



Hora: 14:31
Recibido el: 7 JUN 2022
Por: *[Firma]*

SECRETARÍA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TEL. 2271-8888 – FAX 2281-0781

WEB

San Salvador, 22 de Junio de 2022.

ASUNTO: Se comunica sentencia pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad referencia: 141-2019.

Honorable
Asamblea Legislativa
Presente.

ASAMBLEA LEGISLATIVA
Leído en el Pleno Legislativo el:

Firma: _____

Oficio: 1480

Ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha iniciado proceso de inconstitucionalidad clasificado con la referencia número: 141-2019, de conformidad con el art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en virtud del oficio n° 7521, de 19 de diciembre de 2019, suscrito por el Juez del Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate, mediante el cual remitió la certificación de la sentencia pronunciada el 16 de diciembre de 2019 en el proceso penal con referencia U-87-2019-2-2(1-1), en la que declaró inaplicable el art. 23 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones (LEIT), por la supuesta violación del art. 246 Constitución en relación con los arts. 12 y 193 ords. 3° y 4° Constitución.

En el aludido proceso de inconstitucionalidad la Sala de lo Constitucional, pronuncio sentencia de las doce horas con treinta minutos del 10/06/2022, la cual se remite íntegramente fotocopiada para su completo conocimiento.

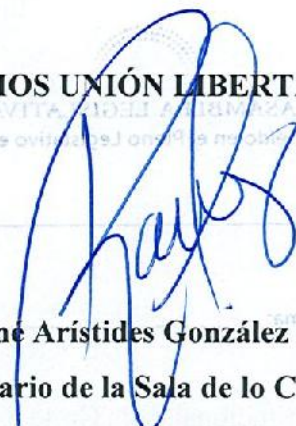
En la sentencia mencionada, entre otros puntos, se dispuso lo siguiente:

“1. Declárase, de un modo general y obligatorio, que en el artículo 23 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, *no existe la inconstitucionalidad aducida en la decisión de inaplicabilidad*, por la supuesta violación del artículo 246 de la Constitución en relación con los artículos 12 y 193 ordinales 3° y 4° de la Constitución. La razón es que,

una vez efectuado un examen de proporcionalidad en sentido estricto, la medida contenida en tal disposición se decanta ponderativamente en favor de su constitucionalidad, dado que ofrece un grado de satisfacción intermedio a los derechos a la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones y un grado de afectación leve al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal; el peso abstracto de todos los derechos y principios involucrados en este caso es intermedio; y la certeza de las premisas fácticas es, respecto de la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones, la del nivel de lo plausible, mientras que respecto del derecho a la prueba y el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal es la del nivel de lo no evidentemente falso (...).”

Lo que comunico para los efectos legales correspondientes.

DIOS UNIÓN LIBERTAD



René Aristides González Benítez
Secretario de la Sala de lo Constitucional
Corte Suprema de Justicia

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las doce horas con treinta minutos del diez de junio de dos mil veintidós.

El presente proceso fue iniciado en virtud del oficio n° 7521, de 19 de diciembre de 2019, suscrito por el Juez del Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate, mediante el cual remitió la certificación de la sentencia pronunciada el 16 de diciembre de 2019 en el proceso penal con referencia U-87-2019-2-2(1-1), en la que declaró inaplicable el art. 23 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones¹ (LEIT), por la supuesta violación del art. 246 Cn. en relación con los arts. 12 y 193 ords. 3° y 4° Cn.

Una vez analizados los argumentos, se realizan las siguientes consideraciones:

I. Objeto de control.

“Destrucción de oficio.

Art. 23.- Finalizado el procedimiento de intervención, si la Fiscalía no hubiese presentado requerimiento en el plazo de seis meses, el juez autorizante, previo informe que deberá remitirse sobre esa situación, ordenará la destrucción de toda la grabación y sus transcripciones”.

En el proceso han intervenido el juez requirente, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

II. Argumentos de los intervinientes.

1. En esencia, el juez requirente adujo los siguientes motivos de inconstitucionalidad: a) el art. 23 LEIT viola el principio de proporcionalidad (art. 246 Cn.) en relación con el derecho a la prueba (art. 12 Cn.); y b) sostuvo que infringe el principio de proporcionalidad en relación con el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal a cargo de la Fiscalía General de la República —FGR— (art. 193 ords. 3° y 4° Cn.). A su juicio, la desproporción radica en el plazo para que proceda la destrucción de las grabaciones y transcripciones (6 meses). Para justificarlo, alegó: (i) la medida posee un fin constitucionalmente legítimo (protección de la vida privada e intimidad personal) y es adecuada para dicho fin; (ii) la medida es necesaria, pues no existen otros medios alternos más benignos que el adoptado, ya que las únicas opciones posibles serían usar el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos a los que es aplicable la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones o el plazo mínimo (2 años) o máximo (6 años) para la investigación de delitos de crimen organizado, de modo que en ambos casos se trataría de plazos más extensos que el adoptado en el precepto cuestionado.

¹ Dicha ley fue aprobada mediante el Decreto Legislativo n° 285, de 18 de febrero de 2010, publicado en el Diario Oficial n° 51, tomo 386, de 15 de marzo de 2010.

Sin embargo, argumentó que (iii) la medida es desproporcionada en sentido estricto, porque el beneficio a la protección de la vida privada e intimidad personal es bajo, ya que la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones prevé normas que sirven para que estos derechos no sean menoscabados (ej., principios de jurisdiccionalidad y reserva y confidencialidad sobre el material obtenido durante y después de la intervención), mientras que el grado de afectación al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal es alto, pues el plazo de 6 meses no es acorde con el plazo máximo de investigación para los delitos de criminalidad organizada o conexos, por lo que el resultado de la destrucción en un término inferior a dicho plazo es la eliminación total y anticipada del material probatorio grabado o transcrito mediante la intervención.

2. En su informe, la Asamblea Legislativa sostuvo que el art. 24 Cn. prohíbe la intervención de las telecomunicaciones, pero admite que pueda realizarse con autorización judicial de forma excepcional y temporal, con base en una ley especial que establezca los controles a los que estén sujetos los funcionarios que la efectúen. No obstante, afirma que se debe considerar que el art. 23 LEIT no es inconstitucional si se parte de que su propósito es salvaguardar la intimidad de los intervenidos, de modo que es consecuente con el secreto de las telecomunicaciones al proceder su intervención solo excepcionalmente, pues la Fiscalía General de la República cuenta con otros medios de prueba que le permiten fundar sus requerimientos y debe cumplir con los plazos previstos en la ley para lograr una investigación eficaz que no se vea afectada por el descuido o la negligencia.

3. El Fiscal General de la República sostuvo que el art. 23 LEIT es inconstitucional en los términos expuestos por el juez requirente, es decir, por la duración del plazo para presentar el requerimiento antes de que el juez autorizante, previo informe de la Fiscalía General, ordene la destrucción de toda la grabación y sus transcripciones (6 meses). Así, argumentó que la destrucción del material grabado interfiere en la investigación de forma efectiva, el ejercicio o promoción de la acción penal y la obtención de la evidencia en su rango de prueba. Asimismo, afirmó que la detección de las estructuras de crimen organizado se ha convertido en uno de los cometidos primordiales de la práctica forense y existe una extendida preocupación social en relación con las herramientas de las que disponen los jueces para conocer de las causas de delitos complejos.

III. Aclaración previa sobre inexistencia de cosa juzgada.

Antes de iniciar con el examen de fondo que corresponde a este caso, esta Sala debe realizar una aclaración previa sobre la inexistencia de cosa juzgada. Esto se debe a que, al menos en principio, podría parecer que el asunto que será analizado ya fue decidido previamente por parte de este Tribunal. Así, se advierte que en la inconstitucionalidad 5-2018² se impugnaron simultáneamente el art. 23 LEIT y el Decreto Legislativo n° 861, de 15 de diciembre de 2017³,

² Sentencia de 16 de julio de 2021, inconstitucionalidad 5-2018.

³ Dicho decreto fue publicado en el Diario Oficial n° 240, tomo 417, de 22 de diciembre de 2017.

mediante el cual este fue interpretado auténticamente. Para lo que interesa a este caso, es necesario retomar lo que esta Sala dijo en relación con el primer objeto de control. Así, resulta que el control constitucional sobre el art. 23 LEIT tuvo como parámetro el principio de proporcionalidad en relación con la protección jurisdiccional y seguridad jurídica de las víctimas de delitos, el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal a cargo de la FGR y el principio de independencia judicial (arts. 1, 2, 11, 172 y 193 ords. 3° y 4° Cn.). El argumento del actor fue que la medida de destrucción de las grabaciones y transcripciones obtenidas con la intervención de telecomunicaciones era desproporcionada por no superar el escaño de necesidad⁴.

Bajo ese escenario, se resolvió que no existía la inconstitucionalidad alegada, debido a que las medidas alternas propuestas no eran, en realidad, igualmente idóneas o más benignas que la contenida en el precepto cuestionado. Pues bien, este asunto es decisivo para este caso concreto, porque el test de proporcionalidad correspondiente a ese caso concluía en el escaño de necesidad, mientras que en el presente se trata de una supuesta desproporción en sentido estricto, es decir, un escaño superior al que ya había sido decidido en la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018 que vuelve necesario realizar una ponderación. Esta es una diferencia relevante que rompe con la noción de que pudiere existir cosa juzgada, en tanto que el contraste normativo a examinar es distinto por las razones previamente apuntadas.

IV. Definición del problema jurídico y orden temático de la sentencia.

1. En virtud de los argumentos aducidos por los intervinientes y de lo establecido en la admisión de la demanda, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el art. 23 LEIT viola el art. 246 Cn. en relación con los arts. 12 y 193 ords. 3° y 4° Cn., por establecer un plazo de 6 meses para que proceda la destrucción de las grabaciones y transcripciones obtenidas con la intervención a las telecomunicaciones, en tanto que ello posiblemente sería desproporcionado en sentido estricto por brindar una satisfacción o beneficio bajo a la protección de la vida privada e intimidad personal y una afectación alta al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal.

2. Para resolver dicho problema se seguirá el orden temático siguiente: (V) el esquema constitucional de la intervención a los derechos fundamentales; (VI) la proporcionalidad como barrera a la competencia para limitar tales derechos; (VII) la ponderación como parte integrante del test de proporcionalidad; (VIII) la intervención de las telecomunicaciones como limitación a los derechos fundamentales de intimidad y privacidad; (IX) el derecho a la prueba; (X) el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal. Finalmente, (XI) se resolverá el problema jurídico planteado.

V. Esquema constitucional de la intervención a los derechos fundamentales.

⁴ Sobre esto, véase el considerando IX 1 B de la sentencia, en el que este Tribunal delimitó los motivos de impugnación del art. 23 LEIT de la siguiente manera: "en el presente caso, se observa que los argumentos aducidos [...] están encaminados a cuestionar la desproporcionalidad de la destrucción de la información obtenida, por ser innecesaria, y será tal cuestionamiento el que este Tribunal procederá a examinar".

1. A) La jurisprudencia de esta Sala ha definido los derechos fundamentales como “las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución”⁵. Esa función de fundamentación implica que estos también operan como principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico⁶.

B) El legislador está habilitado para intervenir los derechos fundamentales, siempre que lo haga dentro del marco permitido por la Constitución. La atribución a la ley de la posibilidad de intervención en un derecho fundamental es, en efecto, un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad⁷. Esta idea, que también puede ser llamada afectación negativa, tiene una extensión destacable, debido a que comprende toda clase de desventajas que una norma pueda producir en un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar su ejercicio⁸.

Para que se produzca esa desventaja es necesario que entre la norma legal y la afectación del elemento fundamental del derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa (jurídica o fáctica), es decir, la norma debe ser idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la posición o elemento esencial en el derecho afectado (afectación normativa), o bien que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones que habilita el derecho o menoscabar el estatus de las propiedades o situaciones pertenecientes a él (afectación fáctica)⁹. Pero, la catalogación de una disposición como una intervención negativa en un derecho fundamental no implica automáticamente su inconstitucionalidad, sino que solo presupone que contra dicha norma pueden hacerse valer las garantías y los mecanismos de protección material de los derechos fundamentales¹⁰.

2. A) Dada la amplitud del concepto de intervención en los derechos fundamentales, es necesario examinar las cuatro formas en que opera dicho concepto de acuerdo con nuestra Constitución y la jurisprudencia constitucional: regulación, limitación, suspensión y pérdida, de los cuales solo interesan los dos primeros. La regulación o configuración de un derecho fundamental es su dotación de contenido material, es decir, disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, condiciones para su ejercicio, organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y la estructuración de sus garantías¹¹.

⁵ Sentencia de 23 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 8-97.

⁶ Sentencia de 6 de junio de 2008, inconstitucionalidad 31-2004.

⁷ Sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.

⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

⁹ Sentencia de 17 de noviembre de 2015, inconstitucionalidad 105-2014.

¹⁰ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

¹¹ Sentencia de 21 de septiembre de 2012, inconstitucionalidad 60-2005/3-2006.

B) En cambio, la limitación de los derechos fundamentales (art. 246 Cn.) supone la afectación de su objeto o sujetos de forma que se impida o dificulte el ejercicio de las acciones, propiedades o situaciones habilitadas por el derecho afectado¹². Sin embargo, para que una intervención iusfundamental pueda ser calificada como limitación, es imprescindible que solamente afecte una o más posiciones jurídicas o modos de ejercicio del derecho, estableciendo como regla general la posibilidad de su ejercicio y como excepcionalidad la imposibilidad de ejercerlo (dichas reglas excepcionales serían, precisamente, las posiciones jurídicas afectadas)¹³.

3. Entonces, el punto medular para caracterizar a la limitación de los derechos fundamentales es el número de posiciones jurídicas o modos de ejercicio que afecta. Así, la base para tal explicación debe ser la identificación de la estructura triádica de los derechos fundamentales: disposición, norma y posiciones de derecho fundamental. Como punto de partida, debe señalarse que la Constitución contiene una serie de disposiciones y normas sobre derechos fundamentales¹⁴. Si toda disposición constitucional tiene valor normativo, lo mismo habría que predicar de las disposiciones iusfundamentales. Al interpretarse, tales disposiciones permiten adscribir normas de derecho fundamental¹⁵, lo que la disposición respectiva manda, prohíbe o permite, si se tratase de una norma regulativa; o las condiciones necesarias o suficientes que indica para que se produzca un resultado institucional, si se tratase de una norma constitutiva¹⁶. A veces, una disposición iusfundamental puede contener varias normas y, por ende, distintos derechos. De modo que puede afirmarse que las normas de derecho fundamental son las que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, luego de que estas se interpreten de modo aceptable a la luz de la teoría sobre tales derechos¹⁷.

Los derechos fundamentales, vistos como un todo, también incorporan otro elemento que se complementa con los otros dos: la posición iusfundamental o modalidades de ejercicio del derecho. Estas pueden consistir en derecho a algo, libertad, competencia o inmunidad¹⁸. Un derecho a algo es una posición jurídica en la que el titular tiene un derecho a que el destinatario haga u omita algo; y el destinatario tiene el deber de hacer u omitir algo frente al titular. La libertad es una posición en la que el titular es libre frente al destinatario para hacer u omitir algo; y el destinatario carece de un derecho a algo para impedir que el titular haga u omita. La competencia es una posición jurídica en la que, mediante una acción o un conjunto de acciones del titular, puede modificarse la situación jurídica del destinatario; y el destinatario está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse por la acción o acciones del titular. Por último, la inmunidad es una posición en la que la situación jurídica del titular no puede ser modificada por

¹² Sentencia de 5 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 13-2012.

¹³ Auto de 7 de agosto de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.

¹⁴ Sentencia de 24 de septiembre de 2010, inconstitucionalidad 91-2007.

¹⁵ Sobre la distinción entre disposición y norma, véase la sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013; y el auto de 23 de noviembre de 2011, inconstitucionalidad 11-2005.

¹⁶ Sobre la diferencia entre normas constitutivas y normas regulativas, véase la sentencia de 28 de mayo de 2018, inconstitucionalidad 146-2014 AC; y la sentencia de 19 de agosto de 2020, controversia 8-2020.

¹⁷ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

¹⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

acciones del destinatario; y el destinatario carece de alguna competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación del titular¹⁹.

Entonces, desde la lógica antedicha, la limitación de los derechos fundamentales está caracterizada por afectar solo a una o varias de las posiciones jurídicas contenidas en uno de ellos, pero entendiéndose que el resto siguen siendo de posible ejercicio por sus titulares. En suma, opera bajo una regla general de posibilidad de ejercitar el derecho y bajo una regla excepcional de no-ejercicio que viene dada por el límite impuesto en el caso en concreto²⁰.

VI. La proporcionalidad como barrera a la competencia para limitar los derechos fundamentales.

I. A) La jurisprudencia constitucional de este Tribunal y de los demás tribunales constitucionales de Latinoamérica y Europa son consistentes (podría decirse uniformes) en cuanto a la idea de que la limitación de los derechos fundamentales corresponde únicamente al Órgano Legislativo²¹. Sin embargo, dado que tales derechos deben ser protegidos en la mayor medida posible respecto de cualquier autoridad que ejerce poder, sus atribuciones para limitar dichos derechos no son absolutas e irrestrictas, sino que se sujetan a determinadas exigencias de legitimidad, las cuales se mencionan a continuación.

