

3-2020

Controversia

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las doce horas y cuarenta y siete minutos del seis de julio de dos mil veinte.

La presente controversia constitucional se originó por el veto emitido por el Presidente de la República en contra del art. 1 del Decreto Legislativo n° 621 (D. L. n° 621-2020) aprobado por la Asamblea Legislativa el 1 de abril de 2020, que contiene las Disposiciones Transitorias para Regular el Retorno de Salvadoreños que al momento de la Declaración de Emergencia por la Pandemia provocada por la COVID-19 se encontraban fuera del país, por la presunta vulneración a los arts. 1, 2, 65 y 86 Cn.

Analizados los argumentos y considerando:

I. Disposición vetada.

D. L. n° 621-2020.

“Art. 1.- El gobierno de la República facilitará el retorno de las personas salvadoreñas, independientemente de su condición migratoria, y que al momento de la declaratoria de emergencia causada por el COVID-19, se encontraban fuera del país y debido al cierre de las fronteras por dicha declaración no pudieron retornar; dichas facilidades consistirán en:

- A. Permitir el ingreso, sea vía área, terrestre o marítima;
- B. Este retorno será de acuerdo a un protocolo de atención y protección que elaborará el Ministerio de Salud y a la capacidad instalada que tenga el país con respecto a la disponibilidad de centros de cuarenta, para alojar a estas personas;
- C. Gestionar medios para su transporte en la medida que fuere posible para las personas que tuvieran alguna dificultad con su transportación;
- D. Se tomará en cuenta el tiempo y las condiciones en que se encuentren estas personas.

Han intervenido en el presente proceso el Presidente de la República y la Asamblea Legislativa.

II. Argumentos del Presidente de la República y de la Asamblea Legislativa.

I. Mediante escrito remitido al correo electrónico institucional a las quince horas y cincuenta y siete minutos del 8 de junio de 2020, el Presidente de la República manifestó que ya se habían explicado las razones de inconstitucionalidad que motivaron el veto del D. L. 621-2020 y que en su segunda intervención expondría concretamente los argumentos tendientes a establecer la confrontación internormativa entre el art. 1 de dicho decreto y la Constitución. Las razones alegadas por el referido funcionario pueden resumirse así:

A. El art. 1 del D. L. n° 621-2020 contraviene el principio de seguridad jurídica (arts. 1 y 2 Cn.). El referido funcionario recordó que con anterioridad había sostenido que el primero de los preceptos contiene declaraciones de intención del legislador, las cuales eran ineficaces por la falta de ponderación del Legislativo al momento de su aprobación. Para él, el objeto de control representa “[...] la instauración de expectativas en los connacionales actualmente fuera del país [...]”, en función de una desatinada tutela de sus derechos, la cual se basa en la conveniencia para los intereses partidarios de los grupos parlamentarios

que votaron a favor de dicha iniciativa. Con base en ello, considera que la emisión de una normativa no solo debe suponer la mera declaración de intenciones, sino “[...] la plena conciencia de insertar dicha norma en un contexto jurídico-fáctico en que sea posible [...] tener certeza que [...] será aplicable a [una] situación particular”.

Además señaló que al emitir el decreto impugnado, la Asamblea Legislativa no conocía la situación de los connacionales en el extranjero. Por ello, este último órgano de Estado consideró necesario recibir un informe de la Ministra de Relaciones Exteriores y contar con los elementos de juicio para determinar la necesidad de emitir un decreto legislativo sobre ese tema. Sin embargo, en el desarrollo de la plenaria correspondiente se aprobó con dispensa de trámite la pieza presentada y se prescindió de dicha información. El resultado de esa decisión es que en el decreto impugnado se incorporaron elementos que carecen de eficacia jurídica que no responden a la realidad que se pretende regular. Añade que, si el decreto objetado hubiera entrado en vigencia, hubiese generado problemas de aplicación, debido a que actualmente se encuentra en ejecución el “Plan para la repatriación gradual de los salvadoreños que a la fecha aún se encuentren en el exterior, y que por motivo de las medidas sanitarias de prevención de la propagación del COVID-19, no han podido retornar a El Salvador”, el cual ha sido elaborado e implementado por el Órgano Ejecutivo sobre la base del marco legal vigente y una evaluación empírica de la situación.

Para el Presidente de la República, el desconocimiento por parte de la Asamblea Legislativa de tal situación y de las acciones que el Ministerio de Relaciones Exteriores se encontraba realizando sobre el tema tuvieron como consecuencia que el contenido del decreto legislativo aprobado fuera redactado en términos generales y ambiguos que no puede dotar de certeza jurídica a los supuestos de hecho que pretende regular y por eso considera que el decreto objetado contraviene los arts. 1 y 2 Cn.

B. El art. 1 del D. L. n° 621-2020 vulnera el principio de separación de poderes (o separación orgánica de funciones —arts. 65 y 86 Cn.—), debido a que la aprobación del decreto impugnado implica una intromisión del Órgano Legislativo en funciones que corresponden al Ministerio de Salud y al Ministerio de Relaciones Exteriores. De manera específica, expuso que el art. 42 n° 1 y 2 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo (RIOE) le atribuye la competencia para planificar, dirigir, coordinar y ejecutar la política del gobierno en materia de salud; supervisar las actividades de dicha política; y emitir las normas y técnicas en materia de salud y ordenar las medidas, y disposiciones que sean necesarias para resguardar la salud de la población.

Asimismo, agregó que el art. 32 n° 23 y 29 RIOE reconoce la competencia del Órgano Ejecutivo para la protección de los intereses de los salvadoreños que radican en el exterior y a la promoción de servicios consulares modernos, eficientes, seguros y con alta vocación de servicio a los salvadoreños en el exterior. Destacó que las competencias que se

reconocen al Ministerio de Salud y al Ministerio de Relaciones Exteriores describen la forma en que el Ejecutivo se ha organizado para realizar las actividades que le corresponden en relación con la conservación y restablecimiento de la salud de la población y a la asistencia consular a los salvadoreños en el exterior. Al igual que en el escrito donde vetó el Decreto Ejecutivo n° 621-2020, indicó que la salud de los habitantes es un bien público y según el art. 65 Cn. es obligación del Estado y las personas velar por su conservación y restablecimiento.

Luego se refirió al principio de separación orgánica de funciones y transcribió algunos extractos de la sentencia de 25 de mayo de 2011, inconstitucionalidad 85-2010 (y no 85-2020, como lo cita) y expuso que tal como lo mencionó anteriormente la competencia para dictar las disposiciones contenidas en el D. L. 621-2020 corresponden al Órgano Ejecutivo en el ramo de salud y por eso se le debió consultar a este último antes de emitirlo. Además consideró que el mencionado decreto debió hacerse de conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, porque este último es el encargado de la asistencia de los salvadoreños que se encuentran en el exterior y que desean retornar al país. A continuación, reseñó algunas noticias periodísticas donde deja entrever que los diputados de la Asamblea Legislativa necesitaban escuchar la opinión de la Ministra de Relaciones Exteriores para que explicara las gestiones que estaban realizando para asegurar el retorno de los salvadoreños que se encuentran en el exterior. No obstante, emitieron el D. L. 621-2020, sin tomar en cuenta la opinión de dicha funcionaria.

