

Justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales



Instituto de Derechos Humanos
de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador

San Salvador, El Salvador

Instituto de Derechos Humanos
de la Universidad Centroamericana
"José Simeón Cañas"
Apartado Postal (01) 168
Bulevar Los Próceres,
San Salvador, El Salvador, C. A.
Tel.: 210-6600 exts. 410, 411 y 412. Fax.: 210-6677
Correo Electrónico: idhuca@yahoo.es
Internet: <http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca>

Con agradecimientos a:
ICCO, DanChurchAid/Danida,
PRODECA, Diakonia - Acción EcuMénica Sueca,
CAFOD



INDICE

Contenido	Página
Introducción.	5
Obligaciones del Estado para garantizar los DESC	9
Obligaciones generales	9
Obligaciones específicas	13
La justicialidad de los DESC	21
Objeciones	21
Justicialidad de los DESC en el Sistema Interamericano	24
Instrumentos Interamericanos	24
La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	30
La Corte Interamericana de Derechos Humanos	32
Mecanismos universales	34
Mecanismos nacionales	36
Proceso de amparo	38
Proceso de inconstitucionalidad	42
Análisis de la justicialidad de algunos DESC en particular	44
El derecho al trabajo en El Salvador	44
Casos laborales	58
El derecho a la salud en El Salvador	68
El derecho a un ambiente sano y la salud	80
Casos sobre salud	81
Derecho a una pensión digna	85
Casos de pensiones	99
A manera de conclusión	111

Introducción

Diversos instrumentos internacionales reconocen los derechos a la educación, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación, a la vivienda, a un nivel de vida adecuado y a un medio ambiente sano, entre otros; consideran, además, que su satisfacción resulta necesaria para garantizar la dignidad humana de toda la población. La dignidad humana suele definirse como *“un valor espiritual y moral inherente a la persona que ha de permanecer inalterado cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentra, constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”*.¹ Como se observa, este tipo de definición es demasiado abstracta, pues no establece los límites de dicho valor y tampoco señala las maneras a través de las cuales se atenta en su contra.

En ese sentido, la dignidad humana es un concepto complicado que suele invocarse constantemente para justificar la existencia de algún derecho. Casi siempre se hace de forma vaga y carente de argumentación respecto a su definición. Por lo tanto, el uso de este concepto en el ámbito de los derechos humanos es con frecuencia retórico, repleto de lógica circular y redundancias que no logra precisión. Se pretende concebir el contenido de la dignidad humana como valores presumiblemente intuitivos y a veces sin acceso desde la racionalidad.

Resulta llamativo que el principio de la dignidad humana en el cual se basa el ordenamiento de todos los derechos humanos, la democracia y los sistemas judiciales de los Estados, reciba poca atención académica en el ámbito legal. En contraste, su contenido ha sido desarrollado desde diversas posturas filosóficas a través de los siglos, tanto desde el punto de vista religioso como del secular.

¹ Mira de Orduza Gil, José María. *La dignidad humana: una visión crítica de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Instituto Social León XIII, Madrid, España, p.1. http://leonxiii.upsam.net/semana_social/comunicacion_jm_mira.pdf

Conocer los principales argumentos que se han elaborado acerca de la dignidad humana, es importante para entender cómo este concepto ha llegado a ser universalmente aceptado dentro del marco legal actual. La idea de que los seres humanos tienen una cualidad intrínseca que los distingue de los otros animales y los hace superiores a ellos, ha dominado implícita o explícitamente en el pensamiento de la humanidad a través de casi toda la historia. Esta concepción se encuentra tanto en el pensamiento judeocristiano como en el griego, los cuales constituyen las fuentes del pensamiento occidental que –a su vez– ha dominado en materia de derecho internacional.

La concepción del ser humano como “imagen de Dios” y poseedor de libre albedrío, sigue teniendo una tremenda influencia en los tiempos modernos; aunque, cabe reconocerlo, el respeto al pluralismo religioso y la libertad de creencia prohíbe su planteamiento explícito en el texto de los instrumentos internacionales como fundamento de la dignidad humana. En efecto, con el inicio de la modernidad se realizaron reflexiones acerca de la dignidad humana basadas en la razón, dejando de lado las afirmaciones dogmático religiosas. Una de las posturas más notables fue la de Emmanuel Kant, para quien todos los seres humanos tienen dignidad y son merecedores de respeto porque son los únicos seres auto legisladores, capaces de dictar una ley moral a sí mismos. Por lo tanto, esta autonomía moral conlleva la idea de que el ser humano sólo puede ser un fin en sí mismo y nunca utilizado como un medio.

Por otro lado, en la segunda mitad del siglo pasado John Rawls planteó que la justicia –la cual incluye el respeto por la dignidad humana– se alcanzaría si las reglas para la sociedad fueran establecidas bajo una “vela de ignorancia” en la cual nadie conociera ni su posición social y económica ni sus habilidades mentales y físicas, ya que toda persona racional optaría por incluir varias protecciones para los más débiles.

Existen otras posturas racionales que explican la dignidad humana desde diferentes puntos de vista, pero ninguna puede ponderarse como la predominante. En efecto, la falta de debate sobre este tema en la esfera del derecho internacional puede ser deliberada por el hecho de

que “*un ordenamiento jurídico que respete la libertad ideológica y religiosa de la persona, y que permanezca fiel al principio de laicidad o neutralidad ideológica, no puede concretar el fundamento último de la dignidad de la persona, pues ello supondría privar a sus ciudadanos de la libertad para deducir el fundamento último de la dignidad del ser humano en función de su forma de entender el mundo*”.² De esta manera, la noción de dignidad humana ha llegado a ser un valor con aceptación universal sin que tenga el mismo nivel de unanimidad con relación a sus fundamentos teóricos.

Atendido lo anterior, surgen dos cuestiones claves para los derechos humanos incluidas en el concepto de dignidad humana arriba citado. La primera consiste en que ésta no depende de ningún otro comportamiento o cualidad del individuo; por ende, no existe ninguna justificación para que un ser humano pierda su dignidad o alguien pretenda quitársela. La segunda es la igualdad en dignidad de los seres humanos. Toda persona tiene la misma. Entonces, la universalidad de la dignidad humana requiere que todas las personas vivan en un estado de igualdad. Es decir, la persona más rica y poderosa tiene la misma dignidad humana que la persona más pobre y marginada.

Con la aceptación de los principios de universalidad e igualdad, la dignidad humana ha servido como fundamento de todos los derechos humanos. Sin embargo, la manera como se ha podido desarrollar su contenido es a través de un “consenso gradual” sobre la primacía de los derechos humanos. Como parte de este consenso aparecen los DESC, entendidos como derechos de las personas para el ejercicio efectivo de su dignidad.

Muchas han sido las interpretaciones sobre los DESC y su relación con la dignidad humana. En el presente documento se defiende la postura que considera a los DESC como necesarios para el pleno goce de los otros derechos humanos, tanto civiles como políticos. Esta postura choca con las perspectivas “restrictivas”, que considera que los derechos civiles y políticos no tienen ninguna interrelación con los DESC.

² Ibid.

Una de estas nociones “restrictivas” afirma que los derechos humanos se dividen en tres distintas “generaciones” y que cada una de éstas requiere el cumplimiento de diferentes tipos de obligaciones por parte de los Estados. Tal línea de pensamiento se popularizó en 1977 debido a los esfuerzos de Karel Vasak, quien entonces se convirtió en el asesor jurídico del Comité Económico, Social y Cultural de Naciones Unidas.³ Según esta teoría, la “primera generación” correspondía a los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Se conocieron como derechos “negativos” porque, se afirmó, el deber estatal limitaba a no interferir. En la “segunda generación” se incluyeron los DESC, cuyos antecedentes se encuentran en las proclamas de las revoluciones rusa y mexicana; éstos quedaron registrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), cuyas obligaciones estatales son de índole positiva; es decir, de prestación. Intrínsecamente ligados a esta concepción, los derechos de “primera generación” son no sólo más justiciables sino que superiores a los de “segunda generación”.

La postura sobre la existencia de distintas obligaciones estatales según la “generación” de derechos humanos, ha sido superada por una visión integral acerca de los mismos. Un enfoque “generacional” o cualquier otro que no reconozca la interrelación de todos los derechos humanos, deriva en una discriminación que fomenta y refuerza la desigualdad social. En efecto, se ha optado por una visión integral de los derechos humanos que comprende los DESC como *“los límites mínimos que debe cubrir el Estado en materia económica y social para garantizar el funcionamiento de sociedades justas y para legitimar su propia existencia”*.⁴

Dicha conceptualización integral de los derechos humanos resulta esencial para la dignidad humana y es el punto de partida adecuado para desarrollar el tema de la justiciabilidad de los DESC. En tal sentido, la Declaración de Viena de 1993 reafirma la siguiente norma: *“Todos los derechos humanos son universales, interdependientes e interrelacionados. La comunidad*

³ Rich, Roland. *Solidarity rights give way to solidifying rights*, 21 Dialogue, Vol.3, 2002, p.1. http://www.cdi.anu.edu.au/research_publications/research_downloads/SolidifyingRights.pdf

⁴ Uribe Muñoz, Alirio. *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales en un mundo globalizado*, Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe/guía/mat3.HTM>

*internacional debe tratar los derechos humanos globalmente de forma justa y equitativa, en pie de igualdad y con el mismo énfasis”.*⁵ En efecto, cualquier argumento que menosprecie los DESC es inaceptable en todo contexto jurídico, sea nacional o internacional.

Obligaciones del Estado para garantizar los DESC

*“Los derechos humanos son una necesidad de la convivencia social y política, son una necesidad socio-biológica y político-biológica, sin la que se hace inviable la especie y el modo social y político, en que la especie humana debe desenvolverse”.*⁶
Ignacio Ellacuría

Obligaciones generales

El concepto de las obligaciones estatales se ha tratado con mayor profundidad desde comienzos de la época moderna. Antes, con pocas excepciones, los que ejercían la soberanía sobre una división política territorial gobernaban justificando su autoridad por el derecho divino o el poder militar. En el primer caso, los deberes suponían que el soberano debía gobernar según los mandamientos impuestos por el dogma de su religión; en realidad, la fuente divina era más bien una especie de “luz verde” para que aquél impusiera su voluntad con toda impunidad sobre sus súbditos. Asimismo, las únicas reglas impuestas a un régimen sostenido en el poder militar eran las dictadas por la lógica estratégica como necesarias para continuar reinando; el ejercicio de este tipo de autoridad carecía de cualquier consideración moral.

Los derechos de los gobernados en general se fueron reconociendo a través de ciertas concesiones políticas por parte del monarca hacia el poder aristocrático, el cual ofrecía y brindaba su apoyo militar y financiero; pero tales derechos no beneficiaban a la mayoría de la población carente de “sangre noble”. En efecto, la autoridad estatal era “maquiavélica”;

⁵ Declaración de Viena. Párrafo 5.

⁶ Ellacuría, Ignacio. *Escritos filosóficos III*, p.431.

buscaba determinar la manera de retener el poder y, por tanto, no desarrollaba una normativa que impusiera obligaciones al Estado para con sus ciudadanos.

Esta forma de ver el ejercicio del poder político se fue modificando con las teorías sobre el “contrato social” surgidas el siglo XVII. La primera fue planteada por Thomas Hobbes en 1651, en su obra “El Leviatán”. El eje de su teoría es que los seres humanos, antes de formar la sociedad, vivían en un estado de naturaleza en el cual tenían una libertad total; pero también estaban en una condición de inseguridad total, debido a la anarquía y la violencia existentes. Para superar esta situación, sostuvo Hobbes, todas las personas acordaron un contrato para sacrificar su libertad y otorgar autoridad casi completa a un soberano, quien a cambio se obligaba a defenderlas contra invasiones extranjeras, imponer orden en la sociedad y darles seguridad. Autores como John Locke y Jean Jacques Rousseau usaron la misma idea del “estado natural” y el “contrato social”, para justificar otras obligaciones estatales y defender la existencia de los derechos humanos. Para Locke, para cada persona existía un estado de inseguridad acerca de sus derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad privada. La obligación principal del Estado era, para este autor, proteger y respetar estos derechos; no hacerlo era causa suficiente para deponer al gobernante. Por su parte, Rousseau desarrolló la noción del “bien común” la cual influyó profundamente en la Revolución Francesa y sus metas de igualdad, libertad y fraternidad.

Estos son los primeros fundamentos teóricos de las obligaciones estatales acerca de ciertos derechos humanos o naturales. De manera paulatina se fue ensanchando la lista de estos derechos naturales que el Estado se encontraba obligado a proteger, hasta llegar al conjunto actual de derechos humanos.

Los derechos humanos *“implican obligaciones a cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, sólo él puede violarlos”*.⁷ En la actualidad se acepta de forma general que las exigencias impuestas por los derechos humanos sobre el Estado, tanto los DESC como los civiles y políticos, se

⁷ Nikken, Pedro. *El concepto de derechos humanos*, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I, p.27, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

pueden dividirse en tres categorías: las de respetar, las de proteger y las de cumplir.⁸ Cada una de éstas reclama distintas acciones estatales que se deben impulsar y otras que se deben omitir, para alcanzar un estado de pleno goce de los DESC. En este sentido, el reto para las y los defensores de derechos humanos consiste en definir con claridad cada una de estas obligaciones para poder exigir su cumplimiento en el marco jurídico y, así, lograr su justiciabilidad.

La obligación de cumplir los DESC engloba todas las obligaciones negativas o pasivas tradicionalmente asociadas con los derechos civiles y políticos. En efecto, un Estado no puede infringir por medio de sus acciones los derechos humanos de sus ciudadanos: ni los DESC ni los civiles y políticos. El Estado, por ejemplo, no debe torturar a las personas; tampoco puede realizar acciones que pongan en peligro las necesidades vinculadas con los DESC.

En algunos DESC, como en el derecho a la libertad sindical, la obligación estatal principal consiste en una omisión: no coartar dicha libertad. Tratándose de otros DESC, la obligación estatal de “no hacer” busca conservar y defender las condiciones que ya se lograron alcanzar para satisfacer las necesidades económicas, sociales y culturales de la población. De esta manera, la obligación de respetar los DESC está altamente relacionada al principio de no regresividad, cuyo desarrollo se analizará en la siguiente sección.

Es claro que el Estado puede incurrir en la violación de los DESC, no sólo omitiendo —como antes se postuló— sino también por medio de actos que atentan contra estos derechos dañando a individuos o grupos en la sociedad.

Por otra parte, el deber de proteger requiere que los Estados adopten todas las medidas necesarias para asegurar que los DESC no sean perjudicados por acciones de terceras personas. Esto se cumple sobre todo con legislaciones que establezcan obligaciones a individuos y

⁸ *Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.* Documento preparado en 1997 por un grupo de expertos en derechos humanos invitados por la Comisión Internacional de Juristas para expandir el entendimiento acerca de los Principios de Limburgo, sobre la aplicación del PIDESC.

asociaciones, e igualmente señalen las actividades sociales y económicas que les son restringidas.

Si el Estado se encuentra obligado a prohibir por ley el asesinato, el robo y otros actos que atentan contra la seguridad de los derechos civiles y políticos, también debe emitir normas contra las acciones privadas que impiden las condiciones necesarias para el pleno goce de los DESC. El Estado omite su deber de protección si existe dentro de su territorio un ambiente de impunidad en virtud del cual personas particulares, empresas o asociaciones privan arbitrariamente de los satisfactores de las necesidades económicas y sociales esenciales para una vida digna a los grupos vulnerables. Por ende, leyes regulando a los actores privados en áreas como el trabajo, la salud, las pensiones y la educación son parte indispensable de la tarea oficial hacia la promoción de los DESC.

La obligación estatal de cumplir con los DESC también se refiere a promover o realizar tales derechos; comprende aquellas acciones positivas necesarias para establecer condiciones económicas, sociales y culturales de las que carece en la actualidad la población. Es acá donde se ubican las exigencias estatales que han suscitado mayor controversia sobre la justiciabilidad de los DESC.

La obligación de emprender acciones positivas tampoco es ajena a los derechos civiles o políticos, porque la satisfacción de las necesidades económicas y sociales son con frecuencia indispensables para cumplir derechos como el de la vida. También porque hasta los derechos más reconocidos, como los de índole civil o política, requieren acciones positivas para su cumplimiento. Por ejemplo, el derecho al sufragio demanda crear una infraestructura adecuada y asegurar el monitoreo suficiente para hacer valer el voto de cada persona. De igual manera, para combatir eficazmente la tortura se tienen que elaborar programas de capacitación policiales y mecanismos de supervisión. Asegurar el cumplimiento de todos los derechos civiles y políticos, entre ellos el debido proceso, reclama la existencia de sistemas judiciales —incluyendo la asistencia jurídica— y policiales efectivos los cuales exigen gastar enormes cantidades de recursos estatales. Por lo tanto, la diferencia entre las obligaciones “de hacer” para estas dos

categorías de derechos es cuestión de voluntad política y no depende de que estos derechos tengan diferentes “naturalezas jurídicas”.

Obligaciones específicas

Para lograr la justiciabilidad de los DESC, es importante conocer las obligaciones estatales relacionadas con estos derechos. Sólo así se determinan los actos y las omisiones estatales que se pueden considerar violaciones justiciables. Bajo este rubro, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) de Naciones Unidas ha detallado varios deberes estatales derivados de compromisos asumidos en el PIDESC. Las observaciones generales adoptadas por esta entidad, aclaran los tipos de acción que deben impulsarse para cumplir con las obligaciones anteriormente descritas. Las exigencias concretas más relevantes se pueden dividir de la siguiente manera:

- No discriminar a las personas en la aplicación de los DESC.
- Adoptar medidas internas.
- Garantizar niveles esenciales de los derechos.
- La progresividad y su correspondiente prohibición de regresividad.

Aunque estas obligaciones estatales se han desarrollado específicamente con relación a los contenidos en el PIDESC, el razonamiento es aplicable a todos los derechos comprendidos en este ámbito cuya protección es asumida por un Estado sin importar si la obligación surge de un instrumento nacional, regional o universal. La aplicación universal de estas obligaciones se da porque todos los pactos y convenios usan un lenguaje muy parecido para establecer los DESC; pero también porque sin el cumplimiento de estos deberes, los derechos serían simplemente retóricos e incapaces de garantizar una vida digna.

La primera de las obligaciones señaladas en el PIDESC es la garantía de aplicación de los derechos sin discriminación por motivos de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.⁹ Esta disposición está diseñada para proteger contra un amplio rango de factores

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2.2.

que puedan causar discriminación, incluyendo condiciones sociales y económicas no incluidas tradicionalmente dentro de ese marco. En efecto, el Estado incumple con sus obligaciones derivadas de los DESC cuando grupos sociales —mujeres, niñez, tercera edad u otros— por diversas razones se ven imposibilitados de alcanzar las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias para disfrutar una vida digna.

Un aspecto importante de esta obligación es que el CDESC de Naciones Unidas ha señalado que los principios de no discriminación contenidos en distintos artículos del PIDESC, sobre todo en lo que toca al género, entran dentro de las exigencias que se deben considerar de aplicación inmediata.¹⁰ Un Estado no puede excusarse ante la discriminación, alegando que no existen suficientes recursos o que no ha pasado suficiente tiempo para poder progresar a una situación de trato igualitario. De esta manera, el derecho a la no discriminación es —además de un derecho humano en sí mismo— una importante herramienta para proteger los demás derechos sociales en situaciones de una aplicación desigual de la ley para ciertos segmentos de la población.

El CDESC de Naciones Unidas también ha detallado el deber estatal de adoptar medidas internas; es un compromiso contenido en los principales instrumentos internacionales que tratan el tema de los DESC. Profundizar sobre el entendimiento de esta responsabilidad es de suma importancia, ya que el lenguaje utilizado para establecerla en los distintos instrumentos suele sonar fuerte pero es interpretado de manera vaga; de esa forma, el Estado la evade.

Por ejemplo, el PIDESC exige al Estado la adopción de medidas “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*”.¹¹ Sin embargo, la constante escasez de recursos que padecen los países llamados “en vías de desarrollo” —en casi todas las áreas— le otorga una discreción casi total para decidir las medidas a adoptar. El principio de buena fe y otras normas interpretativas, fundamentan la exigencia de que el Estado adopte las medidas que más favorezcan a los

¹⁰ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación general 3, párrafo 5. El Comité menciona el artículo 3, garantizando a los hombres y las mujeres igual título para el gozo de los DESC, y el artículo 7(a)(i), garantizando un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, entre varias disposiciones cuyos contenidos sería difícil sostener que son intrínsecamente no justiciables.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2.1.

DESC de los grupos vulnerables; sin embargo, no son suficientes para impulsar en la práctica concreta las acciones que nacen de la obligación marcada por el PIDESC. Al respecto, Abramovich y Courtis señalan tres tipos de medidas que el Estado debe adoptar según lo establecido por el CDESC de Naciones Unidas: la adecuación del marco legal; la revelación de información, vigilancia efectiva y formulación de un plan; y la provisión de recursos efectivos.¹²

En primer lugar, el Estado debe ajustar su normativa para cumplir los DESC. Esta exigencia se realiza principalmente por medio de disposiciones constitucionales que den supremacía a tratados internacionales, pero también a través de una legislación secundaria –leyes y reglamentos– fiel a los términos y objetivos de los tratados, que otorgue concreción a las obligaciones respectivas. El CDESC de Naciones Unidas reconoce que las medidas legislativas son indispensables en varios casos y deseables en casi todos; pero se queda corto al omitir la necesidad de que cada derecho sea sustentado en la legislación interna.¹³ En efecto, la adecuación del marco legal es esencial para el cumplimiento estatal; sobre todo si se considera que se aspira a vivir en un Estado de Derecho, donde la ley fundamente las acciones de la autoridad. Además, es importante señalar que un ajuste legislativo no consiste sólo en adoptar nuevas disposiciones, sino en derogar todas aquellas que sean incompatibles con los DESC.¹⁴ Un marco jurídico propicio es base fundamental para la justiciabilidad de estos derechos.

Divulgar información sobre los DESC, vigilar efectivamente el estado de los mismos y formular un plan para lograr avances progresivos en este ámbito, son elementos necesarios que debe realizar el Estado para que sus acciones mejoren el goce de estos derechos. Además, la transparencia en la administración pública respecto a los DESC es indispensable para que los actores sociales –nacionales e internacionales– participen y monitoreen su desarrollo. Todo esto se encuentra ligado a

¹² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002, pp.81-89.

¹³ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación general 9, párrafo 6.

¹⁴ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación general 3, párrafo 3.

un derecho: el del acceso de las y los ciudadanos a la información; un derecho en el cual también el Estado es sujeto obligado. He aquí otro ejemplo en el cual los DESC se encuentran en una relación de interdependencia con otras clases de derechos.

El Estado debe elaborar y aplicar los mecanismos necesarios para vigilar efectivamente la situación de los DESC. La veracidad de estos mecanismos debe ser indudable; de lo contrario no ejercerían una función de información, evaluación y autocritica necesaria para el Estado, si realmente quiere desarrollar los DESC. Aunado a esto, debe planificar sus acciones a favor de estos derechos; así podría contar con un instrumento para analizar si se está cumpliendo con el principio de progresividad y exigir que éste se realice en la práctica, si se comprueba que eso no está ocurriendo.

Un ejemplo al respecto es el derecho a la salud. El CDESC de Naciones Unidas ha indicado la importancia de *“adoptar y aplicar sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”*.¹⁵ Estas recomendaciones reconocen la necesidad de desarrollar un plan definido como medida interna para garantizar el goce de los DESC.

Por último, el Estado debe crear los recursos internos efectivos para garantizar los DESC, particularmente los de índole judicial. Esta obligación, como parte del derecho internacional, es un logro relativamente nuevo pero muy controvertido. El debate surge porque se encuentra explícitamente

¹⁵ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación general 14, párrafo 43, inciso f).

elaborada en los tratados universales e interamericanos sobre los derechos humanos civiles y políticos, pero no explícitamente en los referentes a los DESC. En efecto, se argumenta que dicha excepción buscó librar al Estado de la responsabilidad con relación a los DESC. Pero, por otro lado, distintos cuerpos de supervisión de los derechos humanos coinciden en señalar que la obligación de proveer recursos efectivos, judiciales y de otras índoles se deriva de la obligación general de adoptar medidas internas. Por ejemplo, las observaciones generales del CDESC, los Principios de Limburgo –adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas– y las Directrices de Maastricht concuerdan en señalar que la obligación de proveer recursos judiciales se deriva del artículo 2.1. del PIDESC como una de las medidas apropiadas ahí referidas.¹⁶ El Comité de DESC de Naciones Unidas también ha señalado los recursos de carácter financiero, educacional, social y administrativo como medidas apropiadas.¹⁷

Sin embargo, es difícil garantizar eficazmente el disfrute de los DESC sin un recurso judicial el cual debe consistir –al menos– en una instancia de apelación sobre decisiones administrativas. En el tercer apartado del presente documento se presentan casos en los que la falta de recursos judiciales y administrativos efectivos incidió negativamente en el pleno goce de los derechos.

El principio de progresividad y su correlacionada prohibición de regresividad se ha mencionado varias veces al tratar las demás obligaciones. La progresividad consiste en el paso por el cual un Estado debe adoptar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que se derivan de los DESC. Por eso, este principio se encuentra tanto en el PIDESC como en el Protocolo de San Salvador y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de la adopción de medidas para “*lograr progresivamente*” la plena efectividad de estos derechos.¹⁸

¹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis. Op.Cit., p.85.

¹⁷ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación general 3, párrafo 7.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2.1. y Protocolo de San Salvador. Artículo 1.

El principio de progresividad como obligación relacionada con los DESC, constituye un reconocimiento del necesario proceso que conlleva el reconocimiento y ejercicio pleno de estos derechos, dependiendo del marco jurídico y del desarrollo de cada Estado.

Lo anterior parecería contradecir la perspectiva de los DESC como indivisibles, universales e interrelacionados con los demás derechos humanos, pues la misma condición de progresividad no se incluye en los tratados sobre los derechos civiles y políticos. No obstante, esta posición es bastante lógica y realista pues sería imposible e incluso injusto sujetar a los países “en vías de desarrollo” latinoamericanos, africanos y asiáticos a los mismos estándares de los países industrializados.

Para no diluir el significativo contenido de esta obligación, el CDESC de Naciones Unidas ha indicado que la progresividad se debe interpretar como el deber de “*proceder lo más expedita y eficazmente posible*” al alcance de las condiciones económicas, sociales y culturales deseadas.¹⁹ Además, esta interpretación es la única aceptable cuando se considera el requerimiento de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, incluido en el PIDESC y el Protocolo de San Salvador. Por lo tanto, aunque no se cumpla en la realidad, el principio de progresividad debe verse como una noción que depende de los recursos estatales pero no dependiente de la discrecionalidad sujeta a su voluntad.

