

37-2015

## Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas del día ocho de mayo de dos mil diecisiete.

Agrégase a sus antecedentes los siguientes escritos junto con su respectiva documentación anexa: el primero, proveniente de la Asamblea Legislativa, mediante el cual rinde el informe requerido con base en el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPrCn); el segundo, suscrito por los abogados Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Ana María Corleto Perdomo, quienes actúan en calidad de apoderados generales judiciales del Presidente de la República; el tercero, firmado por el Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano; y el cuarto, suscrito por el señor Juan Pablo Álvarez. Sobre lo anterior se efectúan las siguientes consideraciones:

I. Los abogados Osorio Rodríguez y Corleto Perdomo solicitan intervenir en este proceso en representación del Presidente de la República, y para tal efecto adjuntan testimonio de poder general judicial con cláusula especial otorgado a su favor por la citada autoridad. Habiendo constatado que tal poder cumple con los requisitos legales correspondientes, este tribunal tiene por acreditada su personería, por lo que corresponde admitir su intervención en la calidad solicitada.

Dirimido lo anterior, este tribunal advierte que el Presidente de la República, por medio de sus apoderados, solicitó la nulidad del auto de 27-I-2017, “en atención a los vicios insubsanables de que adolece”. Sin embargo, no especificó cuáles son esos vicios insubsanables, no señaló el o los preceptos legales en que funda su solicitud ni la forma en que esos pretendidos vicios encajan en alguno de los supuestos para interponerla. Debido a esta notable deficiencia, no es posible realizar un análisis de cada una de las causales de nulidad para confrontarlo con el acto que se impugna en el presente proceso, por lo que este Tribunal deberá declarar sin lugar la nulidad pedida.

II. El Presidente de la República, mediante sus abogados, enumeró los tópicos requeridos por este tribunal en el auto de 27-I-2017, pero no contestó ninguno de ellos pese a tratarse de una resolución judicial. Por el contrario, únicamente se limitó a cuestionar lo resuelto por esta Sala, argumentando que: (i) mediante la ampliación del objeto de control, este tribunal ha reconfigurado la pretensión planteada; (ii) se ha desnaturalizado la figura de las diligencias para mejor proveer; (iii) lo resuelto carece de fundamento jurisprudencial; (iv) se han vulnerado los principios de independencia e imparcialidad jurisdiccional; y (v) se ha infringido el principio de preclusión. Sobre tales asuntos, en conjunto, ya se pronunció este tribunal en el considerando anterior, respecto del cual no se han formulado peticiones concretas que no sean la recusación y la declaratoria de nulidad, por lo que no ameritan ser analizados individualmente por esta Sala; asimismo, el Presidente de la República reiteró su

solicitud de sobreseer en este proceso o de declarar que no existe la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados. Así, la citada autoridad *ha omitido deliberadamente cumplir lo con lo requerido por este Tribunal, y se ha limitado únicamente a cuestionar los requerimientos formulados en el mencionado auto.*

III. 1. Finalmente, el Presidente de la República, mediante sus aludidos apoderados, ha planteado la recusación de los suscriptores del auto de 27-I-2017, es decir, de los magistrados propietarios Florentín Meléndez Padilla, José Belarmino Jaime Flores, Edward Sidney Blanco Reyes y Rodolfo Ernesto González Bonilla, y del magistrado suplente Francisco Eliseo Ortiz Ruíz.

El fundamento de tal recusación es, “el derecho que asiste a la autoridad [...] a que la oposición formulada sea conocida por juzgadores ajenos a cualquier causa de parcialidad”. Y cimienta su idea de parcialidad en la supuesta relación de los magistrados concernidos, “con el objeto litigioso, por haber sido responsables de emitir el auto de 27-I-2017 que pretende extender de manera oficiosa, sin fundamento legal ni jurisprudencial, el enjuiciamiento constitucional a los arts. 41 y 43 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LTTSV) y a las disposiciones jurídicas que sirven de fundamento a los actos en virtud de los cuales se ha establecido la segregación de carriles y la instalación de terminales o estaciones, como parte del Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana de San Salvador (SITRAMSS); lo cual constituye una circunstancia seria, razonable y comprobable, en atención a cada uno de los cuestionamientos formulados [...], puesto que el contenido de dicha resolución conlleva a asumir una posición procesal equivalente a la de un demandante”. Por tanto, se indicó que los magistrados suscriptores vulneraron los principios de independencia e imparcialidad por: (A) “la inobservancia del principio dispositivo”; y (B) “por la forma en que artificiosamente fueron presentados los argumentos de defensa esgrimidos en este proceso en aras de explayar los términos del debate”.

2. En vista de que el planteamiento realizado por el Presidente de la República puede ser tomado como un elemento que ponga en duda la imparcialidad de esta Sala frente a las partes y a la sociedad, por tal circunstancia, se considera procedente *llamar a cuatro magistrados suplentes* de esta Sala —con exclusión del magistrado Ortiz Ruíz— para que conozcan de la recusación planteada contra los magistrados propietarios José Belarmino Jaime, Edward Sidney Blanco Reyes, Rodolfo Ernesto González Bonilla y Florentín Meléndez Padilla, y del magistrado suplente Francisco Eliseo Ortiz Ruíz, todos los cuales se encuentran habilitados para emitir el presente auto.