Por otra parte, expuso que una de las medidas excepcionales que se adoptó fue la suspensión de todos los vuelos comerciales de pasajeros, lo cual se estableció con la finalidad de salvaguardar el interés público, en este caso la salud colectiva de la población. Para él, esta medida representaba una necesidad infranqueable que permite que el retorno de salvadoreños se realice de manera que se garantice las condiciones materiales para gestionar la cuarentena sanitaria y sus derechos fundamentales. En esa misma línea, recuerda que, debido a la pandemia a nivel mundial por la COVID-19, varios países también optaron por el cierre de aeropuertos y limitar la circulación de personas, pero esto fue obviado por la Asamblea Legislativa en la emisión del decreto en cuestión. A partir de esos razonamientos, consideró que, para garantizar el derecho de entrar y permanecer en el territorio por parte de las personas que al momento de decretarse la emergencia estuvieren en el exterior, también se debía garantizar el derecho a la salud, integridad física y dignidad humana mientras cumpliera la cuarentena sanitaria.

Aseguró que esto permitiría salvaguardar el derecho a la salud de las personas que se encuentran en el país, a partir de las capacidades materiales, sanitarias y logísticas con que se cuenta. Todo ello no fue tomado en cuenta por la Asamblea Legislativa y por eso

pide que se declare “la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo No 621 que ha motivado la iniciación de la presente controversia”.

2. A. La Asamblea Legislativa rindió su informe en el plazo legal respectivo, por medio del escrito presentado en la secretaría de esta sala a las doce horas y treinta minutos del 22 de junio de 2020. Sobre el primer argumento del veto, dicha asamblea transcribió un párrafo de la sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC, y consideró que el Presidente de la República incurre en un error interpretativo sobre el principio de seguridad jurídica. Para la asamblea, el decreto solo sería ineficaz por la falta de voluntad para implementar lo que el D. L. n° 621-2020 regula, el cual no prevé un retorno desordenado y sin protocolos. Por el contrario, sería el Ministerio de Salud quien establecería un protocolo de atención y protección para las personas retornadas, de acuerdo con la capacidad instalada y a criterios de priorización. Ese protocolo establecería las pautas para que el retorno fuera seguro y ordenado tanto para los salvadoreños que ingresarían al país como para los que se encuentran en su interior, de modo que se les puede garantizar su derecho a la salud y a ingresar al territorio salvadoreño.

A continuación, resaltó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido la complejidad que genera la pandemia por la COVID-19 en el mundo y las distintas medidas para evitar el contagio, pero que esas medidas deben ser adoptadas de forma transparente, tras un cuidadoso análisis de las alternativas existentes y estar justificadas desde un enfoque de derechos humanos con el debido análisis de impacto en los mismos, así como de la más eficiente utilización de los máximos recursos disponibles con la finalidad de proteger la salud pública. Luego, transcribió la recomendación número 60, de la resolución n° 1/2020, de 10 de abril de 2020, en la cual la CIDH reconoce la garantía del derecho de regreso y la migración de retorno a los Estados y territorios de origen o nacionalidad. Para finalizar el contraargumento contra el primer argumento del veto, la Asamblea Legislativa expuso que solo a ella le corresponde la creación de normas que limiten o restrinjan los derechos de los salvadoreños, siempre y cuando sea en el marco de sus competencias.

B. También consideró que el Presidente de la República parece limitar la capacidad y competencia que tiene la Asamblea Legislativa para crear normas jurídicas siempre y cuando cumpla con el proceso de formación de ley. De igual manera recordó que el poder del Estado es uno solo, y se ejerce principalmente a través de 3 funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Por tanto, cuando el gobierno ejerce la administración, crea leyes, emite providencias concretas y aplica la ley para resolver un conflicto de intereses o para crear una situación jurídica determinada. Después de definir cada una de las funciones, añadió que a ella corresponde el deber constitucional de velar por la salud de los salvadoreños, ya que al ser elegidos por voto popular y representativo de la población en

general, a los diputados se les encomienda salvaguardar los derechos sociales, culturales y económicos, entre ellos el derecho a la salud.

Por último, la Asamblea Legislativa manifestó que el Presidente de la República incurre en un error cuando considera que es necesario realizar una ponderación entre los derechos fundamentales de los salvadoreños que están fuera del territorio nacional y los que están en el interior del país, porque todos los salvadoreños gozan del derecho a la igualdad (art. 3 Cn.). Por eso, diferir temporalmente el ingreso al país de salvadoreños procedentes del extranjero, a fin de garantizar el interés público de los que residen en el país, implica una categorización de interés particular que afecta a un derecho fundamental que le asiste a todos los salvadoreños: el derecho a ingresar a su país.

III. Problema jurídico y orden temático de la sentencia.

A la vista de los argumentos aducidos por el Presidente de la República para fundamentar su veto y de las razones planteada por la Asamblea Legislativa para justificar la ratificación de su decreto, es preciso delimitar el problema jurídico que deberá resolverse en esta sentencia. Dicho problema consiste en determinar si el art. 1 D. L. n° 621-2020 contraviene, por un lado, el principio de seguridad jurídica (arts. 1 y 2 Cn.), debido a que no es más que declaraciones de intención por parte del legislador que no pueden concretarse en derechos que puedan ser exigidos por los salvadoreños que están fuera del territorio nacional a causa de la pandemia por COVID-19; y, por el otro, si el precepto vetado representa una infracción al principio de separación orgánica de funciones (arts. 65 y 86 Cn.), porque la Asamblea Legislativa estaría elaborando la política de salud cuando su determinación y supervisión corresponde al Órgano Ejecutivo en el ramo de salud .

Sobre esa base, el núcleo de esta decisión consistirá en estudiar (IV) el significado del principio de primacía del interés público; luego, (V) se explicará en que consiste el principio de seguridad jurídica; a continuación, (VI) se dotará de contenido al derecho fundamental a la protección a la salud; y (VII) se analizará el principio de separación orgánica de funciones; y por último, (VIII) se resolverá el problema planteado.

IV. El principio de primacía del interés público sobre el interés privado.

1. El art. 246 inc. 2° frase 2ª Cn. prevé “El interés público tiene primacía sobre el interés privado”. Definir qué se debe entender por interés público ha generado ciertos problemas para la jurisdicción constitucional, debido a su indeterminación. Un concepto jurídico será indeterminado cuando no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de significados que pueden ser atribuibles a la expresión (Carlos Bernal Pulido, *Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica*, 2018, p. 31). Para el Derecho, los conceptos jurídicos indeterminados tienen su génesis en conceptos del derecho privado como “buena fe”, “vicios ocultos”, “diligencia de buen padre de familia” u “honrado comerciante”. Sin embargo, su existencia no es exclusiva del Derecho, más bien son cuestiones propias de la

filosofía del lenguaje, como la vaguedad de las expresiones. Esto no implica, necesariamente, una imperfección del lenguaje, sino la aspiración de comprender un conjunto de conductas, objetos, aspectos, relaciones y fines dentro de la expresión de que se trate.

De modo que la importancia de los conceptos jurídicos indeterminados para el Derecho, y especialmente para el Derecho Constitucional, radica en que la mayor parte del ordenamiento legal está formada por relaciones muy complejas en las que se interrelacionan intereses y valores colectivos e individuales. De ahí que ante la imposibilidad de elaborar normas jurídicas perfectas que determinen con total precisión la realidad a la cual se refieren, la indeterminación permite al Derecho cumplir la función de regular de forma suficiente las relaciones sociales, tan infinitas e imprevisibles en sus elementos.

2. A. La expresión “interés público” ha sido sumamente utilizada en declaraciones o informes desde hace tiempo por políticos, gobernantes, jefaturas de entidades fiscalizadoras, funcionarios gubernamentales e incluso medios de comunicación. De hecho, es muy común que los actores políticos apelen a dicho vocablo para pretender la aprobación de acciones públicas que promueven y ejecutan en el ejercicio de sus funciones y para refutar o adelantarse a las críticas que puedan ser utilizadas por la sociedad civil que se muestre en desacuerdo con su gestión. A falta de regulación explícita, siempre encontrarán en el interés público un valor congruente con la equidad para tratar de fundamentar sus acciones o cometidos.