La prohibición de regresividad en las condiciones económicas, sociales y culturales de un país es parte del principio de progresividad, pues busca también limitar las situaciones que causan un retroceso con relación a los logros ya obtenidos. Tampoco es una obligación absoluta, pues toma en cuenta las situaciones por las cuales se da una disminución súbita de recursos estatales o una demanda elevada. Por ejemplo, los desastres naturales como los terremotos y huracanes que han afectado a El Salvador, impactan negativamente en la capacidad del Estado de mantener los mismos niveles y calidades de prestaciones y servicios para la población. Asimismo, un mundo globalizado hace que los países en “vías de desarrollo” sean cada vez más vulnerables

¹⁹ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación general 3, párrafo 9.

a cambios en el mercado internacional que pueden causar una grave crisis financiera local, sin culpa del Estado afectado.

En estos casos, una regresión en cuanto a las condiciones económicas, sociales y culturales de la población no es necesariamente una violación del principio de no regresividad, siempre y cuando el Estado siga utilizando el máximo de los recursos disponibles. Por otro lado, también se producen ciertas situaciones excepcionales en las que el Estado puede limitar formalmente los DESC, con relación a las protecciones establecidas por las leyes y la Constitución de un país. Acerca de esta posibilidad, el mencionado Comité ha dicho que *“todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”*.²⁰ Por lo tanto, retrocesos en los logros alcanzados acerca de los DESC se pueden considerar violaciones de los deberes estatales, siempre que no se puedan justificar como estrictamente necesarios.

Otra obligación respecto a los DESC asumida en el marco de los convenios universales y regionales es la de garantizar los niveles esenciales de los derechos ahí consagrados. Este mandato implica que si un Estado no puede inicialmente garantizar plenamente estos niveles, sí podrá satisfacer unos mínimos básicos que indiquen que hay progresividad y cuya ausencia no puede ser excusada por una falta de recursos estatales. Por esta razón, el CDESC de Naciones Unidas ha declarado que si el Pacto no se interpretara en este sentido *“carecería en gran medida de su razón de ser”*.²¹

Quizás uno de los obstáculos más grandes para la justiciabilidad de los DESC desde un punto de vista teórico surge de la falta de identificación clara del núcleo esencial de estos derechos. Tal limitación se debe a que los convenios y las declaraciones adoptados por los Estados y organismos internacionales no definen expresamente el alcance de cada derecho, ni los mínimos niveles de satisfacción que los Estados se encuentran obligados a cumplir. Para

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

solventar este problema, es necesario seguir desarrollando jurisprudencia nacional e internacional apoyada en los preceptos ya establecidos en trabajos de las y los defensores de derechos humanos, así como en los numerosos reportes y resoluciones de organizaciones oficiales internacionales.

Algunas pautas específicas han sido ofrecidas por el Comité de los DESC y en las Directrices de Maastricht, al señalar que cuando *“un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza”*, se configura una violación *prima facie* de la obligación de asegurar niveles mínimos de estos derechos.²² Estos niveles mínimos también se han ido definiendo, para cada derecho, en el trato individual dado a éstos por las distintas organizaciones internacionales.

Si bien el contenido mínimo se ha detallado más para algunos derechos específicos que para otros, falta mucho para definir los niveles esenciales de todos los DESC. Por eso, se debe seguir debatiendo sobre este tema a través de trabajos académicos y el análisis de las resoluciones oficiales que se puedan traducir eventualmente en jurisprudencia, local e internacional, mediante la cual sí se pueda vincular al Estado.

Todo lo anterior obliga a aceptar como ciertos, los siguientes cuatro presupuestos comunes que Abramovich ha planteado como fundamentales para el desarrollo de los DESC: *“a) los derechos humanos no resultan por su naturaleza más o menos justiciables, sino que a cada derecho corresponden más o menos obligaciones justiciables; b) existen niveles de obligaciones estatales comunes a todos los derechos humanos, y no un tipo particular de obligación estatal que corresponda a una determinada categoría de derechos; c) no existe diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, pues se trata sólo de categorías históricas; d) la frontera entre una y otra categoría de derechos tiende a ser cada vez más difusa”*.²³

²² Directrices de Maastricht. Párrafo 9.

²³ Abramovich, Víctor. *Los derechos económicos sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1997, p.3. <http://www.cajpe.org.pe/guía/mat6.HTM>

Así las cosas, los obstáculos para la justiciabilidad de los DESC no provienen de su naturaleza sino del problema de convencer al Estado acerca de su obligación de aceptarlos y darles prioridad de igual forma que a los derechos civiles y políticos.

La justiciabilidad de los DESC

Objeciones

Pese a la prominencia de la visión integral de los derechos humanos, existen todavía algunas críticas sobre los DESC que constituyen obstáculos para su justiciabilidad. Por ejemplo, ciertos académicos y activistas sinceros —en su deseo de apoyar los sectores más oprimidos de la sociedad— han expresado inquietudes sobre el planteamiento de la exigencia de las necesidades económicas, sociales y culturales como derechos humanos fundamentales. Estas preocupaciones no parten de una objeción teórica, sino del temor de que al exigir los DESC como tales surjan complicaciones que hagan menos probable a las comunidades necesitadas contar con recursos judiciales esenciales para reivindicarlos. Según estas voces, es necesario descartar dicha exigencia.

Una de las críticas a la estrategia apropiada para exigir estas necesidades consiste en que al utilizar un discurso de derechos humanos e insistir en su exigibilidad jurídica, se convierte a la polémica en una discusión legal y altamente técnica basada en el “*idioma internacional del poder*”.²⁴ Dicho de otra forma: si bien antes estaba al alcance de cualquier persona o grupo reclamar informalmente las condiciones necesarias para una vida digna, de esta manera sólo serían reivindicables con el apoyo de un abogado o una organización que sepa moverse en el complicado mundo de la jurisprudencia y el sistema legal.

Sin negar que el riesgo de planteamientos jurídicos irresponsables puedan afectar negativamente este tipo de empoderamiento entre la población, se debe considerar que la esfera judicial sigue siendo simplemente

²⁴ Center for Economic and Social Rights. *Developing a common framework for the promotion of economic, social and cultural rights*, 1995, p.2. <http://www.cesr.org/text files/wshop.pdf>

una herramienta más a usar para exigir el cumplimiento de los DESC. Es responsabilidad de las y los defensores de derechos humanos asegurar una participación activa de sus clientes y difundir de una manera entendible, para toda la población, la noción de los DESC sustentados en la dignidad humana. De hecho, esta insistencia se convierte en instrumento clave para la ciudadanía, ya que exigir recursos como privilegios o dependiendo de la voluntad política no tiene el mismo peso que hacerlo como un derecho. Pero la vía judicial no se plantea como el único camino. No sólo es posible sino fundamental que a través de la participación ciudadana y por otros medios extrajudiciales, la población necesitada siga exigiendo –como debe ser– la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Una segunda crítica consiste en que al insistir en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y exigibilidad de los DESC, las y los defensores de los mismos se comprometen a adoptar una posición demasiado cerrada e intransigente ante el Estado. Según este razonamiento, el hecho de que no todos los DESC son inmediatamente alcanzables por falta de recursos estatales requiere en la práctica estar preparados a negociar por una resolución aceptable; y una visión absoluta de los DESC, impide esta posibilidad. Sin embargo, esta crítica no toma en cuenta que al reconocerse el propósito de la obligación de progresividad, los principios de indivisibilidad e interdependencia se vuelven compatibles con una solución negociada. Esto quiere decir que el concepto de progresividad permite exigir al Estado la prioridad de los DESC en decisiones de distribución, estando a la vez siempre consciente del contexto del caso así como del nivel mínimo aceptable para cada derecho, pese a los recursos limitados. De esta manera, la adopción teórica de una posición integral sobre los derechos humanos, no impide la aceptación de una perspectiva realista y estratégica necesaria para obtener el pleno goce de los DESC y su justiciabilidad.

También existen varias objeciones que atacan la compatibilidad de los DESC con los mecanismos jurídicos necesarios para volverlos justiciables. Una de las principales impugnaciones señala que la exigibilidad de estos derechos ante el Órgano Judicial, indudablemente produciría la politización de los DESC y la interferencia de éste con los poderes otorgados constitucionalmente

a los otros dos Órganos. Desde esta crítica se sostiene que al existir graves problemas económicos y sociales, el encontrar remedios integrales y completos que satisfagan las condiciones necesarias para el pleno goce de los DESC requiere de soluciones agudamente creativas, detalladas y técnicas. Jueces y magistrados –según este planteamiento– no tienen el suficiente conocimiento de los complicados temas sociales y económicos ni la facultad institucional para decidir, pues son cuestiones reservadas al Legislativo; esto acarrearía mucha debilidad en las sentencias y quedaría en cuestión el actuar jurisdiccional.

Cabe decir que el papel del sistema judicial en la promoción de los DESC no necesita desviarse de su función para poder garantizar, eficazmente, la justiciabilidad de los derechos en cuestión. Referente al limitado conocimiento de las y los funcionarios sobre esta materia, se debe reconocer que la naturaleza propia del sistema judicial debería fomentar en éstos una comprensión amplia de la realidad social en que vive la población. También podrían crearse tribunales propios para la adjudicación de casos en áreas altamente especializadas, medida que en El Salvador ya se impulsó en materias laboral y de familia; incluso, se ha habilitado la jurisdicción penal para casos relacionados con la protección al medio ambiente.

Tales disposiciones también se han adoptado en otros países, donde los DESC han obtenido un marco legal propio para su justiciabilidad. Además, en la actualidad diferentes tribunales conocen casos de diverso tipo como propiedad intelectual, asuntos bancarios y otros, que frecuentemente requieren un conocimiento muy especializado sin que sean objeto de las mismas objeciones que se hacen en el ámbito de los DESC.

Más allá de dichas discusiones, se debe acudir a la tendencia proteccionista de los derechos humanos que exige adoptar medidas para su mayor resguardo. La característica técnica de algunos DESC no se debe ver como un obstáculo para la justiciabilidad de los mismos, ya que existen otras ramas del Derecho que también juzgan hechos altamente técnicos; *mutatis mutandi*, la justiciabilidad de los DESC debe ser asumida analógicamente como en otras ramas jurídicas.

En cuanto la separación de poderes, un tribunal puede analizar las consideraciones económicas y sociales del caso presentado y resolver el problema dictando medidas generales que definan el mínimo resultado aceptable. Si bien en algunos casos la acción estatal requerida es obvia y sin alternativas, hay otros en que el mismo derecho puede ser realizado de diferentes maneras. Por eso, varias fuentes del derecho internacional consuetudinario reafirman que *“el cumplimiento de los derechos económicos sociales y culturales es susceptible de ser realizado en diferentes marcos políticos y económicos... bajo condición de que el reconocimiento de los derechos humanos y su interdependencia e indivisibilidad, queden reflejados en el sistema de que se trate”*.²⁵ Un tribunal puede, entonces, simplemente decidir cuáles necesidades son indispensables en un caso particular para el cumplimiento de un derecho económico, social, o cultural sin tener por ello que dictar sobre las disposiciones específicas de cómo dichas necesidades se deben satisfacer *erga omnes*. De esta manera, se deja espacio para la ejecución de la resolución a través de decisiones políticas por parte del Legislativo y el Ejecutivo.

Más adelante se examinarán varios casos conocidos por tribunales internacionales y de otros países, que demuestran la compatibilidad de la justiciabilidad de los DESC con la separación de poderes estatales.

Justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano

Instrumentos interamericanos

Antes de examinar las instituciones jurídicas encargadas de supervisar el nivel de promoción de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es importante analizar los documentos respectivos. En el escenario regional, son cuatro los principales instrumentos cuyos contenidos se pueden usar directa o indirectamente para fundamentar un desarrollo jurisprudencial de los DESC: la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y

²⁵ Principios de Limburgo. Párrafo 6.

Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

La Carta de la OEA fue adoptada en 1948 y marca el arranque del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En su artículo 45, los Estados se comprometen a “*dedicar sus máximos esfuerzos*” al cumplimiento de varios principios integrales de los DESC, entre ellos la igualdad de oportunidades, condiciones justas de trabajo, la libertad sindical, la seguridad social, la asistencia legal y la inclusión e integración en general de los sectores marginados dentro de la sociedad. Estas alusiones a los DESC no fueron originalmente incluidos en su totalidad, sino que surgieron después de las reformas a la Carta hechas en el Protocolo de Buenos Aires en 1967, el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, el Protocolo de Washington en 1992 y el Protocolo de Managua en 1993.²⁶ Por lo tanto, su inclusión gradual refleja el movimiento hacia una interpretación integral de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos. La inclusión de estos principios aporta una importante fuente persuasiva en la interpretación de los DESC contenidos en los otros tres instrumentos interamericanos.

La Declaración Americana de 1948, aprobada el mismo año en que surgió la Organización de Estados Americanos y pocos meses antes de la Declaración Universal, es el primer documento en el ámbito hemisférico en delimitar y reconocer ampliamente las obligaciones estatales hacia los derechos humanos. Incluye, sin diferenciar su contenido, una enumeración de los tradicionales derechos civiles y políticos así como varios DESC como —por ejemplo— el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Artículo XI), el derecho a la educación (Artículo XII), el derecho a los beneficios de la cultura (Artículo XIII), el derecho al trabajo y una justa remuneración (Artículo XIV) y el derecho a la seguridad social (Artículo XVI).

Lástima que la Declaración no se considera un tratado internacional sino, simplemente, una manifestación de los principios de derechos humanos

²⁶ Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. *Los derechos económicos sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Revista IIDH, Nos.30-31, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, pp.259 - 281.

reconocidos por los Estados firmantes. Eso quiere decir que este documento sólo tiene un valor declarativo y carece de autoridad jurídica que permitiera su litigio directo con resoluciones vinculantes en el ámbito regional. Sin embargo, la utilidad del mismo para la justiciabilidad de los DESC se encuentra en ser fuente persuasiva, pero además en el hecho de que varias de sus disposiciones han sido incorporadas en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) e indirectamente en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que sus preceptos se han vuelto en cierta manera vinculantes para los Estados.

En cambio, la Convención Americana –en vigor para El Salvador desde 1978– está reconocida como un tratado internacional y por ende como una fuente de obligaciones estatales exigibles en el Sistema Interamericano; a la vez, forma parte del derecho interno de los estados que la han ratificado. Pese a este compromiso, dicha Convención no se ha visto como una herramienta de mayor utilidad para la promoción de los DESC pues la mayoría de los derechos consagrados en ésta son considerados de índole civil o político.

La Convención separa los derechos bajo diferentes capítulos y solamente dedica un artículo a los DESC. Ese artículo titulado “Desarrollo Progresivo” estipula que *“los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*.²⁷ Indudablemente, el breve espacio utilizado y el uso de términos vagos indican que el propósito del instrumento no fue la consagración de los DESC.

No obstante, este instrumento contiene varios derechos claves para la exigibilidad de los DESC. Por una parte, dos de las prerrogativas establecidas en el capítulo II –denominado “Derechos Civiles y Políticos”– han llegado a ser incluidos en algunas de sus dimensiones dentro de la categoría de los DESC. Se trata de los derechos de la niñez, englobados en una sola disposición, y el derecho a la protección de la familia; éstos van más allá

²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 26.

de una categorización tradicional y son buenos ejemplos para viabilizar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los DESC. Eso es así porque generan varias obligaciones de naturaleza civil o política pero han llegado a ser considerados propiamente de índole económica, social o cultural. En esta línea, la Convención 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”*.²⁸ Obviamente, proporcionar estas medidas de protección requiere una intervención estatal en materia económica, social, y cultural.

Lo anterior incluso ha sido reconocido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse de manera amplia en el caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala, aludiendo que los Estados deben atenerse a un *“muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional”* para determinar los alcances de protección para la niñez como sector vulnerable de la población.

También está incluido dentro de la Convención el derecho a la protección de la familia. Se trata de otra obligación estatal que se encuentra dentro de los principales convenios específicos de los DESC, remarcando que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*.²⁹ Al reconocer a la familia como la unidad objeto de la protección estatal se configura un DESC, pues no se habla de un derecho individual sino de uno de naturaleza grupal. Así, la Convención Americana se puede usar directamente para desarrollar jurisprudencia sobre los DESC.

Se debe apuntar además que en el caso de la Comunidad Mayagna - Awas Tingi contra el Estado de Nicaragua, la Corte Interamericana reconoció el carácter cultural y colectivo de la propiedad de la tierra para las comunidades o pueblos indígenas, lo que otorgó calidad de DESC al derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención sobre la Propiedad Privada.

²⁸ Ibid., artículo 19.

²⁹ Ibid., artículo 17.1.

El capítulo de los derechos civiles y políticos de la Convención contiene varias “llaves” que pueden abrir la puerta a una justiciabilidad indirecta de los DESC en el Sistema Interamericano. Estas garantías también sirven como derechos instrumentales que ofrecen otro nivel de protección, en caso de que se incumpla con una de las obligaciones provenientes de los otros artículos de la Convención. En este sentido, se debe mencionar primero el derecho a las garantías judiciales que establece un proceso eficaz *“para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.³⁰ La terminología referente a obligaciones de *“cualquier otro carácter”* deja claro que el derecho a las garantías judiciales no sólo se aplica a los derechos civiles y políticos sino también a los DESC.

En segundo lugar, está el derecho a la protección judicial que requiere la existencia de recursos efectivos *“que amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*.³¹ De nuevo, la aplicación de este derecho abarca mucho más que los derechos civiles y políticos enunciados en la Convención Americana; cubre hasta las leyes secundarias del Estado. Entonces, estas cláusulas abren la puerta para el litigio de los DESC en el Sistema Interamericano sin importar la fuente de la obligación económica, social o cultural; aunque en la realidad, el tratamiento de los DESC por estas instituciones sólo se ha dado como punto secundario en discusiones de violaciones a los derechos civiles y políticos.

Finalmente, el más reciente de los instrumentos interamericanos dedicado a los DESC es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El también conocido como Protocolo de San Salvador fue ratificado por el Estado salvadoreño en 1995 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Este instrumento ofrece menos protecciones que su paralelo en el sistema universal —el PIDESC— ya que no incluye expresamente los derechos a un nivel de vida adecuado y a la vivienda y vestido adecuados. Pese a estas omisiones, tales derechos se pueden derivar del contenido sobre el derecho

³⁰ Ibid. Artículo 8.

³¹ Ibid. Artículo 25.

a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, a la salud, a la alimentación, a un medio ambiente sano y a otros contemplados en dicho instrumento.

Por otro lado, el Protocolo de San Salvador establece las determinaciones que el Estado debe tomar respecto a los DESC protegidos en el instrumento. Entre las principales obligaciones destacan las siguientes: adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, así como disposiciones de derecho interno; no discriminar y no admitir restricciones de los derechos reconocidos o vigentes. Sin embargo, las enérgicas palabras utilizadas en esta elaboración se diluyen al señalar que la plena efectividad de los derechos debería ser lograda *“progresivamente, y de conformidad con la legislación interna”*,³² permitiendo restricciones y limitaciones a los derechos enumerados *“con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática”*.³³ Entonces, este instrumento –al igual que los demás tratados regionales y universales– deja un amplio margen de discreción a los Estados para la aplicación de los deberes establecidos en su texto.

No obstante, el referido instrumento internacional aporta nuevas herramientas a las y los defensores de los DESC en cuanto aumenta la posibilidad de lograr la justiciabilidad en el Sistema Interamericano. Es importante reconocer que el artículo 19.6 del Protocolo establece la jurisdicción de la Corte y la Comisión interamericanas para recibir peticiones individuales sobre violaciones al derecho de formar sindicatos y al derecho a la educación.³⁴ En la práctica, son los únicos dos derechos del Protocolo con esta característica especial. Por lo tanto, esta cláusula abre un espacio para el litigio directo de los DESC en el Sistema Interamericano, aunque se reconoce que es muy limitado. La exclusión de los otros derechos del Protocolo se puede asumir como resultado de la falta de voluntad política por parte de los Estados que formularon y ratificaron el documento; una verdadera aceptación de la visión integral de los derechos humanos requeriría la inclusión de todos los derechos del instrumento para ser objeto de un examen contencioso.

³² Protocolo de San Salvador. Artículo 1.

³³ Ibid. Artículo 5.

³⁴ Ibid. Artículo 19.6.

Pese a dicha limitación, el Protocolo de San Salvador ofrece avances y demuestra la inexistencia de alguna característica intrínseca a los DESC que imposibilite su justiciabilidad.

Estos cuatro documentos contienen derechos que el Estado salvadoreño se ha comprometido a respetar. Todas las obligaciones contenidas en el mismo, de alguna manera deberían ser exigibles a través de mecanismos nacionales, sin descartar los regionales, como herramientas valiosas de último recurso para enfrentar la intransigencia estatal frente a sus obligaciones económicas, sociales y culturales.

Ahora se pueden analizar las posibilidades de actuación de los dos organismos interamericanos encargados de supervisar y darle fuerza a estos instrumentos, en caso sean incumplidos en el ámbito interno de los Estados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano cuenta con dos organismos centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su principal función es supervisar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos asumidas por los Estados miembros de la OEA. De estos organismos, el que cuenta con mayor experiencia en materia de los DESC es la Comisión Interamericana.

La CIDH fue creada para promover la observancia y defensa de los derechos humanos, además de servir de órgano consultivo de la OEA. Según el Estatuto de la Comisión, su jurisdicción comprende todos los derechos consagrados en la Declaración Americana y todos los derechos definidos en la Convención Americana para los Estados miembros que lo han ratificado. Sus funciones las desarrolla, principalmente, de la forma establecida en la Convención Americana: recibiendo, examinando y sometiendo a la Corte peticiones individuales sobre violaciones de derechos humanos en los países bajo su jurisdicción.

El acceso a la CIDH es fácil pues “*cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones*”³⁵ sobre violaciones de derechos humanos reconocidas en la Convención o Declaración Americana. Una importante parte de su trabajo es el reporte sobre las violaciones de derechos humanos a través de sus informes anuales. La CIDH no tiene autoridad para obligar a un Estado a actuar de cierta manera, pero puede emitir recomendaciones sobre las peticiones que recibe; éstas tienen bastante influencia sobre los Estados, además de ser un prerrequisito para formular una denuncia ante la Corte Interamericana.

La CIDH ha tenido experiencias limitadas en materia de DESC, en los casos de peticiones individuales que ha admitido. De hecho, casi todos los casos en que la Comisión se ha pronunciado sobre la violación de algún DESC han sido en el marco de violaciones a derechos civiles y políticos como enfoque principal del caso. Por ejemplo, en 1981 contra Cuba; entonces la Comisión determinó que el encarcelamiento y la tortura del señor Capote Rodríguez violaron, entre otros, su derecho a la preservación de la salud y bienestar consagrada en el artículo XI de la Declaración Americana.³⁶ Este mismo derecho fue violado por Brasil, según la Comisión, en el caso de los Yanomami.³⁷ Pese a que la disputa central versaba sobre delimitación de territorio indígena y explotación del mismo, la CIDH también recomendó que el Estado adoptara “*medidas sanitarias de carácter preventivo y curativo a fin de proteger la vida y la salud de los indios expuestos a adquirir enfermedades infecto-contagiosas*”.³⁸ La CIDH también falló contra Guatemala por violación del derecho a la libertad sindical; es el caso del señor Germán Ventura Hernández, dirigente del sector público víctima de agresiones y amenazas.

Estos casos muestran la accesibilidad de la CIDH en materia de los DESC, pero sólo cuando la orientación primaria del litigio ha sido la violación de derechos civiles o políticos.

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 47/81, Caso N° 4677, Cuba, 25-VI-81.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 12/85, Caso N° 7615, Brasil, 5-III-85.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 12/85, Caso N° 7615, Brasil, 5-III-85, Recomendación 3(a).

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 27/91, Caso N° 10.120, Guatemala.

En El Salvador, el enfoque central de un caso ha girado en torno a los DESC. Personas viviendo con VIH/SIDA demandaron al Estado ante la Comisión Interamericana para obligarlo a proporcionarles medicamentos antiretrovirales que pudieran prolongar sus vidas.³⁹ De esta experiencia se derivan dos importantes instrumentos para la justiciabilidad de los DESC, sobre todo con relación al derecho a la salud. En primer lugar, la CIDH ordenó medidas cautelares en febrero del 2000 para que las autoridades salvadoreñas entregaran las medicinas solicitadas.⁴⁰ La Corte hizo lo mismo en un caso de tres personas con VIH/SIDA en Chile el 2001⁴¹ y con diez pacientes con la misma enfermedad en República Dominicana el 2002.⁴² La apertura de este espacio para el uso de medidas cautelares proporciona un instrumento clave para las víctimas de violaciones de sus DESC, quienes buscan un alivio inmediato a su situación.

En segundo lugar, en su informe de admisibilidad la CIDH reconoció que en el caso se afectaba los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal; por lo tanto, resolvió que pasara a la etapa de fondo para decidir sobre violaciones al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, al derecho a igualdad ante la ley, al derecho a la protección judicial y a la obligación del desarrollo progresivo de los DESC.⁴³ La Comisión agregó que las violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la Convención también serían examinadas de manera subsidiaria, dependiendo de la conclusión sobre las demás violaciones. En efecto, este caso ejemplariza la tendencia de la Comisión a aceptar los DESC como tema propio para la adjudicación dentro de sus procesos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos opera desde 1979; le corresponde interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos. Cuenta con jurisdicción contenciosa sobre Estados miembros de

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. José Odir Miranda Cortéz y otros contra El Salvador, Informe de Admisibilidad, Caso N° 12.249, 7-III-2001.

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://cidh.org/medidas/2000.sp.htm>

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://cidh.org/medidas/2001.esp.htm>

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://cidh.org/medidas/2002.sp.htm>

⁴³ Ibid.

la Convención y los que presentan una denuncia; también ejerce jurisdicción consultiva sobre todos los Estados miembros de la OEA. Su mandato se limita a examinar violaciones a la Convención, por lo que recibe casi exclusivamente denuncias en materia de derechos civiles y políticos. Sin embargo, en varias ocasiones ha tratado de manera indirecta los DESC y algunos avances recientes indican que en el futuro será posible presentar denuncias directas relativas a los DESC.