Lo anterior obedece a que la recusación no produce el efecto de inhibir del conocimiento o intervención a la autoridad recusada, sino a partir del día en que se le hace saber la resolución que le declara separada del conocimiento o intervención en el asunto. En este momento el incidente en cuestión aún no ha sido resuelto, de manera que los aludidos magistrados no han sido apartados de este proceso; por tanto, pueden pronunciarse sobre los

demás asuntos incidentales pendientes de resolver, lo cual no implica emitir valoración alguna sobre el objeto rebatido en este proceso, siendo este el único tópico que les está vedado, pues mientras no se les notifique su separación del proceso, solo están inhibidos para dictar sentencia definitiva —art. 56 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM)—. Consecuentemente, este tribunal continuará dirimiendo las cuestiones incidentales que le han sido propuestas.

IV. Durante la tramitación de este proceso, el Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, solicitó intervenir en calidad de tercero. Este tribunal indicó que dicha petición se decidiría cuando el objeto del proceso quedase debidamente fijado, es decir, agotadas “las etapas procesales relativas a las intervenciones de la autoridad demanda y el Fiscal General de la República, de acuerdo con lo establecido en los arts. 7 y 8 LPC y 94 CPCM”.

Tales actuaciones ya se realizaron, por lo que resulta procedente decidir lo pedido por el aludido Ministro, quien alegó que se encuentra entre los supuestos en los cuales la jurisprudencia constitucional habilita la intervención por él solicitada. Específicamente adujo que “como Ministro de Obras Públicas [...] ejerzo en el marco de mis atribuciones la aplicación de la normativa impugnada, vinculada directamente con el funcionamiento del [...] (SITRAMSS), lo que ampara a la luz de la jurisprudencia mi intervención en el presente caso”. Además, señaló que “para la implementación de este Sistema se recibió financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo” y “este ministerio tiene contractualmente la calidad de ‘organismo ejecutor’, y se vería afectado directamente por la falta de cumplimiento del contrato de préstamo, originado por la emisión de una medida cautelar”. Tales alegatos resultan atendibles para esta Sala, por lo cual se autorizará la intervención del Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, en la calidad que ha solicitado.

En razón de dicha autorización de intervención, en principio, este tribunal le habría concedido audiencia al Ministro para que dentro del término que la Sala estimase idóneo, aquel pudiera manifestar lo que considerara oportuno según la condición en la que se hubiere autorizado su intervención. Sin embargo, como se anotó al inicio de este proveído, el aludido Ministro ha presentado otro escrito, en el cual afirma que actúa en su calidad de tercero y se pronuncia sobre lo resuelto por esta Sala en el auto de 27-I-2017, específicamente en cuanto a la información requerida al Presidente de la República. Asimismo, solicita que se agregue al proceso la documentación que adjunta y que se tenga por rendido su “informe”. En dicho informe intenta ilustrar a esta Sala sobre los motivos de inconstitucionalidad rebatidos en el presente proceso. Por tanto, se advierte que el Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, a través de sus dos escritos y documentación anexa presentados, ha manifestado a este tribunal lo que ha considerado pertinente para el asunto

en análisis, por lo que es innecesario concederle audiencia en la calidad que interviene, aunque se le tendrá como tercero en este proceso.

V. También durante la tramitación del presente proceso, el señor Juan Pablo Álvarez, en su calidad de demandante, solicitó certificación del respectivo expediente. El motivo expuesto fue que “carece de una copia del expediente en mención, que incluya toda la información vertida por las partes en las diferentes etapas procesales”. Al respecto, el art. 166 CPCM —de aplicación supletoria en los procesos constitucionales— establece que de “cualquier expediente judicial podrán las partes o quien tuviere interés legítimo obtener certificación íntegra o parcial del mismo”, por lo que es procedente acceder a lo solicitado, debiendo el peticionario sufragar los gastos de tal expedición. Sin embargo, vistos los motivos que aduce para su solicitud, es oportuno señalarle que para informarse de todo lo agregado por las partes y lo actuado en el proceso, basta consultar el expediente, el cual es público y está a su disposición.

VI. Dirimido lo anterior, este tribunal estima necesario reconsiderar la adopción de medidas cautelares en el presente proceso. Ello, atendiendo a las siguientes razones:

1. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre su potestad para adoptar medidas cautelares en los procesos que conoce, incluso de manera oficiosa. Ello, para procurar *la eficacia de los procesos constitucionales*, lo que además de referirse a la posibilidad de cumplimiento efectivo de la sentencia del caso, *incluye la obligación de disponer lo necesario para impedir que la tramitación procesal genere perjuicios irreparables o de difícil reparación sobre los principios, derechos, bienes o contenidos constitucionales en juego*. De este modo, es claro que no es imprescindible que un sujeto procesal solicite a esta Sala decretar las medidas cautelares que estime útiles y pertinentes, porque esta atribución es inherente a la potestad jurisdiccional que se ejerce en los procesos constitucionales; además deriva del carácter público de estos procesos y de su finalidad de defensa objetiva de la Constitución, así como de las características propias de las decisiones precautorias a disposición del tribunal —verbigracia, auto de 24-II-2017, Inc. 19-2016—.

