

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 tópico 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 las 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 mencione, 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.