Pese a que el tratamiento de la Corte hacia los DESC ha sido sobre todo a través de su vinculación con un derecho civil o político, existen ejemplos concretos de cómo se pueden litigar violaciones a estos derechos en el Sistema Interamericano. Por ejemplo, en el caso Baena Ricardo y otros contra Panamá tocó el tema de la libertad sindical, vinculándolo con el derecho a la libertad de asociación contenido en el artículo 16 de la Convención.⁴⁴ En este caso, la Corte mostró su disponibilidad de incluir a los DESC desde un punto de vista retórico junto a discusiones sobre los derechos civiles y políticos; pero además ordenó la reinstalación de 270 trabajadores injustamente despedidos. Por lo tanto, la Corte Interamericana se ha convertido en un organismo capaz de tutelar el derecho a la estabilidad laboral. En el caso Aloeboetoe y otros contra Surinam, resolvió sobre el derecho a la educación, ordenando la apertura de una escuela y su dispensario.

En conclusión, las y los defensores de derechos humanos en materia de DESC deben prepararse para utilizar la jurisprudencia del Sistema Interamericano en los sistemas judiciales internos, en algunos casos de manera vinculante y en otros solamente persuasiva; también deben seguir utilizando los mecanismos interamericanos para que se abran más espacios en el ámbito de la justiciabilidad de los DESC.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de fondo del 3 de febrero de 2001, Ser.C, No.72.

Mecanismos universales

El ámbito universal cuenta con varios instrumentos de distinto carácter que desarrollan los DESC. La Carta Internacional de Derechos Humanos está compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto a los dos protocolos facultativos opcionales de estos dos últimos documentos. Al igual que en el ámbito regional, todos estos instrumentos ofrecen distintas posibilidades para incrementar la justiciabilidad de los DESC, pero también contienen diversas limitaciones.

Cada uno de los principales convenios universales tiene un Comité encargado de reportar el cumplimiento de su respectivo instrumento. Pese a que el contenido de estos documentos no es vinculante para los Estados miembros, tienen un valor persuasivo y de índole moral ante tribunales domésticos; además, son componente clave en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. El valor de la materia emitida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) ya se mostró en este trabajo, al desarrollarse el tema de las obligaciones que asumen los Estados al ratificar el PIDESC.

Existen aportes del Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas, organismo establecido bajo el auspicio del PIDCP. Por ejemplo, el CDH ha interpretado el derecho a la vida –el más importante de los derechos civiles y políticos– reconociendo la importancia de los DESC para su cumplimiento. El CDH ha observado que un entendimiento restrictivo del derecho a la vida es incoherente con la esencia del mismo; urge entonces a la adopción de *“todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida”*.⁴⁵ Obviamente, recomendar estas medidas indica el reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Aparte de los pactos de Naciones Unidas, existen varios tratados internacionales con temática especializada que pueden servir como fuente de obligaciones estatales acerca de los DESC. Por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW,

⁴⁵ Observación general N° 6 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

por sus siglas en inglés), aporta valiosas pautas al respecto como la igualdad de trato a hombres y mujeres al aplicar los DESC. De la misma forma, la Convención sobre los Derechos del Niño establece obligaciones en materia de DESC relacionadas con esta parte tan vulnerable de la población.

Los mencionados y otros tratados especializados suelen contener cláusulas sobre los DESC que pueden ser valiosas para sus defensores, cuando el cliente representado pertenece al grupo abarcado por el tema del tratado.

Otra herramienta útil para las y los defensores de los DESC consiste en la adaptación de estrategias que han funcionado en los ámbitos internos de otros países. India y Sudáfrica son ejemplo de Estados que presentan importantes modelos constitucionales, en los cuales destaca la justiciabilidad de los DESC. Sudáfrica incluyó los DESC en la Constitución de 1996, la cual contiene expresamente el derecho a la vivienda y alimentación adecuada así como el derecho al acceso a servicios de salud y a la seguridad social. Pero lo interesante es que la Corte Suprema de ese país ha aplicado estos derechos en varios casos como cuando ordenó entregar medicinas contra la VIH/SIDA a madres embarazadas, para reducir la posibilidad de transmisión de la enfermedad a los fetos. Esta experiencia refuerza la idea de que la mejor manera de asegurar la justiciabilidad de los DESC es por su inclusión a nivel constitucional.

Por su parte, la India ha optado por un método más indirecto para asegurar la justiciabilidad de los DESC. Aunque su Constitución desconoce expresamente la exigibilidad de los DESC ante los tribunales del país, los incluye en una sección de su Carta Magna denominada “Principios Directivos de la Política del Estado”. Tomando esto en cuenta, las cortes han logrado importantes avances en la justiciabilidad de los DESC usando el concepto de la interdependencia para permitir su inclusión en la protección de los derechos civiles y políticos. Un ejemplo es el caso *Olgar Tellis contra Bombay Municipal Corp.*, en el cual —ante su inminente desalojo— una comunidad de indigentes presentó una demanda que llegó hasta la Corte Suprema, argumentando que esta acción atentaba contra sus derechos a la vivienda y al trabajo. El máximo tribunal reconoció estas violaciones y falló que el desalojo

ejecutado era una violación al derecho a la vida, el cual se encuentra constitucionalmente protegido. La Corte Suprema no prohibió el desalojo, sino que exigió encontrar viviendas alternativas adecuadas para las personas afectadas. En otros casos, la Corte Suprema ha hecho una conexión similar entre el derecho a la vida y el derecho a la alimentación; ante una crisis alimenticia, ordenó distribuir grandes cantidades de granos básicos y más tarde la creación de un sistema de distribución pública de comida, incluyendo la conversión de varios programas existentes en derechos protegidos.

Pese a los problemas y restricciones, estos logros muestran que la justiciabilidad de los DESC está al alcance de un Órgano Judicial aunque no estén protegidos explícitamente en la Constitución. Por tanto, el derecho comparado es una herramienta para convencer a los jueces locales de que las objeciones contra la justiciabilidad de los DESC no son válidas. Igualmente, los criterios de otras jurisdicciones pueden servir como guía para los defensores de los DESC respecto a estrategias o argumentos que pueden ser exitosos.

Mecanismos nacionales

En el ámbito nacional, la justiciabilidad de los DESC es un tema que da mucho de que hablar. Teóricamente se puede lograr por vías jurídicas, administrativas y legislativas. Todas estas esferas se interconectan, por lo que resulta esencial desarrollar la justiciabilidad de los DESC en cada una de ellas. De nada sirve contar con tribunales dispuestos a respetar los DESC, si no existen leyes efectivas y específicas para basar sus decisiones; no basta una administración eficaz sin leyes. Por ende, se necesitan caminos procesales para que los afectados obtengan de un juez competente, imparcial e independiente –en un tiempo razonable y con las garantías del debido proceso– una decisión sobre su derecho derivado de una obligación estatal.⁴⁶ Sólo cuando existen estos recursos para la interpretación y aplicación de los DESC, se puede

⁴⁶ Picolotti, Rominia y Bordenave, Sofía. *La justiciabilidad del derecho ambiental desde una perspectiva de derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente, Argentina, 2002, p.7. <http://www.cedha.org.ar/docs/doc91spa.doc>.

decir que el Estado ha logrado un nivel de justiciabilidad compatible con las obligaciones inherentes a los derechos humanos.

La conducción jurídica en El Salvador se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, compuesta por las siguientes: de lo Constitucional, de lo Civil, de lo Contencioso Administrativo y de lo Penal. Cada una de éstas tiene autonomía jurisdiccional referente a las demás. Están dotadas de diferentes facultades y potestades para cumplir sus funciones. Los derechos protegidos bajo las distintas leyes del país encuentran en alguna de estas salas el último recurso nacional, en caso de incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el mismo. Y en cada una existen varias posibilidades para exigir el cumplimiento de los DESC.

La Sala de lo Constitucional es el tribunal dentro de la CSJ designado para conocer casos sobre la protección de derechos otorgados en la Constitución salvadoreña. Por tanto, esta Sala es muy importante para la protección de los DESC que están explícitamente reconocidos en la Constitución o, al menos, que se encuentren altamente relacionados con otro derecho establecido en la Constitución. A esta Sala se atribuye principalmente la función de conocer y decidir sobre los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal;⁴⁷ los mismos, comunes en otros países de Latinoamérica, se han introducido en la vida jurídica para satisfacer carencias existentes en ciertos momentos históricos. En conjunto, son los últimos recursos en el ámbito nacional en función de proteger los derechos consagrados constitucionalmente, tanto civiles y políticos como los DESC.

Sin embargo, los procesos constitucionales vigentes son incapaces de solventar muchas de las violaciones constitucionales de los DESC. Los procedimientos y sobre todo los criterios jurisprudenciales para solventar los casos constitucionales en la Sala, son demasiados obsoletos y anticuados para resolver eficazmente dichas violaciones basadas en el nuevo concepto de los DESC.

⁴⁷ González Bonilla, Rodolfo Ernesto. *Justicia constitucional en Iberoamérica: El Salvador*, Instituto de Derecho Publico Comparado. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/O2-elsalvador.htm>

El más reciente de estos procesos fue creado en 1950; los otros datan del siglo XIX y se establecieron “sobre el ideal de protección de los derechos civiles y políticos”.⁴⁸ Este enfoque se aplica no sólo a la exhibición personal, cuyo único propósito es la protección de la libertad individual, sino también a los demás procesos que teóricamente abarcan el rango completo de los derechos constitucionales. Resulta entonces que estas vías constitucionales no son muy eficaces para la justiciabilidad de los DESC explícitamente reconocidos en la Constitución; mucho menos para los que se pueden derivar indirectamente de este documento. Dicho de otra manera, los mecanismos para la protección de derechos constitucionales no han evolucionado junto al derecho internacional que ahora reconoce los DESC con igual importancia que los derechos civiles y políticos. Un análisis de los dos procesos más utilizados para exigir se cumplan los DESC, revela sus deficiencias para otorgar una eficiente protección.

Proceso de amparo

El proceso de amparo es la vía de uso más frecuente para exigir los DESC ante el máximo tribunal nacional. Su propósito es “superar una situación injusta o aflictiva creada en virtud de una decisión de autoridad la cual en su oportunidad fue ineficaz la impugnación ante otras autoridades”.⁴⁹ En efecto, se puede entender que un recurso de amparo es el trámite adecuado en situaciones donde el Estado ha tomado una acción que atenta contra un derecho establecido en la Constitución. Una valiosa ventaja que tiene este procedimiento es la posibilidad de decretar medidas cautelares para cesar la supuesta acción violatoria, mientras la Sala decide sobre la materia de fondo. La utilidad de dicho recurso es tanta que ahora se considera “por excelencia, la máxima expresión protectora de los derechos humanos y libertades fundamentales”.⁵⁰

⁴⁸ Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). *Cumplimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador*, Imprenta Criterio, San Salvador, El Salvador, 2003, p.47.

⁴⁹ Parada Gámez, Guillermo Alexander. *La Sala de lo Constitucional en defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, tres medios, dos acontecimientos históricos y una reflexión*, Centro de Documentación Judicial. <http://www.csj.gob.sv>

⁵⁰ Ibid.

No obstante lo anterior, existen obstáculos para exigir los DESC mediante este recurso los cuales se originan en limitaciones tales como las soluciones restringidas que la Sala puede ordenar al resolver a favor del demandante, el requisito de que la violación alegada tiene que ser a un derecho consagrado en la Constitución y los criterios jurisprudenciales no progresivos de la Sala en materia de protección a derechos humanos.

Acerca de la primera limitación, aun cuando el amparo sea exitoso, los remedios son deficientes pues no son idóneos para el cumplimiento de acciones positivas requeridas al Estado en aras de alcanzar el pleno goce de los DESC. Debido a una concepción anticuada de las obligaciones estatales frente a los derechos humanos, las salidas que ofrece el proceso de amparo son solo la orden de suspensión del acto reclamado y, si eso no fuera posible, una autorización para iniciar proceso civil en el que se discuta sobre la indemnización del afectado.⁵¹ Así, ni siquiera se puede asegurar la indemnización del afectado pese a establecerse la violación de sus derechos constitucionales. El proceso de amparo puede proceder tanto por acciones como por omisiones estatales. Sin embargo, sigue siendo un proceso reactivo, diseñado principalmente para restaurar a la víctima su condición anterior y no para combatir activamente la injusticia económica y social en que vive la mayoría de la población en El Salvador.

La segunda limitación: el derecho a proteger por el amparo debe ser un derecho reconocido constitucionalmente. Fuera de los incluidos expresamente en ese texto —a la familia; al trabajo y la seguridad social; a la educación, ciencia y cultura; y a la salud pública y asistencia social— el resto de DESC está excluido de la protección por esta vía no obstante se pueden derivar de los demás derechos contenidos en la Carta Magna o se encuentran establecidos en tratados internacionales. La Sala de lo Constitucional ha fallado que *“si bien los Tratados o Convenciones Internacionales ratificados por El Salvador son leyes de la República y por tanto de obligatorio cumplimiento, su inobservancia puede perfectamente alegarse en sede ordinaria; sin embargo, en sede constitucional únicamente pueden tener un soporte referencial de la infracción*

⁵¹ Ley de Procedimientos Constitucionales. Artículo 35. Ver también Tenorio, Jorge Eduardo. Los procesos constitucionales en El Salvador, Centro de Documentación Judicial, 2001. <http://www.csj.gob.sv>

*constitucional por cuanto, por las razones apuntadas, aquel tipo de normas no conforman un parámetro de control”.*⁵²

Sobre esa base, la Sala descarta cualquier alegato que parta directamente de los derechos consagrados en los tratados internacionales pese a que el derecho a la protección efectiva de derechos humanos —establecido en el artículo 2 constitucional— da lugar a considerar que violentar las normas internacionales de derechos humanos equivale a transgredir este precepto.

Por lo tanto, según el discutible criterio de la Sala de lo Constitucional, los tratados internacionales sólo se pueden utilizar en los procesos constitucionales *“como referencia técnica para la mejor comprensión o ilustración sobre el contenido o alcance actual de una disposición constitucional, sobre todo en los casos en que los mismos puedan entenderse como desarrollo de ésta, o aún que esta Sala... recurra a los tratados como instrumentos de integración o complementación de las normas legales secundarias; y sobre todo, que en caso de conflicto entre el tratado y la ley secundaria debe preferirse —en el caso concreto— el primero”.*⁵³ Mientras este principio deja amplio espacio para la inclusión de tratados internacionales en los razonamientos de la Corte, en la realidad la penetración de éstos en la jurisprudencia y razonamiento de la misma ha sido casi nula.

Esto se vincula con la tercera limitación mencionada: la no progresividad de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en materia de derechos humanos, en general, y de los DESC en particular. Teóricamente, una jurisdicción más amplia no queda excluida al partirse de una concepción integral de los derechos humanos, ya que la misma no sólo permite sino que requiere una interpretación de los derechos civiles y políticos que incluya los conceptos normativos de los DESC. Una verdadera aceptación de la moderna tendencia internacional sobre los derechos humanos, obligaría a los magistrados de la Sala de lo Constitucional a tratar los derechos humanos y los DESC consagrados en tratados internacionales, no sólo como puntos de referencia sino como parte indispensable para el auténtico goce de los derechos civiles y políticos. Prácticamente, una interpretación

⁵² Sentencia de 4-IV-2001, Sala de lo Constitucional, Recurso de amparo 348-99, considerando II 1.)

⁵³ Sentencia de 25-IV-2000, Sala de lo Constitucional, Recurso de amparo 938-99.

amplia es necesaria para armonizar el estatus constitucional de los tratados internacionales con los demás derechos contenidos en la Carta Magna.

El Estado no puede ratificar tratados internacionales que restrinjan o afecten disposiciones constitucionales;⁵⁴ esto significa que todas las obligaciones internacionales asumidas por El Salvador en éstos son compatibles o tienen que ser interpretadas de manera compatible con la ley suprema del Estado. Si no fuese así, el Estado entraría a una condición de contradicción jurídica.

La Constitución no es un documento muerto; es, más bien, una ley vital y dinámica que busca una vida digna para los seres humanos. Por ende, para mantener la compatibilidad entre la Carta Magna y el derecho internacional la Sala tendría que usar los tratados internacionales como una fuente interpretativa, con un enfoque central de las obligaciones contenidas en la Constitución.

Otra alternativa más progresista consistiría en reformar la Ley de Procedimientos Constitucionales, con el objeto de expandir la jurisdicción de la Sala para conocer violaciones de obligaciones establecidas en tratados internacionales, sin que sea necesario vincularlos a artículos constitucionales. Si los tratados internacionales son superiores a las leyes secundarias y tienen que ser compatibles con la Constitución, entonces las obligaciones asumidas en los tratados internacionales ocupan el mismo nivel jurídico que las obligaciones constitucionales.

En este último caso, si el proceso de amparo fue creado para llenar un hueco que existía en el sistema de protección de las leyes máximas del país, excluir a los tratados internacionales deja otro agujero de igual importancia. Por tanto, las leyes superiores compuestas por tratados y convenios internacionales también necesitan de una instancia judicial para poder ser reclamados.

⁵⁴ Constitución de la República. Artículo 145.

Proceso de inconstitucionalidad

El proceso de inconstitucionalidad es una acción realizada ante la Sala de lo Constitucional, cuando alguna disposición legal o reglamentaria se impugna por violar algún artículo de la Constitución de la República.⁵⁵ Si el amparo y la exhibición personal protegen contra arbitrariedades en los actos de autoridades estatales, el proceso de inconstitucionalidad lo hace ante decisiones legislativas. Es valioso porque puede ser interpuesto por cualquier ciudadano salvadoreño sin necesidad de que la persona o el grupo de personas tengan interés directo en la ley, decreto, o reglamento en cuestión.⁵⁶ Otra ventaja de este recurso es que no se necesita esperar hasta que la inconstitucionalidad de la legislación se concrete en una violación de derechos de una persona particular. Estas características permiten a las organizaciones defensoras de derechos humanos tomar la iniciativa para impugnar una ley que infrinja alguna norma constitucional.

Sin embargo, el procedimiento del mismo tiene varias limitaciones que le impiden ser eficaz para la justiciabilidad de los DESC. Primero, padece de las mismas deficiencias que el amparo en el sentido de que el único remedio que ofrece es anular la parte de la ley que contraviene la Constitución, cuya consecuencia jurídica es que ninguna autoridad estatal podrá hacerla efectiva.⁵⁷ Por otro lado, siempre existe la posibilidad de que la Sala pueda señalar la falta de una ley necesaria para el cumplimiento de las obligaciones estatales establecidas en la Constitución.

Esta posibilidad se afirmó en la propia jurisprudencia constitucional, cuando el referido tribunal señaló que en la potestad de declarar inconstitucionalidades por omisión esa Sala puede: *“i) constatar si existe en el texto de la Ley Suprema un mandato constitucional de regular o legislar; (ii) constatar si existe un comportamiento omisivo del ente con potestades normativas; (iii) establecer si dicho comportamiento ha sido excesivamente dilatado; y (iv) concluir si con*

⁵⁵ Ley de Procedimientos Constitucionales. Artículo 6.

⁵⁶ Op.Cit. Tenorio, Jorge Eduardo. *Los procesos constitucionales en El Salvador*.

⁵⁷ Ley de Procedimientos Constitucionales. Artículo 10.

*tal comportamiento omisivo, excesivamente dilatado, se vuelve ineficaz el mandato constitucional encontrado”.*⁵⁸

De esta manera, el organismo que funge como máximo intérprete de la Constitución puede señalar vacíos a llenar en las leyes secundarias para respetar los DESC constitucionalmente protegidos, sin tener que usurpar el rol de la rama legislativa. Sin embargo, ésta es una herramienta jurídica poco usada en general y jamás utilizada en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de los DESC por omisión legislativa. Por esta razón, es necesario contar con un mecanismo que señale los vacíos en las leyes secundarias y que impulse, así, a la Asamblea Legislativa para que desarrolle una legislación eficaz en la protección de los derechos constitucionales.

Otra desventaja del proceso de inconstitucionalidad es que la Sala no sufre de oficio errores u omisiones de derecho de las partes demandantes, lo que sí hace en el amparo y la exhibición personal.⁵⁹ Esta prohibición desfavorece a las potenciales víctimas de violaciones a sus DESC, pues los magistrados pueden argumentar su decisión en la falta del demandante en lugar de analizar la Ley que se impugna, tomando en cuenta todo su contexto.

Debido a la naturaleza complicada de impugnar una normativa general, los procesos de inconstitucionalidad tienden a ser los más largos de los procedimientos constitucionales.⁶⁰ Esta es otra complicación a destacar. Asimismo, este recurso —a diferencia del proceso de amparo— no puede utilizar medidas cautelares pues las mismas no se encuentran establecidas en la Ley de Procedimientos Constitucionales y tampoco han sido consideradas vía extensión interpretativa por medio de la jurisprudencia. Obviamente, el plazo demasiado extenso para resolver un proceso de inconstitucionalidad elimina la ventaja de una impugnación anticipada sin violaciones concretas, ya que la ley se aplicará todo el tiempo que se retrase la resolución de la Sala. Para solventar el problema de la extrema retardación de justicia en distintos amparos e inconstitucionalidades,

⁵⁸ Sentencia de 26-II-2002, Sala de lo Constitucional, Proceso de inconstitucionalidad 19-98, considerando V, número 3.

⁵⁹ Ley de Procedimientos Constitucionales. Artículo 80.

⁶⁰ Op.Cit. Tenorio, Jorge Eduardo. *Los procesos constitucionales en El Salvador*.

actualmente se encuentra en estudio el anteproyecto de una nueva Ley de Procedimientos Constitucionales a fin de imponer plazos para los demandantes, demandados y jueces que resuelven.⁶¹ Esta reforma podría ayudar a eliminar demoras que, en este momento, vuelven ineficaces los procesos constitucionales para la justiciabilidad de los DESC.

Existen varios recursos legales para que una persona pueda reclamar la violación de un DESC protegido por la Constitución ante la Corte Suprema de Justicia, aunque no son idóneos para todos los casos. Existen más instancias jurisdiccionales a nivel de juzgados, cámaras y otras salas de la CSJ; en éstas se pueden reclamar violaciones a los DESC protegidos por leyes secundarias. Sin embargo, es oportuno describir una por una estas vías de justiciabilidad en los siguientes apartados dedicados a exponer la situación de algunos derechos.

Análisis de la justiciabilidad de algunos DESC en particular

El derecho al trabajo en El Salvador

El derecho al trabajo es un término usado para describir un concepto muy amplio, que cubre un rango entero de los DESC. En algunos instrumentos internacionales se define como *“el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”*.⁶² Esto, de ninguna manera significa que el Estado se encuentra obligado a proporcionar a cada persona un puesto laboral; más bien conlleva una obligación de asegurar las condiciones necesarias para que todas las personas que quieran, puedan encontrar un trabajo que les permita vivir dignamente.

Dicha obligación, en cambio, vincula el derecho al trabajo con otros derechos relacionados en la esfera laboral, los cuales resultan indispensables para el cumplimiento del primero debido al principio de la

⁶¹ “Nueva ley agilizará demandas”, El Diario de Hoy, 5 enero del 2004, p.10.

⁶² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 6.

interdependencia de los derechos humanos. Dentro de esta categoría se encuentran el derecho a la estabilidad laboral; el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; el derecho a la libertad sindical; y el derecho a la huelga. Sin éstos, difícilmente se puede garantizar un trabajo compatible con la dignidad humana.

Esta franja de prerrogativas también se puede subdividir en derechos aún más específicos; de esta manera, sirve como base para derivar todos los demás elementos que en su totalidad forman el conjunto reconocido como el derecho al trabajo. Por los propósitos del presente estudio, en el marco de la actual globalización, se vuelve casi obligatorio que la faceta del derecho al trabajo de mayor interés sea la estabilidad laboral. Como se mostrará, este derecho se ve cada día más vulnerado por las tendencias de privatización y flexibilización que se impulsan.

El Protocolo de San Salvador consagra el derecho a la estabilidad laboral manifestando que los Estados deben garantizar en sus legislaciones nacionales *“la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”*.⁶³ Este concepto cabe dentro del derecho al trabajo, pues si las personas no gozan de seguridad jurídica para la retención de sus empleos, sería casi imposible que el Estado pudiera garantizar una vida digna a sus ciudadanos por medio del trabajo.

La estabilidad laboral se determina como derecho en el ámbito jurídico nacional e internacional, siendo efecto del reconocimiento de la particularidad y la dimensión social de los contratos laborales. Es decir, no se puede comparar un contrato de trabajo con uno de compraventa en la que ambas partes tienen igual poder para llegar a un trato razonable y válido entre ellas, sin necesidad de protecciones especiales. Al contrario, el poder económico de los patronos como grupo social los coloca a éstos en situación de superioridad ante el trabajador que —por carencia de medios económicos— está en una situación

⁶³ Protocolo de San Salvador. Artículo 7, inciso d).

vulnerable: En ese marco, si se permitiera una libertad de contrato absoluta se producirían innumerables injusticias.

Por eso, un empleador no puede romper unilateralmente el contrato de empleo sin violar la ley; el trabajador sí lo puede hacer. A la inversa, sería estar situados en un estado de servidumbre perpetua. Por las mismas razones se imponen otros resguardos laborales como el salario mínimo, los días de descanso obligatorios, las condiciones seguras de trabajo y más; éstos deben respetarse aunque, por razones económicas, las y los trabajadores individuales estuvieran dispuestos a aceptar otros términos por debajo de estos estándares mínimos. De esta manera, la ley reconoce el derecho a una protección especial en materia laboral. En tal sentido, la trayectoria de la estabilidad laboral es un ejemplo de la evolución del derecho laboral desde un derecho individual clásico hasta un derecho social.

Establecido el derecho de mantener un empleo así como las reparaciones cuando se viola la ley, queda por determinar cuáles son las causas de justa separación que limitan esta protección y permiten al empleador despedir el trabajador sin consecuencias legales adversas. El contenido del derecho a la estabilidad laboral se establece en varios instrumentos nacionales como la Constitución de la República, el Código de Trabajo, la Ley del Servicio Civil y otras disposiciones legales cuyos artículos delimitan la manera y las razones por las que trabajadoras y trabajadores pueden ser despedidos, así como las acciones legales para amparar a este sector de la población.