Este tribunal ha reiterado que el Derecho Procesal Constitucional es un régimen derivado y puesto al servicio del Derecho Constitucional material, lo que implica que su estructura debe operar como una verdadera garantía que atienda tanto a las demandas formuladas por los particulares —tutela subjetiva de derechos fundamentales— como a las exigencias generales del Estado Constitucional de Derecho —defensa objetiva de la Constitución—, tal como se dijo en la sentencia de 4-III-2011, Amp. 934-2007. Así, sus *facultades cautelares deben ejercerse de la manera que sea adecuada para lograr la mayor eficacia posible de su cometido*, esto es, asegurar la regularidad constitucional, procurando la tutela, tanto del interés público como del interés de los particulares, de acuerdo con las circunstancias del caso, intentando en todo momento y a través de todos sus actos, un

equilibrio a efecto de conseguir el mayor grado de protección a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado y sus instituciones —auto de 15-VII-2013, Inc. 63-2013—.

Este margen de apreciación del tribunal constitucional para el ejercicio de su potestad cautelar es coincidente con los rasgos esenciales de este tipo de medidas, particularmente con el de instrumentalidad, según el cual estas tienen por finalidad permitir la eficaz ejecución de la decisión definitiva que eventualmente se adopte, en caso de ser estimatoria. Asimismo, las atribuciones de esta Sala para decretar medidas precautorias siempre implican *la posibilidad de adoptar* —de manera inicial o sobreviniente, a petición de parte o de oficio—, cambiar o revocar una medida *cuando se modifique en grado relevante la situación fáctica que, a criterio del tribunal, justifique la decisión respectiva* —resolución de 16-IX-2003, Inc. 4-2003—, lo cual está reconocido en el art. 25 LPrCn.

2. En este caso, desde la presentación de su demanda, los peticionarios solicitaron como medida cautelar la *suspensión provisional de los efectos positivos de las disposiciones impugnadas; es decir, la suspensión del uso de la infraestructura pública —carriles segregados, terminales y andenes— por parte de la empresa autorizada, para ser utilizada por toda la población*. Asimismo, durante la tramitación de la presente causa, los ciudadanos Genaro Isaac Ramírez Barrera, José Arturo Barrera Rivas y Juan Pablo Álvarez, en su calidad de demandantes, reiteraron la solicitud de decretar la medida cautelar de suspensión de los efectos del objeto de control y de sus “efectos positivos”, tales como “la explotación exclusiva por parte de la UNIÓN DE EMPRESAS SIPAGO-SITRAMSS S.A. DE C.V. de la infraestructura pública que integra el SITRAMSS”. En ambas ocasiones esta Sala encontró configurado únicamente el presupuesto de apariencia de buen derecho, pero no el de peligro en la demora, por lo que mediante autos de 12-VIII-2015 y de 27-I-2017 denegó la aplicación de las citadas medidas. De manera que el presente proceso se ha desarrollado sin medida cautelar alguna, en atención a las condiciones existentes en el momento del análisis inicial de la pretensión de inconstitucionalidad.

3. En el auto de admisión del presente proceso de inconstitucionalidad, de fecha 12-VIII-2015, esta Sala consideró que se cumplía el supuesto de la apariencia de buen derecho indispensable para decretar una medida cautelar, pues los demandantes lograron establecer un contraste internormativo y plantear argumentos suficientes en los motivos admitidos para advertir la probable existencia de una vulneración a la Constitución. Así, se admitió la demanda de inconstitucionalidad por la supuesta contravención al principio de reserva de ley por parte del art. 5 números 2, 8, 25 y 57, y art. 156 inc. final del Reglamento General de Transporte Terrestre (RGTT), por el otorgamiento de explotación de infraestructura estatal sin realizar licitación pública ni concesión alguna, lo cual presuntamente vulneraría el art. 120 Cn.

No obstante, se estimó que el supuesto de *periculum in mora* no se configuraba, pues por la expectativa de vigencia indefinida del Decreto Ejecutivo que se impugna no se revela

la posibilidad de que los efectos de una eventual sentencia estimatoria se vean frustrados, ni que el contenido de las disposiciones cuya inconstitucionalidad se alega, puedan generar daños irreparables en relación con la prestación del servicio público de transporte de pasajeros.

Posteriormente, en auto de 27-I-2017, esta Sala advirtió que la Presidencia de la República estableció en su informe que los arts. 41 y 43 LTTTSV dan cobertura legal al asunto planteado en la demanda, es decir, a la determinación de exclusividad de un carril de una vía pública para el uso del SITRAMSS y al establecimiento de terminales en bienes de uso público para los mismos efectos, sin que medie una concesión legislativa. Además, indicó que el art. 5 RGTT no establece reglas para la Administración ni para los particulares. En ese sentido, la autoridad demandada señaló, por un lado, que los actos en los que radican los motivos de inconstitucionalidad planteados penden de lo regulado en los arts. 41 y 43 LTTTSV; por otro lado, que el art. 5 RGTT no es el fundamento normativo de los motivos de inconstitucionalidad planteados.

