.

a. En primer lugar, la Asamblea Legislativa sostuvo que la LPPALM da cumplimiento al mandato constitucional en análisis pues "instituye la obligación de establecer espacios destinados para [que la mujer trabajadora amamante] a su hijo o [recolecte] leche en un espacio de tiempo determinado". Empero, esta normativa no da cumplimiento suficiente al art. 42 inc. 2 Cn. en tanto que el contenido de este precepto constitucional no se agota con la simple permisón de que la madre pueda amamantar a su hijo o que posea un lugar habilitado en el trabajo para hacerlo. Lo insuficiente de esta medida se hace evidente en razón de que las exigencias que derivan de este mandato constitucional son las de permitir que los trabajadores –hombres y mujeres– puedan dejar a sus hijos en un lugar específico para su cuidado mientras desempeñan sus labores y, además, porque los beneficios de la LPPALM están dirigidos *principalmente* a la madre, mientras que para el constituyente (cuya opinión es un insumo interpretativo de las disposiciones constitucionales –art. 268 Cn.–) el art. 42 inc. 2 Cn. está dirigido tanto a la madre como al padre trabajador.

b. También pretendió justificar su omisión con base en las medidas implementadas y adoptadas por el Ministerio de Educación, –sistema educativo a tiempo completo–, la instalación de los Centros Ternura, conocidos como Centros de Desarrollo Infantil, y la creación del instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA). Sin embargo, ninguna de estas medidas constituye una ley que regule la obligación de *los patronos* de instalar y mantener las salas cunas y los lugares de custodia de los hijos de los trabajadores. Exceptuando la creación del ISNA, no son medidas legislativas –que es el órgano a quien se dirige el mandato–, sino que se trata de programas que forman parte de la política de gobierno de El Salvador. Pero ninguno de ellos perfila las garantías que debe tener el art. 42 inc. 2 Cn. en el desarrollo legislativo. Además, relegan una obligación que debe recaer sobre los patronos en programas de asistencia social asumidos por el Estado. En consecuencia, este tribunal constata que el mandato del art. 42 inc. 2 Cn. no ha sido cumplido por la Asamblea Legislativa.

3. El comportamiento omisivo al que se ha hecho referencia, además de existente, es injustificado. Ello es incuestionable en tanto que han transcurrido más de 33 años desde que la Constitución de la República entró en vigencia sin que se le haya dado cumplimiento al mandato. Durante todo este tiempo, el art. 42 inc. 2 Cn. ha carecido de un marco regulatorio que determine las condiciones de ejercicio de sus preceptos. Naturalmente, esto no debe ser interpretado en el sentido que las disposiciones constitucionales que contienen derechos sociales requieran de desarrollo legislativo para ser aplicables. Como ya se dijo, 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.

4. Se ha constatado la existencia del mandato constitucional, del comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa y la ausencia de justificación sobre el retardo en su cumplimiento. En ese sentido, se han configurado en este proceso los elementos necesarios para una sentencia estimatoria. Como consecuencia de ello, *este tribunal deberá declarar la inconstitucionalidad por omisión total en que ha incurrido la Asamblea Legislativa*. Como efecto de esta declaratoria, se deberá ordenar a la Asamblea Legislativa que emita la normativa que desarrolle el art. 42 inc. 2 Cn.

VII. La Asamblea Legislativa goza de un margen estructural de acción en el ejercicio de sus competencias (sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006). Además, este tribunal, al igual que el resto de órganos estatales, debe respetar la zona de reserva de competencia del Legislativo, entendiendo que esta comprende un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro órgano (sentencia de 18-IV-2006, Inc. 7-2005). En tal sentido, este órgano fundamental será quien deberá determinar de qué modo dará cumplimiento al art. 42 inc. 2 Cn. tomando como parámetro a la Constitución y la jurisprudencia de este tribunal, en especial la de esta resolución. Ello sin perjuicio del eventual control constitucional que se pueda hacer sobre la ley que se emita.

No obstante, dado que la omisión actual de protección legislativa es manifiesta y reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa emita la normativa que dé cumplimiento al mencionado mandato constitucional. Siguiendo la línea de la Inc. 53-2012, ya citada, este tribunal tomará en consideración el hecho incuestionable de que la ausencia de una previsión suficiente y adecuada tiene el efecto pernicioso de prolongar la desprotección del precepto infringido y que el legislador requiere de un intervalo de tiempo suficiente para debatir el asunto y para darle el alcance que considere pertinente pues debe recordarse que el órgano en cuestión se rige por los principios democrático, pluralista y por el libre debate. En ese sentido, la Asamblea Legislativa *deberá emitir la ley que desarrolle el contenido del art. 42 inc. 2 Cn. a más tardar el 31 de mayo de 2018.*

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales y jurisprudencia citada 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 de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por los demandantes porque la Asamblea Legislativa ha diferido injustificadamente el cumplimiento del mandato constitucional previsto en el art. 42 inc. 2° de la Constitución. La razón es que no ha emitido la normativa que regule todo lo concerniente a la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los hijos de los trabajadores.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa *deberá emitir la ley por la que se fijen los aspectos concernientes al mandato constitucional cuyo cumplimiento se ha omitido a más tardar el día 31 de mayo de 2018*, debiendo observar para tal efecto lo prescrito por la Constitución y lo dicho por este tribunal en su jurisprudencia, en especial la contenida en esta decisión.

2. *Notifíquese* la presente sentencia a los demandantes, a la Asamblea Legislativa y al Fiscal General de la República.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de ella al director de dicho órgano oficial del Estado.

F. MELENDEZ.-----J. B. JAIME.-----E. S. BLANCO R.-----R. E. GONZALEZ.---
-----C. ESCOLAN-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE
LO SUSCRIBEN-----E. SOCORRO C.-----SRIA.-----RUBRICADAS.