La Corte Suprema ha reconocido que el derecho al trabajo *“es atribuible a todo trabajador; pero se encuentra regulado de manera particular según el ámbito —público o privado— en que la relación laboral se ejercita”*.⁶⁴ Por tanto, es importante conocer las protecciones establecidas en cada uno de los citados instrumentos. Las más importantes, por su supremacía en la esfera laboral nacional, son las relacionadas con la estabilidad laboral y se encuentran contenidas en la Constitución. Aunque el derecho a la estabilidad laboral no se consagra explícitamente, en ésta se incluyen varias disposiciones que sustentan dicha potestad. Se consagra el derecho al trabajo en forma

⁶⁴ Sentencia de 25-IV-2000, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo, Ref. 938-99.

general, ratificando que *“es una función social, goza de la protección del Estado, y no se considera artículo de comercio. El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, y para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna”*.⁶⁵

En efecto, la máxima ley del país reconoce la dimensión social del trabajo y su protección como un derecho grupal y no sólo individual; también consagra el derecho a la indemnización cuando un trabajador es despedido sin causa justificada por su empleador.⁶⁶ Incluir esta garantía es un reconocimiento implícito del derecho a la estabilidad laboral. La estabilidad en el cargo de los empleados públicos se consagra en el artículo 219 constitucional.

La mayoría de las protecciones contra el despido injusto se encuentran detalladas en las leyes secundarias. El Código de Trabajo regula las relaciones laborales entre patronos y trabajadores privados así como entre el Estado, los municipios, las denominadas instituciones oficiales autónomas y semiautónomas, y sus empleados; se exceptúan los casos donde la relación es de carácter público y se origina en un acto administrativo.⁶⁷ Este Código establece, en su artículo 50, veinte acciones del trabajador por las cuales el patrono puede despedirlo sin incurrir en responsabilidad legal.

Asimismo, el Código regula cuándo termina la relación laboral sin responsabilidad para ninguna de las partes⁶⁸ y los casos cuando un trabajador puede dar por terminado el contrato debido a las acciones del patrono.⁶⁹ La tarea de quien representa a una trabajadora o trabajador despedido consiste en comprobar los hechos que realmente ocasionaron el despido y establecer en cuál de los supuestos encaja dicha razón. Por otro lado, esta normativa cumple con el requisito del derecho a la estabilidad laboral al incluir la indemnización que se debe pagar a las y los trabajadores injustamente despedidos; para alguien con contrato indefinido se traduce en una cantidad

⁶⁵ Constitución de la República. Artículo 37.

⁶⁶ Constitución de la República. Artículo 38, inciso 11.

⁶⁷ Código de Trabajo. Artículo 2.

⁶⁸ Ibid. Artículos 48 y 49.

⁶⁹ Ibid. Artículo 53.

equivalente al salario básico de treinta días por cada año empleado, con un mínimo del salario básico de quince días y un máximo de cuatro veces el salario mínimo vigente.⁷⁰

Para las y los trabajadores con contrato a plazos o temporal, el artículo 59 del Código de Trabajo establece una indemnización equivalente al salario básico que hubiera ganado trabajando hasta el vencimiento del contrato, siempre que esta cantidad no sea superior a la que hubiera recibido si fuera un contrato por tiempo indefinido. Además de esta indemnización, también existe el derecho a recibir cantidades compensatorias por vacaciones anuales remuneradas⁷¹ y por horas extraordinarias⁷² no recibidas, así como el derecho a recibir la remuneración que se le hubiera dado en concepto de aguinaldo.⁷³ Esto es sólo un breve resumen de algunas de las protecciones a la estabilidad laboral más relevantes dentro del Código de Trabajo.

Para la mayoría de los empleados estatales y municipales, su estabilidad laboral se protege bajo la tutela de la Ley de Servicio Civil. Dicha ley regula la relación laboral del Estado y los municipios con los funcionarios y empleados de la administración pública, y con los que trabajan en organismos estatales descentralizados que no gozan de autonomía económica o administrativa.⁷⁴ El capítulo VIII de la Ley de Servicio Civil contiene las causales de despido y destitución, así como los procedimientos a seguir en caso de que eso ocurra. Por otro lado, el derecho a indemnización por supresión de plazas se otorga a través del artículo 30. En cuanto a los trabajadores públicos no cubiertos por la Ley de Servicio Civil, su estabilidad laboral se protege bajo normas laborales especiales como por ejemplo la Ley de la Carrera Docente, que abarca la situación particular del magisterio estatal. El derecho a la estabilidad laboral, pues, se encuentra incorporado en varias leyes secundarias del país.

⁷⁰ Ibid. Artículo 58.

⁷¹ Ibid. Artículo 180.

⁷² Ibid. Artículo 89.

⁷³ Ibid. Artículo 202.

⁷⁴ Ley del Servicio Civil. Artículo 2.

También cabe mencionar que la Constitución y otras leyes protegen de manera especial a grupos dentro de la fuerza laboral que, debido a alguna característica que los defina, son particularmente vulnerables al tratamiento desfavorable y al despido injusto. Por ejemplo, existen artículos constitucionales que regulan especialmente las condiciones y edades de trabajo de la niñez y leyes secundarias que establecen derechos laborales y obligaciones de los empleadores acerca de los incapacitados.

En cuanto a la estabilidad laboral, las mujeres embarazadas gozan del *“derecho a un descanso remunerado antes y después del parto y a la conservación del empleo”*.⁷⁵ Pero ellas frecuentemente se ven afectadas por despidos injustos, debido a que supuestamente se reduce su productividad durante esa etapa; eso ocurre pese a que cuentan con estabilidad laboral garantizada constitucionalmente. De la misma forma, otro grupo protegido por la ley son las y los trabajadores pertenecientes a sindicatos. Los líderes sindicalistas gozan de una protección constitucional, al prohibir su despido *“durante el período de su elección y mandato, y hasta después de transcurrido un año de haber cesado en sus funciones... sino por justa causa calificada previamente por la autoridad competente”*.⁷⁶ Este resguardo es conocido como *“fuero sindical”*.⁷⁷

Estas restricciones a la libertad del patrono están justificadas ya que frecuentemente las y los sindicalistas son objeto de tratos injustos y represalias, tanto por su actividad gremial como por los costos económicos que éstas representan para el empleador. Con ellas se busca prevenir que despidos injustos contra estas personas, que por su participación organizada se vuelven un sector vulnerable.

En el marco de la protección a la libertad sindical, basándose en el principio de la no discriminación, el Código de Trabajo prohíbe prácticas laborales desleales que obstaculicen el derecho a la libre asociación. En términos de estabilidad laboral significa que un empleador no puede despedir, suspender, o trasladar

⁷⁵ Constitución de la República. Artículo 42.

⁷⁶ Ibid. Artículo 47.

⁷⁷ Organización Internacional del Trabajo. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: Un estudio sobre la legislación laboral*, Ginebra, 2003, p.15. <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/download/cafta.pdf>

a integrantes de las juntas directivas sindicales, como tampoco degradar sus condiciones de trabajo.⁷⁸ El despido y la suspensión serían atentados directos contra el derecho a la estabilidad laboral; los traslados y el deterioro de las condiciones de trabajo serían ataques indirectos a ese derecho, por ser recursos utilizados para presionar al trabajador a renunciar. Debe agregarse que, además de los dirigentes sindicales, también son protegidos los candidatos a las juntas directivas así como las y los organizadores y fundadores de un sindicato.

La fuerza de esta protección para las y los sindicalistas se ampara no sólo en procesos civiles, sino también en otro tipo de legislación. Así, el Código Penal tipifica como delito la coacción con respecto al ejercicio de la libertad sindical y el derecho de huelga, así como los obstáculos a la libre contratación.⁷⁹ En efecto, los trabajadores amparados bajo el régimen del Código de Trabajo gozan de cierta garantía a su estabilidad laboral; sin embargo, no todas y todos los trabajadores salvadoreños sindicalizados disfrutan del mismo nivel de seguridad. No obstante el derecho a la libertad sindical es de reconocimiento general en el ámbito internacional, las leyes nacionales no protegen a todas y todos los empleados estatales.

El derecho a la sindicalización otorgado en el artículo 47 de la Constitución sólo se aplica a empleadas y empleados privados y de instituciones oficiales autónomas, como por ejemplo el Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Este derecho se encuentra reafirmado en el artículo 204 del Código de Trabajo, pero sin la mención de las y los empleados públicos que no pertenecen a instituciones oficiales autónomas quienes quedan fuera de este ámbito de protección. Las y los empleados públicos y municipales, además, tienen prohibido por Constitución participar en una huelga. De hecho, la Ley de Servicio Civil plantea como una de las causales de despido para estos trabajadores el *“declararse en huelga o abandonar el empleo o cargo”*.⁸⁰ El argumento para no extender este derecho al segmento de empleados mencionados, sostiene que estas personas con su trabajo le dan cumplimiento a las obligaciones estatales que benefician a la

⁷⁸ Código de Trabajo. Artículo 248.

⁷⁹ Código Penal. Artículos 247 y 248.

⁸⁰ Ley de Servicio Civil. Artículo 54, inciso i).

población en general; por ende, según la posición oficial, el interés público dicta que el derecho a huelga sea limitado.

Existen instituciones internacionales que han desarrollado el tema del derecho laboral de tal manera, que puede impactar la justiciabilidad interna de estos derechos. En el área del derecho al trabajo, entre los recursos internacionales más valiosos para exigir los DESC se encuentran los mecanismos establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A partir de 1995, El Salvador firmó y ratificó seis de los ocho convenios fundamentales de la OIT relativos al trabajo forzoso, la discriminación y el trabajo infantil; los dos convenios faltantes, 87 y 98, tratan del importantísimo derecho a la libertad sindical.⁸¹

Vergonzosamente, El Salvador es el único país centroamericano que no ha ratificado todos los convenios fundamentales de la OIT. El Estado argumenta que ampliar el derecho a la sindicalización para incluir a las y los empleados estatales “afectaría gravemente el orden constitucional del país”.⁸² Esa explicación no es congruente con la progresividad de los derechos humanos, ni con el carácter dinámico de la interpretación constitucional. De hecho, semejante punto de vista es insuficiente ya que ni la Constitución ni el Código de Trabajo prohíben explícitamente la sindicalización de las y los trabajadores públicos; simplemente no la abordan. Es imperativa, entonces, la ratificación inmediata de los dos convenios aludidos.

Pese a esta deficiencia, los demás convenios ratificados —aquellos fundamentales y otros como el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores— contienen elementos para la justiciabilidad de los DESC. Además, el Comité de Libertad Sindical de la OIT puede pronunciarse sobre casos nacionales contra el derecho a la estabilidad laboral, cuyo origen tiene que ver con un manifiesto espíritu antisindical. Las y los defensores de derechos

⁸¹ Organización Internacional del Trabajo. <http://webfusion.ilo.org> El Salvador ha firmado el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, el 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, el 100 sobre la igualdad de remuneración, el 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), el 138 sobre la edad mínima y el 182 sobre las peores formas del trabajo infantil.

⁸² Memorias anuales a la Organización Internacional del Trabajo. <http://www.oit.org.pe/sindi/seguil/slv/slv200101.html>

laborales deben conocer este mecanismo internacional y usarlo como una forma más para presionar al Estado a fin de que cumpla sus deberes relacionados con este derecho.

Para la justiciabilidad del derecho a la estabilidad laboral y de los demás relativos a la protección del trabajo, se ha creado un régimen jurídico constituido por tribunales especiales que sólo conocen casos de esta índole. Dicho régimen consiste, por una parte, en los juzgados y las cámaras de lo laboral; son la primera y segunda instancias, respectivamente, donde se tramita la mayoría de disputas del sector privado en esta materia, incluyendo los conflictos colectivos. También existen tribunales especiales de carácter administrativo como los de la carrera docente y los del servicio civil, para solventar disputas relacionadas con empleados públicos protegidos bajo la Ley de la Carrera Docente y la Ley de Servicio Civil, respectivamente.

Finalmente, las disposiciones de los recursos judiciales y administrativos antes mencionadas pueden ser revisadas en última instancia por la Corte Suprema de Justicia de diversas maneras: en casación a través de la Sala de lo Civil, por casos laborales que surgen de supuestas violaciones al Código de Trabajo; en otros casos, por medio de la Sala de lo Contencioso Administrativo para reclamar decisiones de tribunales administrativos que ven disputas laborales; por último, mediante amparo ante la Sala de lo Constitucional en casos de violación del derecho constitucional al trabajo, aunque dicho tribunal lo considera en su jurisprudencia sólo como el derecho a la estabilidad laboral.

Estas normas y sus instancias correspondientes ofrecen diversos recursos para proteger el derecho al trabajo. Además, la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social creó la Dirección General de Inspección de Trabajo, dependencia ubicada en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuya función es realizar investigaciones para asegurar que se están cumpliendo las disposiciones legales laborales y las normas básicas de higiene y seguridad ocupacional.⁸³

⁸³ Human Rights Watch. *Indiferencia intencionada: Inacción del gobierno de El Salvador en la protección de los derechos de los trabajadores*, diciembre 2003, Vol.15, No.5(B), p.19.

La Procuraduría General de la República cuenta con la Unidad de Defensa de los Derechos del Trabajador, que otorga representación legal gratuita a las víctimas de violación a sus derechos. La existencia de esta infraestructura jurídica para la esfera laboral hace del derecho al trabajo, al menos en teoría, uno de los DESC más justiciables en el marco interno; otra cosa es que funcione eficazmente en la práctica.

Indicado el marco legal que ampara el derecho al trabajo y la estabilidad laboral, se puede analizar la situación actual del mercado laboral en el país y las formas más comunes en que estos derechos son violados, así como los obstáculos que enfrentan las y los trabajadores en sus intentos por exigir reparaciones judiciales. Las dos tendencias actuales más relevantes son la flexibilización laboral en el sector privado, junto a la privatización y la descentralización en el sector público que supone la supresión de fuentes de trabajo.

La flexibilización laboral, definida básicamente como la eliminación de trabas y rigores existentes en el mercado laboral, es un fenómeno fomentado por el modelo económico neoliberal impulsado por el gobierno salvadoreño. Empresas compitiendo en un mercado libre y sin mucha regulación, tienen que buscar cada vez diferentes formas para reducir costos y seguir siendo competitivos ante sus rivales nacionales e internacionales. Esta tendencia afecta negativamente el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral en los ámbitos privados.

Algunas estrategias flexibilizadoras que comúnmente impulsan las empresas son: la descentralización de la producción, el uso de empleo subcontratado, la introducción de nueva maquinaria y la sustitución de empleados de tiempo completo por contrataciones temporales.⁸⁴ Las consecuencias de estas prácticas producen efectos directos e indirectos en los derechos laborales de las y los trabajadores. Por ejemplo, el uso de la subcontratación libra de responsabilidad como empleador a quien realmente utiliza los servicios de la o el trabajador. El crecimiento del sector informal, el inevitable empeoramiento del nivel

⁸⁴ Cáceres D., et. al. *Flexibilidad del Derecho Laboral: situación en El Salvador*, trabajo de graduación para optar a la licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", San Salvador, 1997, p.17.

de protección a la estabilidad laboral y la violación de otros derechos laborales son consecuencias del fenómeno de la flexibilización.

La tendencia a la privatización de los servicios estatales afecta el derecho a la estabilidad laboral de los empleados públicos. Si bien existe una fuerte discusión sobre los efectos perjudiciales de estas reformas contra los derechos de la población que recibe los servicios públicos, queda claro que las y los empleados públicos son los primeros afectados y que inevitablemente pierden derechos básicos, ya que la privatización por lo general ha propiciado despidos masivos entre los sectores sometidos a dicha política. Hay varios ejemplos en los cuales se observa cómo el Estado salvadoreño ha violado el derecho al trabajo y la estabilidad laboral, por medio de despidos masivos a raíz de alguna privatización. Por ejemplo, en diciembre del 2000 la Asamblea Legislativa aprobó un decreto de compensación económica y retiro voluntario que afectó a más de siete mil trabajadores y trabajadoras estatales quienes tuvieron que dejar sus empleos en áreas administrativas y operativas.⁸⁵ En el 2002, antes de terminar los primeros dos meses del año, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) estimó que más de ocho mil trabajadoras y trabajadores de distintas dependencias estatales habían sido despedidos.⁸⁶

En el ámbito nacional, el derecho al trabajo se vio seriamente afectado por la reciente huelga de trabajadores y médicos del Instituto Salvadoreño de Seguro Social. En este último caso, la PDDH emitió una resolución calificando como injusto e ilegal el despido de 221 empleados del ISSS.⁸⁷ Estos son casos en los cuales se hace difícil amparar a las víctimas, ya que individualmente los despidos resultantes del modelo privatizador no violan aparentemente ninguna protección establecida por la ley. Sin embargo, tomando en cuenta la dimensión social del derecho al trabajo y la cantidad de empleados públicos afectados, suele ser difícil argumentar que la ola de privatizaciones es compatible con la obligación estatal de asegurar a cada persona la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo

⁸⁵ Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM). Informe DESC El Salvador. http://www.cladem.org/espanol/regionales/desc_globalizacion/Docs/descelsa.asp

⁸⁶ "Acusan al gobierno salvadoreño de violar derecho laboral", La Prensa, Honduras, 8/2/2002. <http://www.laprensahn.com/caarc/0202/c08001.htm>

⁸⁷ Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Resolución SS-3715-99.

digno. En la actualidad, el derecho a la estabilidad laboral no se viola sólo con el despido injusto. La privatización de servicios estatales, la descentralización del mercado y la flexibilización laboral disfrazan los despidos presentándolos como supresión de plazas o retiro voluntario de los empleados.

El Estado puede realizar un despido injusto cuando modifica la nominación de un cargo y sostiene que la plaza ha sido suprimida. La Sala de lo Constitucional ha favorecido esta práctica dictando lo siguiente: *“En relación a la estabilidad laboral de las personas que se encuentran vinculadas al Estado por medio de un contrato de trabajo, se ha sustentado que éstas son titulares de dicha categoría jurídica en virtud de encontrarse dentro de una relación de supra-subordinación –de carácter público– y de la naturaleza de las funciones que desempeñan, que son propias de la actividad estatal; sin embargo, dicha estabilidad está sujeta a la vigencia del plazo del contrato respectivo”*.⁸⁸

Así, las víctimas de una supresión de plaza se encuentran sin un recurso judicial efectivo para reclamar su derecho a la estabilidad laboral, particularmente cuando se trata de un despido masivo de trabajadores sujetos a la modalidad de contrato. Sin embargo, existe mayor posibilidad de establecer una supresión de plaza fraudulenta como un despido injusto cuando se trata de un caso individual, motivado por el deseo de remover un trabajador en particular. La Ley de Servicio Civil determina alguna protección contra este tipo de actos, aclarando que *“[e]l cambio de denominación del cargo o empleo no implica supresión del mismo, y el funcionario o empleado que lo desempeñare tendrá derecho a ocupar el de nueva denominación que corresponda a sus funciones, salvo que éste además exija a quienes hallan de ocuparlos, requisitos justificados, distintos y aprobados por el Ministerio de Hacienda, según la facultad establecida en el Capítulo IX de esta ley”*.⁸⁹

Por ende, no basta que el supuesto nuevo cargo tenga sólo ciertas características secundarias o cosméticas que lo distinguan del anterior; cualquier

⁸⁸ Sentencia de 18-XII-2001, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo, Ref. 576-2000.

⁸⁹ Ley de Servicio Civil. Artículo 30.

diferencia debe estar “justificada”. Por este medio, cabe la posibilidad de tutelar el derecho a la estabilidad laboral de trabajadores estatales que han perdido su empleo debido a un despido injusto, disfrazado como una supresión de plaza.

Otra manera de encubrir un despido injusto es presionando al trabajador creando una situación laboral intolerable, para que la víctima no tenga otra opción que la de retirarse del empleo. De esta manera, los empleadores tratan de liberarse de la obligación de pagar la debida indemnización, señalando que el contrato laboral se rompió debido a la renuncia del trabajador. Un ejemplo extremo del tipo de presión que puede provocar esta clase de renuncia forzada, es prohibirle el ingreso al trabajador al centro de trabajo.

El artículo 55 del Código de Trabajo establece la presunción de despido, si al trabajador no se le permite el ingreso al lugar de trabajo. Existe abundante jurisprudencia al respecto, como la emitida por la Cámara Primera de lo Laboral al dictar que “[e]l artículo antes mencionado tutela una de los principios más importantes de la relación de trabajo, cual es la estabilidad misma del trabajador en su cargo; impedirle la entrada a su trabajo, sin justificación alguna, configura lo que se considera como despido indirecto, generador de responsabilidad para el patrono”.⁹⁰ Los tribunales inferiores han respetado este aspecto de la estabilidad laboral. Por otro lado, a veces el problema en un caso de despido injusto es determinar exactamente cuándo ocurrió el despido. De esta averiguación pueden depender varias cosas como, por ejemplo, el monto de la indemnización para el empleado despedido.

La destitución se puede definir como “el acto por virtud del cual el patrono hace saber al trabajador que rescinde o da por terminada la relación de trabajo, por lo que, en consecuencia, queda separado del trabajo”.⁹¹ Esta situación puede darse también mediante un despido de hecho;⁹² esto significa que no es necesaria una notificación formal de despido para acudir a los distintos recursos para resolver estos conflictos. Se ha definido el despido de hecho como “aquellos casos en donde el

⁹⁰ Sentencia de 18-IX-2001, Laboral, Ref. 440 Ca. 1ª. Lab.

⁹¹ Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Resolución SS-0713-99.

⁹² Código de Trabajo. Artículo 55.

trabajador desconocía la situación en la que se encontraba frente a ciertas conductas del patrono que conducían de forma desleal a dar por terminado el contrato de trabajo, a través de mecanismos que buscaban defraudar la ley y de esa forma evitar responsabilidades pecuniarias".⁹³ Esta jurisprudencia otorga un amplio margen para considerar varios actos del patrono —no declarados explícitamente en el Código— como despido de hecho.

Un alegato comúnmente presentado por el empleador en su defensa, es que a veces no existe un contrato de trabajo y como consecuencia no está obligado a cumplir con los requisitos establecidos. Para evadir esta responsabilidad, los patronos contratan de forma verbal y se cuidan de no acordar explícitamente todos los aspectos que forman parte de un vínculo laboral formal. Sin embargo, el Código de Trabajo establece que un contrato individual de trabajo se presume "*por el hecho de que una persona preste sus servicios a otra por más de dos días consecutivos. Probada la subordinación también se presume el contrato, aunque fueren por menor tiempo los servicios prestados*".⁹⁴ En efecto, esta presunción legal ayuda a que los empleados regidos por contratos verbales puedan reclamar sus derechos ante un tribunal.

Existen presiones fácticas que impiden a un trabajador exigir judicialmente sus derechos laborales. Por ejemplo, un trabajador puede temer presentar una demanda contra su empleador por posibles represalias; por ejemplo, la inclusión de su nombre en una "lista negra" que lo señale como "problemático" y le imposibilite emplearse en otra empresa. Esto suele ocurrir frecuentemente en el sector maquilero, pues es un trabajo relativamente especializado con bastante coordinación entre los empleadores. Otra causa es la conveniencia o la necesidad del trabajador de aceptar una indemnización inferior —una cantidad "conciliatoria"— en lugar de seguir los largos y complicados trámites jurídicos que suponen el pago de un abogado y la poca certeza de obtener un resultado positivo. De hecho, la mayoría de las disputas sobre despidos no son resueltas por

⁹³ Cámara Segunda de lo Laboral. Sentencia de 3-IX-2001, 367.

⁹⁴ Código de Trabajo. Artículo 20.

los tribunales, sino de manera informal o en la reunión de conciliación entre las partes, que el juez de lo laboral está obligado a realizar al admitir la demanda.⁹⁵ Por ende, las y los defensores de derechos humanos en el ámbito laboral deben estar conscientes de las presiones que enfrentan las víctimas, para decidir conjuntamente cuál es la mejor alternativa.

Sin embargo, hay aspectos de la ley que intentan agilizar los trámites y que se pueden aplicar para favorecer al trabajador injustamente despedido, a pesar de las presiones extrajudiciales que afecten sus derechos. La ley señala que si el patrono no asiste a la audiencia conciliatoria o se manifiesta indispuerto a conciliar, se presumen ciertas las acciones imputadas a menos que existan suficientes pruebas en contrario.⁹⁶ Este requerimiento es un incentivo para que el empleador negocie de buena fe, pues el tribunal puede aplicar la presunción de las acciones imputadas si el patrono asiste a la audiencia conciliatoria sin ofrecer una cantidad realista.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en un caso tramitado ante la Sala de lo Civil, en el que la Corte ordenó a Ricardo de Jesús Salazar pagar una indemnización por despido injusto de Sergio Rubén Cea Martínez.⁹⁷ La Corte presumió como ciertos los hechos alegados por el demandante, debido a que la cantidad ofrecida por el patrono en la audiencia conciliatoria *“además de reputarse como inflexible (porque se mantuvo como único ofrecimiento), a criterio de la Sala adolece de equidad, por cuanto la cantidad ofrecida (3500 colones), no se comparece con el cálculo que podría resultar del tiempo de los servicios prestados”*.⁹⁸ En esta jurisprudencia se establece que el patrono no puede evitar su responsabilidad con una actitud recalcitrante, ofreciendo una indemnización muy por debajo de lo establecido por la ley. En este sentido, la audiencia conciliatoria no está diseñada para ser una mera formalidad; en realidad, aporta una oportunidad para recibir una indemnización significativa –aunque no completa– sin tener que completar el largo e inseguro proceso judicial.

⁹⁵ Ibid. Artículo 385.

⁹⁶ Ibid. Artículo 414.

⁹⁷ Sentencia de 29-X-2002, Sala de lo Civil, 480 Ca. 1ª Lab.

⁹⁸ Ibid.

Casos laborales

Con lo referido antes, es claro que el Órgano Judicial tiene herramientas para desarrollar jurisprudencia sobre el derecho a la estabilidad laboral. La Sala de lo Constitucional considera que el derecho al trabajo es una manifestación del derecho a la libertad y que, como tal, *“dicha libertad no pueda ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea por el Estado o por cualquier particular”*.⁹⁹ Así, la Sala reconoce la interrelación de los derechos humanos al establecer un vínculo entre el derecho al trabajo y el derecho individual a la libertad. También se incluye la estabilidad laboral dentro de esta relación al admitir que *“una violación a la estabilidad laboral implica de suyo una afectación en el ejercicio del derecho al trabajo que ostenta su titular”*.¹⁰⁰

En efecto, la estabilidad laboral, además de ser un derecho humano en sí mismo, está íntimamente relacionada a otros derechos humanos reconocidos como fundamentales según el máximo tribunal. En concreto, la Sala ha definido la estabilidad laboral de los empleados públicos como *“el derecho de conservar un trabajo o empleo y que dicha estabilidad es inevitablemente relativa, pues el empleado no tiene derecho a una completa inamovilidad, quedándole únicamente el pleno derecho de conservar su cargo sin limitación de tiempo, siempre que concurren factores como los siguientes: que subsista el puesto de trabajo; que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; que el cargo se desempeñe con eficiencia; que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido; que subsista la institución para la cual se presta el servicio y que además, el puesto no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política”*.¹⁰¹

Esta jurisprudencia muestra que los trabajadores públicos gozan de una presunción de estabilidad laboral y que sólo pueden ser despedidos, justamente, al cometer faltas laborales establecidas por la ley.