Por ello, para emitir un adecuado pronunciamiento sobre la supuesta violación planteada, resultó indispensable extender el enjuiciamiento constitucional a los arts. 41 y 43 LTTTSV; pero además, a las disposiciones jurídicas que sirven de fundamento a los actos en virtud de los cuales se ha establecido la segregación de carriles y la instalación de terminales o estaciones, ambas, en una vía pública, sin que se haya otorgado una concesión legislativa con base en el art. 120 Cn., aunque estos no hayan formado parte del objeto de decisión delimitado originalmente en el auto inicial.

En dicho auto, de fecha 27-I-2017, se reiteró que los argumentos cumplían el primero de los presupuestos para decretar una medida cautelar en un proceso de inconstitucionalidad: la apariencia de buen derecho *–fumus boni iuris–*, en tanto que se había plantado la probable vulneración de una disposición constitucional. Sin embargo, al igual que los planteados en la demanda, estos argumentos tampoco lograban configurar el presupuesto de peligro en la demora en la tramitación del proceso *—periculum in mora—* requerido para decretar una medida cautelar.

4. En ese sentido, luego de haberse emitido el auto de 27-I-2017, han acaecido nuevas circunstancias que revelan la necesidad de que se reconsidere la aplicación de alguna de las medidas precautorias solicitadas.

A. Primeramente, con base en lo consignado en la documentación agregada y lo informado por los distintos intervinientes, resulta incontrovertible que el asunto debatido muestra un interés público relevante porque: en él están involucrados bienes de uso público; están en juego varios derechos de la colectividad, tales como, la libre circulación y el disfrute de bienes de uso público; está de por medio el servicio de transporte público de pasajeros; también se vincula con reglas constitucionales de actuación estatal en relación con las obras de uso público; así como otros deberes estatales vinculados con el precitado servicio, con las

contrataciones públicas y con la infraestructura de uso público. Por tanto, en el estado en que se encuentra este proceso, resulta imprescindible buscar mecanismos que en lo sucesivo procuren el resguardo simultáneo de los intereses contrapuestos implicados en lo alegado por los demandantes, como en las posiciones defendidas por las autoridades intervinientes, condiciones excepcionales que no acaecen en el común de los procesos de inconstitucionalidad, y que requieren que este tribunal realice actuaciones específicas en respuesta a las necesidades que este particular proceso ha mostrado.

*B.* Asimismo, los tópicos involucrados hacen de este un proceso de suma complejidad, en el que ha habido más intervinientes de los usuales, se han realizado diligencias que ordinariamente no se efectúan, y se analiza una situación que trasciende al orden público y a intereses y derechos de la colectividad. De ello se desprende la imperiosa necesidad de buscar medidas que, mientras las cuestiones de fondo se resuelven, procuren el resguardo de los intereses públicos en juego.

*C.* A lo anterior debe sumarse la recusación planteada por el Presidente de la República, cuya tramitación implica la apertura de un incidente durante el cual se podría prolongar más este proceso. Además, en caso de ser declarada procedente tal recusación, los magistrados que continuarán conociendo tendrán que imponerse de todo lo acaecido, analizar minuciosamente las alegaciones de las partes junto con la documentación agregada, discutir dichos elementos y decidir lo que a su criterio corresponda. Todo lo cual implica que es previsible el alargamiento del proceso, con la consecuente incidencia que la falta de una decisión definitiva sobre lo rebatido, puede provocar en los intereses públicos y derechos colectivos que están en juego.

*D.* Por otro lado, los alegatos de los demandantes respecto de la falta de concesiones legislativas para la construcción y utilización restringida de la infraestructura edificada para el SITRAMSS, ha sido reafirmada por el Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, quien informó a esta Sala que, efectivamente, no se ha verificado tal mecanismo, porque se considera que los bienes concernidos siguen afectados al uso público, sin que haya algún aprovechamiento particular de por medio. Sin embargo, el citado funcionario también señaló que en el carril segregado pueden transitar los vehículos de transporte público colectivo de pasajeros que reúnan los requisitos técnicos, cualquier vehículo particular que esté siendo utilizado para atender una situación de emergencia, las ambulancias de hospitales públicos y privados, y los vehículos de los cuerpos de socorro, los del Cuerpo de Bomberos de El Salvador, de la Policía Nacional Civil, de la Fuerza Armada, de la Dirección General de Protección Civil y de los diferentes cuerpos de Agentes Metropolitanos, mientras que el resto de vehículos solo podrán circular en horario de 9:30 pm a 4:30 am. Por tanto, resulta que en los carriles segregados se ha vedado el tránsito de las unidades de transporte público de pasajeros, pues los horarios de prestación del servicio no coinciden con los habilitados para la circulación. También se ha impedido la circulación de

los vehículos particulares, de alquiler, taxis, autobuses, microbuses, vehículos comerciales, motos y vehículos especiales para minusválidos o discapacitados, entre otros, en el horario comprendido entre las 4:30 am y las 9:30 pm.