B) En primer lugar, la reserva de ley (art. 131 ord. 5º Cn.²²). Al respecto, esta Sala ha sostenido que la limitación de los derechos fundamentales solo puede hacerse mediante ley formal²³, que se erige como barrera frente a los alcances de la función normativa del Órgano Ejecutivo (potestad reglamentaria)²⁴.

La reserva de ley puede ser absoluta o relativa. En el primer caso, la ley regula por sí misma toda la materia reservada, de tal suerte que queda completamente exenta de la acción del Órgano Ejecutivo y de los entes autónomos y, en consecuencia, de sus productos normativos²⁵. En el segundo caso, la reserva de ley admite la colaboración de dichos entes. Desde esa perspectiva, la reserva relativa implica que la ley no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite a reglamentos, acuerdos o tratados, a los que

¹⁹ Todas estas definiciones constan en la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²⁰ Véase el auto de la inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de julio de 2014, C-507/14; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 19 de junio de 2018, expediente 00005-2013-PI/TC; Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia de 24 de noviembre de 1992, 3550-92; Asociación de Investigación y Estudios Sociales, "El principio de reserva de ley en la Constitución Política de la República de Guatemala", *Revista ASIES*, n° 3, 2013; Tribunal Constitucional de España, sentencia de 22 de mayo de 2019, 76/2019; Corte Constitucional de Ecuador, sentencia de 14 de agosto de 2014, n° 002-14-SIN-CC; sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada, y BVerfGE (Tribunal Constitucional Federal alemán) 57, 295, de 16 de junio de 1981.

²² Esta disposición es el parámetro genérico de la reserva de ley, pero hay casos en que la Constitución emplea disposiciones más específicas para determinar dicha reserva. Por ejemplo, el art. 207 inc. 3º Cn. la prevé acerca del fondo para el desarrollo económico y social de los municipios.

²³ Sentencia de 27 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 22-97; sentencia de inconstitucionalidad 60-2005/3-2006, ya citada; y sentencia de inconstitucionalidad 13-2012, ya citada.

²⁴ De igual forma, se ha señalado que la suspensión de derechos fundamentales en la totalidad o en parte del territorio corresponde, por regla general, a la Asamblea Legislativa, y solo muy excepcionalmente puede hacerse por el Consejo de Ministros a través de un régimen de excepción (art. 29 inc. 1º y 167 n° 6 Cn.), en los términos en que se ha explicado en los precedentes jurisprudenciales. Véase la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²⁵ Sentencia de 11 de julio de 2018, inconstitucionalidad 65-2015.

invita, ordena o habilita a colaborar en la normación²⁶. Ahora bien, la norma remitida debe respetar los límites establecidos por la ley formal en la colaboración normativa, pues si estos límites no se respetan se produce una violación a la reserva de ley²⁷.

C) En segundo lugar, el respeto al núcleo esencial del derecho afectado. Tal como lo establece el art. 246 Cn., el contenido esencial de los derechos fundamentales, esto es, los aspectos mínimos que hacen que el derecho concernido sea tal y conserve su identidad, no puede ser alterado por las leyes que regulen su ejercicio²⁸. Dicho contenido está configurado por el ámbito de actuación humana por sí protegido, el cual debe ser fijado desde la Constitución, en el marco de una interpretación adecuada de los preceptos constitucionales²⁹.

D) Por último, el respeto al principio de proporcionalidad. En general, la concreción de este principio para efectos de su aplicación es un test, examen o juicio. Dicho juicio es un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales, de poca densidad normativa, y sus concreciones interpretativas³⁰. Así, es necesario profundizar en el modo en que este principio tiene cabida dentro de una teoría de la Constitución como orden marco.

2. A) La Constitución, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, y al establecer la obligación del ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal, limita el ejercicio del poder³¹. Esta dinámica de interacción en el proceso político se desarrolla bajo tres tipos de normas: (i) las prohibiciones, es decir, aquellos aspectos que son constitucionalmente imposibles o vedados, pues encajan dentro de la esfera de lo que no se puede decidir; (ii) las órdenes o mandatos, que postulan los aspectos de la realidad que son constitucionalmente necesarios, de modo que se ubican dentro de la esfera de lo que no puede dejar de decidirse, y (iii) las prescripciones habilitantes que encajan dentro de lo discrecional (es decir, ámbitos constitucionalmente posibles)³².

Dentro de este último tipo de normas se configura el margen de acción estructural que la Constitución confía a los entes públicos, principalmente los que tienen competencias ligadas con la concreción normativa de las disposiciones constitucionales³³. A tales efectos, se puede afirmar que existen tres tipos de esos márgenes: para la fijación de fines, para la elección de medios y para la ponderación³⁴. Este último es la parte esencial de la dogmática de la Constitución como un orden marco. La forma como deba resolverse el problema de la constitucionalización depende sobre todo de la respuesta que se dé al problema de la ponderación; y el mandato de ponderación es igual a la proporcionalidad en sentido estricto

²⁶ Véase la sentencia de 4 de junio de 2018, inconstitucionalidad 82-2015.

²⁷ Sobre estas diferencias entre la reserva de ley absoluta y relativa, véase la sentencia de inconstitucionalidad 60-2005/3-2006, ya citada; y la sentencia de inconstitucionalidad 13-2012, ya citada.

²⁸ Sentencia de 25 de junio de 2009, inconstitucionalidad 83-2006.

²⁹ Sentencia de 14 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 103-2007.

³⁰ Sentencia de 20 de enero de 2009, inconstitucionalidad 84-2006.

³¹ Sentencia de 25 de agosto de 2010, inconstitucionalidad 1-2010 AC.

³² Sentencia de 7 de octubre de 2011, inconstitucionalidad 20-2006.

³³ Sentencia de 23 de octubre de 2020, inconstitucionalidad 6-2020 AC.

³⁴ Sentencia de 24 de octubre de 2014, inconstitucionalidad 33-2012.

(tercer subprincipio del test)³⁵. Por lo tanto, cuando se trata del problema del margen para la ponderación, en definitiva, todo se remite al papel del principio de proporcionalidad³⁶.

B) En ese sentido, si bien el legislador puede ponderar derechos fundamentales al crear las leyes que los regulen o limiten, esta potestad no está exenta de límites, puesto que debe respetar el principio de proporcionalidad (art. 246 Cn.) en ejercicio de esa competencia. En ese sentido, la Asamblea Legislativa, al limitar uno de esos derechos, debe cuidar que las medidas limitadoras cumplan con los requisitos derivados de tal principio y, en concreto, con el examen que al efecto corresponde realizar³⁷.

3. A) En cuanto a este último punto, esta Sala ha distinguido dos vertientes del test de proporcionalidad: prohibición de exceso y prohibición de protección deficiente³⁸, según se trate de medidas que afecten posiciones de derecho fundamental de defensa o de prestación, respectivamente. Para diferenciar estas clases de posiciones, es necesario recordar que todos los derechos tienen una dimensión de abstención y de prestación³⁹. En ese sentido, ni los derechos civiles y políticos obligan solo a no hacer, ni los derechos sociales obligan solo a hacer. Por ello, se entiende que las posiciones de defensa son las que vinculan al destinatario mediante una obligación de abstención o no hacer⁴⁰; y las posiciones prestacionales son las que le vinculan mediante deberes de prestación o de hacer⁴¹.

Bajo esa lógica, todos los derechos fundamentales son susceptibles de examinarse bajo la óptica del principio de proporcionalidad en sus dimensiones de prohibición de exceso o prohibición de regulación o protección deficiente, según sea el modo de ejercicio afectado: si la posición afectada es de defensa o dimensión de abstención, se aplica la prohibición de exceso; y si la posición concernida es de prestación o dimensión de hacer, se aplica la prohibición de protección deficiente⁴². En ambos supuestos, el presupuesto para la aplicación del examen es que se trate de una injerencia en dichas posiciones, por lo que no cabe frente a la mera regulación⁴³. De esas modalidades del examen solo interesa la primera.

³⁵ Sentencia de inconstitucionalidad 84-2006, ya citada.

³⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

³⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 58.

³⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 91-2007, ya citada.

³⁹ Sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005/55-2005.

⁴⁰ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada.

⁴¹ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada.

⁴² A manera de ejemplo, el derecho al sufragio obliga al Estado a no interferir en el voto ciudadano y permitir que se ejerza con total libertad (dimensión de abstención), pero también a organizar el evento electoral, con todo lo que ello implica hacer: licitaciones, depuración del padrón electoral, campañas informativas, etc. (dimensión prestacional). La estructura del test de proporcionalidad en su vertiente de prohibición de protección deficiente es esta: (i) idoneidad, que requiere que la medida analizada favorezca la realización de algún fin constitucionalmente imperativo y que haya una relación medio-fin entre lo que se busca y el instrumento empleado para conseguirlo; (ii) suficiencia, que exige que no haya otra abstención u otra medida alternativa que favorezca la realización del fin por lo menos con igual intensidad y simultáneamente favorezca más la realización del derecho fundamental cuya protección se requiere, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto, que se infringe cuando el grado de satisfacción del fin o derecho contrapuesto sea inferior al grado de incumplimiento del derecho fundamental prestacional. Sobre dicha estructura, ver la sentencia de 17 de enero de 2022, inconstitucionalidad 190-2016.

⁴³ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

B) La estructura del examen de proporcionalidad en su vertiente de prohibición de exceso es la que sigue: (i) idoneidad, que implica que la medida limitadora debe perseguir un fin legítimo (uno que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución) y ser adecuada (apta) para la consecución del fin perseguido⁴⁴; (ii) necesidad, que exige toda medida de intervención sea la más benigna con el derecho concernido de entre todas las que revisten al menos la misma idoneidad para lograr el fin legítimo⁴⁵, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, según el cual, cuanto mayor es el grado de afectación de los derechos concernidos, tanto mayor debe ser la satisfacción de los contrapuestos⁴⁶.

C) Las dos vertientes del test de proporcionalidad tienen carácter escalonado. Según el último precedente constitucional sobre este tema⁴⁷, dicho carácter implica, primero, que el paso de uno de sus escaños al siguiente solo es posible cuando se ha agotado el anterior (ej., para pasar al subprincipio de necesidad hay que agotar el de idoneidad, y para pasar al de proporcionalidad en sentido estricto se deben agotar los de idoneidad y necesidad); segundo, que ante la alegación simultánea de violación de dos o más subprincipios del test (ej., que la medida es simultáneamente inidónea e innecesaria, o innecesaria y desproporcionada en sentido estricto), solo se analiza el subprincipio que ocupe el lugar inicial dentro de la estructura del test y se rechaza respecto de los posteriores⁴⁸; y tercero, que si se hace uso del principio de eventualidad, es decir, si se impugna más de uno de los escaños del test, es opción del actor o autoridad requirente el realizar, en un razonamiento distinto, un nuevo test de proporcionalidad en el que se supere el subprincipio que inicialmente se consideraba como no cumplido, o hacerlo en el mismo razonamiento que ha iniciado⁴⁹.

VII. La ponderación como parte integrante del test de proporcionalidad.

I. A) Según se dijo en el considerando anterior, en ambas vertientes del examen de proporcionalidad el último escaño es el de la proporcionalidad en sentido estricto, que equivale a la ponderación, no obstante que en cada una de dichas vertientes impone reglas argumentales diferentes. También se afirmó que el margen de acción estructural para la ponderación es la parte esencial de la dogmática de la Constitución como un orden marco; y que la forma como deba resolverse el problema de la constitucionalización depende sobre todo de la respuesta que

⁴⁴ Sentencia de 30 de noviembre de 2016, amparo 794-2013.

⁴⁵ Auto de 14 de agosto de 2013, inconstitucionalidad 147-2012.

⁴⁶ Sentencia de 29 de julio de 2010, inconstitucionalidad 61-2009.

⁴⁷ Auto de 19 de enero de 2022, inconstitucionalidad 76-2018.

⁴⁸ Para ejemplificar como opera este criterio: si se argumenta que una medida es inidónea, innecesaria y desproporcionada en sentido estricto, se rechazarán los argumentos de innecesaridad y desproporción en sentido estricto, pero sí se analizará la supuesta inidoneidad.

⁴⁹ Pero, en ambos casos es indispensable que aduzca las “condiciones de refutación” de su argumento, lo que significa que, por ejemplo, si considera que la medida es inidónea y, bajo el principio de eventualidad también afirma que es innecesaria, es él quien tiene que proponer un hipotético argumento que justificaría la idoneidad, como por ejemplo cuál podría ser un eventual fin legítimo o sentido de adecuación medio-fin en la medida cuestionada que “refutaría” el argumento inicial que ha sostenido. En consecuencia, no puede limitarse a plantear que pide el análisis del escaño posterior en caso que esta Sala estime que se supera el anterior, pues entonces delegaría en este Tribunal una carga argumentativa que le corresponde a él. Sobre las condiciones de refutación, véase el auto de 17 de febrero de 2020, inconstitucionalidad 10-2020. En dicha resolución, citando a Stephen Toulmin, este Tribunal definió dichas condiciones como “las circunstancias en que ha de exceptuarse la autoridad de los enunciados generales que permiten pasar de ciertos datos hasta una afirmación”.

se dé a este problema. En virtud de ello, no es extraño que en la actualidad el principio de proporcionalidad, y particularmente la ponderación, se consideren simultáneamente como un parámetro de examen del control de los derechos fundamentales en las democracias liberales, un criterio universal de constitucionalidad y el fundamento de cuanto menos un Derecho Constitucional común en América Latina⁵⁰.

B) Así, se advierte que el hecho de que esta Sala haya aceptado el empleo del test de proporcionalidad con base en el art. 246 Cn. (y, consecuentemente, de la ponderación) se inscribe en un marco dogmático, jurisprudencial e internacional con un sustento muy sólido y comúnmente admitido. Sin embargo, este Tribunal ha sido consciente de las constantes críticas doctrinarias hacia la ponderación, dado su supuesto carácter irracional. Por ello, ha intentado adoptar un modelo que cumpla con estándares de racionalidad que, sin caer en la también rechazable (por imposible) hiperracionalidad, sujete su uso a reglas que sean lo suficientemente claras, previsibles y argumentables, según se verá a continuación.

2. A) En primer orden, hay que recordar que la proporcionalidad en sentido estricto opera de modo diferente ante la prohibición de exceso y ante la prohibición de protección deficiente⁵¹. En el primer caso, la “ley de ponderación” es la que sigue: cuanto mayor es el grado de afectación de los derechos concernidos, tanto mayor debe ser la satisfacción de los contrapuestos⁵². Es decir, opera una lógica de correlación directa: cuanto más se afecte un derecho o principio, mayor satisfacción debe obtener otro; y la medida es desproporcionada si, a la luz de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto, se concluye que la afectación supera la satisfacción obtenida.

B) Partiendo de lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala ha perfilado los elementos internos de la ley de ponderación, con el fin de proveerle de estándares de racionalidad, los cuales deberían ser tomados en cuenta por cualquier autoridad que requiera de ponderar. En esa línea, se ha sostenido que “[a]l ponderar, es necesario tomar en cuenta tres variables: (i) el grado de satisfacción del derecho favorecido [y/o] el grado de afectación del derecho que sufre la

⁵⁰ Esta última afirmación se evidencia en la práctica de varios de los tribunales constitucionales de la región latinoamericana que han aceptado la legitimidad de la ponderación como instrumento para el examen de problemas iusfundamentales y que han recurrido a ella. A manera de ejemplo, pueden citarse los casos del Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Constitucional de Ecuador, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y la Sala Constitucional de Costa Rica. En el sistema americano y europeo de protección de los derechos humanos, también lo han hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 29 de octubre de 2005, Exp. n° 045-2004-PIITC; Corte Constitucional de Ecuador, sentencia de 12 de junio de 2019, caso n° 10-18-CN, y sentencia de 6 de julio de 2016, caso n° 1744-10-EP; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia de 22 de agosto de 2012, 0973/2012; Sala Constitucional de Costa Rica, resolución de 27 de enero de 2021, expediente 20-022660-0007-CO; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, ya citado, párrafo 83; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1979, y caso *Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002.

⁵¹ En el caso de la protección deficiente, la “ley de ponderación” es esta: cuanto menor es la satisfacción del derecho o principio objeto de la omisión relativa, mayor debe ser la satisfacción del contrapuesto. Entonces, aquí funciona una lógica de relación inversa: entre menos se satisfaga o beneficie un derecho principio, más debe satisfacerse o beneficiarse otro; y la medida omisiva incumple con esta ley de ponderación si, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto, se obtiene un favorecimiento inferior del fin constitucionalmente legítimo respecto del grado en que no se realiza la posición jurídica de prestación objeto de la intervención iusfundamental. Véase la sentencia de inconstitucionalidad 190-2016, ya citada.

⁵² Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009, ya citada.

intervención; (ii) el peso abstracto del derecho favorecido y el del derecho intervenido; y (iii) la certeza que se posee respecto de las premisas fácticas del caso concreto”⁵³.

En consecuencia, los precedentes constitucionales permiten afirmar que el grado de satisfacción y el grado de afectación a un derecho o principio pueden ser leve, intermedio o intenso, según el nivel de incidencia que posean⁵⁴. De igual modo, el peso abstracto, que supone determinar el grado de importancia que se le asigna al derecho o principio respectivo en función de la escala o tabla de valores que existe en la comunidad, también puede ser leve, intermedio o intenso, pero eso no supone que algunos derechos o principios siempre harán ceder al resto, pues este elemento es solo uno de los que hay que tomar en cuenta al ponderar⁵⁵. Por último, el grado de certeza que se posee respecto de las premisas fácticas del caso concreto se debate entre lo no evidentemente falso, lo plausible y lo seguro, yendo de menos a más en el grado de certidumbre que se tiene sobre ellas. Este elemento se basa en un límite natural a cualquier razonamiento humano: lo que se puede conocer es limitado, pues no siempre se dispone de toda la información por ser sencillamente imprevisible, inexistente o inconmensurable.

VIII. La intervención de las telecomunicaciones como limitación a los derechos fundamentales de intimidad y privacidad.

1. A) En nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad (art. 2 inc. 2º Cn.) puede definirse como aquel conjunto de facultades del individuo en virtud de las cuales dispone de un espacio personal o esfera de libertad que no puede ser invadida por terceros, sean estos particulares o el mismo Estado⁵⁶.

Tal derecho está estrechamente ligado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque permite que la persona forje en libertad su personalidad, convicciones más íntimas, gustos, manías, placeres y miedos. También permite que pueda desarrollar sus afectos, familia, vínculos sociales más cercanos, desencuentros y emociones. En el caso del espacio proporcionado por la vida privada, permite que el sujeto lleve a cabo, con un margen de libertad razonable, sus demás relaciones (sociales, profesionales, actividad financiera, etc.) lejos del enjuiciamiento social, donde estos afectos, emociones, conductas y acciones no podrían desarrollarse con autenticidad, pues la persona no decide igual en soledad que frente a la sociedad que le exige formas correctas de actuar⁵⁷.

La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros, del Estado o de otros particulares, es un prerequisite para la construcción de la autodeterminación, que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo. Este Tribunal ha sostenido una

⁵³ Sentencia de controversia 8-2020, ya citada.

⁵⁴ Sentencia de inconstitucionalidad 61-2009, ya citada.

⁵⁵ Véase la sentencia de controversia 8-2020, ya citada.

⁵⁶ Sentencia de 21 de septiembre de 2011, inconstitucionalidad 16-2005. Puede leerse la manera en que este derecho se concibe por parte de algunos de los países de América Latina en la solitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del artículo 1.2 (artículo 1, párrafo segundo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, realizada el 28 de marzo de 2014 por el Estado de Panamá. Dicha solicitud puede consultarse en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_observaciones_seriea_22_esp.pdf.

⁵⁷ Sobre todo lo dicho en este párrafo, véase Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 10 de marzo de 2016, Exp. n° 03485-2012-PA/TC.

postura “funcionalista” del concepto de intimidad, la cual parte de que el interés protegido por la intimidad es el de limitar el acceso de extraños a la vida privada, individual y familiar, en el sentido más amplio⁵⁸. Desde esta perspectiva, el concepto de intimidad estaría integrado por tres elementos: el secreto, el anonimato y la soledad⁵⁹. El derecho a la intimidad, entonces, se podría afectar por una alteración de cualquiera de dichos elementos. En consecuencia, es el resultado de la inquietud por proteger la interioridad, la cual se vio plasmada en las primeras declaraciones de derechos, propias del Estado liberal⁶⁰, y ahora goza de reconocimiento constitucional.

B) El derecho a la privacidad está vinculado con la intimidad, pues al igual que esta, protege un ámbito de secreto y anonimato, si bien con un alcance menor. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”⁶¹. Se puede definir al derecho a la privacidad como cualquier facultad de la persona que le permite que haya una parte de su vida que no quede sujeta al escrutinio público, pese a que ese círculo no quede comprendido en el ámbito de su intimidad. Por ejemplo, ciertas conversaciones con otros o reuniones privadas son casos de privacidad, dado que sin estar comprendidas dentro de lo íntimo (pues por su naturaleza se comparten con personas ajenas a quienes tienen un vínculo tan estrecho como el de la familia), siguen estando sujetas a una expectativa razonable de no injerencia de otros⁶².

Aunque nuestra Constitución no efectúa la distinción entre uno y otro derecho, la jurisprudencia de esta Sala sí ha dejado entrever esa diferencia, toda vez que ha aceptado que hay datos “íntimos” y datos “privados”, los cuales separa entre sí⁶³. De igual manera, el art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confiere protección expresa al derecho a la privacidad al establecer que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

2. A) Sin embargo, como todos los demás derechos fundamentales, la intimidad y la privacidad no son absolutas⁶⁴. A manera de ejemplo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “el derecho a la privacidad y la reputación [...] no [es] [absoluto] y [debe] ser [armonizado] y [balanceado], de forma tal que no [desemboque] en la negación de otros derechos. [...] [A]unque la

⁵⁸ Por ejemplo, sentencia de 2 de marzo de 2004, amparo 118-2002.

⁵⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 91-2007, ya citada.

⁶⁰ Sentencia de inconstitucionalidad 16-2005, ya citada.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 194.

⁶² La doctrina a veces recurre a la explicación de esta diferencia mediante la elaboración de un círculo concéntrico: el núcleo de ese círculo es el fuero interno, lo que no se comparte con nadie y queda al nivel de los pensamientos; luego, el siguiente estadio del círculo representa lo íntimo; seguidamente se ubica lo privado; y finalmente está lo que constituye lo público, donde la intimidad y privacidad no tienen cabida.

⁶³ Sentencia de 4 de marzo de 2011, amparo 934-2007.

⁶⁴ Sobre el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, véase la sentencia de 22 de mayo de 2013, inconstitucionalidad 3-2008. Sobre el caso en particular de los derechos a la intimidad y privacidad, véase la sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 AC, ya citada.

Convención no establece las circunstancias en que este derecho puede ser restringido o limitado, la Corte Interamericana, enunció que el artículo 32.2 de la Convención prescribe las reglas interpretativas a las cuales se suscriben dichas restricciones al establecer: Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática⁶⁵.

B) Una de las limitaciones posibles a los derechos a la intimidad y privacidad es la intervención de las telecomunicaciones (art. 24 inc. 2º Cn.). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “[a]unque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada”⁶⁶. A pesar de que las llamadas o conversaciones telefónicas no son la única forma de telecomunicación, el criterio de la Corte es ilustrativo para entender que dichas intervenciones limitan a los derechos en comento: dado el concepto de limitación asumido en esta sentencia, estas solo afectan a una de sus posiciones jurídicas o modos de ejercicio: la expectativa razonable de que las comunicaciones no se interrumpan y que solamente sean recibidas o captadas por el destinatario a quienes razonablemente nos dirigimos⁶⁷.

En general, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la intervención a las telecomunicaciones abarca, al menos, los actos de “intervención” e “interferencia”. En otras palabras, que personas ajenas a la comunicación (independientemente de los medios tecnológicos usados) puedan interrumpirla, cortarla o conocer su contenido sin autorización o conocimiento de los comunicantes, independientemente de que sea de modo simultáneo o posterior al acto comunicativo⁶⁸. En suma, bajo la cobertura del art. 24 Cn. se salvaguarda al emisor y al receptor para que puedan comunicar libremente su pensamiento y, además, puedan hacerlo reservadamente en relación con destinatarios específicos, sin que otras personas distintas de ellos conozcan el contenido de la comunicación o puedan interrumpirla por medio de la inclusión de una señal perturbadora⁶⁹.

Pero, aunque la intervención de las telecomunicaciones en principio es un acto prohibido, excepcionalmente puede ser legítima (art. 24 inc. 2º Cn.). Para tal efecto, es imprescindible que: (i) esté prevista en la ley; (ii) conste por escrito; (iii) se motive el acto; (iv) se conserve el secreto de todo lo que no esté relacionado con el proceso en el contexto del cual se ha autorizado, y (v) sea una medida que, en una sociedad democrática, sea idónea y necesaria

⁶⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Acción de habeas data y acceso a la información”. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=382&IID=2>.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 55.

⁶⁷ De algún modo, esta fue la idea retomada en la sentencia de 11 de febrero de 2002, hábeas corpus 145-2001.

⁶⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 AC, ya citada. Esta interpretación es, de entre todas las posibles, la que dota de mayor amplitud y ámbito de tutela a la intimidad y a la privacidad, por lo que debe ser la elegida conforme con el principio *pro homine*.

⁶⁹ Véase la sentencia de 24 de agosto de 2015, inconstitucionalidad 22-2007 AC; y la sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 AC, ya citada.

para la seguridad del país, la prevención del delito y la protección de los derechos fundamentales⁷⁰. Lo último adquiere mayor relevancia en el ámbito del proceso penal, debido a que tales intervenciones destacan como medios de investigación, justificadas por las dificultades inherentes a la recolección de elementos de prueba⁷¹, por lo que participan de la naturaleza, exigencias y funciones propias de los actos de investigación y medios de prueba⁷².

IX. Derecho a la prueba.

1. Como parte de la protección jurisdiccional, el derecho de defensa se manifiesta ante la configuración de una contienda donde exista la necesidad de argüir elementos tendentes al desvanecimiento de las alegatos planteados por la contraparte⁷³. El ejercicio del derecho de defensa implica las posibilidades de participar en un proceso informado por el principio de contradicción, en que las partes puedan ser oídas en igualdad de condiciones y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere adecuado para su defensa⁷⁴. Esta actividad procesal de parte viene encauzada por las reglas del proceso y se corresponde con la obligación del juez de procurar su regular desenvolvimiento, de modo que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes. Por ello, la defensa comprende todo medio de oposición a los argumentos fácticos y jurídicos de la contraparte⁷⁵.

Este derecho lleva ínsito la igualdad de armas y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes⁷⁶. En efecto, las verdaderas posibilidades de defensa con las que cuenta un sujeto sometido a un proceso judicial vienen determinadas por las opciones probatorias con las que cuenta. En ese sentido, si las posibilidades probatorias de una de las partes sobrepasan injustificadamente a las de la otra se produce una desigualdad procesal que conlleva violación constitucional, pues la igualdad de armas requiere, al menos en principio, de que haya simetría en cuanto a las opciones para probar con que cuentan las partes (por ejemplo, no pueden reconocerse medios probatorios de uso exclusivo de solo una de ellas). Lo mismo ocurre si a las partes les es vedada la posibilidad de utilizar los medios de prueba que estimen pertinentes para la fundamentación de su postura procesal. Ahora bien, es la parte la que corre con el riesgo que conlleva la no presentación de prueba o su presentación deficiente pues debe considerar que su actividad está sujeta a las cargas de la prueba y a los estándares de prueba que sirven para la evaluación de sus resultados⁷⁷.

2. Sin embargo, cabe aclarar que las partes no tienen derecho a que toda prueba propuesta sea admitida. Para que se admita y se produzca la prueba ofertada, es necesario que esta cumpla

⁷⁰ Sobre tales requisitos, véase la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada.

⁷¹ Sentencia del 19 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 6-2009.

⁷² Sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 AC, ya citada.

⁷³ Sentencia de 7 de marzo de 2018, inconstitucionalidad 69-2015.

⁷⁴ Sentencia de 12 de noviembre de 2010, inconstitucionalidad 40-2009/41-2009.

⁷⁵ Sentencia de 25 de junio de 2009, inconstitucionalidad 102-2007.

⁷⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 40-2009/41-2009, ya citada.

⁷⁷ Sobre este párrafo, véase la sentencia de inconstitucionalidad 69-2015, ya citada.

con determinadas condiciones. Estas son básicamente tres: licitud, pertinencia y utilidad⁷⁸. La licitud implica que esta debe proponerse y producirse de conformidad con las previsiones legales vigentes y no debe haber sido obtenida con violación a los derechos reconocidos por la Constitución. La pertinencia se traduce en el necesario ligamen que debe existir entre lo que se desee probar y el objeto del proceso. La utilidad es un juicio que se hace sobre la idoneidad de la prueba propuesta para conseguir demostrar los hechos a los que esta se refiere, por lo que tiene una vertiente cuantitativa y otra cualitativa⁷⁹.

La prueba también puede estar limitada por la verosimilitud de las aserciones probatorias (es decir, puede rechazarse cuando lo que se supone que va a probarse con ella sea manifiestamente inverosímil, como por ejemplo hechos completamente opuestos a las leyes de la naturaleza) y por lo repetitivo de los resultados que pretende extraerse de ella, que no es más que un caso de prueba inútil desde la perspectiva cuantitativa (como cuando se proponen demasiados medios de prueba de una misma naturaleza encaminados a demostrar un mismo hecho)⁸⁰. Lo antedicho solamente es representativo de las circunstancias excepcionales en que se puede limitar el derecho a la prueba. Ello porque el juez no es un sujeto procesal acrítico y avalorativo, sino que, por el contrario, es el conductor y director del proceso y, por tanto, el encargado del cumplimiento de las reglas y principios procesales.

X. El principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal.

1. A) La Constitución establece que la investigación del delito corresponde al Fiscal General de la República, a cuyo cargo está su dirección funcional⁸¹ (art. 193 ord. 3° Cn.). Por supuesto, para que este precepto tenga viabilidad práctica, el Fiscal General puede actuar mediante sus agentes auxiliares a través del uso de la figura de la delegación, que implica un “desprendimiento” de un deber funcional por parte de un superior jerárquico de alguna institución, con base en la ley⁸². La Constitución también prevé que la Policía Nacional Civil debe colaborar en el procedimiento de investigación penal (art. 159 inc. 3° Cn.).

Sobre dicha dirección funcional, esta Sala ha señalado que “la dirección funcional que la [Fiscalía General de la República] ejerce sobre la [Policía Nacional Civil], trasciende más allá de un obligado asesoramiento de carácter técnico-jurídico, para llegar a constituirse en un control legal respecto de la investigación policial [...], con el fin de: (i) evitar que la investigación presente algún vicio procesal que posteriormente la invalide en el ámbito jurisdiccional; (ii) garantizar los elementos necesarios para la prueba del delito y la participación delincinencial de los imputados que permitan fundamentar adecuadamente tanto el

⁷⁸ Auto de 19 de septiembre de 2016, amparo 604-2015.

⁷⁹ Sobre estas definiciones de la licitud, pertinencia y utilidad, véase la sentencia de 4 de marzo de 2022, inconstitucionalidad 13-2017.

⁸⁰ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 13-2017, ya citada.

⁸¹ Auto de 24 de abril de 1998, hábeas corpus 164-98.

⁸² Sentencia de 14 de diciembre de 2011, amparo 517-2009.

requerimiento como la acusación; y (iii) salvaguardar los derechos constitucionales que puedan resultar implicados en el procedimiento de averiguación delictiva”⁸³.

B) Para lo que interesa a este caso, debe sustentarse constitucionalmente la necesidad de que la investigación del delito sea eficaz, entendiéndose la eficacia como su capacidad para lograr los fines constitucionales que se esperan de ella: averiguar la verdad, procesar a los posibles responsables y sancionarlos⁸⁴. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado algunas exigencias o principios de la investigación penal que sirven para fundamentar dicha necesidad. Por un lado, se ha sostenido que esta se rige por los principios de oficialidad y obligatoriedad, según los cuales la Fiscalía General de la República está obligada a promoverla de oficio y a ejercitar la acción correspondiente, sin petición extraña o requerimiento particular alguno y sin que pueda ser suspendida, interrumpida o concluida más que en los casos establecidos en la ley y de conformidad con la Constitución⁸⁵.

Por otro lado, también se ha aceptado que la investigación del delito debe regirse por el principio de imparcialidad, que implica la actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados al Fiscal General de la República (esto es, los intereses del Estado y de la sociedad —art. 193 ord. 1º Cn.—)⁸⁶. Esto, dado que cualquier actuación desviada de esos intereses constitucionalmente previstos probablemente no logre los fines a los que realmente debe tender una investigación: averiguar la verdad⁸⁷. De igual manera, este Tribunal ha dicho que, como expresión de la protección jurisdiccional, la investigación se rige por el principio de celeridad, en virtud del cual existe una prohibición de dilaciones indebidas en la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal⁸⁸.

Así, tiene sentido afirmar que la investigación del delito debe ser eficaz y que dicha eficacia atañe a la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil. Por ello, se ha dicho que “[s]e trata, en definitiva, de una responsabilidad compartida, pues si bien la Fiscalía tiene un indiscutible rol de dirección, la eficacia de la investigación del delito es un interés común de ambas entidades. Es así que, entre ambas instituciones debe existir una fluida y constructiva coordinación que permita el eficaz combate del crimen, la salvaguarda de los bienes y derechos de las personas y la realización efectiva de la justicia penal”⁸⁹.

C) Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha enfatizado que “[d]e la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones

⁸³ Sentencia de 6 de marzo de 2007, inconstitucionalidad 23-2006 AC.

⁸⁴ En general, la expresión “eficacia” alude a la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Sobre esto, ver: <https://dle.rae.es/eficacia>.

⁸⁵ Véase la sentencia de 23 de diciembre de 2010, inconstitucionalidad 5-2001 AC; y el auto de 9 de febrero de 2011, inconstitucionalidad 51-2005.

⁸⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 AC, ya citada.

⁸⁷ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 69-2015, ya citada.

⁸⁸ Al respecto, véase la sentencia de 6 de noviembre de 2015, amparo 834-2013.

⁸⁹ Sentencia de 5 de diciembre de 2006, inconstitucionalidad 21-2006.

de esos derechos”⁹⁰. Este deber es aún más acentuado en caso graves violaciones a los derechos humanos, pues como lo ha indicado la Corte Interamericana, “la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (*jus cogens*) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas”⁹¹.

Cuando se trata de una de esas graves violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que debe cumplirse con un estándar de debida diligencia para su investigación, el cual está regido por los siguientes principios: (i) oficiosidad, es decir, una vez que se conoce de la violación, el Estado está obligado a iniciar de oficio una investigación seria y efectiva de los hechos⁹²; (ii) oportunidad, esto es, la investigación debe iniciarse inmediatamente⁹³, durar un plazo razonable⁹⁴ y ser propositiva⁹⁵; (iii) debe realizarse por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados⁹⁶; (iv) independencia e imparcialidad de las autoridades que investigan, lo cual se extiende a cada una de las fases de la investigación, inclusive la recolección de pruebas en la fase inicial⁹⁷; (v) exhaustividad, es decir, deben agotarse todos los medios para dilucidar la verdad sobre los hechos y fijar las responsabilidades de sus autores⁹⁸, y, finalmente, (vi) participación y respeto de las víctimas y sus familiares⁹⁹.

2. A) La acción penal se define como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal¹⁰⁰. Al igual que con la investigación del delito, su ejercicio es oficioso y obligatorio, a menos que haya razones constitucionales o legales que permitan su no-ejercicio, tales como la amnistía o el criterio de oportunidad¹⁰¹. Sus propósitos también son iguales, en tanto que la presunción de inocencia (art. 12 Cn.) impide que se conciban como mecanismos en los que se presupone la culpabilidad de alguien y que se utilizan para corroborar ese sesgo. Así, su fin no es el de hacer que se llegue a

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 287.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 140.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 143.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 189.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 65.

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 144.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 224.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 80.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, ya citado, párrafo 144.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 284.

¹⁰⁰ Sentencia de 6 de marzo de 2007, inconstitucionalidad 23-2006 AC.

¹⁰¹ Sentencia de amparo 834-2013, ya citada.

una condena, sino el de hacer que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una cierta persona, determinación que puede llevar a la conclusión de que el hecho no ha existido, que no se trata de delito, que el acusado no lo ha cometido o que no ha tomado parte en él¹⁰².

B) Sobre el ejercicio y promoción de la acción penal, esta Sala ha señalado que corresponde al Fiscal General de la República, quien, con la colaboración de la Policía Nacional Civil, tiene la función de proceder a la investigación de los delitos, y a través del requerimiento fiscal promover la acción penal ante los jueces y tribunales (art. 193 ords. 3º y 4º Cn.)¹⁰³. Lo antedicho significa que, en el sistema procesal salvadoreño, el ejercicio de la acción penal corresponde a un órgano distinto del jurisdiccional, lo que obedece, principalmente, al criterio técnico con el cual se debe formular el requerimiento fiscal y la acusación que contiene. De este modo se garantiza un principio esencial del Derecho Procesal Penal: la imposibilidad de la iniciación o prosecución del proceso sin la existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, a través de un órgano especializado a tal fin.

C) Del mismo modo que con la investigación del delito, el ejercicio de la acción penal debe ser eficaz a los propósitos antes mencionados. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha remarcado la necesidad de que los Estados refuercen su actuación en las áreas de prevención, protección y castigo de las conductas que, dentro de su respectiva jurisdicción, puedan implicar una vulneración de los derechos a la vida y a la interdicción de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, a fin de que se disipe toda pasividad, omisión, ineficacia o negligencia en esas labores de prevención y protección¹⁰⁴. Tal deber de protección eficaz solo puede concurrir si en el caso concreto existió un efectivo conocimiento de los hechos o la posibilidad de conocerlos por parte de las autoridades y sus agentes, adoptando medidas tendentes a reducir o minimizar ese riesgo, siempre desde el pleno respeto a los derechos y garantías procesales del investigado¹⁰⁵.

XI. Resolución del problema jurídico.

1. Según se apuntó, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el art. 23 LEIT viola el art. 246 Cn. en relación con los arts. 12 y 193 ords. 3º y 4º Cn., por establecer un plazo de 6 meses para que proceda la destrucción de las grabaciones y transcripciones obtenidas con la intervención a las telecomunicaciones, en tanto que ello posiblemente sería desproporcionado en sentido estricto, por brindar una satisfacción o beneficio bajo a la protección de la vida privada e intimidad personal y una afectación alta al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal.

2. A) Para resolver el problema planteado, es necesario partir de las premisas que constan en los considerandos antecedentes de esta sentencia. Así, dado que la destrucción de las

¹⁰² Sentencia de inconstitucionalidad 23-2006 AC, ya citada.

¹⁰³ Sentencia de 1 de abril de 2004, inconstitucionalidad 52-2003 AC.

¹⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Osman c. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998, párrafo 116; y caso *Opuz c. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 2009, párrafo 129.

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional de España, sentencia de 20 de julio de 2020, 87/2020.

grabaciones y transcripciones obtenidas con la intervención a las telecomunicaciones es un acto o actuación positiva que incide perniciosamente en el derecho a la prueba y en la eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal, el examen de proporcionalidad que corresponde utilizar es el de la vertiente de prohibición de exceso.

B) Ahora bien, en virtud del necesario respeto a los precedentes constitucionales¹⁰⁶, también debe partirse de las premisas sentadas en la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada, en relación con el art. 23 LEIT¹⁰⁷. En dicha sentencia se efectuó un test de proporcionalidad que finalizó en el escaño de necesidad. Así, se sostuvo que: (i) “[e]l fin constitucional que persigue el legislador con la medida de destrucción de las grabaciones y transcripciones si en el plazo de 6 meses no se presentase el requerimiento fiscal [...] es la protección de [...] la intimidad personal y [el] secreto de las telecomunicaciones”, el cual se calificó como un fin legítimo; (ii) luego, que “[l]a medida legislativa contenida en el art. 23 LEIT, considerada en abstracto, puede contribuir a la protección de los derechos fundamentales mencionados, ya que, por una parte, cuando se ordena la destrucción del material intervenido, cualquier información con respecto a la vida privada y personal del investigado y/o su familia sale de la esfera de dominio del Estado; y, por otra parte, garantiza que el emisor y receptor puedan comunicar libremente su pensamiento sin que tal comunicación pueda ser limitada a perpetuidad”, por lo que se consideró como adecuada, de modo que se satisficieron las exigencias del principio de idoneidad.

Finalmente, (iii) se expresó que “ninguna de las medidas alternas propuestas por el demandante poseen igual idoneidad para alcanzar el fin constitucional que se persigue, que es el de la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y seguridad en las telecomunicaciones en el contexto de la investigación penal; y que sean menos lesivas de los derechos fundamentales a la protección jurisdiccional y seguridad jurídica de las víctimas de los delitos (arts. 2 y 11 Cn.) y el principio de eficacia en la investigación penal y promoción de la acción penal a cargo de la Fiscalía General de la República (art. 193 ords. 3º y 4º Cn.)”. En virtud de ello, se desestimó la alegación de la supuesta inconstitucionalidad por violación al principio de proporcionalidad.

C) Otro de los puntos importantes de la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada, fue la interpretación conforme del art. 23 LEIT¹⁰⁸. En lo pertinente, este Tribunal expuso que tal disposición se debe interpretar de la siguiente manera: “para ordenar la destrucción de las grabaciones y transcripciones obtenidas en la intervención, el juez no solo deberá tomar en

¹⁰⁶ Sentencia de 9 de octubre de 2017, inconstitucionalidad 44-2015/103-2016.

¹⁰⁷ Las valoraciones que se detallarán a continuación provienen del considerando IX de la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada.

¹⁰⁸ Sobre la interpretación conforme, la jurisprudencia constitucional ha referido que “[a]demás del texto, la actividad interpretativa está limitada por el contexto. Los significados posibles de una disposición jurídica deben ser coherentes con el sistema jurídico, lo que incluye a la Constitución, de tal manera que deben rechazarse los que provoquen la aparición de un conflicto normativo. De ahí que la interpretación conforme a la Constitución se entienda como un criterio hermenéutico en virtud del cual, de entre los varios significados posibles de una disposición, debe seleccionarse el que mejor encaje con las normas constitucionales”. Véase la sentencia de 23 de mayo de 2018, inconstitucionalidad 149-2013.

cuenta que transcurrió el plazo de seis meses al que hace referencia el art. 23 LEIT. El transcurso del tiempo sin promover la acción penal es una condición necesaria pero no suficiente. Además, del criterio temporal, el juez autorizante deberá incorporar en su análisis otros aspectos, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad: (i) que la intervención de las telecomunicaciones arrojen indicios razonables sobre la existencia de otros hechos delictivos de los enumerados en el art. 5 LEIT; (ii) que dicha intervención sea un medio idóneo para determinar la autoría o participación en tales hechos; (iii) las dificultades probatorias que, en principio, podrían representar los hechos delictivos cuyo descubrimiento derive de la intervención de las comunicaciones; y (iv) que la limitación a los derechos fundamentales a la intimidad personal, a la seguridad jurídica y al secreto de las telecomunicaciones de las personas intervenidas sea temporal y no por tiempo indefinido”.

En suma, la orden judicial de destrucción de la información obtenida con la práctica de la intervención de las telecomunicaciones, de no presentarse el requerimiento fiscal en el plazo previsto en el art. 23 LEIT, solamente será viable cuando a partir de dicha intervención no se determine la comisión de otro u otros hechos delictivos de los previstos en el art. 5 LEIT, cuando no se hubiere podido individualizar al posible responsable de su comisión, cuando no existan posibilidades de hacerlo, e incluso cuando, estando individualizado, los resultados obtenidos no permitan su incriminación¹⁰⁹.

3. A) Como consecuencia de la asunción de todas las premisas antedichas, esta Sala: (i) entenderá que el examen de proporcionalidad por prohibición de exceso respecto del derecho a la prueba y el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal ya ha sido realizado hasta el escaño de necesidad, pues debido a que estos fueron el parámetro de control en la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada, y lo son en el presente caso, sería sobreabundante y reiterativo iniciarlo desde el primer escaño; y (ii) partirá de que la interpretación constitucionalmente aceptable del art. 23 LEIT es la que ya fue apuntada en la presente sentencia con base en los precedentes de este mismo Tribunal.

B) De modo que corresponde determinar si el art. 23 LEIT es desproporcionado en sentido estricto por brindar una satisfacción o beneficio bajo a la protección de la vida privada e intimidad personal y una afectación alta al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal. Así, la medida contenida en tal disposición (la fijación de un plazo de 6 meses para que proceda la destrucción de las grabaciones y transcripciones obtenidas con la intervención) debe ser ponderada.

Inicialmente, este Tribunal advierte que la ponderación realizada por el juez requirente solo ha tomado en cuenta uno de los elementos para una ponderación racional: el grado de afectación y de satisfacción de los derechos o principios vinculados al caso. Pero, según se ha dicho, al ponderar es necesario tomar en cuenta tres variables: (i) el grado de satisfacción del derecho o principio favorecido y/o el grado de afectación del que sufre la intervención —leve,

¹⁰⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada.

intermedio o intenso—; (ii) el peso abstracto del derecho o principio favorecido y el del intervenido —leve, intermedio o intenso—, y (iii) la certeza que se posee respecto de las premisas fácticas del caso concreto —no evidentemente falso, plausible o seguro—¹¹⁰. Por ello, esta Sala ponderará sobre la base de estos tres elementos, pues solo así se realizará un examen integral de la medida cuestionada, a fin de brindar una respuesta argumentalmente aceptable desde la lógica misma de las reglas de la ponderación y de su ley de colisión, adoptadas por esta Sala.

En primer orden, el grado de satisfacción de los derechos a la intimidad y privacidad no es, como sostuvo el juez requirente, bajo (es decir, leve). A criterio de esta Sala, se trata de un grado de satisfacción intermedio, dado que la eventual destrucción de la grabación y sus transcripciones garantiza tales derechos y el secreto de las telecomunicaciones, bajo el entendido que cualquier intervención en estas limita dichos derechos, ya sea simultánea o posterior al acto comunicativo. Sin esa medida (y sin la condición temporal para adoptarla), los datos derivados de la comunicación permanecerían siempre en manos del poder estatal y ello permitiría una situación en donde, irrespetando la reserva de lo que no esté vinculado con algún delito o una investigación penal, podrían difundirse mensajes protegidos por formar parte de lo íntimo o privado. En cambio, el grado de afectación al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal no es, como afirmó el juez requirente, alto (es decir, intenso), sino leve, porque según la interpretación conforme del art. 23 LEIT, el transcurso de los 6 meses que prevé tal precepto no significa por sí mismo que deba procederse a la destrucción de la grabación y sus transcripciones. Esta es solamente una condición necesaria, no suficiente, por lo que el juez debe analizar otros aspectos antes de ordenar dicha destrucción¹¹¹.

En segundo orden, el peso abstracto de los derechos a la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones es intermedio. Esto se infiere a partir de la protección que le confirió el constituyente al inicio del catálogo de derechos fundamentales (art. 2 inc. 2º Cn.) y a la luz de la circunstancia de que la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983 le dedicó un apartado propio en su informe único¹¹². Por su lado, el peso abstracto del derecho a la prueba y el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal es también intermedio. Esto es así porque la investigación del delito es un deber estatal que garantiza el disfrute de los derechos fundamentales¹¹³. Además, dado que el catálogo de delitos

¹¹⁰ Sentencia de controversia 8-2020, ya citada.

¹¹¹ Hay que recordar que en la sentencia de inconstitucionalidad 5-2018, ya citada, se sostuvo que el juez autorizante debe incorporar en su análisis otros aspectos, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad: (i) que la intervención de las telecomunicaciones arrojen indicios razonables sobre la existencia de otros hechos delictivos de los enumerados en el art. 5 LEIT; (ii) que dicha intervención sea un medio idóneo para determinar la autoría o participación en tales hechos; (iii) las dificultades probatorias que, en principio, podrían representar los hechos delictivos cuyo descubrimiento derive de la intervención de las comunicaciones, y (iv) que la limitación a los derechos fundamentales a la intimidad personal, a la seguridad jurídica y al secreto de las telecomunicaciones de las personas intervenidas sea temporal y no por tiempo indefinido.

¹¹² Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, título II, capítulo I.

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, ya citado, párrafo 287; y caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, ya citado, párrafo 143.

a los que resulta aplicable la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones (art. 5) recoge formas de criminalidad comúnmente ligadas al crimen organizado y a los delitos de realización compleja, el deber genérico antedicho adquiere connotaciones especiales¹¹⁴.

Y, en tercer orden, la certeza de las premisas fácticas tiene un nivel de lo plausible respecto de la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones: la destrucción de las grabaciones y transcripciones provenientes de una intervención en las telecomunicaciones no siempre tutelaré la intimidad y la privacidad (pues la información ajena al delito puede haberse difundido antes de ellas), pero razonablemente puede esperarse que lo haga en un conjunto considerable de casos. En cambio, respecto del derecho a la prueba y la eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal, dicha certeza es la del nivel de lo no evidentemente falso, pues el resultado de los procesos e investigaciones penales no es enteramente dependiente (de modo indefectible) de dichas grabaciones y transcripciones, pues para ser eficientes y eficaces se sujetan a otro conjunto de factores probatorios (otros medios o fuentes de prueba u otros resultados probatorios), procesales (por ejemplo, términos de prescripción de la acción penal) y de otra naturaleza.

C) En conclusión, la medida del art. 23 LEIT ofrece un grado de satisfacción intermedio a los derechos a la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones y un grado de afectación leve al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal; el peso abstracto de todos los derechos y principios involucrados en este caso es intermedio; y la certeza de las premisas fácticas es del nivel de lo plausible respecto de la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones, mientras que respecto del derecho a la prueba y el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal es la del nivel de lo no evidentemente falso. En consecuencia, la medida se decanta ponderativamente en favor de su constitucionalidad, *por lo que deberá declararse que no existe la inconstitucionalidad aducida por el juez requirente en su decisión de inaplicabilidad*.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 183 de la Constitución y 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA**:

1. *Declarase*, de un modo general y obligatorio, que en el artículo 23 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, *no existe la inconstitucionalidad aducida en la decisión de inaplicabilidad*, por la supuesta violación del artículo 246 de la Constitución en relación con los artículos 12 y 193 ordinales 3° y 4° de la Constitución. La razón es que, una

¹¹⁴ Por ejemplo, en la sentencia de inconstitucionalidad 22-2007 AC, ya citada, se calificó a las pandillas como grupos terroristas. Concretamente, este Tribunal sostuvo que “son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado [...], atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de ‘terroristas’, en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole”.

vez efectuado un examen de proporcionalidad en sentido estricto, la medida contenida en tal disposición se decanta ponderativamente en favor de su constitucionalidad, dado que ofrece un grado de satisfacción intermedio a los derechos a la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones y un grado de afectación leve al derecho a la prueba y al principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal; el peso abstracto de todos los derechos y principios involucrados en este caso es intermedio; y la certeza de las premisas fácticas es, respecto de la intimidad, privacidad y secreto de las telecomunicaciones, la del nivel de lo plausible, mientras que respecto del derecho a la prueba y el principio de eficacia de la investigación penal y promoción de la acción penal es la del nivel de lo no evidentemente falso.

2. *Notifíquese* la presente sentencia a todos los intervinientes del proceso.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del mismo.

PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LOS SUSCRIBEN