⁹⁹ Sentencia de 30-IV-2002, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 232-2001.

¹⁰⁰ Sala de lo Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad 3-93.

¹⁰¹ Sentencia de 30-IV-2002, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 232-2001.

Debe mencionarse, también, que la Sala de lo Contencioso Administrativo ha ampliado su jurisdicción para cubrir un rango adicional de casos laborales entre las y los servidores públicos. Es importante reconocer que, además de las razones existentes para proteger la estabilidad laboral de todas y todos los trabajadores, la Corte estableció para las y los empleados públicos la existencia de una más: *“deben neutralizarse las denominadas políticas de despojo, esto es, obligar al servidor público a responder a intereses partidarios por el temor a la destitución, cesación o despido”*.¹⁰² Era trascendental, entonces, que la Sala de lo Contencioso Administrativo extendiera su jurisdicción para conocer la legalidad de las resoluciones emanadas por el Tribunal de Servicio Civil.¹⁰³

Así las cosas, la Sala admitió una demanda interpuesta por un empleado público tras su suspensión debido a la supuesta supresión de su plaza, pese a que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en ese momento lo prohibía. La Sala falló señalando que la disputa era puramente administrativa. *“En un Estado de Derecho –determinó– no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados defender ante el Órgano Judicial sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alegadas de la Ley”*.¹⁰⁴ El hecho de que la Sala haya decidido analizar el derecho y las obligaciones en su totalidad en lugar de enfocarse simplemente al texto de la ley, lo cual hubiera impedido la justicia en esta ocasión, significa que un grupo substancial de empleados públicos cuenta con un nuevo mecanismo para exigir se respeten sus derechos laborales. Este ejemplo sirve para mostrar cómo la Corte fue capaz de fallar progresivamente, para aumentar la justiciabilidad del derecho a la estabilidad laboral.

En algunas ocasiones, al conocer en casación casos laborales, la Sala de lo Civil ha hecho algunas consideraciones interesantes. Así condenó a un patrono a indemnizar a un trabajador por despido injusto, no obstante la inconsistencia en la manifestación del demandante acerca del lugar donde ocurrió el despido;¹⁰⁵ éste confundió el lugar donde ocurrió el despido con la dirección señalada

¹⁰² Sentencia de 25-IV-2000, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 938-99.

¹⁰³ Sentencia de 26-V-2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 24-0-98.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Sentencia de 23-VII-2002, Sala de lo Civil, 432 Ca. 2ª Laboral.

para el emplazamiento. Debido a ello, la Cámara de lo Laboral revocó la indemnización ordenada por el Juez, apoyándose en el argumento de que el cambio de datos modificó la demanda con respecto a los hechos de despido y, por ende, no operaban las distintas presunciones que se dan cuando la parte demandada no asiste a la audiencia revocatoria.

Entonces, la Cámara rechazó el derecho a la indemnización del trabajador teniendo como base un error técnico e insignificante. La Sala, sin embargo, confirmó la resolución del Juez de lo Laboral, estableciendo correctamente que *“la sola circunstancia que el demandante haya reformado el lugar señalado para emplazar a la patrona demandada, por el motivo descrito en autos, de ningún modo significa que los hechos que sirven de fundamento a la pretensión indemnizatoria, por el despido de hecho que fue objeto, también deban considerarse modificados”*.¹⁰⁶ Se puede decir que la Sala tomó la única posición lógica que permitían estas circunstancias.

No hubiera valido la pena narrar este caso si la Corte no hubiese fundamentado su decisión en un razonamiento que sentó jurisprudencia valiosa. La Sala manifestó que *“el surgimiento del derecho procesal del trabajo ha sido sólo una etapa dentro de la vasta obra de política legislativa de amparo al trabajador y el aseguramiento de ciertos resultados mínimos de justicia, en este tipo especial de relación jurídica, en la cual está en juego la más noble de todas las sustancias del derecho: la dignidad humana. Por esa razón, en el estado actual de las cosas, sólo basta decir que la finalidad del procedimiento es la efectividad de los derechos consagrados en la ley de fondo o sustancial; de ahí que la interpretación, fuere auténtica, doctrinal o judicial, debe estar presidida por el sano criterio de la favorabilidad; es decir, que permita elegir la norma que salvaguarde mejor el derecho y ofrezca mayores garantías para su efectivo ejercicio y por el obligado respeto a la persona humana.”*¹⁰⁷

En este sentido, la vinculación de las protecciones del trabajador con la dignidad humana hace posible una interpretación que establece el contenido sustancial del derecho a la estabilidad laboral, por encima de las formalidades que pueden obstaculizar su pleno goce.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

En materia de estabilidad laboral, la Sala de lo Contencioso Administrativo también ha sido una fuente importante de jurisprudencia al establecer protecciones para los trabajadores contra despidos injustos. Por ejemplo: en una demanda presentada ante esta Sala, el profesor Minero Minero impugnó la decisión en su contra del Tribunal de la Carrera Docente —que sostenía el despido por causa de inasistencia a sus labores— y obtuvo su reinstalación por resolución de la Corte.¹⁰⁸ En este caso, el peticionario fue despedido por no haber asistido a su trabajo durante diecisiete días, a raíz de una lesión en su tobillo; eso lo comprobó mediante constancia médica. Por lo tanto, se debía determinar si ese hecho constituía un justo impedimento para no laborar ese período.

La Sala se valió del artículo 229 del Código de Procedimientos Civiles, el cual establece la exoneración de obligaciones para el impedido por justa causa, y del artículo 105 de la Carrera Docente, el cual autoriza la aplicación supletoria de las normas de Derecho común.¹⁰⁹ Habiendo establecido esa base jurídica, la Sala definió el principio de justo impedimento englobando la noción de caso fortuito y fuerza mayor. El primero de estos términos fue definido como *“el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Se trata por consiguiente de hechos naturales inevitables que pueden ser previstos o no por el deudor, pero a pesar que los haya previsto no los puede evitar, y que impiden en forma absoluta el cumplimiento de la deuda, constituyen una imposibilidad física insuperable”*.¹¹⁰

La fuerza mayor se define como *“el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación”*.¹¹¹ Esta jurisprudencia es clave para la justiciabilidad de la estabilidad laboral, pues los principios establecidos protegen contra el despido en casos de imposibilidad física para asistir al lugar de trabajo, cuando es por causa ajena. Además, la Sala de lo Constitucional ha establecido el derecho al debido proceso como protección

¹⁰⁸ Sentencia de 17-V-2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 165-M-99.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

esencial frente a violaciones del derecho a la estabilidad laboral, en referencia a los empleados públicos. En un caso presentado por varios agentes policiales que fueron despedidos por distintas razones, esa Sala los amparó porque sus despidos se realizaron sin respetar las garantías procesales establecidas en la Constitución.¹¹²

La Sala dictó que cuando requiere la justificación de un acto impugnado como violatorio de derechos, como en el caso de un despido, no interesan para efectos de un proceso constitucional de amparo *“las causas que dieron origen al mismo, sino el que se justifique la constitucionalidad del acto; para el caso de una destitución, esto se refiere al seguimiento de un proceso legal y constitucionalmente configurado previo a la separación de un empleado de su cargo, pues no obstante que esta Sala comprende que en algunas ocasiones los empleados pueden ser protagonistas de graves conductas que justifiquen plenamente su despido, esto no constituye un motivo para que la autoridad competente se apresure a separar al servidor público omitiendo seguir el proceso que por obligación constitucional debe diligenciar”*.¹¹³

Dicho de otra manera: no obstante existir causa justa bien establecida, el despido es ilegal si no se siguen los procesos requeridos por la ley. Aunque en el último ejemplo, por tratarse de agentes policiales el proceso idóneo se establecía bajo la Ley de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, pues los empleados públicos bajo el régimen de la Ley de Servicio Civil cuentan con sus propias garantías procesales con relación al derecho a la estabilidad laboral.

Las posibilidades de esta garantía también se aplicaron en otro caso dentro de la Sala de lo Constitucional, cuando un empleado presentó un recurso de amparo por haber sido despedido como Síndico Municipal de la Alcaldía de Ciudad Delgado sin procedimiento previo.¹¹⁴ Lo interesante de este caso es que el empleado se encontraba en la singular situación de no estar bajo el régimen de la carrera administrativa, ni tampoco bajo el de

¹¹² Sentencia de 30-IV-2002, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 232-2001.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Sentencia de 1-VI-2000, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 301-99.

la Ley de Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, ni por ninguna otra ley que especificara el proceso a seguir para cumplir con los requerimientos de audiencia establecidos en el artículo 11 de la Constitución.

Sin embargo, la Sala determinó que *“el vacío legal que supone la no consagración de un procedimiento específico para conocer y decidir sobre la destitución de un Síndico Municipal, de ninguna manera significa que aquélla pueda producirse sin previo procedimiento, sino que corresponderá a la entidad estatal competente para decidir la cuestión, aplicar directamente la Constitución, siguiendo un procedimiento que garantice el derecho de audiencia y de defensa”*.¹¹⁵ Por lo tanto, la obligación constitucional supedita las regulaciones y las leyes secundarias que gobiernan las distintas instituciones del sector público.

Los requerimientos del debido proceso han sido desarrollados con mayor profundidad y detalle en la jurisprudencia de la Corte. No obstante los procedimientos específicos pueden variar de caso en caso, la Sala de lo Constitucional afirmó que en lo relativo a despidos el artículo 11 de la Constitución requiere, al menos, otorgar *“al interviniente la posibilidad de exponer sus razonamientos, controvertir la prueba en su contra y defender su derecho de manera plena y amplia”*.¹¹⁶ Esta salvaguarda se debe a que la retención de un trabajo público se encuentra incluida bajo los derechos a la libertad, a la propiedad y posesión, y a los demás protegidos por el artículo 11, los cuales no pueden ser privados sin previo juicio con arreglo a la ley.¹¹⁷

Este es otro ejemplo de la vinculación, reconocida por la Corte, entre el derecho al trabajo y los derechos humanos civiles y políticos. No obstante esta exigencia, el valor instrumental de tal garantía normalmente es limitado pues no prohíbe el despido sino que solamente requiere de una audiencia, que con frecuencia en la práctica se vuelve una simple formalidad. Sin embargo, la aplicación de este derecho en casos de despidos laborales ofrece una protección efectiva contra el despido injusto, ya que al no haber ocurrido

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Sentencia de 30-IV-2002, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 232-2001.

¹¹⁷ Constitución de la República. Artículo 11.

la audiencia las víctimas tienen derecho a una indemnización desde el momento del despido. Por tanto, queda claro que además de las protecciones sustantivas también existen garantías procesales que protegen la estabilidad laboral de las y los trabajadores públicos.

A pesar de estos logros, las debilidades de la legislación laboral y la falta de voluntad política por parte de los funcionarios públicos encargados de darles fuerza, propician que en la mayoría de despidos no se emita una resolución respetuosa de los derechos de las víctimas. La realidad es que, debido a las presiones ya explicadas, muy pocos casos llegan hasta la finalización del proceso judicial ante la Corte Suprema.

La organización estadounidense “Human Rights Watch” publicó un informe en el cual presentan ocho casos donde fueron violados los derechos laborales, incluyendo el derecho a la estabilidad laboral, debido a las deficiencias señaladas en el sistema salvadoreño. Estos casos relatan el despido injusto en Lido S.A. de C.V., Confecciones Ninos S.A. de C.V., Aeropuerto Internacional El Salvador, Anthony Fashion Corporation S.A. de C.V., la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, el Sindicato de Industria de Trabajadores de las Comunicaciones, Tainan El Salvador S.A. de C.V. y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS).

Dichos casos incluyen actos ilegales de empresas privadas y estatales así como de nacionales y extranjeras. Cabe incluir un breve resumen de algunos de estos casos como muestra de las estrategias de los patronos que enfrentan los trabajadores de los diferentes sectores, al reclamar sus derechos laborales judicialmente.

Lido S.A. de C.V. despidió a 63 trabajadores sindicales, incluyendo a once dirigentes, en el transcurso del 2002 por haber dejado de laborar como protesta sobre una disputa acerca de la aplicación de una cláusula del contrato colectivo de trabajo.¹¹⁸ Los despidos fueron realizados prohibiendo el ingreso del personal al centro laboral con guardias de seguridad de la empresa y no a través de una explicación oral o escrita por parte del patrono.

¹¹⁸ Op.Cit. OIT. *Indiferencia Intencionada*, p.40.

En la resolución de este caso, las y los trabajadores no tuvieron éxito al solicitar una inspección de la situación por parte del Ministerio de Trabajo hasta que fueron acompañados por representantes de la PDDH. Las dos inspecciones realizadas no arrojaron una conclusión sobre la legalidad de los actos del empleador, pero fueron complementadas con quejas individuales en los juzgados laborales y el inicio de un proceso de mediación ante la Dirección General de Trabajo. Aunque la empresa ofreció indemnizar a los despedidos con el 100% de su indemnización y pagarles todo el sueldo así como los beneficios a los dirigentes sindicales hasta el fin de su fuero, condicionaba esta oferta con la renuncia del derecho a demandar legalmente a la empresa sin ofrecer la reinstalación de las y los trabajadores, lo que tendría muy graves consecuencias para la existencia del gremio.

Con igual fin, otros trabajadores fueron presionados por la Dirección General de Inspección de Trabajo para recibir su indemnización firmando cartas “aceptando” que habían renunciado y no existía despido alguno. Finalmente y sin sorpresas la totalidad de trabajadores, dirigentes sindicales y afiliados aceptaron la “oferta” de Lido S.A. de C.V. Con tales medidas otros treinta y seis trabajadores renunciaron a su afiliación sindical y así se vulneró la estabilidad laboral del personal de la empresa. Como este caso muestra, las y los trabajadores que fueron injustamente despedidos pueden lograr justicia con la ayuda de abogados y organismos como la PDDH y organizaciones sociales. Sin embargo, los derechos sindicales son debilitados pese a ser tan necesarios para garantizar la estabilidad laboral de los demás trabajadores.

En el caso de Confecciones Nino, los despidos fueron realizados con el cierre de la empresa como represalia por la actividad sindical.¹¹⁹ Tras un largo proceso repleto de ilegalidades por parte de la empresa, se suspendió la producción alegando que faltaba materia prima. Cuando la empresa abrió nuevamente sus puertas, tres meses después, casi todos los trabajadores eran nuevos y ninguno pertenecía al sindicato. Debido al cierre de esta empresa, la mayoría de las y los trabajadores renunciaron y negociaron individualmente una indemnización que oscilaba entre el 30

¹¹⁹ Ibid., p.44.

y 40% de lo establecido por la ley. Sin embargo, Confecciones Nino no negoció con el personal sindicalizado al que calificó de “traidor”.

Aunque un buen número aceptó el 50% del monto adeudado como indemnización durante el proceso de conciliación judicial, cinco trabajadores rechazaron la oferta optando por presentar demandas judiciales. Estos cinco trabajadores recibieron un fallo favorable, pero la empresa no pagó la indemnización dictada alegando falta de dinero, para facilitar el pago, el tribunal embargó doce máquinas de la empresa con el objeto de venderlas y cumplir la sentencia. Sin embargo, más de un año después del veredicto las máquinas todavía no se han vendido y no se ha compensado a nadie. Lo que pareció un éxito en la aplicación de las leyes laborales, terminó siendo otro ejemplo del poco incentivo en la práctica para que un trabajador inicie y finalice un proceso judicial por despido injusto.

El caso de los trabajadores del Aeropuerto Internacional de El Salvador inició en septiembre del 2001. Fueron cincuenta y cinco despidos en el área de seguridad y almacenamiento de carga; la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA) los sustituyó con agentes policiales y militares, después de los ataques terroristas en los Estados Unidos de América.¹²⁰ Más allá del pretexto de la “seguridad”, se puede decir que esa medida se adoptó también por razones antisindicales ya que el 92% de los miembros de la asociación fueron cesados; en cambio, sólo el 54% de los trabajadores no sindicalizados resultó afectado. El sindicato acudió a varias instituciones estatales, incluyendo la demanda ante un juzgado de lo civil por la suspensión ilegal y la presentación de una solicitud de inspección ante la Dirección General de Inspección de Trabajo.

Asimismo, este caso provocó la emisión de resoluciones de la PDDH y el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Ante estas autoridades, la CEPA defendió la suspensión de esos trabajadores aludiendo razones de “fuerza mayor”. Sin embargo, en esta ocasión no hubo fuerza mayor pues los servicios que prestaban los trabajadores nunca fueron interrumpidos, sino que sólo se sustituyeron a las personas que los prestaban. Después de todo, la mayor parte del personal renunció poco después del inicio de

¹²⁰ Ibid., p.47.

las suspensiones tras un acuerdo para recuperar su indemnización declinando su derecho de demandar al empleador.

Quienes no aceptaron este acuerdo, llegaron a otro en febrero del año siguiente mediante el cual recuperaron el 150% del pago indemnizatorio y formaron una cooperativa para proveer servicios a la terminal aérea. De esta manera, los objetivos antisindicales de la CEPA se lograron ya que los miembros de esta cooperativa –como subcontratados y no empleados directos– no tienen derecho a afiliarse al sindicato. Por tanto, se ve con claridad que los empleadores estatales también recurren a artimañas jurídicas para vulnerar la estabilidad laboral de sus empleados.

Anthony Fashions es un caso que también surgirá en el apartado sobre derechos a la pensión, ya que los despidos se realizaron como represalias contra reclamos por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad social por parte del empleador. El dueño de la fábrica amenazó con remover y vender las máquinas de la fábrica para evitar el eventual pago de indemnizaciones, lo que fue evitado con la solicitud de una inspección para inventariar las máquinas e impedir su remoción. Sin embargo, lo más sobresaliente fue la total falta de voluntad mostrada por los inspectores quienes no cumplieron con su deber de manera imparcial. Aunque se realizaron varias inspecciones, los encargados no se pronunciaron sobre la legalidad de los actos en cuestión pese a que dicho dictamen se encontraba dentro de sus potestades.

Además, el Ministerio de Trabajo también negó a las y los trabajadores una copia de los resultados de la inspección, en presencia de representantes de la PDDH. Finalmente, los trabajadores presentaron más de 320 quejas en los juzgados laborales; en su mayoría, éstas fueron desestimadas porque los demandantes no pudieron ser localizados. Además, se afirma que los nombres de las y trabajadores han sido colocados en “listas negras” para dificultarles encontrar nuevos empleos.

En resumen, el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores salvadoreños se vulnera tanto por deficiencias en las leyes laborales como por la falta de voluntad política para aplicarlas. La normativa ignora

completamente las presiones fácticas que impiden a las y los trabajadores el ejercicio de sus derechos y acciones legales. Las leyes tienen que ser modificadas para garantizar una protección eficaz contra la intención patronal de convertir el proceso de conciliación en un medio de presión; la posición de desventaja del trabajador ante el empleador obliga a aquél a aceptar una indemnización muy por debajo de lo establecido legalmente. Asimismo, resulta claro que se deben crear nuevos mecanismos para asegurar el pago de la indemnización.

Por otro lado, los inspectores del Ministerio de Trabajo debilitan el proceso al no realizar las inspecciones con la rapidez requerida ni de manera imparcial, aceptando los hechos como los relata el patrono sin —por lo menos— entrevistar a los trabajadores que se quejan y negándoles el acceso a la información sobre su caso. De igual manera, los jueces de lo laboral actúan de manera inconsistente pues a veces ignoran y otras respetan la presunción a favor del trabajador, la cual se encuentra establecida en el Código de Trabajo y demás leyes laborales.

El derecho a la salud en El Salvador

El PIDESC establece “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.¹²¹ Para su cumplimiento, se entiende que el Estado tiene una obligación mínima de asegurar el acceso a servicios de salud a toda la población, sin discriminación pero con atención especial hacia los sectores marginales y más vulnerables.¹²²

El PIDESC¹²³ enumera cuatro obligaciones relacionadas con el derecho a la salud: a) la reducción de la mortalidad y la mortalidad infantil, así como el sano desarrollo de la niñez; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, así como la lucha contra éstas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos

¹²¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12.

¹²² Protocolo de San Salvador, artículo 10

¹²³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12.

en caso de enfermedad. En el ámbito regional, el Protocolo de San Salvador contiene puntos similares, agregando *“la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”*.¹²⁴ En efecto, el derecho a la salud requiere de la acción estatal a través de medidas preventivas y no sólo en el tratamiento de enfermedades; también de medidas diseñadas para solucionar los problemas de salud que afectan a la población en general o a un segmento grande, y no sólo con el tratamiento de casos individuales.

Asimismo, el Estado debe asegurar el cumplimiento de varios aspectos indispensables para el mantenimiento de la salud. El Comité de DESC ha afirmado que el derecho a la salud *“no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud”*.¹²⁵ Si no se satisfacen todas estas necesidades, es imposible que existan las condiciones para afirmar que el Estado cumple su deber de respetar, proteger y promover el derecho a la salud, aun en un país en desarrollo y con escasez de recursos.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, las condiciones de salud de la población salvadoreña han mejorado en cierto sentido, igual que en otros países de la región y el mundo; ello debido a los avances científicos y tecnológicos. Esta tendencia se muestra con mayor claridad en el aumento de la esperanza de vida de la gente. Al principio de los años

¹²⁴ Protocolo de San Salvador, artículo 10, incisos e) y f).

¹²⁵ Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, párrafo 11.

cincuenta, durante el recién pasado siglo, los hombres tenían una esperanza de vida de sólo 44.1 años y las mujeres tenían de 46.5;¹²⁶ ahora, en cambio, la esperanza de vida es de 70.4.¹²⁷

Una vida más larga significa que de alguna manera se han mejorado los métodos para combatir ciertas enfermedades y se han superado otras condiciones que causan la muerte pronta. Sin embargo, ese progreso alcanza todos los rincones del planeta de manera igualitaria; en algunas latitudes los sistemas de salud han avanzado mucho a raíz de las innovaciones científicas y tecnológicas.

Las deficiencias en casi todas las áreas de salud indican que El Salvador todavía no ha llegado a un punto en el cual los ciudadanos gocen del más alto nivel posible en esta materia. Tampoco se observa que el Estado dedique el máximo de los recursos disponibles para resolver los problemas. Por ejemplo, los 378 muertos por la neumonía en el 2003 y los 31 muertos por dengue en el 2002 muestran *“la incapacidad y la falta de estrategias y tácticas claras para enfrentar las enfermedades epidémicas”* por parte del Estado.¹²⁸ Otra situación grave que persiste es la marcada diferencia entre las condiciones de quienes habitan zonas rurales y quienes viven en zonas urbanas.

En todas las categorías de desarrollo humano, las personas que residen en el campo se encuentran frente a una desventaja significativa al compararlas con las que están en las ciudades. Existe una evidente discriminación que atenta contra el derecho a la salud de quienes residen en el campo. El Estado no ha podido promover las medidas necesarias para garantizar la salud; así, violenta este derecho de manera permanente pues cada día mueren personas por falta de medicina o asistencia médica oportuna.

¹²⁶ Meléndez, Carlos Alberto y Guerrero, Luis Alberto. *Medio ambiente y salud a la niñez*, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, 2003, p.19.

¹²⁷ Naciones Unidas. *Indicadores de desarrollo humano*, 2001, p.239, <http://www.undp.org/hdr2001/spanish/>

¹²⁸ García, Rafael. *“Un año de buenas calles”*, La Prensa Gráfica, 28/12/03, p.9.

El derecho a la salud en El Salvador se ampara constitucionalmente en los artículos 1, 65, 66 y 67 de ese documento. El artículo 1 establece que es la obligación del Estado garantizar “*el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social*” a los habitantes del país.¹²⁹ Pese al deplorable estado actual de los servicios de asistencia médica y prevención de enfermedades, la importancia de este derecho es confirmado por la Carta Magna al establecerlo en su primer artículo. La obligación más concreta delimitada en la Constitución referente al mismo se encuentra en el artículo 66, que obliga al Estado a proporcionar “*asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, a los habitantes en general cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible*”.¹³⁰ Esta disposición condiciona la atención sin costos para la persona interesada, únicamente cuando ésta no pueda obtenerla por sus propios medios. Por tanto, la Constitución contiene protecciones generales y ambiciosas en cuanto a esta prerrogativa.

Sobre la base de dichos principios constitucionales, se erige una complicada red de normas e infraestructura burocrática que regula el derecho a la salud en El Salvador. En las leyes secundarias, este derecho está protegido principalmente por el Código de Salud decretado en 1988 y reformado más de diez veces desde entonces.¹³¹ En cuanto a las instituciones estatales, el sector público cuenta con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS), el Instituto Salvadoreño de Rehabilitación Integral (ISRI), Bienestar Magisterial, Sanidad Militar y el Instituto Salvadoreño de Seguro Social (ISSS).¹³²

El MSPAS divide sus centros de asistencia según los tres niveles de atención médica que proporciona. El primero de éstos lo forman todos los centros rurales de nutrición así como las casas y unidades de salud; sus objetivos son el cuidado preventivo y otros servicios de baja complejidad.¹³³

¹²⁹ Constitución de la República, artículo 1.

¹³⁰ Ibid. Artículo 66.

¹³¹ Op.Cit. Meléndez y Guerrero, *Medio ambiente y salud a la niñez*, p.28.

¹³² Organización Panamericana de Salud. *Perfil del sistema de servicios de salud de El Salvador*, junio del 2001 p.5. <http://www.americas.health-sector-reform.org/spanish/els-presp-2edmod.pdf>

¹³³ Ibid. P.6.

En el segundo nivel se encuentran los hospitales nacionales, tanto los periféricos como los generales y centrales, que ofrecen programas preventivos y servicios que requieren internamiento. El tercero y último nivel está compuesto por los nosocomios de especialidades que se dedican a servicios curativos más técnicos. Estas son las entidades a las que puede acudir la población en general necesitada de atención médica. Por otro lado, los empleados estatales o trabajadores de patronos privados que han cotizado para este fin, tienen derecho a prestaciones en el ISSS. Este sistema cubre un segmento más pequeño de la población, ya que no abarca las personas desempleadas o del sector laboral informal.

Sin embargo, las protecciones al derecho a la salud consagradas en la Constitución y en las leyes secundarias del país no siempre corresponden a la realidad social en que vive la mayoría de las y los salvadoreños. Por ejemplo, las personas cuya atención médica cubre supuestamente el ISSS no siempre pueden acudir a las instalaciones del mismo, pues esta institución no está presente en 109 de los 262 municipios del país; eso conlleva que una gran cantidad de las personas que deberían ser protegidas por el Seguro Social, se vean obligadas a solicitar atención en las Unidades de Salud Pública.¹³⁴ Obviamente, esta falta de cobertura viola el derecho a la salud adquirido por los asegurados del ISSS, quienes cotizan para ser tratados en instalaciones de esa dependencia.