Tales afirmaciones por parte de la autoridad aludida revelan un escenario que apremia la intervención jurisdiccional precautoria, en tanto que se ha acreditado uno de los extremos del contraste normativo constitucional alegado, y de ahí la necesidad de resguardar la vigencia de los intereses públicos en juego.

5. Lo anterior intensifica la apariencia de buen derecho del asunto planteado y *revela el peligro en la demora de la tramitación del proceso*. Circunstancia que no se había acreditado antes, por lo que se denegó la adopción de las medidas precautorias reiteradamente solicitadas. Pero, este tribunal no puede soslayar el interés público relevante de por medio, que ha de ser resguardando mientras se dilucida el asunto controvertido. Y es que esta Sala ya ha señalado —auto de 15-VII-2013, Inc. 63-2013— que en el proceso de inconstitucionalidad, además del *fumus boni iuris* —que se configuró desde el inicio del proceso— es posible añadir otro presupuesto sustancial para la adopción de una medida cautelar. Se trata de la ponderación del *interés público relevante* que valora el perjuicio irreparable que pudiera ocasionar tanto la no aplicación de la medida cautelar —esto es, la continuación de la vigencia de la ley o disposición impugnada—, como el que podría ocurrir con su adopción —esto es, por el acuerdo de suspensión de la vigencia del objeto de control—

Así, se pondera el interés público como un elemento objetivo ineludible para que operen las medidas cautelares. El interés público resulta ser una limitante para la adopción de dichas medidas, pues la medida cautelar no debe adoptarse cuando su imposición produzca o amenace causar mayores perjuicios ciertos e irreparables a los intereses colectivos, que los que su aplicación generaría a los intereses particulares. En este contexto, el juicio para la imposición de una medida cautelar se convierte básicamente en un juicio de ponderación de los daños que su adopción podría causar a los intereses públicos cuya tutela debe procurar el Estado, para el caso de no adoptarse la suspensión cautelar o levantarse la ya acordada. No obstante lo anterior, la tarea fundamental de este tribunal es procurar regularidad constitucional, para lo cual tutela el interés público y el interés de los particulares, intentando en todo momento y a través de todos sus actos un equilibrio a efecto de conseguir el mayor grado de protección a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado y sus instituciones que, en definitiva, se encamina hacia el mismo fin: la persona humana, como integrante de la sociedad y como origen y fin de la actividad del Estado (art. 1 Cn.) —auto de 15-VII-2013, Inc. 63-2013—.

Por tanto, la salvaguarda de los intereses públicos relevantes es un elemento que justifica y demanda la aplicación de medidas cautelares.

6. A. En ese orden, al margen de la constitucionalidad o no de la situación planteada en este proceso, que será dirimida al momento de dictar sentencia, en las condiciones

actuales, la instauración y regulación de los carriles segregados dificulta seriamente la circulación de las personas que requieren transitar por dicha vía en el horario comprendido entre las 4:30 am y las 9:30 pm, es decir, durante la jornada laboral, lapso en el cual se desarrolla la mayoría de actividades de la colectividad que requieren circular por esa arteria vehicular en zonas densamente pobladas del área metropolitana de San Salvador. Esta situación se agrava aún más si se toma en cuenta el espacio material limitado de dicha arteria vehicular, comparado con la amplia necesidad de utilizar diariamente ese bien de uso público.

Los carriles segregados se ubican en una de las principales arterias vehiculares de entrada y salida de la ciudad capital, lo cual dificulta aún más el tránsito de la mayoría de usuarios. Además, un segmento de dichos carriles segregados se ubica en las cercanías de varias instituciones del Estado de mucha afluencia pública, por lo que su acceso también resulta más dificultoso debido a la segregación y restricción del uso de los carriles en mención.

Por tanto, en las condiciones actuales, la segregación de carriles de vías de gran afluencia y envergadura para el tránsito metropolitano, y la regulación restrictiva implementada para su uso, impide y dificulta sustancialmente la circulación de todas las personas que requieran transitar por dicho sector en otro tipo de vehículos diferentes al SITRAMSS.

*De manera que la segregación y restricción del uso de dicho carril implica un gravamen continuo sobre la libertad de circulación del conglomerado aludido —junto con todos los otros intereses públicos vinculados con dicha circulación—, al que, sin haberse comprobado la existencia de un acto habilitante, se le ha despojado del uso común, racional y equitativo de esa vía pública.*

Pero en el otro extremo de esta situación se halla el SITRAMSS, que se ha implementado con el objeto de superar o al menos minimizar las deficiencias del servicio de transporte público de pasajeros en un sector de la zona metropolitana y cuyo funcionamiento se alega que requiere de la existencia y regulación restrictiva del uso del carril segregado. Sin embargo, se ha verificado que el SITRAMSS no solo funciona en el tramo en el que hay un carril segregado, sino también en un segmento en el que no se ha alterado el uso ordinario de las calles, es decir, donde no existe tal carril segregado. Entonces, se infiere que dicho sistema de transporte puede funcionar, y de hecho funciona, sin el uso exclusivo del carril segregado. Por tanto, la medida que temporalmente podría conciliar los intereses públicos contrapuestos es suspender las restricciones para el uso del carril segregado, restableciendo el uso público que otrora tenía, mientras se decide en sentencia definitiva el fondo del asunto planteado.

Sumado a lo anterior, es un hecho notorio y evidente que la organización del tráfico vehicular en el área metropolitana de San Salvador constituye uno de los grandes problemas históricamente no resueltos, que genera una serie de efectos colaterales en la vida cotidiana

de los habitantes, afectando la economía, las actividades laborales y estudiantiles ordinarias, la salud mental, la seguridad ciudadana y el orden básico de una sociedad, entre otros. En consecuencia, se hace necesario exhortar a las autoridades competentes para que adopten urgentemente las medidas necesarias para disminuir en la población los efectos mencionados.

B. Así, considerando que una de las características esenciales de las medidas cautelares es la *proporcionalidad*, según la cual la que se adopte no debe exceder lo estrictamente necesario para evitar los riesgos que implicaría su no adopción —auto de 24-II-2017—, previo a decidir lo anterior, esta Sala ha ponderado las consecuencias de no adoptar una medida precautoria que habilite el libre uso de los carriles actualmente segregados, frente a los efectos de mantener las condiciones actuales respecto de éstos. Así, se tiene que la afectación sobre el interés público concernido podría ser mayor si no se adopta la medida, pues la segregación del carril y su uso regulado, implica una restricción sobre el uso ordinario que de toda esa vía puede realizar la población que requiera transitar por esa área, quienes se verán impedidos de utilizar libremente tal carril, además de los efectos colaterales que tal restricción provoca. En cambio, la adopción de la medida no revela una afectación tan intensa, pues no impide el funcionamiento del SITRAMSS, ya que este funciona tanto en los tramos donde existe el carril segregado, como en aquellos donde no se ha implementado.

En ese sentido, es de señalar que los demandantes, además de lo anterior, solicitaron como medida cautelar el libre uso de las terminales y estaciones construidas para el SITRAMSS; sin embargo, tal medida, por ahora, no resulta necesaria para garantizar los intereses públicos relevantes relacionados con el tránsito vehicular en el carril segregado, y podría, además, entorpecer la administración y funcionamiento normal del SITRAMSS. Entonces, al ponderar los intereses públicos en juego, la potencial afectación al servicio público de transporte de pasajeros brindado por el SITRAMSS que podría producirse al adoptar la citada medida, es mayor que el virtual beneficio que podría generar su uso libre, por lo que no resulta procedente su adopción.

7. Las razones mencionadas justifican que este Tribunal adopte una *medida cautelar* en el presente proceso en el sentido de que, a partir del día once de mayo del presente año, además de los carriles actualmente utilizados, *se debe habilitar el uso público libre de los carriles segregados para la circulación del SITRAMSS*; es decir, que no deben existir restricciones en el desplazamiento vehicular, procurando la fluidez que permita al mayor número de personas, la utilización de tales bienes de uso público.

Como consecuencia, las autoridades competentes —entre ellas el Viceministerio de Transporte y la Policía Nacional Civil— deberán adoptar de inmediato las medidas que sean necesarias a fin de garantizar la seguridad de las personas, así como el ordenamiento y el uso

racional y equitativo de las arterias vehiculares afectadas a partir de la implementación del SITRAMSS.

8. La medida cautelar implica la instauración de mecanismos que permitan restablecer de inmediato la regularidad normativa constitucional alterada en razón del conflicto normativo planteado. Ahora bien, ello no niega su naturaleza de medida precautoria, ya que estas pueden perseguir un efecto conservativo, que mantenga la situación existente al momento de interponer la demanda; y otro anticipatorio, posibilitando la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretende en el proceso. Para garantizar uno u otro fin, cuando este tribunal advierte que existe un efectivo peligro en la demora capaz de provocar un daño permanente o de difícil reparación en los intereses jurídicos controvertidos, puede adoptar medidas innovadoras; es decir, diligencias precautorias excepcionales capaces de modificar el estado de hecho o derecho existente antes de su adopción, a fin de resguardar de manera eficaz los derechos o intereses constitucionales en juego. Tal actuación ocurre reiteradamente en los procesos de amparo y de hábeas corpus, en los que este tribunal ha ordenado medidas cautelares innovadoras dirigidas a lograr que el actor del proceso, durante la tramitación de este, satisfaga anticipadamente el derecho que se alega conculcado — verbigracia, autos de 16-XII-2016, 14-I-2002, 23-IX-2008 y 18-XI-2009, Amps. 712-2915, 12-2002, 777-2008 y 166-2009, respectivamente; y autos de 25-IX-2013, 31-VII-2015, 17-III-2017, HC 133-2013, 67-2015 y 11-2017, respectivamente—.

Así, cuando el tribunal advierte la existencia de un mecanismo que puede eliminar o minimizar la afectación que sobre el interés público relevante acarrea el contraste normativo propuesto, deberá adoptarlo. Y en este caso, aunque se trata de un proceso de naturaleza abstracta, se han verificado circunstancias excepcionales que evidencian la necesidad de que en este proceso se adopte la medida precautoria innovadora correspondiente, *con el fin de que se restablezca de manera general y abstracta la efectividad de los preceptos constitucionales incididos*, y de conciliar los intereses públicos relevantes contrapuestos.

Sin embargo, por la condición de variabilidad inherente a las medidas cautelares, la integración del tribunal que finalmente resulte conformada para conocer sobre el fondo de la pretensión, deberá decidir sobre la continuación o modificación de la medida cautelar que hoy se adopta.

**VII.** Por las razones expuestas, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales citados y la jurisprudencia relacionada, esta Sala resuelve:

1. *Decrétase medida cautelar* en el presente proceso en el sentido de que, a partir del día once de mayo del presente año, además de los carriles actualmente utilizados, *se habilita el uso público libre de los carriles segregados para la circulación del SITRAMSS*; es decir, que no deben existir restricciones en el desplazamiento vehicular, procurando la fluidez que permita al mayor número de personas, la utilización de tales bienes de uso público.

Las autoridades competentes –entre ellas el Viceministerio de Transporte y la Policía Nacional Civil– deberán adoptar de inmediato las medidas que sean necesarias a fin de garantizar la seguridad de las personas, así como el ordenamiento y el uso racional y equitativo de las arterias vehiculares afectadas a partir de la implementación del SITRAMSS.

2. *Admítase* la intervención de los abogados Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Ana María Corleto Perdomo en la calidad en que comparecen.

3. *Declárase sin lugar* la nulidad del auto de 27-I-2017, por no concurrir los supuestos contemplados en el art. 232 CPCM.

4. *Autorízase* la participación del Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano como tercero interviniente.

5. *Extiéndase* la certificación requerida por el ciudadano Juan Pablo Álvarez, debiendo este sufragar los gastos de tal expedición.

6. *Llámesese* a los magistrados suplentes Carlos Sergio Avilés Velásquez, Sonia Dinora Barillas de Segovia, Celina Escolán Suay y Martín Rogel Zepeda y, una vez integrada esta Sala por cinco magistrados, se conozca y decida sobre la recusación planteada por Presidente de la República.

7. *Tome nota* la secretaría de esta Sala del lugar y medios técnicos respectivamente señalados para recibir los actos procesales de comunicación por el Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano y por los apoderados del Presidente de la República.

8. *Notifíquese* a las partes, así como al Viceministerio de Transporte y a la Policía Nacional Civil.

TO RAZONADO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ ÓSCAR ARMANDO PINEDA NAVAS.

Concurro con mi voto a formar la anterior resolución - Inc. 37-2015 - excepto, en lo relativo a la adopción de medida cautelar; por lo que es necesario realizar algunas aclaraciones.

Previo a detallar tales aclaraciones, es pertinente dejar establecido que en el actual proceso, se han agotado las etapas de tramitación del mismo, es decir, la intervención de las partes y se encuentra en fase previa antes de dictar la respectiva sentencia, lo que debe tomarse en cuenta en relación al espacio temporal en que se dicta la medida cautelar y en ese contexto a continuación expreso:

I. En el presente proceso, se ha planteado la recusación en relación a la participación de magistrados que integran esta Sala, al respecto se ha manifestado en el numeral 2 romano III de la resolución, entre otros aspectos, que ante este tipo de incidentes el único tópicos en el que se está vedado de emitir "valoración alguna, es sobre el objeto rebatido en el proceso".

II. Sin perjuicio de lo anterior, en el romano VI, se realizan las consideraciones relativas a la adopción de la medida cautelar, y se comienza citando la reiterada jurisprudencia a los presupuestos para la adopción de la misma.

A. En este punto, es pertinente acotar que la medida cautelar, tiene su fundamento en el artículo 172 Cn. de la Constitución de la República, el cual establece que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial. ( ... ) "la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley". Dentro de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, se incluye la



posibilidad de adoptar medidas, durante el desarrollo del proceso que garanticen la eficaz ejecución o cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria.

Así pues, esta Sala, ha sostenido en resolución de Inconstitucionalidad 63-2013 de fecha 7-II-2014, *que partiendo de los supuestos de procedencia establecidos, en el proceso de inconstitucionalidad el planteamiento de los demandantes deberá sustentar, por un lado, los motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para que este Tribunal estime la probable vulneración de una disposición constitucional o apariencia de buen derecho "fumus boni iuris"; en cuyo caso requiere hacer una aproximación al objeto rebatido en el proceso., manifestado en la probable veracidad del contraste normativo. Y por el otro, la posibilidad de que la sentencia, en caso de ser estimatoria, vea frustrada su incidencia en la realidad "periculum in mora ". o sea, el peligro en la demora, pudiendo hacer nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva o que no obstante tratarse de disposiciones con vigencia indefinida puedan causar daños irreparables o de difícil reparación por la eventual sentencia.*

Sobre estos presupuestos, en la resolución de la cual es parte el presente voto, si bien son citados, se incorpora una variable, consistente en ampliar el alcance de justificación de la medida cautelar a garantizar la regularidad constitucional procurando el interés público como el interés de los particulares, de acuerdo con las circunstancias del caso, intentando un equilibrio a efecto de conseguir el mayor grado de protección a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado y sus instituciones.

En el caso concreto, de este proceso, la Sala, mediante resoluciones de fecha 12- VIII- 2015 y de 27-I- 2017, denegó la aplicación de las medidas cautelares, por concurrir únicamente un requisito, "la apariencia de buen derecho ", y no el de "peligro en la demora", en virtud de las circunstancias que existían en el análisis

*inicial, sin embargo, se advierte que valoran nuevas circunstancias, que llevan a considerar la adopción de medidas cautelares.*

Las nuevas circunstancias acreditadas con documentación presentada, tales como la limitación de circulación de vehículo particulares, de alquiler, taxis, autobuses, microbuses, vehículos comerciales, motos y vehículos para personas con discapacidad, en el horario de 4:30 am y las 9:30 pm, lo cual fundamenta la afectación al interés público.

B. Al respecto considero, que dicha documentación también se refiere a otra colectividad, sobre quienes tiene incidencia el SITRAMSS, como es la cantidad de personas, que se transportan en los autobuses que hacen uso del carril segregado, que se convierten en beneficiarios directos de esas condiciones que minimizan o permiten superar las deficiencias del transporte público ordinario, colectividad a quien también debe reconocérsele como parte del interés público, que en el presente caso, en apariencia, podrían existir de manera contrapuesta, a quien está vedado el uso del carril segregado.

Ante esta situación, estamos en presencia de una colisión de derechos, por una parte los derechos de los usuarios de vehículos particulares, de alquiler, taxis, autobuses, microbuses, vehículos comerciales, motos y vehículos para personas con discapacidad en el horario de 4:30 am y las 9:30 pm y por otro los derechos de las personas que se transportan en los autobuses de SITRAMSS, y que gozan de manera directa de la agilidad y otros beneficios al transitar por el carril segregado.

Esta Sala, en sentencia de inconstitucionalidad 91-2007 de fecha 24-IX-2010, ha sostenido que, *las normas de derechos y, extensivamente, los derechos no pueden jerarquizarse en abstracto. Todos, en principio, poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Sólo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas*

*condiciones y observables sí y sólo si éstas concurren. Admitido lo anterior, cabe afirmar que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución salvadoreña poseen idéntico valor entre sí: el de suprallegalidad. Los intérpretes y aplicadores (autoridades administrativas, jueces ordinarios, Sala de lo Constitucional, etc.), caso por caso, deberán establecer, en caso de conflicto, qué derecho tiene primacía sobre el otro en su ejercicio práctico.*

*Por lo tanto, el titular de un derecho fundamental lo puede ejercer en principio, es decir, sólo si no es superado por el ejercicio de ese o de otro derecho por parte de otro u otros individuos. Esto permite entender un conflicto de derechos fundamentales como la situación en la cual no pueden ser satisfechos simultáneamente dos de ellos o en la que el ejercicio de uno de ellos conlleva la limitación del otro. Si admitimos que los derechos fundamentales no son absolutos, también estaríamos forzados a reconocer que todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites. Y si bien la formulación lingüística o texto plasmado en las disposiciones que estatuyen derechos fundamentales en ocasiones puede dar la impresión de que el derecho se reconoce sin límite alguno, ello no es así: los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre. Y es que los límites a los derechos no sólo poseen un fundamento teórico sólido; también tienen una explicación sociológica: el individuo no vive aislado, sino en sociedad.*

En atención a lo anterior, considero que al momento de analizarse la proporcionalidad de la medida en estricto sentido, se debió ponderar no solo la limitación de tránsito en el horario referido a los vehículos particulares y otros mencionados, considerándolos a ellos como únicos depositarios del interés público; sino que además, debía considerarse que por el mismo hecho que son vehículos

particulares tienen la posibilidad de transitar en vías alternas, o paralelas, conforme a su libre discrecionalidad, para alcanzar un mejor desplazamiento; esto frente a las personas que se transportan en buses del sistema, quienes no tienen más alternativa que someterse a la ruta autorizada por el Viceministerio de Transporte, para llegar a su destino, sin contar con la posibilidad de recurrir a su libre discrecionalidad para agilizar su tránsito buscando vías alternas.

De tal forma, que disiento sobre la motivación fáctica de la medida cautelar, puesto que considero que debió haberse ponderado otros elementos de la realidad, como parte del análisis de proporcionalidad en sentido estricto, así como, la limitación al uso del carril segregado, no anula la posibilidad de agilizar el tránsito para los vehículos particulares, ya que pueden optar a otras vías. Por el contrario, en el caso de los ciudadanos que hacen uso del transporte colectivo como ya lo mencioné, no tienen otra opción para agilizar su tránsito. Por tanto considero que la medida cautelar ahora adoptada no es idónea, ya que podrían haberse establecido otros mecanismos que concilien o aproximen ambos intereses y que podrían haber incidido en menor medida, en los usuarios del sistema de transporte público que utiliza el carril segregado.