Si bien es cierto el interés público es un concepto jurídico indeterminado, es posible dotarlo de contenido. A menudo suele ser confundido con intereses colectivos y con intereses difusos. Siguiendo la jurisprudencia constitucional, cuando se trate de intereses colectivos el sujeto al que aparecen atribuidos los bienes a los que el interés se refiere es individualizado o individualizable, ya que está relacionado con colectividades de carácter permanente y con la consecución de los fines que las caracterizan; es decir, los intereses colectivos se identifican con aquellos de un grupo determinado, por lo que atañen al individuo en tanto parte de un grupo.

Por su parte, el interés difuso surge ante la presencia de una necesidad y la falta de medios para satisfacerla, lo cual supone una desprotección o afectación común que impulsa a los sujetos a utilizar los instrumentos para ser protegidos en la conservación y defensa de ese interés. De esto se sigue que la distinción entre intereses difusos y colectivos atiende al grado de individualización de los sujetos a los que el interés se refiere. Cuando se trate de sujetos identificables, estaremos en presencia de un interés colectivo, pero cuando se refiere a grupos o colectividades de contornos indeterminados o no identificados, estaremos ante un interés difuso (sentencia de 11 de marzo de 2015, amparo 400-2011).

Así, el interés público puede ser entendido como una pauta que permite evaluar la actividad política y jurídica, cuya elaboración y ejecución corresponden al Estado o a los órganos que lo representan y que procura alcanzar el máximo de bien común de la persona humana como fin de la actividad del Estado (art. 1 inc. 1º Cn.). De manera que las acciones de interés público aluden al modo legal de hacer valer un derecho del que un sujeto individual o colectivo, invocando el interés de la sociedad en su conjunto, pretende ser titular, pudiendo ejercitarse dicha acción ante los órganos jurisdiccional, administrativo y legislativo. El interés público no puede ser invocado como una mera abstracción que hace ceder por su sola generalidad cualquier otro interés o derecho fundamental.

B. Si el interés público lo concebimos como congruente y compatible con una situación que resulta beneficiosa para todos, se constituirá en la norma ética suprema, cuyo empleo siempre aludirá a las metas morales fundamentales de la sociedad, que requerirán para su logro un proceso de comparación entre lo más bueno para el público con lo menos bueno o bueno solo para una parte de él. En otras palabras, cuando las ventajas resultantes de una actividad administrativa son distribuidas equitativamente entre todos los miembros de la comunidad se habrá obtenido la mejor situación posible. En síntesis, el interés público es un principio esencial del sistema político y un elemento de primer orden en la acción política-jurídica, fundamentalmente porque debe definirse por las instituciones públicas de decisión normativa y ejecutiva, dando satisfacción a las necesidades o expectativas que existen en la sociedad, concretarse dentro del ámbito de competencia previsto por la Constitución y la ley, concebirse y ejecutarse mediante un debido proceso o procedimiento, con participación de la comunidad y segmentos sociales involucrados, y evitar los conflictos de intereses contrapuestos; o equilibrarlos al momento de ceder alguno de ellos, con lo cual, el interés público, también está sometido al principio de proporcionalidad constitucional.

A partir de esas consideraciones, se pueden identificar por lo menos 5 características del concepto de interés público. A saber:

a. El interés público debe procurar el bien común. El considerando I de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre resalta el reconocimiento que los pueblos americanos hacen de la dignidad de la persona humana y, con base en ello, las Constituciones y las instituciones jurídicas y políticas de los diferentes países tienen como finalidad la protección de los derechos fundamentales y “la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) ha indicado, en su opinión consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986, que “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien

común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático”.

b. En todo Estado democrático, el interés público es un fin fundamental de todo su orden jurídico y político. Esto quiere decir que es un principio que se erige como una norma que debe ser realizada en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, por parte de la actividad legislativa. Pero, también representa un límite del ejercicio del poder político. *El interés público significa ante todo el respeto de los derechos fundamentales establecidos en una Constitución democrática.* Esta es una condición necesaria de un orden jurídico cuyo propósito es el bienestar de la persona humana, que, según el art. 1 inc. 1º Cn., es el origen y fin de la actividad del Estado. El interés público se inserta junto a distintos principios constitucionales, no es un configurador autónomo en el ámbito constitucional (puede consultarse la sentencia de 14 de febrero de 1997, inconstitucionalidad 15-96 acumulada).

c. El interés público es un concepto jurídico indeterminado. Como se dijo antes, la indeterminación de las palabras no es exclusiva del Derecho, pero sí se presenta en él con mucha frecuencia. Esto se debe a que el Derecho aspira a regular una realidad sumamente compleja y cambiante, de manera que la indeterminación le confiere al interés público la flexibilidad necesaria que le permite su adaptación a nuevas circunstancias (sobre los “conceptos jurídicos indeterminados”, veáse Sergio Tamayo Yañez, *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*, 1ª ed., 2009).

d. El interés público tiene primacía sobre el interés privado. Esta característica está enunciada por el art. 246 inc. 2º frase 2ª Cn. y, entre otras cosas, quiere decir que el constituyente le confirió un peso abstracto inicial, que se traduce en una ventaja provisional dentro de una ponderación frente al interés privado. Esta ventaja es solo *prima facie* o a primera vista, porque es posible que las particularidades específicas del supuesto en que el interés público deba aplicarse determinen la resolución definitiva del caso y, por ello, es admisible la idea consistente en que el interés público puede ceder frente al interés privado o, lo que es igual, puede ser limitado cuando existan razones con mayor peso. El interés público, también es objeto de balance, y por ello, debe satisfacer la debida proporcionalidad en su aplicación.

e. Por último, el interés público puede materializarse mediante un proceso o procedimiento administrativo, legislativo o jurisdiccional que pondrá término a la etapa de toma de decisión, ello implica que el interés público también se encuentra sometido a los valores, principios, derechos y garantías constitucionales, y a las relaciones de sus ámbitos funcionales.

V. El principio de seguridad jurídica

Por seguridad jurídica debe entenderse “la capacidad que tiene un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad” (Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, 1985, p. 118.). Este tribunal lo ha definido como la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente (por ejemplo, sentencia de 15 de junio de 1999, amparo 197-98). De ahí que la seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el Derecho vigente, y una razonable previsibilidad sobre su futuro. Es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre así como las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos.

Con respecto a los poderes públicos, esta sala ha indicado que su finalidad no es otra que la de erigirse como parámetro de actuación en el proceso decisional de los entes estatales, a fin de poder prever las distintas operaciones o evoluciones de las situaciones jurídicas que se desarrollan a través del reparto de competencias y atribuciones (ej., sentencia de 31 de julio de 2009, inconstitucionalidad 78-2006). Es decir, desde esta seguridad del individuo en relación con sus situaciones y expectativas legítimas, se requiere también de la coherencia en el ejercicio del poder y de la estabilidad de la adopción de decisiones estatales, pues no solo se reduce a las exigencias de certeza, precisión y publicación de la ley, sino también a los elementos que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de extinguirse.

De modo que la seguridad jurídica no debe relacionarse únicamente con derechos consolidados, ya que ello implicaría reducir su ámbito de eficacia a la prohibición de retroactividad. Dicho principio constitucional extiende sus ámbitos de incidencia objetiva en la estructuración del marco competencial del poder y se manifiesta, en ese sentido, en una estructuración normativa del poder público —garantizada por el principio de legalidad— que debe a su vez estar informada por la certeza y la claridad normativa sobre los sentidos en que dicho reparto competencial desembocará. De ahí que sea importante que el Estado —a través de sus diferentes órganos— se ocupe de la seguridad jurídica, fundamentalmente porque, salvo excepciones, y desde el punto de vista teórico, la seguridad jurídica ha sido tratada de forma insatisfactoria.

Se reconoce en la teoría del derecho constitucional una situación de no total seguridad lo que ha propiciado 3 situaciones. En primer término, la falta de comprensión completa del Derecho: las fuentes del Derecho son numerosas y complejas, dado que provienen de distintos órganos internos y externos, por lo que el ciudadano podría no tener todas las condiciones razonables de conocer el contenido normativo que debe obedecer. En segundo lugar, la falta de total estabilidad del Derecho: el constante cambio en el mundo actual trae aparejada la necesidad de una modificación en las circunstancias e intereses que

se deben proteger, de manera que las fuentes del Derecho son objeto de numerosas y constantes modificaciones. En este escenario, existen riesgos ante los cambios más acelerados en el derecho que puedan modificarlo con mayor rapidez. Y, en tercer término, los déficits en la previsibilidad del Derecho: existe una “presión” para que esa modificación del ordenamiento jurídico se produzca según las exigencias políticas, económicas y sociales. De ahí que existe el riesgo que el ciudadano no tenga condiciones razonables para prever las consecuencias jurídicas que el Derecho atribuirá en el futuro a los actos presentes, no obstante ello, el grado de previsibilidad debe ser el más aceptable aun, ante las “presiones” antes mencionadas.

Para evitar estos efectos nocivos, el principio de seguridad jurídica se erige como norma jurídica que exige un estado de comprensión, confiabilidad y calculabilidad del Derecho (Humberto Ávila, *Teoría de la seguridad jurídica*, 1ª ed., 2012, p. 250). La comprensión (o inteligibilidad) implica un estado de cosas en el que los ciudadanos poseen, en gran medida, la capacidad de comprender, material e intelectualmente, estructuras sencillas, de normas generales e individuales, materiales y procedimentales, mínimamente efectivas. De esta forma, el Derecho será cognoscible siempre que el ciudadano logre identificar y comprender la disposición legal aplicable, de manera que pueda dirigir sus actos según la norma que se adscrita al precepto de que se trate. La comprensión marca la dimensión presente de la seguridad jurídica e indica las cualidades que el Derecho debe tener para considerarlo seguro y, con ello, servir de instrumento efectivo de orientación para el ciudadano.

Por su parte, la confiabilidad denota un estado de cosas en el que el Derecho respeta los actos pasados de disposición de los derechos fundamentales de libertad. De este modo, existirá confianza si el ciudadano que actuó de conformidad con las normas jurídicas de ayer, no será sorprendido hoy con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias anteriormente aplicadas o aplicables. La confiabilidad marca los requisitos que el Derecho debe cumplir en la transición del pasado al presente, e indica cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que el Derecho pueda asegurar derechos fundamentales al ciudadano y, con ello, servirle de instrumento de protección.

Por último, la calculabilidad alude a la capacidad de las personas de anticipar las consecuencias jurídicas de sus actos. Recuérdese que el ordenamiento jurídico salvadoreño, como cualquier otro, atribuye efectos a las acciones que considera relevantes, durante el tiempo que las normas jurídicas que lo integran estén vigentes. Esto quiere decir que el Derecho debe permitir un cálculo en los cursos de acción, siempre que las personas sean capaces de determinar las consecuencias jurídicas que corresponden a las acciones que realicen. En este sentido, la calculabilidad establece las condiciones que el Derecho debe reunir para que se genere la transición del presente al futuro, cómo deben realizarse esos

cambios y en qué momento deberán ser realizados, para que el ciudadano no sea sorprendido en su situación jurídica. Estas 3 condiciones deben verificarse de forma acumulativa. De manera que si el contenido de la norma está mínimamente determinado, pero su aplicación es arbitraria, no existirá seguridad jurídica. Lo mismo ocurriría si, a pesar de que las normas están determinadas y se aplican de forma uniforme, resultan modificadas de forma injustificada y permanente.

VI. El derecho a la protección a la salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*” (definición retomada por esta sala en la sentencia de 20 de junio de 2005, amparo 634-2000). Esta definición se traduce, necesariamente, como “protección de la salud”, lo que implica que desde el Estado se aseguren unas garantías que cubran esos componentes objetivo y subjetivo que esconde el paradigma de la OMS. Por tanto, lo primero que se tiene que tener presente es que en ningún momento el Derecho es capaz de articular la “salud biológica”, porque esto sería equivalente a decir que una norma jurídica nos asegure estar sanos, lo cual es imposible, las normas solo abren posibilidad a los resultados y a la satisfacción de la problemática social, incluida la salud, pero no son una solución final.

Dicha imposibilidad se produce porque el Estado no es capaz de otorgar protección frente a la totalidad de las causas posibles de mala salud de la persona, como sucede con los factores de tipo genético, condiciones del sistema inmunológico de cada persona y/o la adopción de estilos de vida insana o arriesgada que cada persona elige (Juan María Pemán Gavín, “Derecho a la protección de la salud”, en Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, 2011, pp. 577-578). Para la jurisprudencia constitucional, este derecho a la protección de la salud, tiene al menos tres aristas que lo dotan de significado: (i) la adopción de medidas para su conservación, de ahí que, desde el punto de vista positivo, se deban implementar medidas que prevengan cualquier situación que lo lesione o que restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, se debe impedir la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; (ii) la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona el acceso al sistema o red de servicios de salud pública; y (iii) la vigilancia de los servicios de salud, lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas con la salud (sentencias de 17 de diciembre de 2007 y 21 de septiembre de 2011, amparos 674-2006 y 166-2009, respectivamente).

Por otra parte, las acciones estatales con respecto a la protección y conservación de la salud deben reunir las siguientes características: (i) disponibilidad, en cuanto a la necesidad de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y programas

públicos para satisfacer la demanda del servicio; (ii) accesibilidad, en la medida de que tales establecimientos y la prestación de los servicios sean asequibles material y económicamente a “todos”, sin discriminación alguna; (iii) aceptabilidad, lo cual significa que el grupo de instituciones que ofertan los servicios médicos —tanto en el sector público como en el privado— sean respetuosos de la ética médica, la dignidad, la cultura de las personas y la confidencialidad, entre otros; y (iv) calidad, referida a las condiciones que deben reunir los hospitales, equipos, servicios y personal a cargo, en cuanto estos deben ser los apropiados desde el punto de vista científico y médico. Esto obliga al Estado a crear las instituciones y mecanismos de vigilancia y control de los servicios (sentencia de amparo 166-2009, ya citada).

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el derecho de toda persona a la protección de la salud implica: (i) tener acceso físico, social y económico a servicios adecuados de prevención, atención y rehabilitación de la salud; (ii) disponer de los establecimientos, recursos y personal capacitado para la práctica de exámenes que coadyuven al diagnóstico de sus padecimientos; y (iii) que se les suministren los medicamentos, terapias o métodos que se consideren necesarios y adecuados, desde el punto de vista científico y médico, para el restablecimiento de la salud. Y si esto último no fuere posible porque, por ejemplo, no se dispone de una cura, entonces se debe buscar alternativas para paliar el sufrimiento o las consecuencias de la enfermedad (Observación General n° 14, 22° período de sesiones, celebrado en Ginebra, Suiza, del 25 de abril al 12 de mayo de 2000, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>).

En este punto, resulta imperioso tener presente que los avances científicos en el campo de la medicina cada vez ofrecen nuevas y mejores alternativas para tratar las enfermedades. Por ello, en atención al contenido específico del derecho a la protección de la salud, el Estado en general, o la institución obligada a prestar la asistencia médica en particular, no puede limitarse a brindar el tratamiento terapéutico considerado como el más básico para un determinado padecimiento. Más bien, se deben realizar gestiones y acciones concretas para administrar a los pacientes los métodos, fármacos o técnicas nuevas que vayan surgiendo, cuando representen una forma más efectiva para aliviar sus dolencias. De lo expuesto se infiere que el derecho a la protección de la salud se encuentra estrechamente vinculado a los principios de universalidad y de equidad, pero sobre todo al de progresividad.

En efecto, dada su dimensión objetiva, el derecho a la protección de la salud impone al Estado la obligación positiva de garantizar sus niveles esenciales y de impedir el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad y no regresividad. De acuerdo con estos deberes, el Estado debe asegurar la existencia de los elementos básicos del derecho en

cuestión y adoptar las medidas inmediatas para avanzar gradualmente, y en forma progresiva, hacia su realización plena. Por ello, es inadmisibles todo retroceso en la protección del derecho a la salud que no esté justificado (véase a Oscar Parra Vera, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Christian Courtis [comp.], *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 1ª ed., 2006, pp. 53-78). En este sentido, el Estado tiene el compromiso de realizar en la mayor medida de lo posible las actuaciones pertinentes con el objeto, por un lado, de actualizar las técnicas, el equipo, medicamentos, etc. que emplea para asegurar la conservación y restablecimiento de la salud a las personas, auxiliándose de los aportes de las ciencias médicas; y, por otro lado, de brindar una asistencia clínica moderna, efectiva y de calidad a todas las personas, sin discriminación alguna.

En consecuencia, a partir del contenido de nuestra Constitución, la protección de la salud se proclama como un derecho fundamental de naturaleza esencialmente social (sin que por ello se le niegue dimensiones de libertad o defensa) de las personas, que encuentra su sentido más explícito en la exigencia a los poderes públicos de que “toda persona” reciba primordialmente la asistencia médica y el tratamiento terapéutico adecuado para aliviar sus afecciones físicas y/o mentales, en cuanto este representa una de las condiciones esenciales que posibilita a los sujetos tener una existencia física digna y, con ello, desarrollar plenamente su personalidad y sus potencialidades.

VII. El principio de separación orgánica de funciones.

1. Como presupuesto para abordar el tema, es necesario delimitar con claridad qué se entiende por gobierno. De manera preliminar y provisional, el gobierno se puede definir como “la dirección suprema y control de la administración estatal, así como la conducción política global del Estado” (Jorg Kammler, “Funciones de Gobierno”, en Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk, *Introducción a la Ciencia Política*, 1971, p. 183.). El ejercicio de ese poder tiene como soporte al Estado y para hacerlo efectivo se requiere de una persona que ejerza actos de voluntad. Dichas personas poseen poder estatal y lo deben ejercer dentro de las competencias y límites que la Constitución y las leyes les reconocen. A partir de esto, las personas que ejercen dichas competencias son considerados como órganos de Estado, en la medida que ocupan y ejercen los roles para los cuales fueron electos. Dichos órganos representan el gobierno desde un punto de vista formal o subjetivo y por ello se les ha llamado órganos de Estado u órganos del gobierno.

En todo país el gobierno ejerce funciones, es decir, un conjunto de actividades encaminadas al desarrollo y cumplimiento de sus fines. En ejercicio de las actividades estatales existe una tendencia a confundir la función con el órgano que realiza la función, y esto puede dar lugar —por confusión o de manera artificiosa— a que un mismo órgano se atribuya o ejerza la función que, según la Constitución, corresponde a otro órgano,

generando con ello una desestabilización política. Por ello, para que la actuación política sea eficaz, productiva, económica y no arbitraria, cada órgano de Estado se debe limitar a cumplir la función que el ordenamiento jurídico le reconoce.

Obviamente, el número de funciones que cada órgano deberá cumplir según la ley estará condicionado a los fines que deba cumplir el Estado de que se trate. Tradicionalmente, y con fines metodológicos, esas funciones se han agrupado en tres, que son consideradas como las principales, aunque no las únicas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Para establecer la debida relación entre ellas, se suelen aplicar los criterios orgánico, formal y funcional. Para el primero, la función se considera atendiendo al órgano que la ejerce. Esto quiere decir que será legislativa cuando dicha función sea ejecutada por tal órgano del Estado, sin que importe la forma que reviste el acto o el contenido del mismo. El segundo criterio predica que la forma del acto que la reviste será la que determinará el tipo de función de que se trate. De modo que será ley todo acto que tenga la forma de tal producto normativo. Y el tercer criterio parte del contenido del acto para establecer con precisión la función que cumple, sin que sea relevante la forma.

Lo anterior representa una concepción amplia del “gobierno”. Frente a esta, existe otra de tipo restringida, según la cual el gobierno está reservado únicamente para el órgano que cumple funciones ejecutivas. Esta última concepción es propia de los países con sistemas parlamentarios en los que el gobierno está representado en el primer ministro y su gabinete.

En sistemas republicanos, como el que existe en El Salvador, la primera de las concepciones es la que predomina, de modo que en el gobierno deben considerarse comprendidos los llamados 3 órganos fundamentales: el legislativo, el ejecutivo y el judicial (art. 86 inc. 2º Cn.). Pero, no solo ellos, sino también los demás órganos creados por la Constitución. De esto se sigue que el poder del Estado debe ser considerado como único, no dividido, aunque sea ejercido por los diferentes órganos estatales. Por esta razón, en el constitucionalismo contemporáneo no tiene sentido hablar del primer, segundo o tercer órgano de Estado.

2. A. Esta unidad del poder del Estado no implica la simplicidad de las funciones que deben ejercerse. La actividad del Estado es sumamente compleja, al igual que el constante cambio y progreso social. Esa complejidad deviene desde el momento en que los Estados empezaron a establecer en su Constitución diversas competencias y a adscribirlas a determinados órganos. Si bien esa separación de funciones no es otra cosa que una especie de manifestación del principio de división de trabajo, su esencia constitucional era otra: establecer límites infranqueables a las monarquías absolutas, propias de la primera fase del Estado moderno. El cambio se produjo cuando ese poder político se trasladó del jefe de Estado al pueblo. Esta es la segunda fase del Estado moderno, donde predomina el

principio de soberanía popular o nacional y trajo consigo un cambio estructural en las instituciones y conceptos propios de la época. Uno de los cambios más significativos es la institucionalización del principio de división de poderes (o principio de separación orgánica de funciones). Esta forma de entender el tránsito de la monarquía absoluta a la soberanía del pueblo es desarrollada de forma clara por John Locke y Montesquieu.

En su libro *Segundo Tratado de Gobierno Civil*, Locke expone la idea de que el Estado nace a partir de un contrato original que permite al ser humano salir de su estado de naturaleza, pero sin renunciar a una cuota de libertad inalienable e incorporarse a la sociedad civil para obtener seguridad. Desde el punto de vista de la organización, esa libertad está garantizada por medio de varios poderes que son “separados” entre varios órganos, que ejercen la competencia dentro de su respectivo ámbito y reconociendo los límites que le son propios. La idea de “separación de poderes” de Locke se hizo viable a partir de las circunstancias que surgieron en Inglaterra en esa época y que dieron lugar al Acta de Establecimiento. Después de las fluctuaciones que surgieron entre el poder absoluto de la monarquía y la dictadura parlamentaria con la república de Cromwell y la vuelta a la monarquía absoluta, se obtiene como resultado un equilibrio de fuerzas políticas que dará la pauta para la estabilización en el ejercicio del poder entre el rey y el parlamento (véase John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª reimp. de la 3ª ed., 2017; Sergi Aguilar, “El gobierno liberado”, en *Locke. La mente es una «tabula rasa»*, 1ª ed., 2015, pp. 85-116; y Miguel Ángel Rodilla, “John Locke. Fundamentación contractual de un estado liberal”, en *Contrato social. De Hobbes a Rawls. I. Hobbes – Locke – Rousseau*, 1ª ed., 2014, pp. 155-249).

Esta relación entre ambos poderes políticos fue la que dio lugar a la “teoría de la división de poderes” dentro de un Estado nacido del pacto, entre un “poder ejecutivo” y un “poder legislativo” y aquel dividido en las ramas administrativa y judicial, atribuidas, en un principio al rey, pero ejercidas por vías independientes. Locke reconoció que además de estos 2 “poderes” —que en la actualidad son 3—, existe otro más que tiene la prerrogativa de decidir en casos de emergencia o excepcionales. Esto implica reconocer que, a pesar de que puedan existir desacuerdos internos y orgánicos, el Estado constituye una unidad. Las ideas de Locke —a comienzos del siglo XVIII— formaron parte de la estructura básica del Estado liberal e influyeron en la concepción teórica de Montesquieu a mediados del siglo XVIII.

Montesquieu desarrolló en su obra cumbre *El espíritu de las leyes*, las condiciones políticas de la libertad, la cual descansa en la “división” entre los “poderes” legislativo, ejecutivo y judicial, adscritos a órganos separados entre sí. En ese contexto, considera que la “separación orgánica de poderes” es la mejor garantía para la esfera de libertad de los particulares, en la medida que la rivalidad de los poderes promueve su equilibrio y el

resguardo de sus competencias, de manera que el ejecutivo o judicial este inhibido de crear leyes y el legislativo administrar justicia. Para este teórico francés, la libertad de las personas era carente cuando un mismo órgano del Estado ejercía el poder legislativo y ejecutivo, porque dicho órgano podría imponer y ejecutar leyes tiránicas. Esto no sucedería si existiera separación que impidiera al Legislativo aprobar leyes que impusieran cargas desorbitadas, ya que estas no le favorecerían a él, sino al Ejecutivo o al juez para crear el Derecho que se debe aplicar de forma arbitraria. Por ello, es que el ejercicio del poder debía distribuirse a 3 órganos del Estado distintos e independientes entre sí (véase a Ekkehart Stein, *Derecho Político*, 1ª ed., 1973, p. 28; y a).

B. Este desarrollo de la separación de “poderes” que Montesquieu promovió también recibió fuertes críticas. La más seria e importante fue que cambiar el ejercicio de 3 funciones de un único poder y distribuir cada una de ellas en 3 entidades iguales, importantes e independientes entre sí no era más que un “algo”, una creación jurídico-política que iba en contra de la naturaleza unitaria del Estado como órgano. Sin embargo, esa “separación de poderes” no era otra cosa que el reconocimiento de múltiples funciones que el Estado debía cumplir, la necesidad de distribuirlas entre los órganos fundamentales del gobierno y el control entre dichos órganos en el ejercicio de las competencias que la Constitución reconoce, lo cual, redundaba en beneficio de las personas, especialmente en el ejercicio de su libertad. Por ello, lo que con anterioridad se dio por denominar “división de poderes” es en realidad distribución de funciones estatales entre distintos órganos del Estado, lo que en la actualidad se conoce como separación orgánica de funciones (Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 1970, p.55).

Con respecto al principio de separación orgánica de funciones, este tribunal ha expuesto en su jurisprudencia que representa, junto al reconocimiento y protección de derechos fundamentales y una práctica constitucional que reconozca la eficacia de las normas constitucionales, los fundamentos de un Estado de Derecho. El mencionado principio está compuesto por una serie de reglas y principios encaminados a separar funciones y a los órganos encargados de ejercer dichas funciones (resolución de sobreseimiento de 22 de julio de 2019, inconstitucionalidad 72-2017). Por antonomasia, las funciones estatales son la legislativa, ejecutiva y judicial. Todas esas funciones contienen un conjunto de normas previstas en la Constitución, que establece los límites formales materiales para su ejercicio.

También, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial están vinculadas por los preceptos constitucionales y legales. Estas funciones se ejercen por los órganos a los que se les atribuye la competencia para hacerlo. Para completar el sentido del principio de separación orgánica de funciones es necesario que dichos órganos estén separados unos de otros —así se logra una separación funcional y orgánica—, de manera que no exista

influencia en el ejercicio de las atribuciones que les son conferidas por la Constitución. Una de las formas de conseguirlo es la designación de personas distintas para integrar subjetivamente dichos órganos, lo que se traduce en la imposibilidad de ejercicio simultáneo de funciones o de integración simultánea en distintos órganos.

En nuestra Constitución, la separación de poderes es un principio fundamental del Estado de Derecho, pues solo separados los diversos órganos de poder se mantiene a salvo la República y la democracia representativa, por ello, la separación de poderes integra la forma de gobierno republicana, que es un clausula inmodificable, ningún órgano de poder, puede asumir los poderes de los restantes órganos, ni influir indebidamente en ellos, y todos deben de colaborar en el gobierno, para lograr, la libertad, la justicia, la igualdad, la seguridad, el bien común y la dignidad, valores supremos de la Carta Magna.

VIII. Resolución del problema jurídico.

Establecido el marco teórico necesario para la resolución del problema jurídico, se pasará al análisis de los argumentos planteados por los intervinientes de esta controversia constitucional.

1. El primer argumento planteado por el Presidente de la República es que el art. 1 del decreto impugnado genera falsas expectativas a los connacionales de retornar al país, las cuales no puede concretarse en derechos que puedan ser exigidos por los salvadoreños en el exterior. Al respecto, es preciso señalar que este planteamiento presupone la negación de toda eficacia normativa del derecho de tránsito o de circulación, reconocido en el art. 5 Cn. y en los arts. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 8 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho le permite a todo salvadoreño la libertad de ingresar o salir, desplazarse, o inclusive fijar su residencia en el lugar que mejor le parezca, todo dentro del territorio de la República de El Salvador.

Para la jurisprudencia constitucional, el derecho de circulación tiene 3 manifestaciones o derivaciones claramente definidas: (i) ingresar en el propio país; (ii) permanecer en él; y (iii) salir del territorio nacional (sentencia de 8 de octubre de 2004, inconstitucionalidad 31-2002 acumulada). También se ha dicho que si bien el art. 5 inc. 1º Cn. permite que la libertad de tránsito sea limitada, dichas limitaciones deben establecerse mediante ley formal y deben estar referidas a requisitos de control migratorio “u otros fundamentados en un interés público reconocido, con tal que no resulten en una regulación que obstaculice el ejercicio del derecho o libertad de tránsito, con violación del art. 246 Cn.” (sentencia de 18 de junio de 1987, inconstitucionalidad 5-86). En la sentencia de inconstitucionalidad 31-2002, ya citada, este tribunal reconoció que el derecho a transitar de un lugar a otro al interior del territorio nacional puede ser limitado por el legislador

mediante ley formal cuando existan circunstancias que puedan poner en peligro la sanidad (epidemias, pandemias, fenómenos naturales o provenientes del hombre) o la seguridad del Estado (guerra, invasión del territorio, alteración del orden público). En esos supuestos la limitación del derecho fundamental puede ser admisible. Tratándose del derecho de circulación en su manifestación a ingresar al país, solo podrá limitarse cuando se traten de extranjeros que no tengan residencia temporal o permanente en El Salvador y en ningún caso podrá negarse a que un salvadoreño, ya sea por nacimiento o naturalización, pueda ingresar al territorio nacional

Este tribunal considera que es comprensible que el retorno de los salvadoreños al territorio nacional implique una dificultad para el Órgano Ejecutivo, por la suspensión de vuelos comerciales o por las limitaciones a la libertad de circulación impuesta por otros Estados donde estos se encontraban al momento en que la pandemia se desarrolló a un punto crítico, tal como lo adujo el Presidente de la República. No obstante, esa dificultad no puede llevarnos a tal punto que a los salvadoreños les sea negado o suspendido por las mismas autoridades salvadoreñas su derecho a retornar al país. Tal como está planteado el argumento del Presidente, parecería ser que la única alternativa que fue considerada de su parte fue la de impedir la entrada al país de las personas, pasando por alto la existencia de otras medidas, como por ejemplo la de permitir el retorno de salvadoreños y someterlos a cuarentena individual en los términos indicados por el Código de Salud (de la forma en que esta sala lo interpretó en la sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 acumulada). Pero es que, además, resulta errado en el ámbito constitucional pretender dar eficacia a un derecho fundamental, anulando la función sustancial de otro derecho del mismo rango: la eficacia de los derechos fundamentales no opera de esa manera, pues ningún derecho fundamental puede ser anulado para salvaguardar otros.

Por las razones expuestas, el argumento del Presidente de la República es inaceptable. Además, se observa que su planteamiento no está en sintonía con la resolución 1-20, de 10 de abril de 2020, de la CIDH, según la cual *toda persona tiene el derecho de regresar a su país de origen o nacionalidad, para lo cual existirá apoyo entre los Estados. Para asegurar el derecho fundamental acotado, el Órgano Ejecutivo debe solicitar la colaboración a otros Estados para asegurar que los connacionales tengan la posibilidad de retornar a su país*. Esto quiere decir que, lejos de generar una falsa expectativa, el art. 1 del decreto impugnado puede tener una virtualidad aplicativa con clara incidencia positiva de los salvadoreños que a la fecha no han podido regresar a El Salvador.

En consecuencia, los argumentos del Presidente de la República no evidencian la contradicción entre el art. 1 del D. L. 621-2020 y el principio de seguridad jurídica (arts. 1 y 2 Cn.), razón por la cual este tribunal deberá declarar su constitucionalidad respecto a este punto.

2. En relación con el segundo planteamiento, el Presidente de la República sostiene que el art. 1 del D. L. 621-2020 contraviene el principio de separación orgánica de funciones, porque la Asamblea Legislativa pretende arrogarse la determinación y supervisión de la política de salud de los connacionales que se encontraban en el exterior al momento de decretarse la emergencia por la pandemia del virus COVID-19, lo cual es competencia del Órgano Ejecutivo en el ramo de salud y del Ministerio de Relaciones Exteriores. Para determinar si ello es así, es necesario señalar lo siguiente:

Con independencia a si se refieren al ramo de salud, economía, educación, trabajo u otras áreas, por políticas públicas puede entenderse el conjunto de acciones sistemáticas y estructuradas que son elaboradas y ejecutadas por actores gubernamentales y estatales en forma intencional y dirigida a la consecución de ciertas finalidades o a la solución de problemas sociales que son considerados de interés o beneficio público (sentencia de 26 de julio de 2017, inconstitucionalidad 1-2017). De esto se interpreta que la elaboración de una política pública es un proceso complejo que inicia con la identificación de un problema social o políticamente relevante, al que le sigue una toma de decisión por parte del gobierno, que se materializa en un conjunto de acciones encaminadas a mantener, transformar y, en su caso, modificar la realidad o el contexto en el que los actores intervienen, y a permitir, controlar y medir la eficacia de los resultados que se obtengan. Esto significa que toda política pública tiene como base una teoría causal respecto a cómo enfrentar y resolver el problema que la política viene a atender. La importancia de ello reside en que pone en primer plano el vínculo entre conocimiento científico y política pública.

Sin desconocer las características de las políticas públicas enunciadas en la sentencia de inconstitucionalidad 1-2017, ya citada, se pueden identificar con mayor precisión las siguientes: (i) están dotadas de un contenido: la implementación de toda política pública conlleva la necesidad y existencia de recursos de todo tipo para obtener los objetivos programados; (ii) tienen un programa: un acto o decisión aislada no puede considerarse una política pública, de modo que solo podrá ser considerada como tal la implementación de actos que tienen un marco de referencia que los dota de coherencia entre sí; (iii) existe en ellas una orientación claramente definida: la política pública no es el resultado de un conjunto de respuestas aleatorias, circunstancias, arbitrales, carentes de sentido o de dirección, sino que son expresión de las finalidades (mapas cognitivos e ideologías) y preferencias que asume el encargado de su elaboración y ejecución; (iv) contienen un factor de coerción: toda política pública tiene como génesis una autoridad gubernamental legítimamente investida, dotada de los recursos de coerción necesarios para imponer las decisiones de política adoptadas, cuyo límite son la Constitución y la ley en sentido formal; (v) poseen una competencia social: las políticas públicas deben dirigirse a

grupos determinados de la sociedad o a esta en su totalidad, de modo que puede influir en sus comportamientos, afectar intereses o alterar el entorno en que estos se desarrollan; y (vi) deben tener indicadores de gestión y metas a cumplir, con parámetros diseñados para auditar los resultados obtenidos.

Este tribunal reconoce que la elaboración, ejecución y supervisión de la política pública en el área de salud corresponde al Órgano Ejecutivo en el ramo de salud (arts. 65 inc. 2º y 159 inc. 1º Cn.). Sin embargo, de la lectura del art. 1 del D. L. 621-2020 no se observa que la Asamblea Legislativa haya elaborado una política pública en el área de salud. Por el contrario, tal como lo admite la misma asamblea, esta disposición atribuye competencia del Ministerio de Salud para elaborar los protocolos pertinentes cuya finalidad será la atención y protección de la salud tanto de las personas que habitan en el territorio nacional como de los salvadoreños y extranjeros con residencia temporal o permanente en El Salvador que quisieren ingresar al país. A su vez, reconoce que estos protocolos serán los que dispondrán la forma en que se deberá organizar el ingreso al país, sobre la base de la capacidad de los centros de contención, tiempo de espera y condiciones de salud de dichas personas.

Y es que debe entenderse que las leyes, aunque abstractas y generales, no operan en el vacío, sino en la realidad. Así, con la posición asumida por el señor Presidente de la República, *toda* ley aprobada por la Asamblea Legislativa acabaría invadiendo sus funciones, y ello no es razonable, puesto que las leyes se diseñan para actuar en la realidad, no en un universo ideal. En efecto, la ley se conecta con todos los ámbitos de la vida nacional, no para ámbitos inmateriales; por ello, el argumento aludido es insostenible, y no puede ser estimado por esta Sala.

En conclusión, con respecto a la supuesta infracción a la separación orgánica de funciones, la disposición impugnada solo establece una norma que impone la obligación de conseguir determinados fines. Primero, el derecho a ingresar al país de los salvadoreños y extranjeros con residencia temporal o permanente en El Salvador que no se encontraban en territorio nacional cuando el Órgano Ejecutivo ordenó el cierre del aeropuerto del país, como medida de combate al problema sanitario contra la pandemia por la COVID-19; y, segundo, garantizar el derecho a la protección de la salud de dichas personas y de los habitantes que sí se encuentran al interior de la república.

La protección de los derechos e intereses de los salvadoreños en el exterior o de aquellos que en el momento de dictarse la emergencia por la COVID-19 se encontraban fuera del país no corresponde de forma exclusiva al Ministerio de Relaciones Exteriores. Y si bien los informes emitidos por dicha dependencia del Órgano Ejecutivo (mencionados por el propio Presidente de la República) pudieran suministrar elementos que faciliten la producción normativa, lo cierto es que el reconocimiento de los derechos fundamentales no

está supeditado a que la opinión sea o no vertida. La jurisprudencia constitucional ha considerado que al legislador le corresponde un papel determinante en la disciplina normativa de los derechos fundamentales —en este caso el derecho a la protección de la salud—, sobre todo en la concreción de las facultades atribuidas, su regulación, limitación y en la elaboración de un marco jurídico eficaz para su garantía (sentencia de 12 de abril de 2007, inconstitucionalidad 28-2006 Ac.). En este sentido, la regulación o limitación de los derechos fundamentales de los salvadoreños que se encuentren dentro o fuera del territorio nacional no significa un automático desconocimiento de las competencias que una ley infraconstitucional (ej., el RIOE) le reconoce al Ministerio de Relaciones Exteriores, mucho menos la relativa a la protección del derecho a la salud de los salvadoreños en el exterior.

A primera vista, parecería aceptable argumentar que el interés público es una razón que nos debería llevar a preferir la protección de la salud de los habitantes que residen en el país en relación con el interés particular del derecho que tienen los salvadoreños que se encuentran en el exterior de ingresar al territorio nacional, tal como lo ha hecho el Presidente de la República. Sin embargo, esta forma de justificar la medida pretende hacer creer que dicho funcionario tiene que decidir entre proteger la salud de las personas que residen en El Salvador o permitir el ingreso de salvadoreños, y con ello poner en peligro la salud del resto de personas que habitan en territorio nacional. Este argumento del Presidente de la República incurre en un falso dilema, porque reduce las opciones únicamente a dos (el binarismo ideológico no siempre es el mejor o el más útil) a pesar de la existencia de alternativas infinitas que, de ser empleadas, garantizarían por igual el derecho a la protección de la salud de las personas que actualmente se encuentran en el país y el derecho a ingresar a su propio país para los connacionales que así lo desean.

Una alternativa razonable —por citar tan solo un ejemplo— es la de someter a cuarentena a todas aquellas personas que ingresan al país, según los protocolos sanitarios que para tal efecto haya elaborado el Ministerio de Salud; someterlos en un plazo razonable a las pruebas científicas para determinar si están o no contagiados con COVID-19 y hacer saber a los pacientes el resultado de las pruebas; y, si dicho resultado es negativo, permitir su egreso de los centros de cuarentena designados por el Órgano Ejecutivo, siempre que ello sea autorizado por los médicos que hayan atendido a los pacientes. En caso de que el resultado de la prueba científica determine el contagio de COVID-19, será el Órgano Ejecutivo en el ramo de salud quien deberá adoptar las medidas preventivas, de tratamiento o rehabilitación que sean procedentes para proporcionar una atención de salud digna, eficiente, igualitaria, con personal médico-sanitario capacitado, suministrar medicamentos científicamente aprobados por la Organización Mundial de la Salud o por las ciencias médicas, proveer de equipo hospitalario en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas para la recuperación de la persona (Observación General nº 14,

sección 12, letra d del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas).

Por todo lo anterior, el Presidente de la República tampoco demostró de forma razonable que el art. 1 del D. L. 621-2020 sea incompatible con el principio de separación orgánica de funciones (arts. 65 y 86 Cn.), de modo que esta sala deberá declarar su constitucionalidad en este punto.

IX. Obligación del Presidente de la República de sancionar el proyecto y mandarlo a publicar.

El art. 1 del D. L. n° 621-2020 es constitucional. Por ello, en aplicación analógica del art. 137 inc. 1° Cn., dicho funcionario debe sancionarlo dentro del plazo de 8 días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia. Luego, de acuerdo con el art. 139 Cn. (aplicable por el mismo criterio de integración), dispondrá de 15 días hábiles siguientes a la sanción para publicarlo. Si no lo sancionare, se aplicará la presunción del art. 137 inc. 1° Cn., esto es, que se tendrá por sancionado y deberá mandarlo a publicar en el plazo indicado. De lo contrario, será el Presidente de la Asamblea Legislativa quien deberá hacerlo en la forma prescrita por el art. 139 Cn.

X. Resumen y aclaración de los efectos de la sentencia.

Por último, como manifestación de las exigencias de diálogo entre instituciones y la ciudadanía, que derivan del elemento procedimental de la democracia, esta sentencia se resume en los puntos siguientes:

1. Según el art. 1 D. L. n° 621-2020, el gobierno tiene la obligación de proteger el derecho fundamental de libertad de circulación en su manifestación del derecho a ingresar al propio país (art. 5 Cn.). De este derecho son titulares los salvadoreños que radican en el país y los que residen fuera del territorio nacional y de los extranjeros con residencia temporal o permanente en El Salvador que quisieren ingresar al país. La consecuencia que esto trae aparejada es que el decreto impugnado no incorpora meras declaraciones de intención del legislador (como lo sostuvo el Presidente de la República), sino que, por el contrario, representa un desarrollo del derecho de tránsito o libre circulación al que debe atenderse el Ejecutivo. Y aunque el retorno de los salvadoreños que por el momento se encuentran en el exterior implique algunas dificultades para el gobierno, lo cierto es que ello no puede ser un impedimento para la búsqueda de alternativas razonables para lograr la efectividad del derecho de tránsito o circulación. De ahí que el art. 1 D. L. n° 621-2020 no viole la seguridad jurídica (arts. 1 y 2 Cn.), tal como lo sostuvo el Presidente de la República.

2. Por otra parte, la elaboración, ejecución y supervisión de la política pública en el área de salud corresponde al Órgano Ejecutivo en el ramo de salud (art. 65 inc. 2° Cn.) y el

art. 1 n° D. L. 621-2020 reconoce la competencia del Ministerio de Salud para elaborar los protocolos pertinentes cuya finalidad será la atención y protección de la salud tanto de las personas que habitan en territorio nacional como de los salvadoreños y extranjeros con residencia temporal o permanente en El Salvador que quisieren ingresar al país. Además, la protección de derechos fundamentales de los salvadoreños también corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores. Ambos ministerios tienen la obligación de proteger el derecho a la salud, por la dimensión objetiva que este posee. Pero, que ello sea así no significa que sean los únicos llamados a hacerlo. Aquí es necesario subrayar que toda política pública, incluida la de salud, debe tener una plataforma normativa emitida por el legislador. De esta manera, dado que la disposición vetada no prevé ningún tipo de interferencia de parte de la Asamblea Legislativa a la competencia del Ministerio de Salud y del Ministerio de Relaciones Exterior, no existe violación al principio de separación orgánica de funciones en la protección de la salud (art. 65 y 86 Cn.).

POR TANTO, con base en las razones expuestas y en los artículos 138 y 174 de la Constitución, en nombre de la República de El Salvador, esta sala **FALLA**:

1. *Declárase* que el artículo 1 del Decreto Legislativo número 621, aprobado por la Asamblea Legislativa el 1 de abril de 2020 *es constitucional, en los términos expuestos en el considerando VIII, con respecto a la supuesta violación de los artículos 1, 2, 65 y 86 de la Constitución*. Las razones son dos. La primera es que el texto de la disposición impugnada no genera falsas expectativas a los connacionales, sino que es, más bien, la concreción del derecho fundamental a la libertad de circulación en su manifestación del derecho a ingresar al país. Y la segunda es que la Asamblea Legislativa no se ha autoatribuido la competencia de elaborar, ejecutar y supervisar políticas públicas en el área de salud, la cual es una competencia que corresponde al Órgano Ejecutivo en el ramo de salud.

2. *Comuníquese* al Presidente de la República la presente sentencia para que proceda a sancionar el proyecto de ley vetado y luego lo mande a publicar en los términos indicados en el considerando IX.

3. *Notifíquese* la presente sentencia a los intervinientes.