Pero este fenómeno también afecta negativamente el derecho a la salud de la mayoría de la población que se encuentra sin seguro médico, ya que su absorción por el sistema público agota tanto recursos físicos como monetarios para proporcionar atención médica al resto de la ciudadanía. Dicho de otra forma: aquellos medios que pudieran dedicarse a la ayuda de pacientes sin seguro, se consumen tratando asegurados que deberían ser atendidos en las instalaciones del ISSS. Las consecuencias negativas de esta situación para el derecho a la salud, se confirman al comprobar que por lo menos 20% de las consultas realizadas por las Unidades de Salud son de pacientes asegurados.¹³⁵ Para salvaguardar el derecho a la

¹³⁴ “Seguro Social no Cubre a 109 Municipios”, La Prensa Gráfica, 7/12/03, p.2.

¹³⁵ Calles, Camila. “Salud pasa la factura al ISSS por consultas a asegurados,” La Prensa Gráfica, 7/12/03, p.2.

salud, el Estado debe dar los pasos necesarios para garantizar que los asegurados del ISSS tengan acceso a las instalaciones, sin importar su ubicación geográfica.

Otro problema con el ISSS, tratándose de la asistencia médica, es el de las trabas burocráticas que un paciente debe superar frecuentemente. Esta tendencia se constata con declaraciones hechas por funcionarios de la Cruz Roja y de los Comandos de Salvamento; éstos afirman preferir llevar a un paciente en mala condición a los hospitales nacionales, ya que en los centros del ISSS no los atienden pese a que estén en estado grave, si no tienen en perfecto orden todos sus papeles.¹³⁶ Queda claro que el ISSS tiene que ampliar su cobertura y desarrollar mecanismos más efectivos para identificar inmediatamente a las y los derechohabientes de esa institución, para proporcionarles los servicios por los cuales han cotizado. Mientras tanto, la ineficiencia y pobre cobertura del Seguro Social atenta directamente contra el derecho a la salud de sus afiliados e indirectamente contra el resto de la población.

Una práctica común que atenta contra el derecho a la salud de la población salvadoreña más pobre es la exigencia de “cuotas voluntarias” en los entes de salud pública. Dichas cuotas fueron supuestamente eliminadas mediante Decreto Ejecutivo en el tercer año del gobierno del presidente Francisco Flores; pero éstas todavía se cobran a través de comités ciudadanos ubicados en las afueras de las clínicas.¹³⁷ El Estado recibe más de \$7 millones anuales de ingresos por esta vía.¹³⁸ El Ministro de Salud señala que estas cuotas son necesarias, ya que el costo de los servicios proporcionados es mucho mayor a lo cobrado a los pacientes y un segmento importante de los usuarios de estos servicios pueden pagar más que lo establecido.¹³⁹ Como muestra de que no todos los clientes de los servicios de salud pública necesitan el subsidio estatal, el Ministro

¹³⁶ “Cuerpos de Socorro prefieren el Rosales” La Prensa Gráfica, 7/12/03, p.3.

¹³⁷ Op.Cit. García, Rafael.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Sánchez, Margarita. “No sólo los pobres acuden a los sanatorios estatales”, El Diario de Hoy, 4/10/2003. <http://www.elsalvador.com/noticias/2003/10/04/nacional/nacio16.html>

calcula que el 40% de la población cuyo salario es de por lo menos siete mil colones, acude al sistema de salud público cuando se enferman.¹⁴⁰

Si bien pedir una cuota a las personas que pueden contribuir no viola ni la Constitución ni el derecho a la salud, hay un problema: que las cuotas en realidad no son voluntarias, ni se exigen sólo de los clientes que tienen la capacidad de pagarlas. El uso continuado de estas prácticas ya generó pugnas entre los partidos de oposición en la Asamblea Legislativa y el gobierno. La Asamblea aprobó el 13 de octubre del 2003 el Decreto 156, cuyas Normas Especiales de Garantía en Acceso a los Servicios de Salud Pública Prestados en los Establecimientos de Salud Vinculados al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, eliminaban las “cuotas voluntarias” en los hospitales públicos y unidades de salud.¹⁴¹

Sin embargo, el Ejecutivo vetó esta iniciativa pese a que accedió a eliminar cuotas parecidas en los centros escolares públicos. El Estado demostró que seguirá ignorando sus obligaciones establecidas en tratados internacionales y en la Constitución, mientras permita la exigencia de una contribución económica a las personas pobres como condición para brindarles servicios de salud.

Pese a la disparidad entre los derechos establecidos por la ley y la situación real en que vive la mayoría de la población salvadoreña, la legislación secundaria del país ha evolucionado al ir concretando las obligaciones de las instituciones encargadas de la salud. Por ejemplo, las reformas hechas a la Ley de Seguridad Social en los años ochenta del siglo recién pasado otorgaron cobertura en el ISSS a los dependientes de las y los trabajadores incorporados en ese sistema.¹⁴² La extensión de este derecho a cónyuges, hijos e hijas de los cotizantes fue un avance importante en el ejercicio del derecho a la salud, pero estas reformas no son suficientes para aliviar las graves carencias en la materia. Tomando esto en cuenta, el gobierno salvadoreño ha reconocido en la última

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ García Dueñas, Laurí. “Presidente veta supresión de las cuotas voluntarias”. El Diario de Hoy, 22/10/2003. <http://www.elsalvador.com/noticias/2003/10/22/nacional/nacio12.html>

¹⁴² Alvarenga, Ligia. *A cinco años de la reforma de pensiones en El Salvador y su impacto en la equidad de género*, Serie Mujer y Desarrollo 43, CEPAL, p.28.

década la necesidad de reformar sustancialmente el sector de salud. Sin embargo, el resultado de este reconocimiento ha sido una aglomeración de propuestas y planes de acción elaborados por varios comités o consejos de carácter oficial, en los que se abordan varios puntos vagos y repetidos. Por lo tanto, es difícil distinguir un proyecto sistemático e integral diseñado para solucionar las serias deficiencias del sistema nacional.

La elaboración de dicho proyecto es necesaria para desenmarañar la reforma del sector salud. En 1996 el gobierno presentó el “Plan de Modernización del Sector Salud”, como un documento cuyo propósito era servir de guía para una reforma integral.¹⁴³ Ese Plan establecía que las reformas se realizarían en tres fases. La primera, diseñada para ser implementada entre 1995 y 1999, abordaba la modernización institucional. La segunda fase se planteó para el período de 1999 al 2004; trata de la modernización del sector y la consolidación de la primera fase. Por último se encuentra la tercera fase, consistente en la consolidación del proceso de modernización del sector prevista a efectuarse entre el 2004 y el 2009.

El MSPAS comenzó la reforma institucional reorganizando sus cinco instancias regionales y convirtiéndolas en dieciocho direcciones departamentales.¹⁴⁴ Esta acción era parte de la descentralización, elaborada en el programa de gobierno para reformar el sector salud. Durante su campaña electoral, Francisco Flores ofreció un programa denominado la “Nueva alianza para la salud” para el período presidencial de 1999 al 2004; ésta incluía como sus principales ejes los siguientes tres: reforma del sector salud para construir un sistema nacional equitativo, eficiente, eficaz y participativo; descentralizar e introducir incentivos de mercado en la provisión de servicios de salud; e incentivar proyectos locales de promoción de salud, prevención de enfermedades, y saneamiento básico y ambiental, que promuevan la participación organizada de la comunidad y los gobiernos locales.¹⁴⁵

¹⁴³ Op.Cit. Organización Panamericana de Salud. *Perfil del sistema de servicios de salud de El Salvador*, p.5.

¹⁴⁴ Ibid. P.6.

¹⁴⁵ Ibid. P.1.

También se formó el Consejo Nacional de Reforma en Salud, liderado por el Ministro del ramo y compuesto por representantes del ISSS, organizaciones sociales, proveedores privados y distintos gremios.¹⁴⁶ Este Consejo culminó su trabajo publicando, en diciembre del 2000, la “Propuesta de Reforma Integral de Salud” con tres áreas claves: consolidar un modelo de atención basado en la promoción, la prevención y la atención primaria de la salud; institucionalizar la participación social como eje transversal del sistema de salud; y fortalecer la intersectorialidad en la respuesta social organizada a los retos en salud.¹⁴⁷

En el 2000 fueron creados los Sistemas Básicos de Salud Integral (SIBASI), y a través de ellos “*los establecimientos de salud se organizan en redes que se apoyan entre sí para fortalecer su capacidad de respuesta ante las necesidades de la población*”.¹⁴⁸ En ese marco se está intentando concretar las garantías para la realización de este derecho establecidas en el Código de Salud, la Constitución de la República y los tratados internacionales.

Los defensores del gobierno de Flores señalaron que la creación de estos grupos y la formulación de tales iniciativas, eran elementos que corroboraban la seriedad estatal para asumir sus obligaciones. Sin embargo, en la realidad, los beneficios de estos planteamientos siguen siendo sólo un marco teórico y el Ejecutivo ha hecho una enorme publicidad al respecto con claros fines políticos.

Por ejemplo: durante el mismo período en que se elaboraron estas reformas, los gastos del Estado en el sector de salud y en particular los gastos del MSPAS en medicamentos, mostraron una moderada tendencia al descenso¹⁴⁹ pese a vivir en un país donde las medicinas son muy escasas o inexistentes en los hospitales. Con medidas de este tipo, el

¹⁴⁶ Ibid. P.ii.

¹⁴⁷ Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. *Informe de El Salvador: Logros en promoción de la salud con respecto a los compromisos asumidos en la Declaración de México*, p. 7.

¹⁴⁸ Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. *Marco conceptual y operativo para el desarrollo del Sistema Básico de Salud Integral*, p.4.

¹⁴⁹ Op.Cit. Organización Panamericana de Salud. *Perfil del sistema de servicios de salud de El Salvador*, p.ii.

Estado viola su obligación de no-regresividad que se plantea en materia de DESC.

Es cierto que la reducción en gastos en un área particular no reindica necesariamente la regresividad en el goce de la categoría del derecho relacionado, ya que es posible aumentar la eficiencia de un servicio sin incrementar su costo. No obstante, dicho incumplimiento se puede afirmar debido a que en un área altamente técnica como la de salud suele ser difícil mantener el mismo nivel de servicio y cobertura con un presupuesto inferior. En la práctica, tampoco se han visto tendencias a la mejoría en el sistema de salud que pudieran justificar un gasto menor en este sector. En fin, aunque la formulación de un plan de acción es clave, sin un desempeño sincero no se puede decir que el Estado cumpla sus obligaciones respecto a la salud.

Los críticos de la actuación gubernamental en el sector salud, consideran al elenco de sus reformas y propuestas como intentos disfrazados de privatizar el sistema oficial. Esta preocupación tiene fundamento, tomando en cuenta que distintos conceptos como “descentralización” –utilizado dentro de la “Nueva alianza para la salud”– y “modelo de provisión mixta” –contenido en la Propuesta de Reforma Integral de Salud– se utilizan frecuentemente como eufemismos para la desnacionalización. También el papel central del sector privado en el funcionamiento de los SIBASI es indicador del movimiento hacia la privatización de los servicios de salud. Al presente, aun sin haber implementado explícitamente un programa sistemático de privatización, el 73% de los gastos en este rubro se pagan de los bolsillos de las y los salvadoreños en lugar de provenir de fondos estatales.¹⁵⁰ Este porcentaje es bastante alto, sobre todo para una sociedad en la que la mayoría de su gente vive con un presupuesto muy limitado sin posibilidad de ahorros para los gastos que pueden resultar de una enfermedad inesperada.

Los opositores a la privatización del sector argumentan que ésta conduciría inevitablemente a violaciones al derecho a la salud, pues la

¹⁵⁰ Centro para la Defensa del Consumidor. *Privatización de la salud... Consecuencias en la población salvadoreña*. <http://www.cdc.org.sv>

introducción de mecanismos de mercado en este ámbito derivarían a un acceso limitado de los servicios, a una mala calidad de la atención, y a la utilización de medicamentos y procedimientos limitados e ineficaces para los sectores más vulnerables de la población.¹⁵¹ La lógica de esta crítica se basa en el hecho de que la empresa privada tiene al lucro como su fin principal y que proporcionar servicios de calidad a los más pobres difícilmente puede rendir dichas ganancias. Por ejemplo, tiene poco sentido tratar profundamente la cura de un individuo si esa persona no tiene el dinero suficiente para pagar los caros tratamientos idóneos del caso. Por eso, existen importantes justificaciones que sustentan la posición de que el derecho a la salud sólo se puede satisfacer si el Estado mantiene su posición como principal proveedor directo de los servicios.

Aunque el Ejecutivo niega una política hacia la eventual privatización total del sistema nacional, la percepción de que oculta sus verdaderos propósitos condujo a la huelga del año pasado en la que médicos y trabajadores de salud del sector público protestaron contra una supuesta privatización inminente del mismo.

La lucha duró más de ocho meses, entre septiembre del 2002 y junio del 2003, y significó para las y los pacientes de las instituciones afectadas una seria limitación a su derecho a la salud.¹⁵² La coyuntura le costó al Estado un estimado de \$14 millones, lo que sirvió para pagar el plan de contingencia y para los salarios al ser resuelta la disputa.¹⁵³ Indudablemente, este monto se traduce en la pérdida de fondos que se hubieran utilizado en compra de servicios y medicamentos para las y los pacientes del ISSS. Por otro lado, el acceso a los servicios de salud fue limitado directamente por el escaso número de médicos disponibles y por las tomas de varios centros de salud.¹⁵⁴ Si bien los huelguistas tuvieron gran parte de la responsabilidad de estos hechos, consideran que éstos eran necesarios

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Giralt, Ana. "Fin a Huelga Partes Llegan a Acuerdo", El Diario de Hoy, 11/6/03. <http://www.elsalvador.com/noticias/2003/06/11/nacional/nacio21.html>

¹⁵³ "La Huelga más Larga y más Cara", El Diario de Hoy, 11/6/03. <http://www.elsalvador.com/noticias/2003/06/11/nacional/nacio22.html>

¹⁵⁴ Ibid.

para asegurar el derecho a la salud de la población a largo plazo. El Estado también tiene buena parte de la responsabilidad al permitir que la situación se deteriorara a tal punto y por tanto tiempo. En definitiva, el Estado no ha encontrado aún una solución viable y eficaz para la reforma del sector salud.

El derecho a un medio ambiente sano y la salud

Es importante comentar la situación actual en El Salvador del cumplimiento del derecho a un medio ambiente sano, el cual se encuentra altamente ligado al derecho a la salud. Este derecho, aparte de estar consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, es protegido por la Ley del Medio Ambiente emitida en 1998. Otras leyes secundarias previas, como la Ley Forestal para la Conservación y Protección de los Bosques, también operan para regular aspectos en la materia.¹⁵⁵ El derecho a un medio ambiente sano no se consagra explícitamente en la Constitución, pero por las razones ya expuestas se puede derivar su existencia de las protecciones relacionadas con la salud e igualmente desarrollar su tutela en el ámbito constitucional.

El nexo entre estos dos derechos se muestra a través de las cifras que establecen el impacto de las condiciones ambientales sobre la salud de la población. Por ejemplo, la cobertura de agua para consumo humano solamente llega al 27.29% de la población rural.¹⁵⁶ No es difícil imaginar las consecuencias para la salud de la falta de agua potable sobre la población afectada. En un tema relacionado, cada año mueren alrededor de doce mil niños y niñas menores de cinco años por causa de enfermedades diarreicas, las cuales en su mayoría se pueden vincular a la ingestión de agua o comida contaminada u otras condiciones insalubres.¹⁵⁷

Otro aspecto del medio ambiente que afecta gravemente la salud de la población es la contaminación del aire causada por las emisiones

¹⁵⁵ Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). *La situación de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador*, Impresos Maya, San Salvador, El Salvador, 2002, p.46.

¹⁵⁶ Op.Cit. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. *Medio ambiente y salud a la niñez*, p.6.

¹⁵⁷ Ibid. P.9.

vehiculares e industriales, agravada por la enorme densidad de población y la constante deforestación. El resultado es que las enfermedades de las vías respiratorias han llegado a ser la primera causa de morbilidad en todas las categorías de edades para las y los niños hasta los diecinueve años, la segunda causa de mortalidad entre las y los niños menores de un año, y la primera causa de mortalidad en las y los niños menores de cinco años y de los cinco a los diecinueve.¹⁵⁸

Las enfermedades que caben dentro de esta clasificación, aumentan en frecuencia cada año. Por lo tanto, la desprotección al medio ambiente en el país ha resultado en graves violaciones al derecho a la salud.

Lastimosamente, estas violaciones suelen ser precisamente las menos justiciables en el ámbito jurídico pues son de índole casi puramente social, lo que dificulta su concreción en casos particulares donde las víctimas se pueden amparar legalmente y exigir medidas concretas para solucionar su problema. Es posible exigir al Estado sanciones a empresas individuales que violan decretos ambientales o preservar una parcela de tierra forestada, pero casi imposible exigirle —a través de medios judiciales— que se reduzca la cantidad de emisiones contaminantes de los numerosos vehículos que se encuentran en el país o que se reforesten suficientes áreas para reparar los daños de doce años de guerra, de la sobrepoblación y de la industrialización del país sobre las zonas verdes.

Casos sobre salud

Importantes contribuciones a la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud, se han derivado de casos respecto a los pacientes portadores del VIH/SIDA y su derecho a recibir medicamentos por parte del Estado. Algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esta área han señalado una disponibilidad tentativa de usar conceptos internacionales de los DESC, para interpretar los derechos civiles y políticos consagrados en la Constitución. Por ejemplo, la Sala de lo Constitucional ha reconocido sobre el derecho a la vida que *“el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la*

¹⁵⁸ Ibid. P.12.

*sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna».*¹⁵⁹ Sin embargo, hasta el momento, la Corte no ha utilizado esta interpretación integral para darle fuerza a los DESC que se pueden derivar de los demás derechos contenidos en la Constitución.

Otro reto para el derecho a la salud es asegurar que las prestaciones existentes obtengan el estatus de un derecho jurídicamente protegido y no simplemente como un servicio dependiente de la voluntad oficial. Este problema se manifiesta en el caso ya mencionado de salvadoreñas y salvadoreños viviendo con VIH/SIDA. En ese caso, aunque el demandante ganó su amparo, la Sala falló que la sentencia sólo tenía efecto *inter partes*; es decir, que no se aplicaba a las demás personas con la misma enfermedad ya que el peticionario no tiene la representación necesaria para hacer valer la orden para quienes se encuentran en igual situación.¹⁶⁰

Entonces, pese a que la Corte no señala ninguna característica personal del peticionario que lo distinga de otro paciente con VIH/SIDA, el ISSS puede denegar el mismo servicio a los demás pacientes que lo solicitan. Sin embargo, esta jurisprudencia facilita el éxito de un peticionario similar en el futuro. No obstante, la falta de una sentencia general o de una ley general propaga la violación del derecho a la salud y la vida, debido a que el tiempo transcurrido antes de obtener una nueva sentencia perjudica gravemente la salud de personas con esta enfermedad.

La Corte no se ha pronunciado sobre el argumento respecto a que negar medicina a personas con SIDA, viola el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 3 de la Constitución. Defensores de derechos humanos argumentan que la negativa a suministrar el tratamiento idóneo a los pacientes de VIH/SIDA viola el derecho a la igualdad, ya que personas con otras enfermedades efectivamente reciben el medicamento adecuado. Este trato diferenciado por parte del gobierno, se debe al estigma particular que genera el SIDA y que causa mucha discriminación en la vida diaria de las personas infectadas.

¹⁵⁹ Sentencia de 4-IV-2001, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 348-99, considerando II 1.

¹⁶⁰ Ibid.

Una violación al derecho a la igualdad ante la ley es razón suficiente para que la Sala de lo Constitucional ampare a un peticionario, ordenando la suspensión del acto discriminatorio. En este sentido, el derecho a la salud debería ser justiciable a través de un reclamo basado en el derecho a la igualdad. Este argumento fue interpuesto en un amparo ante la Sala por Jorge Odir Miranda Cortez contra el Instituto Salvadoreño del Seguro Social. El peticionario señaló como actos discriminatorios el no haberle proporcionado la medicina generalmente reconocida como tratamiento idóneo; también denunció otros tratos diferenciados como separar la ropa de cama de las y los pacientes con VIH/SIDA.¹⁶¹

Sin embargo, la Sala de lo Constitucional estimó que el derecho a la igualdad sólo prohíbe el trato desigual ante dos casos idénticos y que en esta situación no ocurrió porque existía un “motivo razonable” para la diferenciación. El “motivo razonable” que se alega es *“procurar la tutela del derecho a la salud e inminentemente del derecho a la vida de los sujetos a quienes esta institución está obligada a atender”*.¹⁶² Por la vaguedad de esta afirmación, es difícil descifrar precisamente cómo y a quién pretende la Corte que se le procura la tutela de estos derechos diferenciando a los pacientes de esa manera. No obstante, queda claro que esa desestimación se hizo sin mayor fundamento ya que negarle la prestación de medicina a un grupo no beneficia el derecho a la salud o a la vida, ni de ellos mismos ni de otros grupos.

Cabe mencionar que, aunque no fue discutido en este caso, se podría argumentar que el alto costo de la terapia —dados los recursos limitados del ISSS— es suficiente para establecer un “motivo razonable” para diferenciar a los pacientes de VIH de otros enfermos, ya que suministrarles medicamentos onerosos pudiera afectar la atención adecuada del resto de pacientes. Sin embargo, este argumento se puede descartar por varias razones.

Primero, si el tratamiento de VIH es caro, otros tratamientos de alto costo para otras enfermedades no se niegan por esta razón. También, la

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

Sala descartó el argumento del alto costo en otra parte de su fallo en la que abordó de manera directa el derecho a la salud. Que la Constitución en su artículo 66 no establezca ninguna justificación para negar asistencia médica gratuita a alguien que carece de recursos, dificulta que el alto costo sea tenido como argumento válido.

Segundo, la Corte no ofrece ningún razonamiento o análisis sobre si mantener la ropa de cama junta ocasiona algún riesgo a los demás pacientes. Al contrario, se puede establecer que debido a la inhabilidad del virus del SIDA a vivir mucho tiempo fuera del cuerpo humano, mezclar la ropa de cama no causa riesgo alguno de transmisión; por tanto, este tipo de conductas solamente propaga la ignorancia que dificulta que las personas enfermas de VIH sean respetadas socialmente.

Aunque este punto no parezca tan importante, si se coloca junto a la negación de medicina es una discriminación que contribuye a crear una situación con consecuencias muy negativas para las personas viviendo con VIH/SIDA. De todas formas, la brevedad con que la Sala refiere este tema indica poca seriedad al abordarlo pese a ser algo tan importante como lo es el derecho a la igualdad ante la ley con respecto al derecho a la salud.

Por otro lado, la Sala de lo Constitucional se ha mostrado completamente ineficiente para la rápida y eficaz resolución de casos relacionados con el derecho a la salud. Quizás el ejemplo más notable sea el caso de las intoxicaciones metélicas que ocurrió hace más de tres años, en el que cientos de personas se enfermaron o murieron debido la negligencia estatal. Pasaron ya más de dos años desde que los amparos fueron presentados y más de un año desde que se anunció que el caso estaba en etapa para sentencia; sin embargo, la Sala todavía no ha fallado sobre los casi cien casos acumulados, dejando a las víctimas sin reparación alguna por los muy graves daños sufridos.¹⁶³ Esta experiencia demuestra, entre otras cosas, que el Estado salvadoreño cuenta con la estructura y las facultades legales necesarias para tutelar el derecho a la salud pero, desgraciadamente, dominan la ineficiencia

¹⁶³ López, Alberto. "Tribunal cierra con saldo negativo", El Diario de Hoy, 5 enero 2004, p.10.

y la falta de voluntad del sistema de justicia para defender la dignidad de las personas.

Derecho a una pensión digna

En este apartado se examina el estado actual de la justiciabilidad del derecho a una pensión digna, el cual se puede entender como una faceta del derecho a la seguridad social consagrado en varios instrumentos nacionales e internacionales. La seguridad social se define como “*el conjunto de normas preventivas y de auxilio que todo individuo por el hecho de vivir en sociedad, recibe del Estado para hacer frente a determinadas contingencias previsibles, que anulan su capacidad de trabajo*”.¹⁶⁴ Dichas contingencias previsibles abarcan la vejez, la incapacidad por accidente o por enfermedad, la muerte y el desempleo. La pensión, en cambio, consiste en los fondos recibidos por una persona o su familia para sustituir el ingreso que deja de percibir el trabajador al pasar a la vida pasiva por las circunstancias apuntadas. El derecho a la pensión abarca casi todo el derecho a la seguridad social, con excepción de los beneficios de desempleo.

La obligación estatal de asegurar que los fondos de pensión estén disponibles para sus ciudadanos es de suma importancia, ya que la creación de sistemas de seguridad social en todas partes del mundo es el elemento que marca la evolución a un modelo moderno del estado de bienestar, basado en el cumplimiento de los DESC.

Antes de analizar la actual situación del derecho a la pensión en El Salvador, es necesario entender su evolución al pasar de ser un privilegio dependiente de la voluntad oficial hasta convertirse en un derecho humano con sus correlativas obligaciones estatales. La seguridad social en el país ha sido amparada por distintas leyes durante un periodo de más de cien años. El derecho a la pensión fue desarrollado primero en lo relativo a

¹⁶⁴ Ponce, Ricardo. *Orígenes de la seguridad social: La Influencia de la doctrina social de la Iglesia*, Superintendencia de Pensiones, http://www.spensiones.gob.sv/Parte_IV/articulos/Hasta_2002/Articulo_5.htm

la carrera militar, como consecuencia del poder que ejercía la Fuerza Armada en la sociedad. Luego, la primera ley de esta índole para los demás empleados públicos: la Ley de Jubilaciones de Empleados Civiles, promulgada en 1893.¹⁶⁵ Antes de esta ley, la pensión para los empleados públicos simplemente fue una gracia del Estado que podía ser denegada; y lo fue, muchas veces.

Después siguieron otras leyes aisladas tratando temas como los accidentes de trabajo, así como las pensiones para trabajadores del comercio y los periodistas.¹⁶⁶ Así se fue construyendo poco a poco una normativa donde se reconocía el derecho a la pensión, pero sólo para ciertas clases de trabajadores. Sin embargo, no fue hasta la Constitución de 1945 que quedó establecido el seguro social obligatorio.¹⁶⁷ A raíz de este cambio constitucional, la primera Ley del Seguro Social entró en vigencia en 1949; sus posibilidades amparaban a todas y todos los trabajadores dependientes de un patrono.¹⁶⁸ Así, el derecho a la pensión en El Salvador ha evolucionado hasta llegar a reconocerse como indispensable para todas las personas que laboran.

Sin embargo, en el marco constitucional no han surgido los tipos de garantías que puedan proteger el derecho a la pensión en congruencia con los estándares mínimos para una vida digna. Actualmente, la Constitución consagra el derecho a la seguridad social indicando que *“constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma”*.¹⁶⁹ Esta cláusula establece el derecho a la seguridad social y por ende el derecho a la pensión, pero lo hace de forma muy general sin especificar el nivel de cobertura para cada persona.

¹⁶⁵ Cerrato, Mario Inocente. *Pensiones y jubilaciones en El Salvador: Examen crítico de la legislación vigente*. Tesis Doctoral para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1974.

¹⁶⁶ Ponce, Ricardo. *Antecedentes de la seguridad social en El Salvador*, Superintendencia de Pensiones, http://www.spensiones.gob.sv/Parte_IV/articulos/Hasta_2002/Articulo_4.htm

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Constitución de la República. Artículo 50.

El artículo 220 constitucional establece que “una ley especial regulará lo pertinente al retiro de los funcionarios y empleados públicos y municipales, la cual fijará los porcentajes de jubilación a que estos tendrán derecho de acuerdo a los años de prestación de servicio y a los salarios devengados”.¹⁷⁰ La Constitución contiene cláusulas que sólo establecen el derecho a la pensión, pero no determina sus requisitos mínimos. Tal vaguedad y el que los problemas relacionados con este sistema de reparto sean de índole altamente técnica, hacen que el derecho a la pensión siga siendo visto como una gracia del Estado y que, en la práctica, sea uno de los DESC menos justiciables. En términos más ajustados a una vista integral de los derechos humanos, éste suele ser el DESC cuyo núcleo esencial o nivel mínimo de cumplimiento es el más difícil de determinar.

No obstante, existen varias posturas respecto al contenido de un sistema idóneo. El Banco Mundial recomienda uno basado en tres pilares que deben existir para garantizarle una pensión adecuada a toda la población.¹⁷¹ El primero no es contributivo, sino que busca crear un sistema en el cual se asegure un ingreso mínimo a todas las personas de cierta edad, con la meta de eliminar la pobreza en ese segmento de la población. Debido a la naturaleza de este tipo de retribución, ha sido generalmente aceptado que el Estado sea responsable de la misma.

Queda claro que al no existir semejante prestación, una de las partes más vulnerables de la población no puede gozar de este DESC. Sin embargo, este tipo de pensión es la menos abordada en los países subdesarrollados pues los gobiernos no cuentan con los recursos económicos o con la voluntad política para implementarla. Esta meta no se ha logrado en ninguno de los sistemas desarrollados en El Salvador ya que siempre ha existido un sector amplio de trabajadores informales que no han tenido acceso al sistema.

El otro de los pilares, según el Banco Mundial, tiene como base la contribución voluntaria y sirve para pensionar a personas que puedan y

¹⁷⁰ Ibid. Artículo 220.

¹⁷¹ Willmore, Larry. *Public versus private provision of pensions*, DESA Discussion Paper No.1, junio 1999, p.1.

deseen cotizar a un fondo También se ha aceptado que este rubro del sistema funciona mejor en manos de empresas privadas reguladas por el Estado. Finalmente, el último y más controversial de los pilares propuestos por el Banco Mundial consiste en una contribución obligatoria de los trabajadores. Es precisamente alrededor de este asunto que se han discutido en los países de Latinoamérica las reformas de sus sistemas en las últimas décadas.

En este contexto, El Salvador recientemente impulsó una reforma de su sistema de pensiones; de uno estrictamente público a uno puramente privado, con varias consecuencias para la vigencia de este derecho. Para comprender mejor el régimen vigente es necesario conocer aquel que reemplazó y las razones por las cuales se cambió. Antes, las pensiones operaban bajo un sistema basado en la prima media escalonada, la administración del Estado y los beneficios definidos.¹⁷²

En ese modelo destacaba el Estado como actor principal, responsabilizándose exclusivamente de pagar los beneficios a las personas pensionadas a través de entregas especiales del Presupuesto General. Este método de financiamiento, denominado “capitalización colectiva parcial”, intentaba mantener un equilibrio actuarial con el dinero desembolsado para cubrir las pensiones de la población durante un periodo predeterminado.¹⁷³ Para lograr este objetivo fue creado el Instituto Nacional de Pensiones para Empleados Públicos (INPEP) en la década de los setenta, en el siglo recién pasado; éste se encargaba del régimen administrativo y de la carrera docente.¹⁷⁴ Las pensiones de las y los trabajadores privados fueron administradas por el ISSS. Estas instituciones eran claves en un sistema de reparto dentro del cual el Estado desempeñaba una función de garante principal con relación al derecho a la pensión. Si el actual sistema es objeto de muchas críticas por defensores de derechos humanos, el modelo anterior tampoco era perfecto y dejaba mucho que desear.

¹⁷² Ramírez, Víctor Antonio. *La reforma de pensiones salvadoreña*, Superintendencia de Pensiones. http://www.spensiones.gob.sv/Parte_IV/articulos/Hasta_2002/Articulo_8.htm

¹⁷³ Op.Cit. Alvarenga. *A cinco años de la reforma de pensiones en El Salvador y su impacto en la equidad de género*, p.12.

¹⁷⁴ Ibid. P.27.

Uno de los principales problemas del antiguo sistema de reparto era que los beneficios de los pensionados, la población pasiva, los pagaban las contribuciones de la población activa y no con los ahorros de la gente beneficiada. Como consecuencia, las reservas del sistema se veían en constante déficit con relación a la cantidad necesaria para mantener el equilibrio actuarial. Pese a la juventud de la población salvadoreña, este régimen no era sostenible pues al envejecer las personas serían demasiados los recursos del sector activo necesarios para mantener al sector pasivo. Además, la factibilidad de este modelo se veía afectada por el aumento del sector informal, convirtiéndolo supuestamente en un problema más de mediano que de largo plazo. Por ejemplo, en 1986 habían trece cotizantes activos por cada pensionado; en 1996 sólo habían 8.9 y las proyecciones indican que en el 2005 esta cantidad llegará a sólo cuatro cotizantes activos por pensionado.¹⁷⁵ Por ende, se puede decir que el anterior sistema fue construido con base a un método de financiamiento insostenible y tenía que cambiar, tarde o temprano.

Además, el sistema de reparto que existía en El Salvador era deficiente en otros aspectos, aun al compararlo con varios países latinoamericanos. Por ejemplo, en 1989 la cobertura del sistema llegaba sólo al 16% de la población general y 26% de la población económicamente activa.¹⁷⁶ Eso indica que el modelo no fue diseñado para cubrir las necesidades del sector laboral informal. Los altos costos administrativos bajo el antiguo sistema —16% del gasto total entre 1989 y 1993— también se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento eficaz del derecho a la pensión, pues era el más alto comparado con los demás países de Latinoamérica.¹⁷⁷

Si los otros países de la región pueden administrar sus sistemas de pensiones sin tanto gasto administrativo, entonces el Estado salvadoreño no estaba cumpliendo con su obligación de proporcionar recursos efectivos

¹⁷⁵ Liévano de Márques, Mirna y Escalante, Carlos Roberto. “*La Reforma Previsional en El Salvador*”, El Diario de Hoy, 26/11/1999. <http://www.elsalvador.com/noticias/EDICIONESANTERIORES/noviembre26/NEGOCIOS/negoc2.html>

¹⁷⁶ Op.Cit. Alvarenga. *A cinco años de la reforma de pensiones en El Salvador y su impacto en la equidad de género*, p.12.

¹⁷⁷ Ibid.

para hacer posible el pleno gozo de este DESC. Asimismo, el Estado incumplía con su deber de dedicar el máximo de los recursos disponibles a promover el derecho a la pensión, pues entre 1989 y 1995 gastó en todos los servicios de seguridad social sólo el 2% con relación al PIB de la Nación; este hecho coloca de nuevo a El Salvador en sótano de la región.¹⁷⁸ Así, el modelo anterior no era idóneo porque —además de que no se podía mantener indefinidamente— excluía a un sector importante de la población y otorgaba un ineficiente servicio.

Debido a estos problemas y a la realidad política del país, el sistema de seguridad social en El Salvador —sobre todo en materia de pensiones— fue intensamente reformado en 1996 a través del Decreto 926 y el Decreto 927. A partir de esa reforma, que culminó con la entrada en vigencia de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP) en 1997, existe un plan de largo plazo cuyas características incluyen la capitalización en cuentas individuales bajo administración privada, con contribución definida y beneficios variables.¹⁷⁹

El SAP, implementado bajo este esquema, consolida las normas para el derecho a la pensión ya que abarca a los trabajadores del sector privado, público y municipal. Los hombres de entre los treinta y seis y los cincuenta y cinco años de edad así como las mujeres de entre los treinta y seis y los cincuenta años debieron decidir afiliarse al nuevo sistema o permanecer en el antiguo, mientras que las personas menores de esa edad se vieron obligadas a unirse al nuevo modelo y las mayores a quedarse en el anterior.¹⁸⁰ Entonces, la mayoría de la población cotizante se encuentra bajo el nuevo sistema privado y con el tiempo la cobertura abarcará la totalidad de la población activa. Como principal función, el SAP está diseñado para *“otorgar un ingreso estable y semejante al que el trabajador percibió durante su vida activa, a los trabajadores que por razones de vejez o invalidez han concluido su vida laboral, o a sus sobrevivientes, siempre y cuando la causa de la invalidez o la muerte haya sido originada por riesgo común”*.¹⁸¹ Si bien las intenciones

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Op.Cit. Ramírez. *La reforma de pensiones en El Salvador*.

¹⁸⁰ Ley del Sistema de Ahorro para las Pensiones. Artículos 184 a 186.

¹⁸¹ Urroz, Ernesto. *El sistema previsional de El Salvador y su reforma*, Superintendencia de Pensiones. http://www.finteramericana.org/sisprevi/documentos/sist_prev_23.htm

expresadas acerca de las aspiraciones del SAP apoyan una visión aceptable del derecho a la pensión, no queda claro si la complicada reglamentación y los requerimientos en realidad lograrán alcanzar el propósito declarado.

El Salvador cambió de un modelo público a uno privado, cuando existen otras alternativas —con sus ventajas y desventajas— que han sido implementadas con algún nivel de éxito por diversos países latinoamericanos y de otras regiones en desarrollo. El primero de estos modelos, denominado el modelo paralelo, consiste en la introducción de un componente privado junto al sistema público de pensiones; es el modelo impulsado en Colombia y Perú.¹⁸²

La segunda alternativa, denominada modelo mixto, consiste en la creación de un sistema privado que compite con el sistema público. Este modelo ha sido adoptada en Argentina, Costa Rica y Uruguay.¹⁸³ Ninguno de estos sistemas ofrece una solución completa para satisfacer todas las necesidades previsionales de una población en proceso de envejecimiento. Sin embargo, cada uno plantea pautas de cómo el Estado, enfrentado con la escasez de recursos, puede mejorar el sistema para asegurar el nivel mínimo de pensión necesario para la vida digna de los trabajadores jubilados o incapacitados, así como la de sus sobrevivientes.

Los resultados preliminares después de las reformas en Latinoamérica, indican que el modelo adoptado no es necesariamente indicativo de la cobertura logrado; Chile, con un sistema completamente privado, figura entre los países con mayor cobertura —más del 70% de la población— junto a Uruguay y Argentina.¹⁸⁴ El Salvador en cambio figura entre los países con la cobertura más baja del sistema de pensiones, llegando a menos del 20% de la población.¹⁸⁵ Es difícil sostener que el Estado cumple las obligaciones derivadas de este derecho humano cuando tan alto porcentaje de la población está excluido.

¹⁸² Van Ginneken, Wouter. *Extending social security: Policies for developing countries*, International Labour Office, p.35.

¹⁸³ *Ibid.* P.35.

¹⁸⁴ *Ibid.* P.36.

¹⁸⁵ *Ibid.* P.37.

El sistema vigente en El Salvador padece de diversas deficiencias que acarrear violaciones al derecho a la pensión. Existen voces advirtiendo que el nuevo modelo no garantiza pensiones dignas y seguras para los afiliados del SPP y el SAP, por distintas razones. Se señala la situación macroeconómica del país, el cálculo del salario básico regulador, la tasa de reemplazo, la opción de escoger las reglas de cálculos del sistema antiguo o nuevo, la revalorización de las pensiones a la inflación y la pensión mínima, como los cinco factores que impiden un régimen de pensiones dignas y seguras.¹⁸⁶ La inseguridad de las pensiones en el SAP responde a que un pensionista ve su rentabilidad negativamente impactada, si se jubila en un momento en que el mercado de valores está deprimido; en el anterior modelo, este riesgo no se comparte con los demás cotizantes sino que queda sólo en el individuo.¹⁸⁷

Bajo la nueva Ley del SAP, un trabajador se puede jubilar con el derecho de recibir una pensión de vejez en tres circunstancias. Primera: la manera más común en que un trabajador obtiene el derecho a la pensión de vejez es tras haber cotizado por un mínimo de veinticinco años y tener sesenta años los hombres o cincuenta y cinco las mujeres.¹⁸⁸ Esto se puede ver como un retroceso para el derecho a la pensión, ya que en el antiguo sistema sólo eran requeridos quince años de labores para cobrar una pensión de vejez a las mismas edades. La segunda manera: cotizando a su cuenta individual por un periodo de treinta años, con la ventaja de que no existe una edad mínima cuando se haya cumplido este requisito.¹⁸⁹ La última: el derecho a la pensión de vejez se obtiene cuando el saldo de la cuenta de ahorro individual de un trabajador alcanza para una pensión de, al menos, el 60% del salario básico regulador y el 160% de la pensión mínima.¹⁹⁰ Esta vía permite una jubilación temprana, pero suele ser la menos común porque requiere cotizar a un alto nivel para lograr el saldo suficiente.

¹⁸⁶ Op.Cit. Alvarenga. *A cinco años de la reforma de pensiones en El Salvador y su impacto en la equidad de género*, p.30.

¹⁸⁷ Ibid. P.36.

¹⁸⁸ Ley del Sistema de Ahorro para las Pensiones. Artículo 104, inc.C.

¹⁸⁹ Ibid. Artículo 104, inc. B.

¹⁹⁰ Ibid. Artículo 104, inc. A.

Los nuevos requerimientos para poder recibir una pensión de vejez hacen más difícil la obtención de este derecho que bajo el antiguo sistema. Otra desventaja del sistema privado consiste en la falta de una pensión vitalicia, pues se recibe mientras existan fondos en la cuenta del individuo pensionado; de manera que al vivir mucho tiempo después de la jubilación, la persona tiene poca oportunidad de recibir la cantidad hasta su muerte. Esto es un ejemplo de los efectos al eliminar el principio de solidaridad que caracterizaba al sistema anterior, donde el riesgo se compartía sabiendo que tanto hay trabajadores que viven bastante tiempo como pensionados que fallecen muy por debajo del promedio. Así, la nueva Ley del SAP contiene varios aspectos que regresivos en cuanto a los derechos a la pensión que antes gozaban las y los trabajadores salvadoreños.

El rol estatal bajo el nuevo modelo es de supervisor y regulador. Por ende, para garantizar el derecho a la pensión bajo este contexto, el Estado tiene la obligación de desarrollar un mecanismo de auditoría que asegure el cumplimiento de los requisitos legales por parte de todas y todos los trabajadores. Como mecanismo central para concretar este encargo, la Ley del SAP creó la Superintendencia de Pensiones; ésta debe fiscalizar, vigilar y controlar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables al funcionamiento del Sistema de Ahorro para Pensiones y del Sistema de Pensiones Públicos, incluyendo al ISSS, al INPEP y a las administradoras de fondos de pensiones (AFP).¹⁹¹ Sin embargo, existen serias dudas sobre su capacidad para supervisar adecuadamente el sistema privado pues la numerosa cantidad de empleadores privados y el complicado sistema de recolección se prestan a la evasión patronal de responsabilidades. Uno de los retos en un mercado laboral flexible y liberalizado, es crear una infraestructura capaz de ejercer control sobre las numerosas empresas medianas y pequeñas que pueden operar fuera de la ley con más facilidad y sin estricta vigilancia.

Para aumentar el control sobre las empresas privadas, la Asamblea Legislativa reformó la Ley de Zonas Francas y el Código Penal. Estas reformas, adoptadas el 18 de septiembre del 2003, buscan reforzar las consecuencias civiles y penales que resulten del incumplimiento de deberes

¹⁹¹ Op. Cit. Ponce. *Antecedentes de la Seguridad Social en El Salvador*.

delimitados por el sistema previsional.¹⁹² El cambio a la Ley de Zonas Francas obliga a las empresas maquileras a presentar solvencias de pago actualizadas para el ISSS y las AFP en la aduana, antes de poder exportar sus productos.¹⁹³ Una aplicación rigurosa de esta nueva ley podría ser un mecanismo efectivo para incentivar el cumplimiento, pues impacta en las ganancias de las empresas. Además, siempre existe la posibilidad de embargar los bienes propios de una empresa que ha incumplido a través de una acción ejecutiva, la cual se logra por medio de una certificación otorgada por la AFP.¹⁹⁴ Si bien este mecanismo sería un último recurso por sus graves consecuencias, su existencia es útil como amenaza para una empresa recalcitrante.

Por otro lado, la reforma al Código Penal establece como delito cualquier conducta de un empleador que *“retenga fondos, cotizaciones, contribuciones o cuentas destinadas legalmente al Estado o a instituciones de asistencia o Seguridad Social”*; lo sanciona con cinco a diez años de cárcel.¹⁹⁵ El castigo por vías civiles y penales que puede recibir un empresario por violar el derecho a la pensión de sus trabajadores de esta manera, es considerable. No obstante, este tipo de sanciones sólo funcionan si son aplicados consistentemente a todos los infractores para mostrar que no existe un ambiente de impunidad. Por esta razón, el ex Ministro de Trabajo, Jorge Nieto, afirmó que el *“Ministerio de Trabajo con las AFP’s, las superintendencias y el seguro social, han institucionalizado desde hace dos años, inspecciones semanales para verificar si las empresas están pagando las prestaciones sociales de AFP y de ISSS”*.¹⁹⁶

Pese a la vigencia de leyes que penalizan este comportamiento y la existencia de un programa de inspección, hasta la fecha no se ha podido lograr el nivel de consistencia necesario para prevenir la conducta en cuestión. Como muestra de esta ineficiencia, grupos sindicales y no sindicales han señalado que hay por lo menos catorce maquilas de ropa y trece que se

¹⁹² Maldonado, Engelberto. “Maquilas no hacen aportaciones al ISSS y AFP’s”, Diario Colatino, 26/11/2003. <http://www.diariocolatino.com/nacionales/detalles.asp?NewsID=2852>

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ver Código Penal.

¹⁹⁶ Op.Cit. Maldonado. “Maquilas no hacen aportaciones al ISSS y AFP’s”.

dedican a otras actividades productivas sin aportar ni al ISSS ni a los AFP.¹⁹⁷ Enfrentado a estas cifras, el propio Ministro de Trabajo manifestó que *“prácticamente ninguna de las instituciones asociadas para hacer las inspecciones, tiene los dientes para actuar en ese sentido, ya que la responsabilidad cae en la Superintendencia de Pensiones”*.¹⁹⁸ La Superintendencia tiene acceso a la información que necesita para sancionar a los infractores, pero no lo hace. Es de suma importancia, entonces, que las y los defensores de derechos humanos presionen a esa institución y promueven la presentación de denuncias por parte de sus clientes, quienes se ven afectados por tal situación.

Los que apoyan el nuevo sistema de pensiones argumentan que la capitalización individual permite expandir la cobertura a personas que quedaban excluidas bajo el antiguo modelo. Por ejemplo, trabajadores del sector informal, incluidos bajo el término “trabajadores independientes”, pueden voluntariamente afiliarse a una AFP y de esta manera asegurar una pensión por vejez, incapacidad o muerte. Si bien la exclusión del derecho a la pensión de este grupo en el antiguo régimen era un verdadero obstáculo para el cumplimiento del derecho a la seguridad social, pues el sector informal sigue creciendo debido a las tendencias de liberalización y flexibilización del mercado, el actual sistema sólo soluciona este problema en teoría porque la posibilidad de que un trabajador del sector informal opte cotizar al sistema privado es mínima.

Primero, el ingreso base que se utiliza para calcular las cotizaciones de trabajadores independientes no puede ser menos que el salario mínimo mensual vigente.¹⁹⁹ Si un cotizante puede ser requerido para contribuir hasta el 3.25% de su salario mensual, entonces un trabajador del sector informal tendría que cotizar a este nivel sin importar que gane menos. Esta imposibilidad es manifiesta en la práctica ya que a cinco años de la implementación de la reforma previsional, sólo 2.5% de los afiliados pertenecen al sector informal.²⁰⁰ Entonces, el hecho de que la mayoría de

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ley del Sistema de Ahorro para las Pensiones. Artículo 15.

²⁰⁰ Op.Cit. Alvarenga. *A cinco años de la reforma de pensiones en El Salvador y su impacto en la equidad de género*, p.8.

personas en el sector informal ganan menos del salario mínimo, impide la posibilidad de contribuir con tan alto porcentaje. Aparte de eso, aunque fuera posible afiliarse al nuevo sistema ganando un sueldo menor al salario mínimo sin tener que entrar a un estado de extrema pobreza, sigue siendo una opción poco viable porque la condición económica de la población más necesitada no permite dar prioridad a contingencias lejanas como la muerte, la vejez y la incapacidad.

Esta es una situación en la que un modelo de derecho individual basado en la racionalidad del individuo no funciona y eso impide afirmar que el derecho a la seguridad social se cumple creando un sistema en el que cada persona pueda optar por afiliarse o no. El problema no es que las personas de bajos recursos no sean racionales. Al contrario, la racionalidad dicta que necesidades inmediatas como la vivienda, la alimentación y el vestido son prioridades para una persona que no se da el lujo de preocuparse por el futuro. Este principio es tomado en cuenta con relación al sector formal; por eso, según la Constitución, el derecho a la seguridad social es obligatorio y no optativo. Si bien un sistema privado con opciones para el consumidor es buena idea para quienes tienen los recursos adecuados, no aporta ninguna opción para aquellas personas que pueden ahorrar para estas contingencias. Debido a las presiones enfrentadas por los sectores más pobres de la población, el derecho a la pensión debería ser inderogable. Por lo tanto, el Estado tiene que encontrar la manera de asegurar el derecho a la pensión para el sector informal.

La administración de las pensiones pasó a manos de instituciones privadas denominadas; las AFP. Estas entidades son *“instituciones de carácter financiero, que tienen por objeto exclusivo administrar el Fondo de Pensiones, gestionar y otorgar las prestaciones y beneficios por los riesgos de invalidez, vejez y muerte”*.²⁰¹ Esta compleja reforma al sistema de pensiones es una regresión en lo relativo al derecho en cuestión, debido a que el nuevo esquema requiere que un trabajador pague más para recibir la misma pensión.

²⁰¹ Op.Cit. Ponce. *Antecedentes de la seguridad social en El Salvador*.

Bajo el antiguo régimen, las y los trabajadores cotizantes al fondo previsional común contribuían con el uno por ciento de su salario; en cambio, bajo el SAP la mayoría paga el 4.5% de su salario para el mismo fin.²⁰² Un alza tan elevada es inaceptable ya que no se traduce en un aumento de beneficios para las personas cotizantes sino en ganancias para las empresas administradoras. En este sentido, el 3.5% del salario es destinado para las comisiones de las AFP y sólo el restante 1% se destina a la cuenta individual.²⁰³ Aun si esta comisión estuviera por debajo de los gastos administrativos estatales como ocurría en el antiguo sistema de reparto, esta situación se puede considerar como una violación a la obligación de brindar recursos efectivos para garantizar el derecho a la pensión, siempre que exista otra alternativa de aportar los mismos beneficios a un costo menor para las personas interesadas.

Otra supuesta ventaja de un sistema privado se basa en la presencia de actores que buscan lucro y compiten en el mercado, lo que significa un incremento en la eficiencia de los servicios debido al deseo de atraer clientes. Pero por la mala ejecución del plan por parte del gobierno, eso no se concreta. Argentina y México cuentan con trece AFP, Chile con quince y Colombia con seis; mientras, en El Salvador sólo existen dos.²⁰⁴ Es imposible creer que un oligopolio así sea un mercado eficiente y competitivo. Cuando inició el nuevo sistema eran cinco las AFP, pero se fueron fusionando hasta llegar a las dos actuales. Por tanto, la libre competencia y sus supuestos beneficios con relación a las pensiones en este país, son nulos.

Incluso en Chile, con un sistema de más años y un elevado número de AFP, algunos estudios revelan que los costos administrativos son más altos que bajo el antiguo sistema previsional.²⁰⁵ Además, las tres AFP más grandes de dicho país —que manejan el 55% de todas las cuentas individuales— no son las que aportan la mayor ganancia a sus clientes ni

²⁰² *Implicaciones financieras de la reforma previsional*, Semanario Proceso, N° 888, 2 de febrero del 2002, CIDAI, Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas», El Salvador.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Op.Cit. Van Ginneken. *Extending Social Security*, p.37.

²⁰⁵ Murad Saad, Paulo. *Impact of Pension Reform on the Living Arrangements of Older Persons in Latin America*, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, p.9.

las que cobran las comisiones más bajas; son los que gastan la mayor cantidad de dinero en publicidad.²⁰⁶ Las fuerzas del mercado no son suficientes para asegurar un eficiente sistema de pensiones, que aporta a las y los cotizantes los máximos beneficios posibles con los recursos disponibles.

Otras violaciones a este derecho que surgen con la reciente reforma, no provienen del nuevo sistema en sí sino de una transición realizada de forma irresponsable y sin tomar en cuenta los intereses de la población. La más obvia amenaza al derecho a la pensión son los enormes costos de transición, pues al aliviarle la carga fiscal al Estado se ha generado otra más pesada.

Los altos costos de transición no son exclusivos en el caso de El Salvador, pues Chile todavía los está pagando veinte años después de su reforma; asimismo, países como Polonia y Hungría van a pagar costos que exceden 100% de su PIB en un plazo de cincuenta años.²⁰⁷ El gobierno salvadoreño tuvo amplio conocimiento de los problemas asociados con la transición a un sistema de pensiones privado y, aun así, no optó por una solución que pudiera evitar estos problemas.

Además, esta transición afecta el derecho a la pensión de las y los nuevos afiliados del SAP por la incapacidad estatal para trasladar eficazmente los beneficios adquiridos bajo el antiguo sistema al nuevo. La nueva ley ordena que se debe calcular y pagar el monto establecido por un documento conocido como el Certificado de Traspaso (CT), el cual determina la cantidad que un trabajador cotizó bajo el viejo régimen; tras ser ajustado cada año según la tasa de inflación, éste debe enviarse a la AFP.²⁰⁸ Sin embargo, por la enorme cantidad de personas pidiendo traslados —casi al 95%— y las dificultades para establecer historiales laborales de los solicitantes, el Estado todavía no calculado los CT de la mayoría de las y los trabajadores trasladados.²⁰⁹ Como solución de corto plazo, el Ministerio de Hacienda está calculando

²⁰⁶ Ibid. P.9.

²⁰⁷ Op.Cit. Van Ginneken, *Extending Social Security*, p.38.

²⁰⁸ Ley del Sistema de Ahorro para las Pensiones, artículos 229 y 230.

²⁰⁹ Cabrera, Omar. "Advierten Crisis de Pensiones". El Diario de Hoy, 31 enero 2003. <http://www.elsalvador.com/noticias/2003/1/31/negocios/negoc7.html>

sólo los CT de las personas que están recibiendo ya una pensión, pero esta medida no elimina la carga fiscal creada por los montos acumulados al no calcular el valor del certificado ajustado por la inflación.²¹⁰ Por lo tanto, esta ineficiencia ha creado inseguridad en el derecho a la pensión de los afiliados trasladados al nuevo sistema.

Por otro lado, también existe inseguridad para las y los trabajadores que optaron por o fueron obligados a quedarse en el antiguo régimen. Esta inseguridad se debe a que la Ley del SAP dictó la creación de un “fondo de amortización” del 0.5% del Presupuesto General de la Nación, para asegurar las pensiones de estas personas mientras los fondos de las viejas instituciones se fueran agotando gradualmente hasta su fin.²¹¹ Sin embargo, este fondo especial nunca fue creado, y las pensiones de los trabajadores bajo el antiguo régimen se mantienen en una situación precaria hasta que se cumpla con este aspecto de la ley. Lo anterior ocurre, según expertos, debido a que el cálculo del costo fiscal de la transición hecho en 1996 fue erróneo a pesar de la advertencia de estos mismos expertos.²¹² Por ende, el Estado ha fallado en su obligación de garantizar el derecho a la pensión ejecutando un proceso de transición ineficiente.

Casos de pensiones

Son varios los casos que han llegado a la Corte Suprema de Justicia, impugnando de forma general la Ley del SAP como violatoria del derecho a la pensión y a otros derechos relacionados y protegidos en la Constitución. La denuncia con argumentos más exhaustivos y sólidos es una inconstitucionalidad presentada por varias personas ante la Sala correspondiente.²¹³ Dicha Sala rechazó sistemáticamente más de una docena de alegatos de violaciones a la Constitución presentados por la parte demandante. Aunque el razonamiento de la Corte no siempre es claro,

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

²¹³ Sentencia de 26-VIII-1998, Sala de lo Constitucional, Proceso de inconstitucionalidad 4-97 y ac. Salinas y otros contra Decreto Legislativo No. 927.

un análisis de sus “argumentos” es necesario para un mejor entendimiento sobre los puntos potenciales de incompatibilidad entre esta Ley y el derecho a la pensión consagrado en la Constitución.

Lastimosamente, la Sala descalifica la mayoría de las impugnaciones hechas por la parte demandante sin decidir sobre el fondo, debido a supuestas deficiencias en la argumentación. De hecho, la Corte trata de fondo sólo siete de los quince artículos constitucionales que se alegan violentados. El primero de los alegatos descartados consistía en que la Ley del Sistema de Ahorros para Pensiones es inconstitucional porque sustituye a la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos y a la Ley del Seguro Social, la base del anterior sistema de seguridad social, con algo que en realidad no establece un servicio público de seguridad social.

Los demandantes sostienen que la Ley del SAP, por estar basada en el egoísmo y la ganancia con el fin de estimular el desarrollo del mercado de valores del país, no se puede considerar como una ley de seguridad social según lo establece la Constitución en su artículo 50. Esto significa que las contribuciones obligatorias que requiere la ley son anticonstitucionales porque no son para la seguridad social en el sentido constitucional. La Sala rechazó este razonamiento calificándolo como un argumento genérico basado en conclusiones apriorísticas que no vinculan el argumento con la Constitución tratada como una unidad, lo que produce una deficiencia en el sustrato fáctico de la impugnación.

Los demandantes argumentan que los incisos 1 y 3 del artículo 50 de la Constitución suponen una obligación de solidaridad en la cual las y los trabajadores, los patronos y el Estado deben contribuir a la seguridad social. Esta obligación, en cambio, según la demanda se viola a través de la Ley del SAP porque ésta no requiere la contribución del Estado, a menos que sea para financiar el pago de las pensiones mínimas o para cubrir las pensiones de las personas que quedaron en el sistema antiguo cuando se acaban las reservas técnicas del ISSS y el INPEP. Sin embargo, la Corte descalificó este argumento, al señalar que estaba basado en una obligación explícita dentro de la Constitución y al igual que el primer

argumento tiene una deficiencia en el sustrato fáctico. De esta manera, la Sala utiliza un concepto vago y mal explicado –como lo es el “sustrato fáctico”– para evitar tener que tratar estos argumentos a fondo.

También desestima sin consideración de fondo el alegato de que la nueva ley viola el principio de legalidad contenida en el artículo 11 constitucional, al conferir a instituciones privadas privilegios reservados al Estado. En concreto, esto se refiere a la potestad de las AFP para certificar con fuerza ejecutiva liquidaciones que determinan el valor adeudado en acciones legales, para recuperar cotizaciones no pagadas.

Por otro lado, las deudas a favor de las AFP son imprescriptibles; de ese privilegio no gozan ni el Estado ni otras instituciones financieras. La Sala no llega al fondo de este tema porque estima que los demandantes fallaron en identificar la manifestación o concreción del principio de legalidad en el cual basan la violación al artículo 11, así como el concepto de infracción bajo el cual se quebranta dicho principio. Por las mismas razones, respondiendo al alegato de que la nueva ley trata inconstitucionalmente al trabajo como un artículo de comercio, la Corte sostiene que los demandantes no presentan argumentos sobre una violación a la naturaleza del trabajo en su contexto constitucional, porque no identifican la manifestación o concreción del concepto que sería infringido por esta ley.

Asimismo, se desestima la objeción de que la Ley del SAP viola el derecho a la seguridad consagrado en el artículo 2 al deteriorar los beneficios de la pensión, elevar los costos para el trabajador, liberar al Estado de su obligación de contribuir y carecer de garantías para los fondos de pensiones de las y los trabajadores, ya que no les permite –individual y familiarmente– garantizar la seguridad económica en caso de vejez, enfermedad o muerte. La Sala declaró que este razonamiento no determina con claridad el bien constitucionalmente protegido. De nuevo, se ve que la Sala desestima argumentos aparentemente válidos señalando deficiencias que se pudieran interpretar como meras marañas semánticas que le permiten evitar su responsabilidad.

Sin embargo, existen varios argumentos que la Sala rechaza de fondo, aunque no siempre lo hace de manera fundamentada como para refutar adecuadamente lo planteado por la parte demandante. Se afirma que la Constitución requiere que el servicio de la seguridad social sea prestado por instituciones estatales, ya que las privadas no pueden cumplir con el requisito de *“guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos”*.²¹⁴ La Sala desestima este argumento señalando que las empresas privadas pueden prestar servicios públicos si están sujetas a la fiscalización, vigilancia y control del Estado; en este caso, ocurre por medio de la Superintendencia de Pensiones. Señala como ejemplo lo relativo al transporte colectivo y con eso trata de demostrar que el servicio se brinda sin violar principios constitucionales.

Otro argumento que abordó de fondo es aquel que señala que la Ley del SAP es inconstitucional porque se aplica igualmente a trabajadores privados y empleados públicos, mientras la Constitución requiere de una ley “especial” para los empleados públicos. Sin embargo, la Sala acepta el argumento del Fiscal General de la República quien sostiene que la especialidad de esta ley no se refiere a una separación entre trabajadores privados y empleados públicos, sino a una separación entre las leyes acerca de la jubilación de los empleados públicos y las leyes que regulan los aspectos generales de la carrera administrativa.

Por otro lado, la retroactividad del SAP en cuanto afecta negativamente derechos y beneficios que las y los cotizantes tenían bajo el sistema anterior, también se planteó como violación a los derechos constitucionales. Se argumentó eso con base al artículo 246 de la Constitución, el cual establece la supremacía de ésta sobre las leyes secundarias; al artículo 52, que determina los derechos a favor de los trabajadores como irrenunciables; y al artículo 21, el cual prohíbe la retroactividad de leyes a menos que sea por razones de orden público.

La Corte desestimó la impugnación basada en el artículo 246, al calificar de sofismo y lógica circular decir que una ley es inconstitucional

²¹⁴ Constitución de la República. Artículo 50, inc.2.

porque viola el principio de supremacía constitucional. Asimismo, la Sala descartó el argumento basado en el artículo 52 sin llegar a su fondo debido a que la parte demandante no explicaba a cuáles derechos constitucionales renunciaban las y los trabajadores bajo el nuevo sistema previsional y tampoco comprobaba que éste modifica sustancialmente el anterior régimen. Si la Corte tiene razón y en realidad no se explicaron estos puntos, es difícil imaginar qué contiene la postulación de este argumento.

Por otro lado, la Corte analiza el fondo del argumento basado en una violación a la prohibición de retroactividad del artículo 21. Sin embargo, la Sala no acepta que la Ley del SAP viole este principio constitucional porque los beneficios del antiguo régimen por los cuales las y los trabajadores trasladados estaban cotizando, no se convierten en bienes o derechos adquiridos hasta la ocurrencia del supuesto habilitante; es decir: muerte, vejez o jubilación. Así, la Corte rechaza que la Ley del SAP contenga efectos retroactivos inconstitucionales.

De igual manera, se impugnó la obligatoriedad del nuevo sistema como violatoria de la libertad de contratación y libre disposición de bienes que garantiza la Constitución en sus artículos 22 y 23. Se argumenta que la nueva ley no satisface el criterio de motivaciones de orden público o de expropiación por los cuales se permite limitar estos derechos. Acerca de esta objeción, la Sala refuta la sustancia del argumento manifestando que la pensión es un derecho de doble naturaleza: como derecho fundamental subjetivo y como obligación de los ciudadanos. La Corte señala el derecho al sufragio y a la salud como otros ejemplos de derechos fundamentales que también funcionan como fuente de obligaciones para los ciudadanos.

También se señala a la naturaleza mercantil financiera del SAP como inconstitucional, debido a la prohibición de tratar el trabajo como un artículo de comercio según el artículo 37 de la Constitución. Asimismo, la naturaleza mercantil de los administradores en conjunto con la supresión de la intervención estatal en la fijación de las comisiones de las AFP se presenta como una violación a la obligación de aprobar las tarifas de empresas privadas prestando servicios públicos, establecida en el artículo 110 de la

Carta Magna. La Sala argumenta que la Ley del SAP cumple con ese requisito ya que no es necesario fijar las tarifas por un acto administrativo; se satisface al controlar dichas tarifas por medio de la ley que establece los mínimos y máximos de lo que pueden cobrar por este servicio.

Finalmente, los demandantes alegan que la nueva ley viola el artículo 228 constitucional el cual dispone que el Estado no puede comprometer fondos para ejercicios futuros, a menos que sean designados para ciertos fines específicos dentro de los cuales no caben los fondos comprometidos para la transición al sistema privado de seguridad social. La Sala sostiene que la Ley del SAP no requiere el compromiso de fondos futuros ni la emisión de un presupuesto extraordinario, sino que simplemente garantiza lo necesario para una transición adecuada. Sin embargo, no queda claro porqué garantizar la adecuada transición no cabe dentro de la definición de comprometer fondos futuros si esto requiere la creación de una enorme carga fiscal de largo plazo para el Estado, como ha ocurrido en el país. En fin, las refutaciones hechas por la Sala a lo largo de este proceso están repletas de vaguedades y falta de fundamento.

En otro proceso de inconstitucionalidad contra la Ley del SAP presentado por el señor Linqui Velásquez, la Sala de lo Constitucional de nuevo optó por la vaguedad al rechazar los argumentos del demandante.²¹⁵ Este reclamante también impugna varias de las anteriores situaciones, incluyendo lo referente a que la Ley del SAP no establece un sistema de seguridad social en el sentido que lo requiere la Constitución, a que la falta de contribución estatal bajo el nuevo sistema viola el artículo 50 de la Constitución y a que los costos de transición impuestos bajo la nueva ley violan la prohibición constitucional de comprometer fondos de ejercicios futuros.

Todas las impugnaciones fueron sobreseídas o desestimadas por similares razones que en el proceso anterior. Acerca de la falta de contribución estatal la Sala agrega que el Estado contribuye lo suficiente apoyando económicamente al nuevo sistema y garantizando el pago de los pensionistas en el antiguo régimen. El demandante sostiene que existe violación al

²¹⁵ Sentencia de 26-II-2002, Sala de lo Constitucional, Proceso de inconstitucionalidad 19-98.

principio de igualdad contenido en el artículo 3 de la Constitución, por el trato desigual entre los trabajadores en el nuevo sistema y los que se quedaron en el antiguo. La Sala sobresee este punto manifestando que el demandante no establece las disposiciones constitucionales que son violadas ni individualiza el contenido material de cada disposición constitucional.

Lo anterior muestra que el proceso de inconstitucionalidad no ha sido un mecanismo efectivo para impugnar la ley que establece el nuevo sistema previsional privado.

La Sala de lo Constitucional ha tenido que responder con mayores fundamentos a varios amparos. En uno de estos casos, la señora Mirna Canales alegó que la Ley del SAP viola los derechos a la libre contratación, al trato igualitario ante la ley, a la seguridad jurídica, al derecho genérico a la libertad y a recibir seguridad social de manos del Estado.²¹⁶

En cuanto al primer argumento, la demandante planteó que la obligación para todo trabajador y trabajadora nuevo o menor de 36 años de afiliarse al sistema privado, violaba el derecho a la libre contratación contenido en el artículo 23 constitucional. ¿Por qué? Porque imponer a estas personas el ingreso al nuevo sistema equivale a forzarles a firmar un contrato con una AFP. La Sala desestimó este argumento aclarando que los derechos constitucionales pueden tener una naturaleza doble de derechos subjetivos y deberes jurídicos, los cuales obligan al ciudadano a cumplir cierta acción por el interés público y sin violar su derecho. De esta manera, la Sala compara la obligatoriedad de la seguridad social a la de asistir a la escuela primaria o someterse a cierto tratamiento médico para prevenir una epidemia.

En segundo lugar, la demandante alegó que al diferenciar entre trabajadores mayores y menores de 36 años la Ley del SAP incurre en un trato desigual, prohibido por el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 3 de la Carta Magna. La Sala declaró este argumento improcedente debido a que el derecho a la igualdad ante la

²¹⁶ Sentencia de 15-I-2000, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 524-98.

ley no es absoluto sino que prohíbe sólo tratos diferenciados arbitrarios o sin razón suficiente, lo cual no fue fundamentado dentro del amparo presentado por la demandante.

La Sala falló señalando que la nueva ley tampoco viola el derecho a la libertad consagrado en el artículo 8 de la Constitución. Acerca de la seguridad jurídica, la demandante impugna la Ley del SAP por su retroactividad que afecta la relación jurídica establecida con el ISSS y los derechos adquiridos bajo el sistema anterior. Sin embargo, la Sala también desestimó este punto adoptando la posición de que *“la protección o derecho a recibir las prestaciones de seguro social no se originan sino hasta que se completa en su totalidad el supuesto habilitante para la exigencia de dicha prestación”*.²¹⁷ Por lo tanto, la Sala no considera que los beneficios por los cuales las personas afiliadas al sistema anterior tenga estatus de derechos adquiridos a menos que hubiese ocurrido la invalidez, la jubilación o la muerte.

Finalmente, la Sala invalidó la impugnación basada en el alegato de que debido a la naturaleza pública de la seguridad social, existe un derecho a recibirla del Estado. La Corte invoca la jurisprudencia establecida en el proceso de inconstitucionalidad ya relatado, para reconfirmar que un ente privado puede administrar el sistema de pensiones mientras la ley establezca protecciones sociales y la entidad privada esté sujeta a la fiscalización, vigilancia y control de una institución pública, que en este caso sería la Superintendencia de Pensiones.

Cabe mencionar que el magistrado Mario Solano Ramírez emitió un voto razonado, sosteniendo que la Ley del SAP viola el artículo 7 de la Constitución cuando establece que *“nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”*. Este caso muestra que el proceso de amparo tampoco se ha podido utilizar para superar violaciones derivadas del SAP.

La Sala de lo Constitucional falló también en el sentido de que el Estado no está obligado a revalorizar las pensiones anualmente. Según la Sala, el hecho de que el Ministerio de Hacienda pueda variar las

²¹⁷ Ibid. Considerando 3.

pensiones no lo convierte en derecho, ya que *“debe relacionarse con el salario promedio cotizante y los recursos disponibles del Gobierno Central, si estos factores son negativos, el ministro puede, sin violar la ley, no revalorizar dichas pensiones”*.²¹⁸ Este caso es un ejemplo de los problemas que ocurren cuando el contenido específico de un DESC no está incluido en la Constitución, a pesar de ser protegido por las leyes secundarias.

El derecho a la pensión también ha sido tratado en el ámbito externo mediante una sentencia de la Corte Interamericana en el caso *“Cinco pensionistas contra Perú”*.²¹⁹ En éste, varios individuos demandaron exitosamente al Estado peruano ante dicho tribunal por haber suspendido y posteriormente reducido el monto de sus pensiones, sin previo aviso. Lastimosamente, este caso no fue resuelto con base al derecho a la pensión en sí sino por los derechos a la propiedad privada y a la protección judicial.

La Corte Interamericana rechazó el planteamiento de una violación directa a los derechos a la pensión y a la seguridad social, amparados por la obligación de un desarrollo progresivo de los DESC establecido en artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Desestimó esta solicitud porque consideró que la obligación de un desarrollo progresivo debe evaluarse *“en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”*.²²⁰ Esta interpretación del artículo 26 junto a la actitud de la Corte Interamericana acerca de la inclusión en su jurisdicción de los DESC en general, efectivamente cierra la puerta al litigio directo del derecho a la pensión en el marco del sistema regional de derechos humanos debido a que las violaciones de este derecho social casi siempre se manifiestan de manera individual. Sólo deja una estrecha posibilidad de encontrar un

²¹⁸ Sentencia de 23-II-2001, Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 692-1999.

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso cinco pensionistas contra Perú, sentencia del 28 de febrero del 2003, Serie C.

²²⁰ Ibid. Párrafo 147.

caso en el cual una gran cantidad de peticionarios aleguen una violación de este derecho, que por su naturaleza envuelve todo el sistema previsional.

No obstante, esta resolución puede considerarse un avance positivo para la justiciabilidad del derecho a la pensión de manera indirecta, pues la demanda se sostuvo con relación al derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana y al derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la misma. Referente al derecho a la propiedad privada, la vinculación con el derecho a la pensión tuvo éxito en este caso, por la existencia de ciertas garantías pertinentes establecidas en la Constitución y en la ley secundaria de Perú.

Estos instrumentos reconocen las pensiones ya obtenidas bajo el sistema antiguo y a los niveles vigentes al momento del retiro, como un derecho adquirido pese a los cambios al sistema previsional. Debido a la existencia de estas normas internas, la Corte Interamericana pudo aplicar el artículo 29b de la Convención Americana; éste prohíbe *“limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes...”*. En este aspecto, lo positivo de la sentencia es que brinda una estrategia para el litigio y sirve de modelo para el marco nacional e internacional, amparado por uno de los derechos civiles más clásicamente establecido. Sin embargo, el avance puede verse como limitado ya que el éxito futuro en un caso similar depende –sobre todo– de que se consagre de manera explícita en las leyes internas de un país el derecho a una pensión particular como un bien jurídico adquirido.

Acerca del derecho a la protección judicial, la Corte interamericana pudo ligar los principios de esta obligación con el derecho a la pensión debido al incumplimiento estatal de fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia peruana, que ordenaban el pago de las pensiones debidas a los demandantes. Aunque la Corte Interamericana en esta ocasión negó su jurisdicción directa sobre el derecho a la pensión, se lograron los efectos deseados porque la protección judicial garantizada en la Convención Americana requiere la existencia de un recurso efectivo contra violaciones de derechos contenidos

en la legislación secundaria y la Constitución de un país, al nivel de dicha Convención.

En teoría, esta garantía abre las puertas al litigio ante la Corte Interamericana de un caso basado en la violación de un derecho exclusivo al ámbito nacional. Sin embargo, en la práctica el tribunal regional siempre utiliza esta protección en conexión con un derecho claramente consagrado en la Convención Americana; en este ocasión, el derecho a la propiedad privada. Por tanto, se necesita promover la admisión de un caso en el cual la violación a la protección judicial se asuma como la causa principal de la acción y no solamente como una violación secundaria. Adicionalmente, la utilidad de esta estrategia como vía indirecta para la justiciabilidad del derecho a la pensión y los demás DESC, depende de la existencia de resoluciones favorables pero desobedecidas en el ámbito nacional, lo que es poco común en esta materia.

Un caso ya mencionado al tratar la estabilidad laboral que muestra la dificultad de reclamar ante instancias judiciales las violaciones al derecho a la pensión, es el de Anthony Fashion Corporation. Es ésta una compañía textilera que operaba en la Zona Franca de San Bartolo en San Salvador, capital del país. La empresa maquilera cerró operaciones en diciembre del 2002, dejando a sus trabajadoras y trabajadores sin empleo ni indemnización; además, no pagó las cotizaciones debidas a las AFP y al ISSS no obstante haber descontado la cantidad correspondiente a los salarios de su personal.²²¹ Es un actor privado que violando las leyes establecidas por el Estado como medidas de protección a los derechos a la estabilidad laboral, a la salud y a la pensión.

El Estado pudo haber evitado el perjuicio a la salud y a la pensión creando mecanismos efectivos de monitoreo y sanción, previo al cierre de la empresa. De hecho, declaraciones de un supervisor de inspectores del Departamento de Inspección de Trabajo, dentro de la cartera ministerial correspondiente, constató que las autoridades públicas sabían de la falta de pago a las AFP y al ISSS casi un año antes del cierre de la empresa.²²² Ahora le

²²¹ Op. Cit. Human Rights Watch, Indiferencia intencionada, p. 54.

²²² Ibid. P.56.

toca al Estado proporcionar recursos efectivos, judiciales y de otra índole, para reparar los daños causados a las víctimas de las infracciones cometidas.

El desempeño estatal posterior a los hechos ha sido deficiente, pues la mayoría de las víctimas aún se encuentra sin reparación alguna. Se realizaron varias inspecciones oficiales, constatando de nuevo la demora en el pago a las AFP y al ISSS. Además, las personas afectadas presentaron una denuncia ante el fiscal local acusando a la empresa de retención ilegal de los pagos; también denunciaron la retención ilegal de aguinaldos obligatorios.

Las acusaciones de la segunda denuncia no fueron procesadas porque las víctimas no pudieron entregar copia del informe de inspección que constataba el hecho. Como resultado, el fiscal no pudo solicitar una veda de salida ya que entonces la retención de cotizaciones era un delito menor que sólo se podía sancionar con una multa. La veda de salida está diseñada para prevenir que los empresarios de este tipo huyan del país. Mientras que la primera querrela ante el fiscal queda pendiente, la mayoría de las 320 quejas presentadas en los juzgados laborales han sido desestimadas, con posibilidad de una nueva presentación judicial debido a la ausencia de los empresarios.

Además de la falta de reparación, las y los trabajadores se ven aún más perjudicados ya que —según denunciaron— se les ha dificultado encontrar trabajo en la zona maquilera pues se supone que han sido colocados en una “lista negra”. Toda esta situación ilustra sobre los obstáculos legales, judiciales y políticos que pueden frustrar a la víctima en su búsqueda de justicia. Las víctimas recurrieron a distintos recursos judiciales y extrajudiciales, pero enfrentaron múltiples dificultades producto de un Estado violador de los DESC por incumplir la obligación de proteger a sus ciudadanos.

Afortunadamente, nuevas reformas recientes al Código Penal convierten la retención de pagos al ISSS y a los AFP en delito punible con cinco a diez años de cárcel, lo que posibilita la eliminación de uno de los obstáculos enfrentados por las víctimas en el presente caso. Pero aun con esta nueva herramienta, la efectividad siempre dependerá de una rápida y

adecuada actuación del representante fiscal para solicitarla oportunamente antes de que los responsables huyan.

A manera de conclusión

Hablar de la justiciabilidad de los DESC es hacer referencia a una historia larga, cuyo desarrollo se aceleró desde la mitad del siglo pasado pero que todavía no ha finalizado. La aceptación de una visión integral de los DESC —en la cual son considerados esenciales para la dignidad humana y el cumplimiento de los derechos humanos civiles y políticos— no ha logrado penetrar en los sistemas universal, regional y nacional de protección de derechos humanos para ser fundamento y poder garantizar su pleno gozo para la población salvadoreña.

Las fallas en la protección de los DESC se derivan de la falta de leyes adecuadas y la existencia de otras muy ineficientes, así como de la nula eficacia de los recursos administrativos y judiciales; además, de la falta de voluntad política estatal que se traduzca en asumir seriamente sus obligaciones relacionadas con estos derechos. Sin embargo, los instrumentos y mecanismos desarrollados han logrado, en cierta medida, proteger los DESC. Y eso no ocurría hace algunas décadas.

A lo anterior se debe agregar que los movimientos globales hacia la liberalización y descentralización del Estado, cada vez más colocan en situación de mayor deterioro y precariedad la seguridad de los DESC para los sectores más vulnerables de la población. Es tarea de las y los defensores de derechos humanos utilizar todos los recursos posibles para incrementar el beneficio de sus clientes y también para presionar, tanto al Estado como a las organizaciones intergubernamentales, a que desarrollen y mejoren mecanismos que hagan avanzar la realización de los DESC sin distingo alguno.



Este libro se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos UCA,
en el mes de septiembre de 2004
la edición consta de 1000 ejemplares.