

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**



TRABAJO DE GRADO:

“El Mecanismo de Reforma Constitucional y las Clausulas Pétreas desde el enfoque de Protección de las Instituciones Democráticas en El Salvador”

PRESENTADO POR:

González de Hernández, Orbelina Rocío
Fuentes de González, Rosa Mirtala
Gómez Lovos, Eva Lourdes

PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE:

Licenciada en Ciencias Jurídicas

CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, AGOSTO 2016

SAN MIGUEL

EL SALVADOR

CENTROAMERICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

LIC. JOSE LUIS ARGUETA ANTILLON
RECTOR INTERINO

MTRO. ROGER ARMANDO ARIAS
VICE-RECTOR ACADÉMICO INTERINO

ING. CARLOS ARMANDO VILLALTA
VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL INTERINA

LICDA. NORA BEATRIZ MELENDEZ
FISCAL GENERAL INTERINA

**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
AUTORIDADES**

**ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ
DECANO**

**LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ
VICE-DECANO**

**LIC. JORGE ALBERTO ORTÉZ HERNÁNDEZ
SECRETARIO**

**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES**

AUTORIDADES

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y
CIENCIAS SOCIALES.

MTRO: MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA
COORDINADOR DEL PROCESO DE GRADUACIÓN DEL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y CIENCIAS
SOCIALES.

LIC. RICARDO TORRES ARIETA
DOCENTE ASESOR.

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
ASESOR MÉTODOLÓGICO.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Primeramente por haberme dado la vida, que ha sido mi sustento, mi sostén cuando he querido desmayar en este camino, por haberme permitido cumplir esta meta profesional, por su misericordia, infinito amor, bondad, por guiar mis pasos, gracias sin su ayuda nada de esto hubiese sido posible.

A mi Madre: Rocío Lizbeth Melgar Hernández, por haberme cuidado desde que estaba en su vientre, guiarme y ser parte en todo las etapas de mi vida, eres mi ejemplo de superación y valentía de que todo se puede cuando uno quiere, a ti que me lo has dado todo, por ese amor y apoyo incondicional.

A mi Padre: Héctor Antonio González, por su apoyo, por sus consejos, por su motivación a que luchara por cumplir mis metas, por ayudarme a ser mejor persona cada día y ser ese hombre en que puedo confiar y que jamás me dejara sola.

A mi Abuela: Ermelinda Altagracia Melgar (Q.E.P.D) que siempre fuiste mi consuelo cuando más lo necesitaba, por haber estado siempre para mí, y sé que hubieras disfrutado tanto haberme visto convertido en toda una profesional.

A mi abuelito: Rodrigo Argelio Melgar, cariño y por siempre apoyarme y ayudarme.

A mi Hija: Valentina Monserrat Hernández González: por ser mi motivo para lograr esta meta, gracias por ser mi alegría, mis fuerzas las que me ayudaron a lograr mi meta profesional.

A mi esposo Ronald Orlando Hernández Rivas: por su amor, comprensión, cariño y apoyo total que siempre encontrabas la forma de ayudarme y darme ánimos, que me has enseñado que no existen barreras para lograr los sueños.

A mi Tíos/as: que siempre han visto la forma de ayudarme, gracias por todo su cariño y apoyo, en especial a mis tías Ana Yancie Melgar de Martínez y Claudia Marina Melgar de Molina, por ser un ejemplo de perseverancia y lucha en esta mi vida.

A mis Hermanos/as: Héctor Antonio, Nahomy Marbella, Genesis Anelissa, por todos los momentos vividos, porque hemos llorado, sufrido y reído juntos, por su ayuda de una forma directa e indirecta.

A mis compañeras de Tesis: Eva Lourdes Gómez Lovos, Rosa Mirtala Fuentes de González, por su cariño, amistad, apoyo porque son esas amigas que todos queremos en esta vida.

Amigos/as: por su amistad y cuidados hacia mi persona e hija, por haberme apoyado siempre en especial a Silvia Esperanza y Josseline Quintanilla.

ORBELINA ROCIO GONZALEZ DE HERNANDEZ.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO: por ser ese ser supremo que me ha guardado a lo largo de mi vida y me ha llenado de su infinita bondad y misericordia permitiéndome obtener este logro tan importante en mi vida.

A MIS PADRES: Calixto Fuentes y Rosa Sorto, por ser mi guía mi ejemplo y mi sostén, por inculcarme la importancia de estudiar y superar cualquier obstáculo que se pudiese presentar, gracias por los principios y valores inculcados día con día durante mi formación personal y profesional, por cada consejo que hoy en día hacen de mi la persona que soy.

A MIS HERMANOS: Douglas Sorto, Zulma Fuentes, Suyapa Fuentes, Sonia Fuentes y Benjamin Fuentes, por estar siempre en esa disposición de apoyarme y motivarme a seguir adelante cada día, porque han sido un pilar importante en mi vida, por la compañía y sonrisa brindada, gracias por acompañarme en mis ideales y ser parte de mis alegrías y éxitos.

UN AGRADECIMIENTO ESPECIAL A MIS HERMANOS Jorge Fuentes y Evert Fuentes por ser esos hombre maravillosos con los que siempre he contado, porque creyeron en mí en todo momento y eso fue base para luchar por jamás defraudarlos, gracias por su motivación pero sobre todo por ayudarme a conseguir mis ideales que en una gran parte se hace realidad gracias a ustedes.

A MIS ABUELOS: Maternos Valentin Sorto y Olimpia Fuentes; Paternos Jose Fuentes y Mirtala Fuentes. Por ser esos seres cálidos tiernos y consentidores que dieron a mi infancia grandes recuerdos y que hoy en día son un ejemplo de lucha, de esfuerzo, de trabajo en equipo y de amor.

A MIS TIOS: José de la Paz Fuentes, Hilsa Fuentes y Damaris Fuentes por ejemplo de perseverancia, por demostrarme que las barreras no son más que simples y míseros tropiezos que la vida nos pone para ser superados y demostrarme que jamás habrá un obstáculo que sea más grande o más fuerte que nuestra propia voluntad pero sobre todo gracias por su cariño y confianza puesta en mí.

A MI HIJO: Ángel Humberto González Fuentes porque desde el día que llegaste a mi vida has sido mi fuerza, mi motor lo más importante de mi vida y es por ti que cada noche de desvelo, cada día lleno de trabajo y esfuerzo vale la pena, porque me has enseñado lo simple de la vida que con un te amo mami y el más sincero de los besos se puede ser inmensamente feliz y es por ello que este logro va por ti mi bebe

A MI ESPOSO: Miguel Ángel González Contreras porque cada logro obtenido es tan tuyo como mío, gracias por la compañía, comprensión y apoyo brindado en estos años.

A MI MEJOR AMIGA: Jenny Melissa Flores por tu apoyo y amistad durante todos estos años, por ser mi hermana mi confidente, esa persona que jamás me critico cuando cometí errores sino más bien me apoyo para salir adelante, gracias por las manzanas compartidas en nuestra niñez y por el cariño que hoy en día a pesar de los años y la distancia sigue existiendo para mí.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: Rocio Gonzalez y Eva Iovos por ser el par más maravillosos de esta historia, mis compañeras de sueños y de lucha, unas guerreras que han hecho que este proyecto sea el mejor, por dar lo mejor de cada una esforzándose hasta el límite de sus posibilidades, pero sobre todo gracias porque más que compañeras puedo llamarlas amigas.

A MIS MAESTROS: pues en mi existe la semilla que cada uno ha sembrado desde mi niñez con el primero que me enseñó a leer ya que me abrió las puertas para explorar un nuevo mundo, así como también los que estuvieron en mi adolescencia que más que maestros supieron ser mis amigos porque además del arte de enseñar tuvieron el de aconsejar, así mismo los que me han acompañado en mi desarrollo profesional de manera muy especial al **Lic. Ricardo Torres Arieta** por su disposición y amabilidad.

ROSA MIRTALA FUENTES DE GONZALEZ

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: por darme su amor, por la sabiduría en los momentos más difíciles que cuando quise desfallecer solo su misericordia me permitió salir adelante y culminar uno de mis más grandes sueños.

A MI MADRE: María Marcos Lovos Quintanilla, por darme su amor, su apoyo incondicional y por ser esa persona que siempre ha confiado y creído en mí, por ser el motor que me impulsa a ser mejor cada día, y por enseñarme que si uno lucha y se esfuerza al máximo todo es posible, gracias porque eres y seres mi más grande ejemplo.

A MIS TÍAS: que siempre tuvieron un consejo, una palabra de aliento y por enseñarme que en esta vida si uno creer y es firme con sus propósitos se pueden lograr la metas por más grandes de estas sean.

A MI PADRASTRO: José Adalberto Flores, no solo por brindarme su apoyo comprensión y amor, sino por ser esa persona que me impulso y me hizo creer que puedo lograr todo lo que me proponga, que no existen límites para ser mejor cada día.

A MI ABUELA: Eva María Lovos: gracias por el apoyo, por ese amor incondicional, por los abrazos que llegaban en el momento justo, y enseñarme que por más duros que son los momentos siempre existe una salida.

A José Alexander Manzanarez: gracias por tu amor, por apoyarme en todos estos años, por creer siempre en mí, y enseñarme que los límites solo existen en la mente.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: Orbelina González y Rosa Mirtala Fuente, por no solo ser mis compañeras tesis, si no por brindarme su amistad, su comprensión y sobre todo por su paciencia y compromiso.

A MIS AMIGOS/AS: por mostrarme su apoyo incondicional en todas las etapas de este proceso y de mi vida.

Y a todas las personas que de una u otra forma me motivaron, y apoyaron para culminar mis estudios.

EVA LOURDES GOMEZ LOVOS

INDICE

INTRODUCCIÓN	xi
CAPITULO I	1
1.0-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.	1
1.2- ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.	6
1.3- ENUNCIADO DEL PROBLEMA.	12
1.3.1- Problemas Fundamentales.	15
1.4- JUSTIFICACIÓN.	17
2.0-OBJETIVOS	19
2.1- OBJETIVO GENERAL	19
2.2- OBJETIVO ESPECÍFICO	19
3.0- ALCANCES	20
3.1- ALCANCE DOCTRINARIO	20
3.2- ALCANCE JURÍDICO.	23
3.3- ALCANCE TEÓRICO	23
3.4- ALCANCE TEMPORAL	24
3.5- ALCANCE ESPACIAL	24
4.0- SISTEMA DE HIPÓTESIS	25
4.1- HIPÓTESIS GENERAL	25
4.2- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	25
4.3- Operacionalización de las Hipótesis Generales.	26
4.4- Operacionalización de las Hipótesis Específicas.	28
5.0-DISEÑO METODOLOGICO	31
5.1- TIPO DE INVESTIGACIÓN	31
5.1.1- Población.....	31
5.1.2- Criterios para establecer la población	32
5.2- MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.	33
5.2.1- Método	33
5.2.2- Técnicas de Investigación	33
5.2.3 - Instrumentos de Investigación.	34

5.2.4- Procesamiento de Datos	35
6.0-PROPUESTA CAPITULAR.....	35
6.1- CAPITULO I. SÍNTESIS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	35
6.2- CAPITULO II. MARCO TEÓRICO.....	36
6.3- CAPÍTULO III. PRESENTACIÓN DE HIPÓTESIS, PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADO	36
6.4- Capítulo IV. Conclusión y Recomendaciones	37
7.0-PRESUPUESTO	37
CAPITULO I.....	38
7.1- CUADRO SINÓPTICO DEL ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	38
7.2- LA MOTIVACIÓN DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	39
7.2.1- La Necesidad de la Reforma Constitucional	39
7.2.2- Lagunas Constitucionales	39
7.2.3- Constitución	40
7.2.4- Clasificación de las Constituciones	41
7.2.5- Fundamento de la Reforma Constitucional	42
7.2.6- Clases de reforma constitucional	42
7.3- CONSIDERACIONES DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.	43
7.3.1- Política:.....	43
7.3.2- Como Mecanismo de articulación:	44
7.3.3- Como Institución básica de garantía:	44
7.3.4- La Técnica de la Reforma.....	45
7.3.5- La Participación Popular.....	45
7.4- EL LEGISLADOR PUEDE CONSIDERAR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL POR ACUERDO POLÍTICO O POR INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.....	46
7.5- LA FACTIBILIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA PENA DE MUERTE.....	46
7.6- LA INSTAURACIÓN DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	48
CAPITULO II.....	49
MARCO TEORICO	49
1.0-MARCO HISTORICO	49

1.1- ANTECEDENTES MEDIATOS.....	49
1.1.1- Definición de constitución	49
1.1.1.1- Cronología del Constitucionalismo Salvadoreño.....	54
1.1.1.2- Carácter Normativo de la Constitución Históricamente.....	56
1.1.1.3- Poder Constituyente	57
1.1.1.4- Características	59
1.1.1.5- Poder Constituyente originario. (El Titular es el Pueblo).....	60
1.1.1.6- Poder Constituyente derivado	60
1.1.2- Antecedentes Inmediatos.....	61
2.0- MARCO TEORICO DOCTRINARIO.....	63
2.1- TEORÍA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN	63
2.1.1- Definición de Constitución.....	65
2.1.2- Las Funciones de la Constitución	65
2.1.2.1- Antecedentes.....	65
2.1.2.2- La Constitución como fruto del acuerdo democrático.....	68
2.1.2.3- El respaldo con el paso del Tiempo.....	69
2.1.2.4- La Constitución como fuente de identidad de una Comunidad ..	69
2.1.2.5- La opción por el Constitucionalismo por los supuestos riesgos del autogobierno	70
2.1.2.6- La Igualdad como punto de encuentro entre Constitucionalismo y Autogobierno	74
2.1.3- Tipología de la Constitución.....	76
2.1.4- Constitución real y efectiva y Constitución Escrita o Jurídica.	77
2.1.5- Constitución en sentido material y en sentido formal.....	78
2.1.5.1- Clasificación de la Constitución.	80
2.1.5.2- Clasificación de las constituciones atendiendo a su mayor o menor grado de dificultad para su reforma	81
2.1.5.3- Constituciones Flexibles.....	81
2.1.5.4- Constituciones Rígidas.....	83
2.1.6- Características de la Constitución.....	86
2.1.6.1- La Supremacía Constitucional	86
2.1.6.2- Noción	86
2.1.6.3- Su Surgimiento	86
2.1.6.4- Razón de ser	88

2.1.6.5- Clases.	89
2.1.7- La elaboración de la Constitución	91
2.1.7.1- Importancia de la Doctrina del Poder Constituyente.	91
2.1.7.2- El Poder constituyente corresponde al pueblo.	94
2.1.7.3- La Situación contemporánea sobre el ejercicio del poder constituyente	101
2.1.7.4- Concepto de poder constituyente	103
2.1.7.5- Clases de poder constituyente.....	103
2.1.7.6- Se caracteriza.....	105
2.1.7.7- Señales de legitimidad del poder constituyente Comunes para el poder constituyente originario, como para el Constituido:	115
2.1.8- Cambio constitucional	117
2.1.8.1- Tipos de cambio constitucional	120
2.1.9- La reforma constitucional	120
2.1.9.1- Noción de reforma constitucional.....	120
2.1.10- Clases de reforma Constitucional	121
2.1.10.1- Una reforma constitucional se puede producir:	121
2.1.11- Procedimiento de reforma.	122
2.1.11.1- Problemas Teóricos de la reforma Constitucional	128
2.1.12- Los límites explícitos a la reforma Constitucional	131
2.1.12.1- La Reforma total de La constitución.....	141
2.1.13- Clausulas Petreas.....	143
2.1.13.1- Los problemas del Art. 248 Cn	143
2.1.13.2- La Iniciativa de reforma constitucional en El Salvador	143
2.1.13.3- ¿Qué se debe entender por “Sistema de Gobierno”?	150
2.1.14- El Control Jurisdiccional de las reformas Constitucionales	153
2.1.15- Tipología del cambio Constitucional	155
2.1.16- Reforma Constitucional	155
2.1.16.1- Definición de reforma Constitucional	155
2.1.17- LA PARTICIPACIÓN POPULAR.....	159
2.1.18- Fundamento de la Reforma Constitucional	163
2.1.19- Tipología de los límites a la Reforma	165
2.1.20- Alcance de la cláusula pétrea relacionada a la forma y sistema de gobierno de la Constitución de 1983	170

2.1.20.1- Irreductibilidad del territorio.....	171
2.1.20.2- Alternabilidad en la presidencia	172
2.1.20.3- Sistema y forma de Gobierno	173
2.1.21- Forma de Gobierno.....	173
2.1.21.1- Definición de forma de gobierno	173
2.1.22- Tipología clásica de las formas de gobierno.	174
2.1.23- Según el modo de producción jurídica	175
2.1.24- Sistema de gobierno	176
2.1.24.1- Definición de sistema de gobierno	176
2.1.25- Tipología de sistema de gobierno	177
2.1.26- Sistema de gobierno presidencialista	178
2.1.27- Sistema de gobierno semipresidencialista o sistema de gobierno mixto o de ejecutivo dual.	178
2.1.28- Sistema de gobierno semiparlamentario.....	179
2.1.29- Características del sistema de gobierno	179
2.1.30- Aproximación al concepto de sistema político	180
2.1.31- Distinción entre forma de estado, sistema político, forma y sistema de gobierno.....	182
2.1.31.1- Alcance de la cláusula pétrea referida a la forma y sistema de gobierno	184
2.1.32- En resumen, se proponen dos criterios para precisar el alcance de la cláusula pétrea	186
2.2- MARCO LEGAL.....	187
2.2.1- Legislación nacional.....	187
2.2.1.1- Constitución de la república.....	187
2.2.1.2- Código electoral.....	191
2.2.2- Sentencias emitidas por la sala de lo constitucional.....	193
2.2.2.1- Referencia 61-2009	193
2.2.2.1- Referencia 7-2012	193
2.2.3- Instrumentos Internacionales.....	194
2.2.3.1- Declaración Universal de los Derechos Humanos	194
2.2.3.2- El protocolo del pacto internacional de derechos civiles y políticos de la organización de las naciones unidas (ONU)	195
2.2.4- Derecho Comparado.....	196
2.2.4.1 Constitución Española	196

2.3.3.2 las constituciones de Alemania e Inglaterra	197
3.0-BASE JURÍDICA.....	197
CAPITULO III.....	199
1.0- PRESENTACION, DESCRIPCION E INTERPRETACION DE RESULTADOS	199
1.1- RESULTADO DE ENTREVISTAS NO ESTRUCTURADAS.....	199
1.2- PRESENTACION DE CUADRO DE RESUMEN DE HIPOTESIS Y ENTREVISTA.....	246
CAPITULO IV	251
1.0- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	251
1.1 CONCLUSIONES GENERALES.....	251
1.2- CONCLUSIONES DOCTRINARIAS.....	252
1.3- CONCLUSIONES JURÍDICAS.....	253
1.4- CONCLUSIONES TEÓRICAS.....	253
1.5- CONCLUSIONES CULTURALES.....	256
1.6- CONCLUSIONES SOCIOECONOMICAS	257
1.7- CONCLUSIONES ESPECÍFICAS	257
2.0-RECOMENDACIONES	258
2.1- A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.....	258
2.2- A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL	258
2.3- A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR	259
2.4- A LA SOCIEDAD	259
BIBLIOGRAFÍA	260
ANEXO 1	264
Anexo 2.....	312

INTRODUCCIÓN

El documento que el lector tiene en sus manos nació de la inquietud por saber hasta dónde es válido reformar la constitución vigente. Este no es solamente una interrogante, como podría suponerse en un primer momento. La permanente oscilación de la sociedad salvadoreña hacia el autoritarismo y la irracionalidad política de sus gobernantes hacen que una indagación como esta tenga sentido.

En parte el interés de los autores salvadoreños ha sido dar impulso a un tema poco estudiado por los constitucionalistas nacionales. En consecuencia, el desarrollo de la investigación cuenta con todos los parámetros de la evolución que ha venido experimentado el Derecho Constitucional en El Salvador.

El objetivo de este trabajo se ciñó a averiguar cuáles son los límites jurídicos que el legislador no puede superar cuando reforma la constitución. A partir de ese interrogante se procuró saber si entre ellos es posible que estén las cláusulas pétreas. Esa es la médula de la investigación.

Antes de emprender el presente proyecto la intuición del autor apuntaba hacia la existencia de límites de las reformas constitucionales, pero aún estaba bajo la influencia de los acuerdos políticos, que tan fácilmente se presta a negar o afirmar una hipótesis. Esa falta de objetividad es precisamente la que intentó dejarse fuera del documento. Porque desde una posición de derecho natural era factible afirmar que los límites del legislador están contenidos en un orden superior o en el espíritu de la constitución y tanto una cosa como otra eran demasiado vagas y por ende de difícil comprobación.

El documento deja constancia de las razones por las que se considera que existen límites para las reformas constitucionales; nos refiere a las cláusulas pétreas de la Constitución. Para el autor hay argumentos objetivos que sustentan la afirmación de que los derechos fundamentales y el marco axiológico constituyen impedimentos no escritos que se desgajan del mismo texto constitucional.

En el capítulo uno se efectúa un breve recorrido por la teoría del poder constituyente y la teoría de la reforma constitucional. De aquí surgen elementos relevantes para el análisis posterior. Por su parte, el capítulo dos contiene un análisis profundizado sobre relación de los límites de las reformas que las constituciones salvadoreñas han incorporado a lo largo de la historia. Con ello no se pretende esbozar una interpretación histórica, ni mucho menos. Además, incluye el fundamento principal para distinguir el poder constituyente del poder constituido, que será de enorme provecho en el capítulo cuatro. El lector, si lo desea, puede prescindir de ambos capítulos.

Los capítulos tres y cuatro versan propiamente del tema de investigación. En el tercer capítulo se lleva a cabo un esfuerzo por determinar el alcance de la cláusula pétrea relativa a la forma y sistema de gobierno y comprobar a través del sistema de hipótesis, y la recolección de los datos en la cual se sostiene la investigación. Eso requirió una aproximación y delimitación del significado de ambos conceptos y también de otros emparentados con ellos. Y en el capítulo cuatro se exponen algunas posturas de autores nacionales sobre la existencia de los límites implícitos en la constitución y luego se apunta la opinión del autor con respecto a ese tema. Lo cual permitió establecer las conclusiones y recomendaciones de la temática desarrollada.

CAPITULO I PERFIL DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

PARTE I

PROYECTO DE LA INVESTIGACION

1.0- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

Cuando nos referimos al tema sobre el análisis de una reforma constitucional, consideramos las posibles modificaciones del texto constitucional, las cuales para realizarlas ya previamente están regulados los mecanismos para tal fin, esto de conformidad al procedimiento preestablecido en el mismo texto o norma constitucional, y por atribución conferida a los órganos que ella misma determina para realizar dichas modificaciones. Es decir que se trata de una manera formal de obtener el cambio de la constitución.

Si se hace referencia a las reformas constitucionales, se puede decir que es un tema de interés social, porque van implícitos en ello los principios democráticos, principios de supremacía y reforma constitucional, estas aparecen como un intento de solventar las contradicciones entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, así como un sistema de equilibrio ante un dilema con alternativas aparentemente irreconciliable.

Aunque la Constitución tiene un sentido de permanencia que garantiza la seguridad y la unión de las generaciones pasadas con las presentes y las futuras, reformarla implica que necesariamente amerita el cambio, no obstante la naturaleza cambiante de la vida social y política, se requiere que el marco jurídico de regulación sea lo más permanente posible.

Pero observando la necesidad de reforma Constitucional, lo primero que habría que preguntarse es, ¿Qué circunstancias hacen necesario o motivan una reforma de la Constitución? ¿El legislador considera una reforma constitucional por acuerdo político o por interpretación de la norma constitucional? ¿La aplicación de la Pena de Muerte es factible por Reforma Constitucional? ¿Podría instaurarse un nuevo Estado Social en El Salvador? Es importante cuestionar los motivos de dicha reforma, porque las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas, son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable en el momento de crear la Constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser por lo tanto, eliminada o acoplada de alguna manera a las exigencias e intereses del desarrollo del sistema jurídico y político actual.

Nos encontramos con dos posturas de las cuales se puede decir si es factible o no una reforma constitucional, ya que el poder constituyente se rige por los límites constitucionales que ya están establecidos, los diputados de la republica consideran que es necesaria una reforma constitucional y han recurrido a los mecanismo de reformas en aquellos aspectos que creen que son convenientes.-

En el contexto Jurídico Político de nuestro País; ya existen antecedentes de Reformas Constitucionales; así por ejemplo tenemos el problema suscitado entre el Consejo Nacional de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, donde el primero presento un proyecto de reforma a la Asamblea Legislativa, en el que solicita suprimir, modificar o trasladar las atribuciones y competencias de los órganos del Estado lo cual para la Corte Suprema de Justicia suponía reformar normas intangibles.

Tomando en cuenta que en un estado constitucional democrático es de vital importancia el estudio dentro del contenido y forma, así como del procedimiento para efectuar la reforma constitucional; se puede plantear los

límites de tal procedimiento, los límites de la reforma de la constitución de el salvador se deben principalmente a la necesidad superior de las exigencia para las reformas de ley ordinaria las cuales son consignadas en la misma constitución, siendo esta que impone sus propios límites al procedimiento de reforma, tal como lo estipula en su artículo 248, inc.1 que literalmente dice: *“la reforma de esta constitución podrá acordarse por la asamblea legislativa, con el voto de la mitad más uno de los diputados electos ”*.

Como podemos observar en el artículo antes citado estipula la cantidad de votos de los diputados electos para acordar la reforma, por lo que para dicha reforma sea decretada es necesario la ratificación de la siguiente Asamblea tal como lo prescribe el inc. 2 del artículo 248, que literalmente dice ***“para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa, con el voto de los dos tercios de los Diputado electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandara a publicar en el diario oficial”***. Este inciso manifiesta la dificultad principal de la reforma constitucional, ya que para reformar la constitución prácticamente se necesita de un lapso de seis años, tres para acordar la reforma, que lo haría la asamblea existente y otros tres para decretar dicha reforma, por la asamblea entrante.

La reforma de la Constitución difiere con la reforma de la ley ordinaria, respecto de quienes tienen la iniciativa de la reforma, ya que según el artículo 133 de la Constitución tiene iniciativa para la reforma de la Ley Ordinaria: los Diputados, el Presidente de República por medio de sus Ministros, La Corte Suprema de Justicia, y los Consejos Municipales; mientras que para la reforma de la Constitución únicamente tienen iniciativa los Diputados y en número No menor de diez, tal como lo expresa el inciso 3 del artículo 248 de la constitución. Como se puede observar el poder constituyente originario establece un límite material al poder constituyente derivado, introduciendo las

cláusulas pétreas, que se podía decir que tiene carácter perpetuas, irrevisables, irreformables, inmodificables o permanentes.

Si bien es cierto que en dichas cláusulas están incluidas las disposiciones más relevantes referente al estado, hay muchos autores que critican la existencia de dichas cláusulas, considerando que la “**constitución como toda obra humana no es perfecta**”, por lo cual siempre existirá la necesidad de efectuar cambios como una forma de adaptar el texto de la misma a los cambios políticos y sociales, y como un medio de subsanar los errores y corregir lagunas existentes en las constituciones. De lo anterior, podemos observar que el procedimiento de revisión Constitucional, es de carácter rígido y obligatorio, ya que en el mismo texto constitucional invalida de toda reforma realizada mediante cualquier otro procedimiento que no sea el establecido en la misma.

En la actualidad existen diversas corrientes de pensamiento político, que gestionan Reformas Constitucionales hacia un nuevo Sistema de Gobierno; ante esta circunstancia es novedoso considerar este tema, y prever un estudio sobre la regulación de las Cláusulas Pétreas según nuestra Constitución de la Republica las establece el artículo 248 inc. Último Constitución, “**no podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la Republica y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la Republica**”. La Sala de lo Constitucional en referencia al apartado que se refiere al sistema de Gobierno ha emitido una sentencia de inconstitucionalidad con **referencia 61-2009**. La cual establece a las candidaturas independientes en este sentido se modifica la forma de elección de diputados y alcaldes.

Dentro de las cláusulas Pétreas, se encuentra que no se modificara el territorio de la Republica, pero con la resolución emitida por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, nos enfrentamos a la posibilidad de si en

realidad se ha violado el Principio de Territorialidad, porque en realidad si se modificó nuestro territorio. La sentencia se produjo en septiembre de 1992. En La Haya se le otorgó a Honduras el 62 por ciento de los 432 kilómetros distribuidos en seis sectores o “bolsones” que se disputaba con El Salvador. En esos territorios habitaban unos cien mil salvadoreños.

Respecto al río Goascorán, la frontera la delimitó la Corte Internacional de La Haya de acuerdo con la desembocadura que actualmente tiene, a pesar de los reclamos de los salvadoreños. La cuestión de las islas se fraccionó en la **determinación de la soberanía** sobre algunas islas y el derecho aplicable. Respecto a las aguas se discutió el condominio en el interior del Golfo de Fonseca y la situación jurídica de las aguas. La sala trató sobre la historia general de la controversia. Entregó la soberanía de las islas Meanguera y Meanguerita a El Salvador. Se abstuvo de pronunciarse sobre las pequeñas islas del Golfo de Fonseca. El Salvador incluyó esas islas en su reclamación, pero la Corte sostuvo que no había disputa concreta sobre ellas. El 11 de septiembre de 1992 se dio el dictamen final del diferendo limítrofe entre El Salvador y Honduras. Con la firma de los Acuerdos de Paz los residentes de los ex bolsones colocaron grandes esperanzas positivas, ya que finalizando el conflicto tendrían por lo menos la oportunidad de mejorar las precarias condiciones en que se encuentran.

La decisión se basó en años de deliberación, que incluye un promedio de 50 sesiones de la Corte, 12 mil páginas de documentación y análisis de precedentes sobre otras disputas. También fue factor en la decisión las características topográficas como las montañas, ríos, cerros, etc.

El fallo de la Corte dejó a Honduras un aproximado de 298.345 Kilómetros cuadrados y a El Salvador unos 152 Kilómetros cuadrados. Sobre las zonas insulares en el Golfo de Fonseca, el fallo de la Corte determinó que las islas de Meanguera y Meanguerita se mantienen bajo la jurisdicción salvadoreña, en tanto que a Honduras se le otorgó la Isla El Tigre,

garantizándole así el libre acceso a las aguas internacionales. Lo anterior significó una gran importancia para Honduras, ya que logra tener acceso al Océano Pacífico. Es oportuno considerar este Fallo histórico, desde el Derecho Internacional y que es trascendente por las consideraciones que el mismo texto constitucional pronuncia en el artículo 84 inciso séptimo de la Constitución de la República, siendo modificado por el Derecho Internacional.

Por otra parte, no debe olvidarse que nuestro Estado se encuentra en un proceso de modernización bajo las dinámicas de la globalización tomando como parámetro dos fenómenos que han cobrado gran significación mundial: los procesos de integración económica regional, y la expansión y aceleración de los flujos de comercio e inversiones.

1.2- ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

Evolución Histórica de la Constitución de El Salvador.

En la historia del Constitucionalismo en El Salvador, hasta la fecha han existido dieciséis Constituciones, trece de ellas como Estado independiente y tres como Estado federado. La emisión de cada constitución, por regla general, estuvo ligada a un cambio de gobierno, por lo que se puede afirmar que estas buscaban legitimar su ascenso al poder y plasmar los intereses del grupo dominante, siendo así que se plasmaban en estas constituciones artículos o cláusulas que se consideraban inamovibles con el fin de proteger la soberanía del estado; por lo que consideraron tomar en cuenta, que la Constitución reconoce un estado democrático, el cual no puede modificarse debido a lo que conocemos y se encuentra regulado como las cláusulas pétreas.-

La existencia de Cláusula Pétreas en la Constitución de nuestro estados se remonta históricamente a la Constitución de la República Federal de Centro América de 1824, dicha Constitución en su artículo 203 establecía “*cuando la*

reforma o adición se versare sobre algún punto que alterare en lo esencial la forma de gobierno adoptada, el congreso después de la aceptación de los estados convocara a una Asamblea Nacional Constituyente para que definitivamente resuelva”; limitando a los poderes Legislativo y Ejecutivo a reformar o hacer una adición a dichos artículos, siendo necesario convocar a un poder constituyente originario para reformar el contenido de los mismos. En esta misma constitución de 1824 se encuentra la existencia de cláusulas pétreas (clausulas Pétreas materiales) en su artículo 80, que literalmente dicen **“hasta pasado dos años podrá el congreso reformar o alterar uno u otro artículo de la constitución del estado, pero nunca podrá alterar los dos artículos primeros y el cuarto del capítulo uno y el artículo 12 del capítulo tres.”** el artículo ochenta de esta constitución taxativamente prohíbe la reforma del artículo 1 referente a la **soberanía e independencia del estado**; artículo 2 en cuanto a la **pertenencia de la federación**, artículo 4 **respecto al territorio**; y artículo 12 **referente a la separación de poderes**, pretendiendo mantenerlos intocables por la integridad. Cabe mencionar que a excepción del artículo 2 referente a la pertenencia de la federación, esta Constitución contiene las mismas clausulas pétreas establecidas en el artículo 248 de la constitución vigente (1983).

En la Constitución de 1841, se encuentra como clausulas pétreas el artículo 94 que en su inciso final establece **“... Las reformas parciales sobre garantías jamás se podrá acordar si no es ampliando las existentes. Tampoco podrá alterarse la división de poderes.”**

En la Constitución de 1871 se encuentra la existencia de cláusulas pétreas en su artículo 227, que literalmente dice: **“la reforma de esta Constitución solo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los representantes electos de cada cámara. Esta resolución se publicara por la prensa y se volverá a tomar en consideración en la próxima legislatura. Si esta la ratifica se convocara una asamblea constituyente para que decrete la**

reformas, pero no se propondrá dicha reformas si no pasado seis años después de promulgada esta constitución.”

Este artículo es considerado cláusula pétrea porque limita la reforma de la Constitución al transcurso de un largo periodo de síes años.

En la Constitución de 1872, que reformo la enmienda del dieciséis de octubre de 1871, a pesar de la existencia de la clausulas pétrea contenida en el artículo 227 de la Constitución de 1871, el mariscal Santiago González convoco a los pueblos para elegir una nueva constitución, y respetando los límites de irreformabilidad a dicha constitución, manteniendo como clausula pétrea lo referente a la reforma de la Constitución de 1872, contenida en su artículo 137, ya no siendo necesario el periodo de seis años después de la promulgación.

En las constituciones de 1880 y 1883, se continúa manteniendo las clausulas pétreas de la Constitución de 1872 ya que en la Constitución de 1880 en el artículo 130 y en la Constitución de 1883 artículo 133 dispone que ***“para reformar la Constitución es necesario convocar a asamblea constituyente para decretar las reformas a la misma.”***

En la constitución de 1886, se encuentra como cláusula pétrea el artículo 148, el cual establecía que para reformar la constitución era necesario convocar a Asamblea Constituyente y además declaraba informales los artículos 80, 81 y 82.

En la Constitución de 1898 se encuentra como cláusulas pétreas las establecidas en su artículo 144 inc. Final, de la siguiente forma ***“....pero en ningún caso podrán reformarse los artículos 96 y 97.....”***

En la Constitución de 1921 se establece como cláusulas pétreas la no alteración a normas establecidas en el capítulo V del pacto de San José Costa

Rica, ya que esta constitución tuvo como objetivo principal darle cumplimiento a este pacto.

En la constitución de 1939, según el artículo 138 de la misma se entiende cláusulas pétreas las establecidas en los títulos I, V, VI, VII, VIII, XII, XV, ya que limita al poder constituyente derivado para ser reforma a dichos títulos. También son cláusulas pétreas los ordinales primero y segundo del mismo artículo 188, que literalmente dicen: ***“la reforma a esta constitución podrá hacerse:***

1º) por una constituyente convocada por acuerdo de actas plebiscitarias autorizada por los dos tercios por los menos de los ciudadanos hábiles para votar.

2º) por una constituyente que deberá convocarse cada veinticinco años para introducir en ella las innovaciones que la experiencia exija. La Constituyente en esta caso y en la anterior no tendrá ninguna limitación de facultades.”

En la Constitución de 1945 se retomó la constitución de 1886, manteniéndose intangibles los artículos 80, 81 y 82, referente a la reelección de la Presidencia, vice Presidencia y designados, y a la duración del periodo presidencial.

En la Constitución de 1950, el artículo 223 es una cláusula pétrea en lo referente a la reforma a la misma, ya que para hacer dicha reforma se necesita que la presente Asamblea aprueba los puntos a reformar, que la Asamblea entrante los ratifique y una vez ratificada se convoque a Asamblea constituyente.

La Constitución de 1962 mantiene en su artículo 222 la cláusula pétrea de igual forma que la Constitución de 1950 en su artículo 223.

En la vigente **Constitución de 1983**, se encuentra la existencia de cláusulas pétreas en el artículo 248, que en su inc. Final literalmente dice “...**no podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la Republica y a la alternabilidad de la Presidencia.**”

En efecto, desde 1871, las constituciones salvadoreñas han incluido un esquema de reforma que hace que se les catalogue entre las constituciones rígidas, es decir, que requieren un trámite dificultoso para su reforma; a diferencia de las constituciones flexibles, que no exigen un trámite distinto al de las leyes ordinarias para su modificación. Tal esquema requería la aprobación de la reforma por dos Asambleas Legislativas ordinarias, tras lo cual debía ser convocada una Asamblea Constituyente que adoptara definitivamente las reformas, aun si éstas trataban de cambios menores. En 1983, se acordó adoptar un esquema que los constituyentes de ese año denominaron “**semirrígido**”, que requiere que la reforma, propuesta por un mínimo de diez diputados, sea aprobada por mayoría ordinaria de una Asamblea Legislativa y adoptada por mayoría calificada de una segunda. La **Exposición de Motivos** de la Constitución no explica las razones de tal cambio, pero se ha repetido hasta la saciedad que fue debido a que la rigidez dificultaba tanto su reforma, que se hacía necesario el rompimiento del orden constitucional y la práctica de golpes de Estado para llevar a cabo el cambio en la ley primaria. Como ejemplo se citaba que en toda nuestra historia, sólo en una ocasión, y bajo una dictadura que imponía la voluntad del titular del Poder Ejecutivo, se había llevado a cabo la reforma de la Constitución por el procedimiento previsto en la misma. En tal razonamiento, a decir verdad, hay una inversión de las causas y los efectos. Nunca, en toda nuestra historia, ha sido un golpe de Estado motivado por la rigidez del orden constitucional, por lo que no ha sido aquélla la causa de tales trastornos. Los golpes de Estado, motivados por razones sociales, sectarias o personales, han traído como

consecuencia la emisión de una nueva Constitución como medio para pretender legitimarse. Lo que vemos es que los cambios constitucionales no se han dado porque se dificulte la reforma de la ley primaria, sino por la falta de respeto al orden constitucional que se ha dado en algunas.

En 1983, se acordó adoptar un esquema que los constituyentes de ese año denominaron “**semi-rígido**”, que requiere que la reforma, propuesta por un mínimo de diez diputados, sea aprobada por mayoría ordinaria de una Asamblea Legislativa y adoptada por mayoría calificada de una segunda. La excepción era la Constitución de 1939 que permitía la reforma de ciertas partes de la Constitución por la aprobación de dos Asambleas Legislativas ordinarias y la reforma del resto o el cambio de toda la Constitución por una Asamblea Constituyente convocada ordinariamente cada veinticinco años con el propósito expreso de revisar el texto constitucional o extraordinariamente por plebiscito. Ocasiones en nuestra sociedad, como en tantas otras latinoamericanas. En efecto, mucho se habla de las trece constituciones que han regido a nuestro país, sin contar las tres federales, pero si hacemos una lectura de sus textos se encuentra una extremada similitud en unas y otras, diferencias marginales entre unas pocas de sus disposiciones y una misma motivación ideológica en grupos de ellos.

Podríamos decir que hemos tenido apenas cuatro constituciones básicas, las de 1824, 1871, 1886 y 1950 y que las que han existido con posterioridad a cada una de éstas, no se les han diferenciado más que en la reelaboración del texto con la modificación de unos pocos artículos. El ejemplo más claro y extremado lo tenemos en la Constitución de 1962, que modificó el orden del articulado de la Constitución precedente, pero solo reformó cuatro artículos que se referían a la duración del período presidencial y otras condiciones personales de funcionarios públicos. La nueva flexibilidad constitucional probó ser útil al momento de consolidar los Acuerdos de Paz de 1992 y facilitar las reformas que exigían los grupos armados para su

incorporación al orden establecido, pero años después de esto, los méritos de tal esquema son puestos en duda por algunas personas. La ley constitucional debe reflejar la voluntad de todo el pueblo en un momento dado y como tal contiene una aspiración, aunque se sepa históricamente imposible, de permanencia.

Como tal, la Constitución está constituida por las reglas básicas del juego social en un Estado determinado, el referente al cual debe supeditarse toda actuación del Estado y los particulares con la finalidad de preservar el orden que es necesario para la convivencia ciudadana. El orden constitucional, y consecuentemente el social, el progreso y el bienestar de una sociedad dependen del conjunto de reglas claramente determinadas y la infusión de respeto a las mismas, la convicción de que son buenas en sí mismas y es indeseable su cambio, por regla general, es requisito para la consecución de los fines comúnmente aceptados de un Estado. No es infrecuente encontrar el término “sagrado” vinculado a los principios constitucionales, tanto en el lenguaje patriótico como en el de los más serios tratadistas de derecho constitucional. La permanencia de la Constitución es un requisito indispensable para la generación de una conciencia de respeto hacia la misma, pero la reforma constante y frecuentemente inmotivada del texto constitucional, forma una idea en la ciudadanía de que es una ley tan dispensable como cualquier otra del orden jurídico y esto es lo que está pasando el nuestro país.

1.3- ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

La clave de todo poder en el marco de la sociedad democrática es el de caracterizarse como poder jurídico. A partir de la revolución francesa y otros procesos políticos, la conformación jurídica del poder será conocido como Estado de Derecho, ahora conocido como Estado Constitucional de derecho,

en vista que la Constitución es la norma superior y todo el ordenamiento jurídico y el poder estatal están sometidas a ella.

En nuestro ámbito jurídico tanto como el legislador tiene que definir cuáles son las circunstancias que hacen necesaria o motivan una reforma de la Constitución, y teniendo en cuenta las crisis sociales, económicas como políticas estas son un pilar fundamental para la evolución del derecho, partiendo de que el derecho es cambiante y este es el que nos refleja las carencias que tienen nuestras leyes. El legislador se encuentra en un debate en que si los tratados internacionales por mencionar un caso referido al matrimonio entre personas del mismo sexo existe una sentencia emitida por un tribunal Español específicamente en su artículo 144, en la sentencia de la CIDH no se menciona expresamente el tema del Matrimonio Igualitario, dirán muchos, es válido hacer una interpretación extensiva en cuanto a Orientación Sexual e Identidad de Género por tratarse de materia de Derechos Humanos, esto respaldado por el Principio *Pro Homine*. Esto vendría dando una interpretación extensiva al Derecho del Matrimonio, la cual eliminaría cualquier barrera interpuesta por cuestiones de orientación sexual e identidad de género, legitimando el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Este punto existe una contradicción con nuestro código de Familia, en su artículo 11 “*El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida.*” En relación al artículo 32 de la Constitución de la Republica de El Salvador inc.2 {...*El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges...*} según la pirámide de Kelsen la Constitución prevalece ante los tratados internacionales.

En este sentido es importante que el legislador considere las reformas constitucionales como mecanismos de desarrollo social, político, cultural y

económico, y que estas reformas lleven una auténtica interpretación constitucional la cual permita un verdadero desarrollo democrático.

Dichos desarrollos sociales, políticos, culturales y económicos se han visto golpeados por la crisis de violencia que está viviendo El Salvador y con esto surge el tema sobre si es factible la aplicación de la pena de muerte, considerando este tema coyuntural políticamente y para motivar una reforma constitucional sobre la implementación de la pena de muerte en El Salvador.

Este tema conlleva a diversas opiniones encontradas, ya que por un lado están quienes están a favor de que esta medida entre en vigencia para reducir los índices de violencia en el país y por otro lado se encuentran quienes están en contra de esta medida porque viola uno de los derechos fundamentales de los seres humanos como es la vida.

Para que una ley o reforma sea aplicada en el país primero debe enviarse una pieza de correspondencia a la Asamblea Legislativa, y posteriormente estas ideas deben pasar por una discusión primero en la comisión de seguridad pública y combate a la narcoactividad. Después del estudio y análisis de la reforma, si hay un dictamen favorable, la propuesta ingresa al pleno para su aprobación.

Pero por ser esta reforma algo que modificaría la Constitución, se necesita que al menos diez (10) diputados presenten la moción y de llegar a ser discutida en el pleno, podría aprobarse con un mínimo de cincuenta y seis (56) votos, por la legislatura actual y por la siguiente.

Se debe mencionar que para aplicarla en este momento político jurídico; antes debería de haber una reestructuración y depuración en el sistema judicial, ya que podrían al menos ser condenadas personas inocentes, como ha sucedido en el pasado.

Más allá del tema nacional también es necesario ver la parte internacional, ya que El Salvador ha firmado diversos tratados internacionales que están en contra de la pena de muerte como por ejemplo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y el Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el cual establece que “no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado que forme parte de dicha estructura”.

Desde este punto de vista se puede hablar si es necesario instaurar un nuevo estado Social en El salvador; ya que existen un conjunto de factores sociales, económicos, demográficos y políticos que han incidido en la sociedad salvadoreña durante los últimos 30 años, induciendo a una mayor intervención de las instituciones jurídicas en la vida social.

Estos factores exigen al sistema jurídico el desempeño de una nueva función: las normas e instituciones jurídicas deben operar mejor como medios efectivos de regulación, con una infraestructura jurídica nueva, producto de la Reforma Constitucional. Ha surgido una “nueva conciencia social” sobre la importancia del derecho para alcanzar la modernidad.

1.3.1- Problemas Fundamentales.

Se puede considerar como problemas fundamentales, las siguientes interrogantes.

¿Qué circunstancias hacen necesarios o motivan una reforma constitucional?

Los fenómenos sociales, económicos y políticos son esenciales para un cambio en el sistema normativo, pero en si lo que motiva una reforma constitucional se puede realizar por dos vías una a través de una iniciativa por

un diputado; es decir a través de la Asamblea Legislativa que es decir por un acuerdo político, que esta debe ser discutida y analizada y la cual debe contar con la votación de la mayoría calificada para que sea aprobada. La otra vía es por el Normativo, es decir que esta la inicia la Sala de Constitucional la cual es analizada por los Magistrados, ellos emiten una sentencia que tiene fuerza ejecutiva ya esta puede modificar el ordenamiento jurídico, por mencionar un caso las candidaturas independientes esta modificaron la forma de gobierno que está establecido en la constitución.

¿El legislador considera una reforma constitucional por acuerdo político o por interpretación de la norma constitucional?

Esto es la interrogante porque ambas pueden motivar una reforma constitucional, pero lo importante es destacar que la referida reforma posibilite favorecer al ser humano, o sea al destinatario de la Norma Fundamental; como lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador, considerando para ello de un análisis detallado del ordenamiento jurídico por los Legisladores y que este no debe favorecer a ningún grupo político, como comúnmente sucede en estos intentos de reformas constitucionales.

1.3-1. Problemas Específicos.

¿La aplicación de la Pena de Muerte es factible por reforma constitucional?

Con la crisis social que atraviesa el país, como lo mencionamos anteriormente; para ser más puntuales el fenómeno de la delincuencia ha sido estudiado distintos investigadores, periodistas, politólogos, criminalistas; y por otros estudiosos como es el caso de los estudiantes egresados, que en su trabajo de Tesis investigan el tema de “La aplicación de la sentencia 22-2007 sobre la declaratoria de terroristas a las maras o pandillas en El Salvador: un análisis constitucional y jurisprudencial y la perspectiva actual de la seguridad

pública”; y es por ello que en el caso de la delincuencia pandilleril con las diferentes estadísticas sobre muerte violenta, desapariciones y ejecuciones de familias enteras; el tema sobre la pena de muerte; tiene un mayor interés en la clase política de este País como una forma de tratar de frenar esta inseguridad, pero tendríamos que recalcar que la pena de muerte es nuestro país ya fue derogada solo se puede aplicar en caso excepcionalmente establecido en nuestra constitución de la república.

¿Podría instaurarse un nuevo Estado Social en El Salvador?

En lo largo de la historia, han existido varios momentos que han servido de pautas para ir cambiando nuestro ordenamiento jurídico, el conflicto armado dio paso a los acuerdos de paz.

Por tanto tenemos establecido una Constitución de la Republica, y en ella se regula tanto derechos como deberes y garantías del ser humano, entonces diríamos que ya contamos como un Estado Social establecido que funcione de la mejor manera, sería de analizar porque el estado social debe desarrollar el principio de igualdad y no de favorecer a un determinado grupo de personas, este conclave entre un sistema y otro no es simplemente producto de una reforma constitucional, conlleva el reestructurar todo un sistema económico, político y jurídico; y por ello sería inevitable el error de la experiencia en otros países, en los cuales ha fracasado.

1.4- JUSTIFICACIÓN.

En el Salvador se han experimentado transiciones de carácter económico, político, social y cultural y por ello el derecho ha venido evolucionando, pero será de la manera más adecuada; aclararemos que una Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de una Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional. En los países

con sistemas de "Con Situación rígida" o "rígidamente", las reformas constitucionales requieren de un procedimiento especial, diverso al que utiliza para la aprobación de las leyes ordinarias.

La aspiración de la Constitución de establecer para el futuro un orden político, jurídico y social, se vería frustrado si quedase a merced de posibles alteraciones que cambiasen la organización del poder o vulnerasen los derechos que en ella se fijan. También es lógico pensar que la Constitución no puede quedar a la disposición de poderes que deben su existencia a la misma, sería contradictorio que la obra del poder constituyente esté sujeta a lo que disponga el poder constituido. Pero de la misma forma resulta improcedente, negar la posibilidad de reforma de la Constitución, esto supondría que una generación podría establecer pautas de una comunidad para siempre. Ya que no existe sociedad a quien no pueda reconocerse el derecho a cambiar las condiciones generales de su existencia sería antidemocrático negar a las generaciones futuras la capacidad para decidir su propio modo de vivir.

En este sentido la temática a referirse es “Qué circunstancias hacen necesario o motivan una reforma de la Constitución o si el legislador considera una reforma constitucional por acuerdo político o por interpretación de la norma constitucional.” estas interpretaciones se dan en base a la realidad social, política y económica de un país.

Se ha vuelto algo muy novedoso, debido a las múltiples sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se enfrenta una controversia si estas modifican o no las cláusulas pétreas que protegen la Constitución; o si estas reformas se dan más por la vía legislativa, es decir por el poder político que emana del pueblo pero en realidad se están resolviendo las necesidades del país o la de cierto grupo parlamentario con interés propios.

No solo a nivel nacional se habla de las reformas constitucionales y las cláusulas pétreas sino que también a nivel internacional, debido a que hay tratados internacionales que permiten que se modifique ciertas parte de los artículos considerados como cláusulas pétreas como por ejemplo: a referirse al territorio no se modifica de una manera total si no que parcial, debido a la jerarquía que ejercen los tratados sobre la constitución.-

2.0- OBJETIVOS

2.1- OBJETIVO GENERAL

- i. Estudiar la efectividad de una reforma constitucional y de qué manera esta mejoraría la calidad del funcionamiento de las diferentes instituciones que conforman nuestro sistema democrático.
- ii. Analizar una posible reforma constitucional desde un enfoque político o jurídico tomando en cuenta las instituciones democráticas de nuestro país.

2.2- OBJETIVO ESPECÍFICO

- i. Identificar los parámetros sobre una posible reforma constitucional a la aplicación de la pena de muerte.
- ii. