

59-2003

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las diez horas del día doce de julio de dos mil cinco.

El presente proceso constitucional ha sido promovido por el ciudadano Enrique Alberto Portillo Peña, abogado, de este domicilio, y de nacionalidad salvadoreña; a fin que este tribunal declare inconstitucional, por vicio en su contenido, el *art. 26 inc. 2º, parte final, de la Ley del Fondo de Conservación Vial (LEYFOVIAL)*, emitida por D. L. nº 208, de 30-XI-2000, publicada en el D. O. nº 237, tomo 349 correspondiente al 18-XII-2000 y reformada mediante D. L. nº 597, de 31-X-2001, publicado en el D. O. nº 212, tomo 353 correspondiente al 9-XI-2001.

Dicho precepto reformado, literalmente prescribe:

"Art. 26. Establécese la contribución de conservación vial. En consecuencia constituye hecho generador de la citada contribución la venta o cualquier forma de transferencia de propiedad de diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes que realicen importadores o refinadores. En los casos de personas naturales o jurídicas que importen directamente dichos productos para su propio consumo, la contribución generará en el momento que dichos productos ingresen al país. --- El valor de la contribución de conservación vial será de veinte centavos de dólar americano (US \$ 0.20) por galón de diesel, gasolinas o mezclas con otros carburantes, el cual será aplicable a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto. Se exceptúa en esta disposición la gasolina de aviación y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses. --- La contribución de conservación vial deberá ser retenida por el importador o refinador, al momento de la venta o transferencia de combustibles en el mercado local. --- Dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes, los importadores o refinadores locales deberán enterar al Fondo General de Estado las contribuciones acumuladas en el mes anterior, asimismo, dentro del mes siguiente al período de recaudación, deberán informar por escrito al FOVIAL sobre las cantidades enteradas, anexando una declaración jurada del volumen facturado y/o transferido. --- El agente retenedor que no entere la contribución recaudada dentro del plazo indicado, pagará un interés por extemporaneidad, calculados con la tasa activa promedio de interés anual sobre créditos publicada por el Banco Central de Reserva de El Salvador, más cuatro puntos porcentuales, en el período en que no se enteró la contribución. En caso de que el agente retenedor persista en no enterar la contribución. El FOVIAL dará curso a las acciones legales pertinentes".

Han intervenido en el proceso, además del demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos; y considerando:

I. En el proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. A. El peticionario funda su pretensión en la supuesta violación a la Constitución, contenida en la citada disposición, por exceptuarse en la contribución de conservación vial, la gasolina de avión y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses; disposición en la cual –arguye– existe violación al principio de igualdad, contenido en el art. 3 Cn., al existir actividades semejantes en condiciones similares que no fueron tomadas en cuenta, vale decir, las *actividades de pesca*, puesto que los vehículos que han transportado la gasolina –para las embarcaciones– ya han cancelado su contribución de veinte centavos de dólar por cada galón adquirido; vulnerándose así el principio de igualdad en cuanto a los propietarios de las embarcaciones para fines pesqueros al tener que cancelar éstos dicha contribución cuando no la utilizarán en la red vial, pero si ya lo han hecho cuando adquieren el combustible en el vehículo que la ha de transportar, es decir existe un pago doble por una sola utilidad.

Señala también que, en los Considerandos de la ley, la Asamblea Legislativa dejó constancia que el objetivo era mantener el vital recurso de la red vial nacional, por lo que queda claramente definido que el objetivo de los recursos a obtenerse por medio de la ley era para el beneficio de la red vial nacional; siendo así que la gasolina de avión no salía gravada porque su consumo mayor lo hace fuera de la red vial nacional, corriendo la misma suerte, como lógica consecuencia, el combustible utilizado para la operación de barcos industriales de pesca que también se consume fuera totalmente de la red vial.

Finalmente el demandante argumentó que del contenido del art. 164 Cn. se extrae que la nulidad es el efecto que produce la contravención de las facultades constitucionales por parte de los funcionarios del Ejecutivo. En otras palabras, si la nulidad es el producto de los actos realizados al margen de la Constitución por los funcionarios del órgano ejecutivo, esta nulidad se debe a la contradicción con la Ley Suprema, y no al carácter especial o condición diferente de los funcionarios de dicho órgano, pues según la intención del constituyente, los órganos de gobierno son iguales en el ejercicio del poder; de ahí que se confirme que la inconstitucionalidad planteada en esta demanda sea una ley que se encuentra afectada por nulidad, lo cual, a tenor del art. 1557 C. C., produce un efecto reparador en el tiempo, es decir, que vuelven las cosas al estado o situación en que se encontraban antes de la existencia del acto nulo, considerando también necesario que al admitir la presente impugnación, se debe declarar ha lugar la suspensión del acto legislativo impugnado, debiendo quedar, además, expedito el derecho a la devolución de lo pagado injustamente para los afectados y a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por la aplicación de esta ley.

B. a. En el examen liminar –tanto de forma como de contenido– realizado por esta Sala, se delimitó la pretensión planteada por el pretensor en el sentido que la supuesta violación al principio de igualdad –art. 3 Cn.– realiza una omisión en las exenciones al impuesto establecido en la disposición impugnada, de los propietarios de las embarcaciones pesqueras, lo que genera una *desigualdad por diferenciación*, en relación con las actividades exentas del impuesto; siendo que ambos no utilizan la red vial, es decir, son

circunstancias similares que no deben ser diferenciadas, pues las exenciones al impuesto contenido en la disposición impugnada opera como una actividad –aviación–, y no opera sobre otra que es similar –pesca–.

b. Con relación a la tesis de nulidad, sus posibles efectos y la medida cautelar que pide se adopte al estimarse la pretensión –señalados en el párrafo final de la letra anterior– esta Sala precisó brevemente que la nulidad se postula como el régimen de inexistencia exigido por una disposición imperativa o prohibitiva, en interés de salvaguardar los valores o principios que consagra, de modo que elimina el valor o efecto jurídico de un acto por haberse realizado en contravención a esa disposición, denotando su eficacia normativa que pretende hacer valer ante actos contrarios a ella. En tal sentido, se puede decir que la nulidad se refiere a la *exigencia de inexistencia*, razón por la cual tiene efectos retroactivos, pues el acto nunca existió y debe eliminarse *ab initio* las consecuencias o efectos que generó, es decir, pretende la desaparición de las consecuencias jurídicas *ex tunc*, desde el momento que se produjeron.

Con respecto a este tipo de consecuencias, el tribunal consideró necesario clarificar las cualidades del control de constitucionalidad y el tipo de pronunciamiento que esta Sala realiza en el proceso de inconstitucionalidad. En cuanto a la competencia que la Constitución confiere a esta Sala, se dijo que ella implica realizar un control abstracto de la constitucionalidad de disposiciones infraconstitucionales, mediante un juicio de contraste sobre la compatibilidad jurídica entre una disposición y la Ley Suprema, que se desarrolla dinámicamente al interior de un proceso jurisdiccional, destinado a decidir sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada por un ciudadano o por ciertos funcionarios, para emitir consecuentemente –en caso de ser estimada– un pronunciamiento de invalidación de un modo general y obligatorio, de las disposiciones que resulten incompatibles con la Ley Suprema.

La inconstitucionalidad por tanto, se refiere a la exigencia de invalidez de los actos normativos que se realicen en contradicción con la Constitución y el tipo de pronunciamiento que realiza en el proceso de inconstitucionalidad es en esencia un pronunciamiento estrictamente objetivo sobre la conformidad constitucional de las disposiciones infraconstitucionales, con efectos *ex nunc*, es decir, que surte efecto desde el momento que se produce la declaración, no un pronunciamiento con efectos hacia el pasado.

Por las razones apuntadas, esta Sala dijo que no puede pronunciarse sobre la nulidad de los actos normativos que son objeto de impugnación, pues ello le conduciría a emitir pronunciamientos con efectos retroactivos, es decir, que conlleve a la eliminación de todos los efectos derivados del acto normativo declarado nulo; lo que resulta incompatible con la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, pues el resultado estimatorio de una sentencia, dictada en un proceso de contraste normativo, se circunscribe a la constatación de la desconformidad de la disposición impugnada con la Ley y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico desde tal declaratoria.

c. En relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, esta Sala se pronunció haciendo referencia al precedente de la Inc. 4-

2003, de 16-IX-2003, en el sentido que ellas implican la idea de prevención, pues con su imposición se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria; es decir, pretende asegurar el cumplimiento de la decisión de fondo. Teniendo en cuenta lo expuesto –se dijo–, las medidas cautelares son las herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento.

Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado con rasgos definitorios de las medidas cautelares los siguiente caracteres: (i) *instrumentalidad*; es decir, las medidas cautelares están predeterminadas, en general, al aseguramiento de una decisión definitiva, es decir, debe atender a la eficacia práctica de la resolución definitiva que pretende asegurar; (ii) *provisionalidad*, pues sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse en definitivas, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que dicte la resolución sobre el fondo del asunto o desaparezcan las razones que la motivaron; (iii) *urgencia*, pues no basta para su pronunciamiento la idea de peligro, sino que precisa que exista en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad; (iv) *alterabilidad*, es decir, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "*rebuc sic stantibus*", esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó –aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo o disminución del *fumus boni iuris*–; y (v) *no surten efectos de cosa juzgada*; su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y especial provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada.

En ese orden de ideas, se dijo que en toda clase de procesos, las medidas cautelares deben corresponder a los efectos que se pretende garantizar y que eventualmente han de concurrir mediante la sentencia que corresponda. Particularmente en el proceso de inconstitucionalidad, una sentencia estimatoria implica una incidencia directa respecto de la validez constitucional de la disposición, y al mismo tiempo una proyección sobre la vigencia de la misma, en cuanto que el eventual pronunciamiento definitivo de la Sala versa específicamente sobre la constitucionalidad de su forma o contenido –*incidencia directa sobre la validez*–, encontrando materialización, caso de ser estimativa, en la expulsión de la disposición objeto de control fuera del ordenamiento jurídico –*proyección sobre la vigencia*–; y teniendo en cuenta que la verdadera eficacia de la sentencia de inconstitucionalidad se manifiesta en la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico la disposición declarada inconstitucionalidad, la adopción de medidas cautelares debe estar orientada a dotar de eficacia la sentencia respectiva.

Por lo tanto, lo que debe asegurarse mediante la medida cautelar es la posibilidad que la sentencia encuentre eficacia práctica en la realidad, encontrando, caso de ser estimativa, la posibilidad de ser actuada materialmente. En tal sentido, se afirmó que los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, consisten en la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus boni iuris*– y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia –*periculum in mora*–.

Por ello, solamente procede la adopción de la respectiva medida cautelar en un determinado proceso cuando concurren ambos presupuestos, situación que en el proceso de inconstitucionalidad se traduce en el planteamiento, por parte del demandante, de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para generar la apreciación que este tribunal se encuentra ante la probable existencia de una norma constitucional violada, y que tal apreciación se vea acompañada de la posibilidad que la sentencia, en el eventual caso de ser estimatoria, viera frustrada su incidencia en la realidad, como por ejemplo cuando el objeto de control del proceso lo constituyen las normas de carácter transitorio o de vigencia limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el transcurso del proceso, haciendo nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva.

Lo expresado en los párrafos precedentes, en relación con el objeto de control en el presente proceso, se traduce –como se dijo– en la improcedencia de la adopción de la medida cautelar solicitada por el demandante, pues por un lado no ha expuesto motivos suficientes para sustentar su solicitud, ni el objeto de control conlleva la posibilidad que los efectos de una eventual sentencia estimatoria pudieren verse frustrados; por cuanto la expectativa de duración de la disposición impugnada –de naturaleza indefinida– no evidencia la posibilidad que el eventual pronunciamiento definitivo sobre el ámbito de validez del objeto de control no surta efectos materiales sobre la vigencia del mismo, cuestión que lleva a la conclusión que uno de los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas cautelares –como lo es el *periculum in mora*– no concurre en el presente caso, situación que ha de generar que sea declarada sin lugar la solicitud de suspensión de la aplicación y vigencia de la disposición impugnada. Además, ya en Sentencia de 13-XI-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 41-2000, esta Sala ha afirmado que la posibilidad de adoptar una medida cautelar de tal naturaleza actualmente no está contemplada en el sistema jurídico salvadoreño; y en el presente caso este tribunal no considera necesario establecer por jurisprudencia la adopción de la misma.

Por todo lo expuesto, se declaró improcedente la pretensión contenida en la demanda en relación con la inconstitucionalidad del art. 26 inc. 2º, parte final, de la LEYFOVIAL, por la supuesta violación al art. 164 Cn.; y se declaró no ha lugar la solicitud de la medida cautelar de suspender la vigencia y aplicación de la disposición impugnada, puesto que no se ha verificado el presupuesto de *periculum in mora* en el presente caso, y no se considera necesario establecer por jurisprudencia la adopción de la medida cautelar en comento, admitiéndose la demanda de inconstitucionalidad por la supuesta violación al principio de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn.

2. La Asamblea Legislativa, por medio de la Secretaria de la Junta Directiva, Diputada Marta Lilian Coto vda. de Cuellar, señaló que con la emisión de la LEYFOVIAL se busca el mejoramiento, desarrollo, financiamiento y gestión de la Red Vial Nacional, puesto que el buen estado de las carreteras es un pilar fundamental para el desarrollo de la economía del país; así lo reflejarían los Considerandos de dicha ley, al establecer: "Que para los usuarios, así como para la economía de la nación, una red vial nacional en buen estado representa sustanciales beneficios en términos de ahorro en consumo de combustible, repuestos, reparaciones de vehículos, disminución de accidentes y optimización en el uso de los recursos públicos; por lo que constituye un factor

determinante en la competitividad y productividad de la industria, comercio, agricultura, turismo y demás sectores productivos de la sociedad".

Con tal propósito –dijo– se estableció la contribución de conservación vial, constituyendo hecho generador de la citada contribución, la venta o cualquier forma de transferencia de propiedad de diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes que realicen importadores o refinadores. Asimismo, se dispuso que el valor de dicha contribución sería de veinte centavos de dólar por cada galón de diesel, gasolinas o sus mezclas con otros carburantes, y que estarían obligados al pago de la misma, todos aquellos involucrados al momento de verificarse la transferencia de propiedad de los combustibles mencionados.

En ese sentido, siendo el objeto de la ley y el establecimiento de la respectiva contribución, el mejoramiento de las carreteras nacionales, es de esperar que quienes resulten conminados al pago, serán únicamente los usuarios de la Red Vial Nacional. De otra forma, derivaría en arbitrariedad el hecho que se obligara al pago a sectores o personas que no hagan uso de los recursos que se busca mejorar, mantener y desarrollar. Es lógico que los destinatarios de la obligación sean aquellos que se benefician en el sistema de carreteras nacionales.

Tal apreciación llevó –afirmó– a que esta introdujera un cambio en la ley respectiva, puesto que, tal como estaba definida anteriormente la contribución, no se garantizaba el cumplimiento de las finalidades que se perseguían con la emisión de la ley. Entre los cambios que se implementaron está la exención de la gasolina de aviación, que se considera oportuno y que en ningún momento infringe la Constitución.

En dicho informe, además, se trajo a cuento la jurisprudencia de esta Sala en la que se ha recalcado que el trato desigual es contrario a la Ley Suprema cuando dicho trato diferenciado carece de razón suficiente que justifique el trato desigual. Lo anterior significa que el legislador puede hacer diferencias en el trato a los particulares cuando encuentre motivos suficientes.

En el caso particular del inc. 2º, parte final, del art. 26 de la LEYFOVIAL, se exceptúa del pago de la contribución a la gasolina de aviación, por ser un sector que no utiliza la red vial nacional, es un combustible que se utiliza exclusivamente para la realización de los vuelos, lo que no justifica que ese tipo de combustible estén exentos del pago de contribución alguna que tenga como objetivo mantener y mejorar una infraestructura de la cual no hace uso; por lo cual, al estar exenta la gasolina de aviación por los motivos antes consignados –dijo–, la Asamblea no ha incurrido en violación del principio de igualdad tutelado por nuestra Constitución. En consecuencia solicitó que en sentencia definitiva se declare que no existe la inconstitucionalidad alegada por el demandante.

3. El Fiscal General de la República, lic. Belisario Amadeo Artiga Artiga, funda su informe en los siguientes aspectos:

A. Señala que reiterada jurisprudencia de esta Sala sostiene que el principio de igualdad puede ser considerado no sólo como tal, sino también como un valor jurídico inherente a la condición democrática del Estado de Derecho, es decir, la igualdad constitucional recibe una consideración de programa a desarrollar por parte de los poderes públicos.

Este principio –agrega–, no constituye solamente una norma programática. Supone también una verdadera sujeción para todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, como una "garantía de legalidad" y de "imperativo de justicia", según ha expuesto la doctrina. En efecto, el art. 3 Cn. es un criterio informador no sólo de nuestro sistema constitucional, sino del entero ordenamiento jurídico del Estado: tiene que existir respeto a este principio en las actividades de aplicación, creación y ejecución del Derecho, para que se convierta en una verdadera pauta de limitación de la actividad de los poderes públicos.

Por tanto –dijo–, el principio de igualdad es aquél que hace que los poderes, en sus actividades, den a todas las personas, en condiciones similares, un trato equivalente; sin embargo, también posibilita que se dé, de forma liberada y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados, bajo criterios justificables a la luz de la misma Constitución.

Y es que –agrega–, aunque sea el principio de igualdad aplicable para el goce de los demás derechos constitucionales, perfectamente el legislador puede hacer diferenciaciones, pero basadas en criterios razonables que justifiquen el trato desigual; pues el art. 3 Cn. contempla tanto un mandato de igualdad en la aplicación de la ley –por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas–, como un mandato en la formulación de la "ley" –mandato al legislador y demás entes con potestades normativas–.

Señala además el mencionado funcionario, que el principio de igualdad de todo ciudadano abarca un mandato a las autoridades jurisdiccionales y administrativas – "igualdad en la aplicación de la ley"–, cuyo sentido se puede descubrir de la siguiente manera: "las leyes deben ser aplicadas sin tomar en cuenta la persona"; es decir, la igualdad en la aplicación del Derecho, exige que toda disposición jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho, es decir, que las disposiciones jurídicas deben ser obedecidas por todos y no pueden ser aplicadas arbitrariamente.

Asimismo señala el Fiscal General de la República que la jurisprudencia constitucional emitida por ese tribunal ha establecido que dicho mandato exige que los "supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas"; de tal manera que el órgano jurisdiccional o administrativo no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones o resoluciones, salvo cuando la modificación de sus precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada.

En consecuencia –afirma–, las decisiones y resoluciones deben ser las mismas, al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un

mismo precepto se aplique en casos iguales con evidente desigualdad, esto es, sin la debida fundamentación y motivación.

Así –agrega–, el mandato en la ley o en la formulación de la ley (entendida ésta en sentido formal y material), no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas. Si es claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación –comúnmente denominado *tertium comparationis*–, el cual no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparen, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien elige el criterio de valoración.

Este término de comparación –señala–, además debe ser propuesto por el actor del proceso de inconstitucionalidad para que su pretensión sea satisfecha estimativamente, de tal suerte que indique dentro del mismo los argumentos que permitan constatar que ante situaciones de hechos iguales le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación razonable, es decir, debe señalar por qué o de qué se discrimina. Todo lo anterior implica que el mandato al legislador y demás entes con potestades normativas en nuestro país, está orientado a sujetar sus formulaciones a criterios razonable cuando estimen necesario hacer una diferenciación, pues aunque la idea general está encaminada al tratamiento equivalente en situaciones análogas, no es posible encontrar siempre este supuesto en todos los ámbitos de la realidad normada o no resulta muchas veces querido por quien decide con criterios de valoración.

En efecto –señala–, como la mayoría de derechos y principios constitucionales, el de igualdad no es absoluto, sino que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Lo que si está rotundamente prohibido, desde el punto de vista constitucional, es el tratamiento desigual carente de razón suficiente: la diferenciación arbitraria.

En razón de lo anterior, señala el Fiscal General de la República, licenciado Artiga Artiga, que el legislador puede hacer diferenciaciones, pero basadas en criterios razonables que justifiquen el trato desigual, pues el art. 3 Cn. contempla un mandato de igualdad en la aplicación de la ley por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas, un mandato en la formulación de la ley; mandato que es para el legislador como para los demás entes con potestades normativas, por lo cual *pide a esta Sala, se declare inconstitucional* el inc. 2º, parte final, del art. 26 reformado de la LEYFOVIAL, por ser contrario al principio de igualdad establecido en el art. 3 Cn., por no existir la suficiente base material para hacer un trato diferenciado en la aplicación del impuesto por el uso de la gasolina de avión y el uso de la gasolina de barcos de pesca, lo cual origina una desigualdad en la aplicación de la ley, puesto que constituye un trato diferenciado sin una justificación jurídica material.

II. Expuesto el contenido básico de la demanda, orientado a evidenciar desde el particular punto de vista del actor la supuestas inconstitucionalidad de la disposición impugnada, así como el informe de la autoridad emisora de la norma –Asamblea

Legislativa– y la opinión vertida por el Fiscal General de la República; corresponde ahora identificar los argumentos de inconstitucionalidad sobre los que habrá de decidirse en esta sentencia, así como el orden lógico que llevará la misma.

La decisión estará estructurada con el *iter lógico* siguiente: En primer lugar, es preciso señalar que esta Sala delimitó en el examen liminar la pretensión invocada, circunscribiendo la admisión únicamente a la violación al derecho de igualdad por la supuesta omisión en las exenciones al impuesto establecido en la disposición impugnada, de los propietarios de las embarcaciones pesqueras, lo que genera –como se dijo arriba– una *desigualdad por diferenciación*, en relación con las actividades exentas del impuesto, para lo cual se realizarán consideraciones en torno a la inconstitucionalidad por omisión (III 1); luego se esbozará lo referente a la exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio (III 2); posteriormente lo referente al derecho de igualdad "en la ley" (III 3) y lo relativo a la razonabilidad y proporcionalidad (III 4); luego habrá de exponerse el análisis jurisdiccional concerniente a los puntos medulares de la pretensión y su delimitación liminar, en donde se realizará el estudio y confrontación ínter normativa entre el parámetro de control – Constitución– y el objeto de control constitucional –LEYFOVIAL– (IV); para, finalmente, pronunciarse en el fallo sobre la sentencia que corresponda y particularmente los efectos que trae consigo.

III. 1. Como se ha afirmado, previo al análisis del objeto de control de constitucionalidad, es preciso hacer ciertas consideraciones referente a la inconstitucionalidad por omisión y su importancia en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Para el caso, Fernández Rodríguez –en *La inconstitucionalidad por omisión*– nos recuerda la necesidad de mantener, en principio, el carácter abierto de las normas constitucionales, que puede ser concretado en un momento histórico y aceptado por tendencias ideológicas de distinto signo, y la imposibilidad de regulaciones exhaustivas que agoten todas las materias. Lo que trae como resultado la existencia en la Constitución de auténticos encargos al legislador, unos encargos que se traducen en una concreta obligación de actuar que pesa sobre el legislador ordinario, la cual es distinta de la genérica obligación de legislar.

Esta obligación de desarrollo y complemento posterior que recae sobre el legislador ordinario viene caracterizada por tres notas: el legislador no es libre en cuanto al *si emite* o no la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente; el *cómo* de esta regulación debe discurrir, claro está, por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y sus fines; mientras que el *cuándo* de tal normativa está, en principio, sometido a la libertad del legislador, aunque este no puede dilatar de tal manera su actuación, que suponga un fraude al concreto precepto constitucional.

Las normas de la Ley Suprema que contienen tales encargos no son meros principios programáticos sino que son verdaderas normas jurídicas, cuya naturaleza se identifica, entre otros rasgos, por la eficacia limitada que poseen por sí solas. *De esta forma, un incumplimiento de la obligación de legislar que contienen estas normas constitucionales provoca una ineficacia de semejantes preceptos de la Ley Fundamental, que, con el paso del tiempo, deviene inconstitucional.*

Si bien el principio de libertad de configuración del legislador, no sólo es admisible sino justificable en un sistema democrático, tampoco debe concebirse con unos rasgos absolutos, como una autorización al legislador para que actúe a su antojo; antes bien, debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la Constitución y su carácter supremo, que exige llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional.

También puede darse una vulneración de la Ley Suprema por inacción del Legislativo, a pesar de las dificultades y las connotaciones políticas que dicho proceder puede generar. El tratamiento tiene que ser serio y riguroso, basado en la razón de la técnica jurídica, para que, de esta forma, se pueda resolver adecuadamente los nuevos retos que plantea una sociedad que debe ser cada vez más sensible a la efectiva vigencia de la Constitución y más respetuosa de los derechos fundamentales.

Y es que, se vulneran los derechos fundamentales no sólo cuando la inactividad atenta contra el contenido esencial, cuando se trate de derechos de naturaleza prestacional que demanden una acción positiva y directa de los poderes públicos, sino también los derechos de libertad cuando, en función de las circunstancias económicas, culturales o sociales, dicha intervención se haga necesaria para posibilitar su ejercicio efectivo.

Por lo tanto, no se restringe únicamente a la conservación del contenido esencial sino la preservación de la efectividad global del derecho, siendo elogiable que por fin se estén dando las pertinentes consecuencias técnico-jurídicas a la actualmente más que asentada idea de que los derechos fundamentales han sobrepasado la tradicional dimensión subjetiva.

Otro sector de la doctrina señala que el juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en el que debería ser elaborada la ley, pues ninguna omisión puede describirse en abstracto, sino sólo en concreto, esto es, acotada entre determinados hechos, con lo que ello supone que la ausencia de norma legal no pueda separarse de un determinado tiempo histórico, que dependerá de la necesidad de la elaboración de la norma.

Para Gomes Canotilho, la omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos, la que tiene inexorablemente, dos elementos: (i) el concepto de omisión legislativa no es de modo alguno reconducible a un simple "no hacer"; en sentido jurídico-constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado; esta se debe vincular con una exigencia constitucional de acción, no bastando con un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional; (ii) en razón que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstracta.

Asimismo, señala, *el criterio decisivo para la determinación de la inconstitucionalidad por omisión no es de los plazos o límites temporales –ni siquiera*

aunque estuviesen estipulados por el constituyente—, sino de la importancia e indispensabilidad de la medición legislativa por el cumplimiento y exigibilidad de la norma constitucional.

Finalmente, para Fernández Segado el elemento decisivo debe ser la trascendencia de la mediación legislativa, no tanto por sí solo, sino en conexión con el elemento temporal; así entendido, habrá de ser el parámetro decisivo para precisar la razonabilidad del período de tiempo por el que se prolonga la inacción del legislador.

2. Corresponde ahora a analizar el contenido del art. 3 —principalmente el inc. 1º— de la Constitución, el cual ha permitido que esta Sala, en su jurisprudencia haya establecido diversas interpretaciones constitucionales en torno a él.

Así, en la Sentencia de 20-XI-2003, pronunciada en el proceso de Amp. 681-2001, se dijo categóricamente que el derecho de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn., tiene como fundamento de su existencia, la eliminación de todo tipo de diferencias entre las personas, para el goce de los derechos, por razones de nacionalidad, raza, sexo o religión. Tal disposición constitucional establece una enumeración de posibles causas de diferenciación que indistintamente pudieran establecerse tanto en la formulación como en la aplicación de las leyes; o, dicho de otra forma, contiene aquellas causas bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad.

A lo dicho cabe agregar que, en la Constitución, el derecho de igualdad busca siempre equiparación, aunque la diferenciación es válida siempre que esté basada en parámetros razonables. Dicho mandato vincula tanto al legislador —en su calidad de creador de la ley—, como al operador jurídico encargado de aplicarla, vale decir, que *tanto el legislador como el operador son verdaderos aplicadores del principio de igualdad, con los matices que corresponden a la función que respectivamente realizan.*

Ahora bien, siendo el legislador quien establece hasta qué punto las diferencias reales deben ser consideradas susceptibles o no de un tratamiento igual, una formulación de la ley que implique un tratamiento desigual solamente va a estar justificada por la existencia de una razón deducida precisamente de la realidad, es decir, de las mismas diferencias fácticas que colocan a un sujeto fuera del rango de homogeneidad que puede ser susceptible de igual tratamiento.

De tal suerte, llevada a la concreción de la realidad el derecho de igualdad en la aplicación de la norma, un juez no debe en modo aplicar una disposición que se base en diferenciaciones que alteren la Constitución, y además debe proporcionar a las partes en el proceso jurisdiccional posibilidades u oportunidades para el sólo efecto de que arguyan tanto pretensión como resistencia respetando el principio de contradicción.

Siguiendo con el argumento, en la Sentencia de 8-IV-2003, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2002, se afirmó en lo relativo a la *estructura de la igualdad* que "en ocasiones la igualdad aparece como exigencia de equiparación; de manera que se da un trato igual a circunstancias o situaciones no idénticas que, sin embargo, se estima deben

considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disposición.

En esta esfera, se dijo, *lo que importa al llevar a cabo cualquier juicio de equiparación es establecer el criterio de relevancia a tenor del cual se van a considerar los datos como esenciales o irrelevantes para predicar la igualdad entre situaciones o personas distintas. Y es que, se trata de no equiparar arbitrariamente aquellas situaciones o personas entre las que se den diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer desigualdades entre aquéllas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes*. Por otra parte, y aunque parezca paradójico, la igualdad puede traducirse en la exigencia de diferenciación; es decir, en el trato diferenciado de circunstancias o situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una regulación jurídica distinta. Esta exigencia de diferenciación entraña el no considerar la igualdad en sentido estático, sino dinámico. En ese sentido, en cualquier sector de la realidad que deba ser regulado normativamente, coexisten una serie de igualdades y desigualdades que no pueden ser eludidas. Es más, si no se tienen presentes esas condiciones estructurales de la realidad, la igualdad se tornaría en una noción vacía".

En el mismo sentido, en la Sentencia de 14-XII-95, pronunciada en el proceso de Inc. 17-1995, se concretó los alcances del principio de igualdad en la formulación de la ley, sosteniéndose que la fórmula constitucional del art. 3 "contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley –por parte de las autoridades administrativas y judiciales– como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador (...). En el caso de la igualdad en la formulación de la ley, no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas (...). Si es claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquella ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación –comúnmente denominado *tertium comparationis*–; el cual no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración".

3. A. Ya en relación con la igualdad "en la ley", el autor Fernández Rodríguez considera que debemos partir del supuesto que una ley, al regular unos supuestos determinados, omite otros que deberían ser objeto de regulación por su analogía con los anteriores. En torno a ello, también Ahumada Ruíz es categórico en señalar que *el principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamientos esté justificada y sea razonable*. Así, para Agro, la igualdad, no representa un fin en sí y por sí, sino un límite que impone que las leyes persigan finalidades constitucionales para que sean razonables las diferencias que introducen.

Recuérdese que el término de comparación dejó de ser las personas, para ser también los objetos. Ilustrativa resulta la Sentencia 25/66 de la Corte Costituzionale Italiana, donde se dijo: "algunas de las discriminaciones explícitamente prohibidas por el art. 3 de la Constitución Italiana sólo pueden ser consideradas con referencia a las personas físicas, pero eso no comporta que el principio resulte inoperante cuando venga a considerar

sujetos distintos de los hombres", con ello evidentemente, el principio va a ser aplicable a un número cada vez mayor de relaciones jurídicas". En la misma sentencia la Corte afirmó: "la igualdad es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva; a través de él se impide que la ley pueda ser un medio que, directa o indirectamente, de vida a una no justificada desigualdad de trato".

Asimismo, Rubio Llorente afirma que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, cuya existencia puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de la comparación" entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles.

Siguiendo al jurista italiano Cerri, "el principio de igualdad no pretende sustituir las distintas ideologías que legítimamente coexisten en una democracia por una única racionalidad. Lo que exige es que exista una adecuada ponderación en la labor legislativa; de ese modo constituye un freno eficaz y oportuno a las desatenciones, a la falta de consideración de otra parte del sistema normativo, siempre más frecuente en una época en la que la demanda de disciplina jurídica es extremadamente grande y la legislación caótica, escasamente elaborada, a veces arbitraria; en una palabra, corrige las deformaciones producidas por la falta de adecuación de las legislaciones a las nuevas situaciones sociales".

En el mismo sentido, Suay Rincón afirma que la finalidad perseguida por la norma es la que servirá de parámetro para determinar si la desigualdad de trato está justificada o no. Si del análisis resultara que la desigualdad de trato estuviere justificada, se entenderá que es "objetiva y razonable" y no violará el principio de igualdad. En algunos casos no basta con que la desigualdad de trato sea objetiva y razonable, además tendrá que ser 'proporcional', esto es, que la norma impugnada no sólo debe estar justificada por el fin que persigue, sino que también tiene que ser el medio adecuado para la realización del fin que se propone".

B. De hecho, cuando una cuestión es examinada por supuesta violación al principio de igualdad, se consideran los fines perseguidos y las normas dictadas, los motivos considerados para diferenciar, el ámbito de diferenciación, y la regulación en que ello se traduce, y se exige que cada diferenciación se deba a un motivo real, no común a otros supuestos que se regulan de distintas maneras y que haya congruencia entre motivos y normas; en suma, que cada diferenciación se deba a criterios de racionalidad, objetividad, lógica, proporcionalidad, etc.

Continúa afirmando Suay Rincón que la labor realizada por la jurisprudencia constitucional no se limita a una mera comparación entre las normas impugnadas y el principio de igualdad, sino que define los términos de comparación respecto de los cuales se va a contrastar si la parificación o la diversidad realizadas por la norma son acordes o no con el principio de igualdad.

La determinación del punto de vista, señala Rubio Llorente, del comúnmente llamado *tertium comparationis*, es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga y sólo por referencia al *tertium comparationis* tiene sentido cualquier juicio de igualdad. Por tanto, señala el mismo autor, debe haber un criterio de igualdad. El primero y más evidente es, el de cual sea el *tertium comparationis* al que el juez ha de acudir para, en contraste con el del legislador, aceptar o rechazar al que éste incorporó a la norma.

La Constitución no ofrece otro apoyo que el de la simple consagración del principio de igualdad, pero éste no impide en modo alguno el tratamiento diferente de situaciones diferenciadas, no en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de las diferencias establecidas por el legislador o, lo que es lo mismo, sobre la validez constitucional de la norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece. La aplicación del principio general de la igualdad ha llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas que remiten, fuera de la Constitución, a un juicio de la razón práctica, la decisión sobre la validez de las diferencias establecidas por el legislador.

C. De la equiparación entre principio de igualdad y exigencia de razonabilidad o, como también se dice frecuentemente, interdicción de la arbitrariedad, deriva el problema de determinar si la razonabilidad requiere o no prueba y, en caso afirmativo, quien tiene la carga de ésta. Suay Rincón señala que en Italia el método seguido por la Corte para determinar cuándo se infringe el principio de igualdad se encuentra constituido por lo siguiente:

a. En primer lugar, averiguar la finalidad real de la norma impugnada en donde la búsqueda de la finalidad de la norma estará en función del fin objetivo y el fin subjetivo. El tribunal no se satisfará con tomar nota de la finalidad que la norma declara perseguir (fin objetivo) sino hay que dilucidar si esa es, en efecto, su finalidad real y verdadera, lo que remite el problema de investigar la voluntad del legislador (fin subjetivo); si ambas son iguales, el Tribunal Constitucional habrá encontrado la finalidad real de la norma. Se presume por tanto, que la verdadera finalidad de la norma es la que ésta declara perseguir, pero dicha presunción cesa cuando existen síntomas suficientes (deducidos de la investigación sobre el fin subjetivo) para pensar que la finalidad real es otra.

b. En segundo lugar, comprobar si esa finalidad perseguida protege un interés constitucionalmente relevante, donde habrá de verificarse si ésta se encuentra conectada con la finalidad de la norma, siendo éste el único modo y caso en que el interés protegido por la norma podrá prevalecer sobre el interés constitucional de igualdad. Es difícil comprender que la desigualdad de trato que una norma establezca no puede ser justificada por una finalidad cualquiera; lo primero que a tal finalidad se exige es que proteja (a través de la diferencia de tratamiento) un *interés constitucionalmente relevante*; entendiendo como tal, precisamente aquel que se encuentra amparado por la propia Constitución. Agro señala que en Italia, una vez determinado el fin perseguido por la ley, la Corte, implícitamente, valora su correspondencia con los intereses tutelados en la Constitución, y cuando falta esa correspondencia entre el fin perseguido y el interés constitucional, debe declarar la inconstitucionalidad del acto legislativo por violación del art. 3 de la Constitución Italiana.

c. En tercer lugar, enjuiciar si la norma objeto de impugnación es el medio adecuado para la satisfacción del fin perseguido. Siendo obligatorio este enjuiciamiento en dos casos: (i) cuando la ley utiliza como criterio de diferenciación alguna de las consideraciones expresamente prohibidas por el art. 3 de la Constitución Italiana, v. gr. la edad, el sexo y la lengua, raza, religión u opiniones política en donde el juicio de proporcionalidad se realiza siempre y la presunción de inconstitucionalidad se invierte (presunción de inconstitucionalidad) y variará según el criterio empleado; (ii) cuando la ley persigue una finalidad igual a la perseguida por otra norma, sin que, aparentemente, se adviertan exigencias objetivas secundarias que puedan justificar su existencia en el ordenamiento jurídico.

En otras ocasiones, se entiende que la elección del medio es competencia – discrecional– del Legislativo, por lo cual en algunas ocasiones ni siquiera entra en esta fase. Esta situación es referida al *self restraint* que consiste en la autolimitación por la Corte de su propia cognición y es utilizada con frecuencia en las normas que tipifican hechos delictivos, que regulan la medida de una pena, o que se refieren al ejercicio de la potestad tributaria.

4. Lo anterior inevitablemente se encuentra conectado con lo que la doctrina alemana denomina *exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio* (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), la que se encuentra caracterizada por el establecimiento de discriminaciones infundadas entre individuos o grupos, que abre la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas que tengan carácter relativo; como sería considerada, por ejemplo, una norma legal que reconociera ciertos derechos a un determinado grupo de ciudadanos en vez de al conjunto de la ciudadanía, con violación por tanto del principio de igualdad.

Este instituto encuentra en buena medida su razón de ser en el nuevo perfil, en la nueva caracterización que los códigos constitucionales presentan en nuestro tiempo. Las constituciones han aplicado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución de bienestar social y económico; en definitiva, las leyes fundamentales han asumido, globalmente considerados, una función transformadora de la sociedad. No se resignan a su dimensión estática. Son objetivos útiles en la anticipación del futuro.

La omisión por tanto, también puede ser materialmente inconstitucional, puesto que no sólo la ausencia de regulación en los supuestos referidos puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, lo cual caería dentro de la categoría de omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria.

La caracterización material del comportamiento omisivo del legislador está en la misma base de la distinción tradicional entre omisiones "absolutas" y "relativas", formulada por Wessel, para quien existe la primera cuando falta cualquier norma aplicativa del precepto constitucional, mientras que la segunda deriva de una actuación parcial que

disciplina sólo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad.

5. Para finalizar este análisis, es preciso establecer un acápite acerca de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad los que, como ha afirmado en otras ocasiones esta Sala, son de la *esencia misma del derecho*. De ahí que los actos, leyes o sentencias, deben ser expresión de razonabilidad y proporcionalidad. Pese a lo anterior, se ha considerado que tales principios podrían tener un asidero normativo en la aplicación de estos principios dentro de la Constitución, en los arts. 1 y 246 Cn., que se constituye ante todo como una garantía del contenido de los principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Estos principios son esenciales para el desarrollo axiológico del contenido constitucional vinculados al valor justicia.

En la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, esta Sala, retomando a Pérez Luño afirmó que la configuración del Estado Constitucional de Derecho debe guiarse por los *principios racionales* basados en ciertos presupuestos fundamentales como son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos fundamentales; y la teoría del control jurisdiccional de toda actividad del Estado.

En ese sentido, siendo lo razonable lo opuesto a lo arbitrario, mediante el control de razonabilidad el Órgano Judicial penetra necesariamente en la ponderación de los criterios y medios de que se valen los órganos del poder para ejercer sus competencias; para el caso, toda clase de contribuciones deben establecerse de acuerdo a los principios de igualdad, proporcionalidad y equidad, lo que en sentido jurídico-político supone equilibrio, moderación y armonía en el uso del poder estatal.

De hecho, la razonabilidad se refiere no a un análisis lógico matemático sino a la necesidad de aplicar las disposiciones a los asuntos judiciales bajo la idea de justicia. Ello implica justamente la creación judicial de derecho a partir de valores constitucionales, o de la integración de disposiciones. Por tanto, se encuentra en función del alejamiento de la arbitrariedad y el acercamiento a la justicia, prohibiendo todo tipo de intromisión en el ejercicio de los derechos fundamentales que no tenga justificación alguna, basándose en el respeto y la debida ponderación de tales derechos y la necesaria vinculatoriedad de su contenido axiológico.

Existen preceptos constitucionales en los que la racionalidad o razonabilidad se convierten en el parámetro para el examen de disposiciones inferiores, sobre todo en aquellos casos donde la Constitución es sumamente abstracta, poco precisa, siendo la única forma posible de hacerlos operativos, es decir, de llevarlos a la aplicación cotidiana por medio del *examen de racionalidad o razonabilidad*, habiéndose convertido en la actualidad dicho test en el instrumento imperativo clásico cuando se busca confrontarlos con los límites del poder estatal en materia de restricción de derechos fundamentales.

Este examen de razonabilidad consiste en examinar directamente las disposiciones promulgadas por el poder público, para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar el tratamiento dentro de la norma, están o no de acuerdo con los valores

constitucionales y se comprueba directamente si las razones tienen un peso específico capaz de contradecir a los valores constitucionales o no lo tienen; lo que implica la valoración de conceptos sumamente indeterminados por parte del juez, como son el de justicia, libertad, igualdad, solidaridad, bien común, orden público, etc.

De hecho, el análisis de lo razonable debe hacerse *a priori* por los operadores jurídicos en el que se analizan situaciones tales como: (i) que la contradicción entre la ley y la Constitución debe ser evidente; (ii) la razonabilidad de la disposición se presume, y por tanto requiere el esfuerzo de argumentar en su contra lo anterior con derivación de la presunción de constitucionalidad de las leyes y actos de la administración en general; de ahí se advierte que, presumir la racionalidad de la ley implica dar por sentado que el legislador la dictó con una razonable y sustancial relación de los valores y principios axiológicos definidos dentro de la Constitución; (iii) antes de inaplicar o declarar inconstitucional una disposición por irrazonable, el juez debe buscar por todos los medios encontrar una interpretación que sea compatible con la norma constitucional.

Consecuentemente, la razonabilidad es un estándar valorativo que permite escoger una alternativa, entre varias, más o menos restrictivas de derechos o principios constitucionalmente reconocidos, valiéndose de ciertos criterios que han tratado de ser objetivados. En sentido amplio, conlleva una serie de elementos a la hora de su aplicación al caso concreto que pueden ser: (i) adecuación o idoneidad frente al caso concreto; (ii) necesidad o indispensabilidad para el análisis de la situación; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto. En el juicio de adecuación las leyes deben tener un fin en sí mismas y, conocido este, su desarrollo normativo ser el adecuado para obtenerlo; en el de necesidad o indispensabilidad se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restrictiva de los derechos fundamentales, de entre las igualmente eficaces la menos lesiva de los derechos; se refiere a la elección de la medida necesaria; finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto es una relación entre medio y fines donde se trata de examinar si esa medida es o no "excesivamente gravosa".

El principio de proporcionalidad, incluido en el más general de "prohibición de exceso", supone un límite al ejercicio de la actividad represiva del Estado, pues obliga a que cualquier acción pública de esta índole observe una proporción o justa medida con el objetivo pretendido con su puesta en práctica, de forma que cuando el mismo pueda lograrse a través de cauces alternativos manifiestamente menos gravosos, se imponga la utilización de estos últimos. Se puede formular entonces la proporcionalidad como *un criterio de justicia de una adecuada relación medios y fines en los supuestos de injerencias de la autoridad sobre los derechos fundamentales; es decir como un patrón de medición que posibilite el control de cualquier acto excesivo mediante la contraposición del motivo y los efectos*. Es justamente un límite frente a las intromisiones del poder en el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero también se constituye como un límite en el ejercicio de los derechos, cuando en el ámbito de los mismos resulta que puede menoscabar o lesionar otros derechos, principios o valores constitucionales. Por eso, como afirma Fassbender, el principio de proporcionalidad se constituye como límite de límites de los derechos.

Para el Tribunal Constitucional Alemán, el principio de proporcionalidad *strictu sensu* connota la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que con ella además se vea favorecido el interés general o resultando beneficiada la comunidad. Medio y fin aparecen con dos variables que no pueden estar en evidente desproporción.

Es importante destacar que los *términos de comparación* que permiten averiguar la infracción o no del principio de proporcionalidad son, por un lado, la medida o resolución que adopta la autoridad competente, y del otro, el fin perseguido de acuerdo a la legalidad. Tinetti, siguiendo a González-Cuellar Serrano, descompone el principio de proporcionalidad en sus aspectos principales, formulando un examen de proporcionalidad con dos tipos de presupuestos: formales, que se refieren al principio de legalidad, en el cual se debe tipificar tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos; y materiales, los cuales hacen referencia a su justificación teleológica, en la que su fin ha de ser tutelar bienes constitucionalmente protegibles.

Por último, para que exista la proporcionalidad es necesario que la medida no altere el contenido esencial del derecho afectado; y que introduzca precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido.

IV. Corresponde analizar lo concerniente a los puntos medulares de la pretensión y su delimitación liminar para lo cual se realizará el análisis de la pretensión y la confrontación internormativa del art. 20 de la LEYFOVIAL (objeto de control), con el art. 3 de la Constitución (parámetro de control). Al inicio de esta sentencia se hizo relación a que el peticionario basaba su pretensión en que el art. 20 violentaba el derecho de igualdad al dejar por fuera *las actividades de pesca* de la exclusión de la contribución del fondo vial, es decir, *gasolina de aviación y el diesel subsidiado para el transporte público –autobuses–* vulnerándose con ello el derecho de igualdad de los propietarios de las embarcaciones para fines pesqueros al tener que cancelar éstos dicha contribución.

1. Es preciso recordar, tal y como se ha relacionado en el Considerado I 1 B de esta sentencia, que en el examen liminar –tanto de forma como de contenido– esta Sala delimitó la pretensión descrita por el pretensor en el sentido que la supuesta violación al principio de igualdad –art. 3 Cn.– realizaba una omisión en las exenciones al impuesto establecido en la disposición impugnada, de los propietarios de las embarcaciones pesqueras, lo que generaba una *desigualdad por diferenciación*, por que en las actividades tanto de aviación como de pesca no se utiliza la red vial.

Hemos observado en el Considerando anterior cómo la doctrina, en forma sencilla, describe el examen normativo partiendo del supuesto en que una ley, al regular unos supuestos determinados, omite otros que deberían ser objeto de regulación por su analogía con los anteriores y para lo cual, obviamente si existe un tratamiento diferente, debe justificarse y razonarse.

La generalidad de la doctrina señala el juicio que recae sobre una pluralidad de elementos referido a los *"términos de la comparación"* entre los cuales debe existir al

mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles. De suyo no se exige una violación de la democracia parlamentaria al imponer una sola racionalidad, sino una adecuada ponderación legislativa, corrigiendo las deformaciones producidas por la falta de adecuación legislativa a las nuevas situaciones sociales.

Por lo tanto el primer estadio referido al examen normativo es el atinente a la supuesta violación al principio de igualdad donde se consideran los fines perseguidos y las normas dictadas, los motivos considerados para diferenciar, el ámbito de diferenciación, y la regulación en que ello se traduce, y se exige que cada diferenciación se deba a un motivo real, no común a otros supuestos que se regulan de distintas maneras y que haya congruencia entre motivos y normas; en suma, que cada diferenciación se deba a criterios de racionalidad, objetividad, lógica, proporcionalidad, etc., a la finalidad perseguida por la norma que servirá de parámetro para determinar si la desigualdad de trato está justificada.

2. En el caso del fondo de contribución vial, se puede considerar que el legislador partió de dos supuestos importantes: (i) el uso de la red vial y su ulterior mantenimiento, cuya contribución la deben hacer aquellos que consumen diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes que realicen importadores o refinadores, con la excepción de la gasolina de avión en cuyo caso los aeropuertos exigen una tasa por el uso de la pista; (ii) aquellos que utilizan la red vial pero que tienen un tratamiento especial por mediar una finalidad social: los autobuses del servicio colectivo que utilizan diesel subsidiado del servicio colectivo, cuyos propietarios son empresarios privados a quienes se les exige de la contribución para que ésta no sea trasladada a los usuarios.

Este tribunal se circunscribirá al primero de los supuestos, por tratarse de una excepción similar a la planteada en la pretensión, siendo los *términos de comparación* que permiten averiguar la infracción o no del principio de proporcionalidad: *la medida o resolución que adopta la autoridad competente, y del otro, el fin perseguido de acuerdo a la legalidad*.

Para analizar si esta medida es proporcional debemos partir de la relación entre medio (medida o resolución que adopta la autoridad competente) y el fin (perseguido de acuerdo a la legalidad) para determinar si es "excesivamente gravosa".

Así, la finalidad perseguida por la disposición es que, por su misma naturaleza, la gasolina de avión y su uso queda excluida del uso de la red vial por que su consumo es totalmente fuera de ella, estando justificado el medio empleado en la ley que no es gravoso, siendo el fin la no afectación económica de cierto grupos diferente de la generalidad de personas que usan la red vial.

Con ello, no se afecta el interés general ni restringe derechos fundamentales, siendo un *interés constitucionalmente* relevante el hecho de establecer un criterio de diferenciación –desigual– en el tratamiento de la ley para aquellos que están totalmente fuera de los supuestos de la disposición y que en atención a la justicia son sujetos excluidos del

tratamiento generalizado, siendo claro además que el *tertium comprationis* frente al que la desigualdad se produce es una situación jurídica concreta en la que se encuentran otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos que han establecido en abstracto, en este proceso, la exclusión de un rubro del beneficio que otorga la ley.

Consecuentemente, existe una exclusión arbitraria de beneficio –por parte del legislador- del sector que se dedica a las actividades de pesca, a quienes no se les benefició con las exenciones que otorga la LEYFOVIAL a los aviones y autobuses, omisión en la que el legislador incurrió y que es manifiestamente inconstitucional.

Esta situación ya ha sido valorada por esta Sala en la sentencia de Inc. 17-95 de 14-XII-1995 al señalar el tratamiento normativo desigual del legislador, señalando que está constitucionalmente prohibido –en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley– el tratamiento desigual *carente de razón suficiente*, la diferenciación arbitraria, la que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que, al menos, sea comprensible según la situación jurídica concreta, generándose una trato diferenciado que constituye una discriminación. Siendo que esta Sala ha establecido, en la Sentencia de 19-X-2000, pronunciada en el proceso de Amp. 82-99, la posibilidad de analizar otras posibles causas de discriminación, distintas de las previstas a título de ejemplo en el art. 3 Cn., cuya determinación –principalmente por la legislación y la jurisprudencia constitucional– debe ser conectada con los parámetros que se derivan del juicio de razonabilidad, como el referido en el caso en análisis.

V. Este Tribunal está obligado a establecer una eficaz protección de los derechos fundamentales por su papel de guardián de la constitucionalidad, para lo cual, ante la violación de uno de los derechos consagrados en la Constitución tendrá que hacer uso de los mecanismos que franquea la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Uno de esos aspectos es el referido a la tipología de las sentencias constitucionales y sus particulares efectos.

Esta Sala ya precisó, en la Sentencia de 12-IX-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 41-2000, lo referente a la tipología que hasta este momento se ha configurado en la jurisprudencia constitucional salvadoreña. Previamente debemos recordar que nuestra jurisdicción constitucional ha recibido la influencia de la tradición jurídica *romano-germánica* –con énfasis en algunos aspectos propios del *common law*– y esto ha permitido que los Tribunales Constitucionales, que comenzaron actuando como "legisladores negativos" hayan evolucionado a tal punto que desde hace tiempo se ha abandonado en gran medida tal función y se ha dado un paso más asumiendo tareas claramente positivas, adoptando tipos de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones según los países, v, *gr.*, *interpretativas*, *aditivas*, *manipulativas*, *sustitutivas*, *constructivas*, *apelativas*, etc.

Aja-González Beilfuss nos recuerda que los Tribunales Constitucionales han ido poco a poco asumiendo *tareas claramente positivas –referidas fundamentalmente al efecto nomotético–*

En las últimas décadas, de manera habitual, -agrega- los Tribunales Constitucionales vienen adoptando un tipo de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones según los países que los configuran como legislador positivo, ya que no se limitan a suprimir el precepto

legal contrario a la Constitución, sino que incorporan una norma nueva al ordenamiento; este tipo de sentencias, que puede encontrar precedentes aislados más o menos lejanos, resulta un fenómeno nuevo por la intensidad que presenta en las últimas décadas, y por tanto no debe ignorarse ni minimizarse.

Algunos Tribunales Constitucionales han utilizado un tipo especial de sentencia denominadas: sentencias manipulativas. El Tribunal Constitucional austriaco ha delimitado una de ellas: las *aditivas* derivando directamente normas de la Constitución que complementan una ley ordinaria, convirtiéndola de esta forma en una ley constitucional. Se ha dado justamente, analizando profundamente una cláusula constitucional de principios (según el mero texto *lex imperfecta*), el Tribunal Constitucional austriaco la ha tratado como una *lex perfecta* y completa, que le permite derivar y determinar el contenido normativo que faltaba.

En España, el Tribunal Constitucional también ha hecho uso de las sentencias manipulativas, superando los límites propiamente interpretativos, actuando como legislador positivo en el caso de las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad.

Por su parte, en Italia, la *Corte Costituzionale*, como consecuencia de las omisiones del legislador, a través de las sentencias manipulativas obtiene inmediatamente el resultado de adecuar el contenido de las disposiciones impugnadas a los principios constitucionales, integrándolo o modificándolo; este tipo de sentencias, en el caso italiano, tienen la característica de ser autoaplicativas.

Dicho Tribunal terminó por hacer una operación de "manipulación" en los textos legislativos, que consiste en extraer "normas" de las "disposiciones" (empleando eventualmente otros "materiales normativos" que en su género resultan útilmente empleados), con la finalidad de seleccionar las normas que parecen compatibles con los principios constitucionales, dejando de lado aquellas que, por el contrario, se consideran dignas o merecedoras de un pronunciamiento de inconstitucionalidad; la clave de toda operación consiste por tanto, en utilizar la distinción entre "disposiciones" y "normas".

El hecho que operaciones lógicas de este tipo fueran teóricamente concebibles, no era seguramente una novedad y los juristas lo sabían bien, pero lo que confiere a esta experiencia un carácter de originalidad y al mismo tiempo una extraordinaria importancia práctica es la circunstancia de que en este caso las "manipulaciones" de las disposiciones legislativas conducen a pronunciar sentencias dotadas de efectos *erga omnes*, es decir, como han comenzado algunos a calificarlas como "*sentencias normativas*", que es preciso incorporar en el catálogo de fuentes del derecho.

Justamente, al igual que Austria, Italia ha concretado uno de los tipos especiales de sentencias manipulativas, es decir, las aditivas. Estas, separan las interpretaciones del mismo texto, con el objeto de expulsar una de ellas del ordenamiento jurídico; se trata de casos en los que una disposición legislativa se presta a diferentes interpretaciones, de tal suerte que en éstas, se hace referencia a aquel tipo de decisiones con las que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición en cuanto que omite decir algo ("en la parte en la que no prevé que"). Es idea común que las sentencias aditivas han permitido la

extensión de los derechos sociales, porque mediante la interpretación constitucional añaden ("aditivas") nuevos sectores, o nuevos derechos, al contenido de las leyes.

Este nuevo tipo de sentencias reinterpreta las leyes, anulan parcialmente una norma para dar otro sentido a la ley, limitando algunos efectos de las propias sentencias, incluyendo nuevos sectores sociales en leyes que no les afectaban, dirigen mandatos al legislador, etc.

Una importante "novedad" que algunos tribunales constitucionales han incluido en la *ratio* de sus sentencias es la relativa a las sentencias manipulativas-sustitutivas. Aquí, Italia, por ejemplo, dio otro importante paso cuando no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de las normas que no están escritas en la ley, pero que se pueden extraer del texto por vía de interpretación, sino que llegó incluso a indicar qué otra debía ocupar el lugar de la que estaba contenida en el texto de la ley, para que el principio constitucional violado por aquella fuese, en cambio, respetado.

Este tipo de sentencias, se caracterizan por el hecho que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. La decisión sustitutiva, por tanto, *se compone de dos partes diferentes: una anuladora* de contenido de la disposición impugnada *y la otra reconstructiva* con la que la Corte procede a dotar a esta misma disposición de un contenido diferente de conformidad con los principios constitucionales.

Entre las intervenciones sustitutivas más "sustanciosas" se puede recordar las siguientes: la realizada por la sentencia 298/1995 que ha procedido a sustituir, para determinados delitos, la pena de reclusión "de cinco a diez años" con la reclusión "de uno a cinco años"; por la 52/1996 que ha reemplazado una medida administrativa por una sanción penal; o por la 341/1994 que ha cambiado la pena mínima por el delito de ultraje a funcionarios públicos; o, todavía, la sentencia 145/1995 que, con referencia al juramento del testimonio en el proceso civil, ha sustituido la originaria fórmula de "consciente de la responsabilidad que con el juramento aceptáis ante Dios, si sois creyente, y ante otros hombres, juráis decir la verdad y nada más que la verdad" con otra, según la cual, "consciente de la responsabilidad moral y jurídica que asumo con mi testimonio me obligo a decir la verdad y a no esconder nada de cuanto está en mi conocimiento".

Con el fin de reducir el margen de discrecionalidad de la propia intervención manipulativa, la jurisprudencia constitucional, a menudo, considera necesario indicar al juez la "frase" de la adición y subtracción de todos modos que la solución "aditiva" o "sustitutiva" que se añade debe venir impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional, evitándose de este modo superposiciones peligrosas con las opciones reservadas al legislador. Es decir, la Corte Costituzionale no crea libremente, al igual que el legislador, sino que extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención no es en absoluto libre sino "obligada", una legislación que según la célebre tesis de Crisafulli es plenamente acogida por la jurisprudencia constitucional "*a rime obbligate*".

Este brevísimo recorrido doctrinal permite a este tribunal retomar lo bueno de los Tribunales Constitucionales que han establecido soluciones a casos similares al sistema salvadoreño para poder concretar en la mejor decisión constitucional.

De hecho, debemos partir de la situación *sui géneris* en la que el legislador, como hemos apuntado *supra*, ha realizado una exclusión arbitraria de beneficio que conlleva dos situaciones: (i) la violación al principio de igualdad; y (ii) la generación de una inconstitucionalidad por omisión. La solución más atinada será, lógicamente declarar inconstitucional la norma sujeta al este examen de constitucionalidad y "reconstruirla" sustituyéndola por la otra. En consecuencia se establece que el art. 26 de la LEYFOVIAL vulnera los art. 3 Cn., siendo inconstitucional su contenido y así deberá declararse en la parte resolutive de esta sentencia.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala

Falla:

1. Declárase inconstitucional, por vicio en su contenido, el inciso segundo del art. 26 de la Ley del Fondo de Conservación Vial, por contravenir el art. 3 de la Cn., al establecer una exclusión arbitraria de beneficio de las actividades de pesca en las excepciones contenidas en similares condiciones para la gasolina de aviación, lo cual genera una inconstitucionalidad por omisión.

La anterior declaratoria implica que el inciso segundo del art. 26 de la Ley del Fondo de Conservación Vial, debe excepcionar, además de la gasolina de aviación y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses, las actividades de pesca.

2. Notifíquese la presente sentencia al demandante, a la Asamblea Legislativa y al Fiscal General de la República.

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 de dicho órgano oficial del Estado. ---A. G. CALDERON---V. de AVILÉS---J. E. TENORIO---J. ENRIQUE ACOSTA---M. CLARÁ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---J. R. VIDES---RUBRICADAS.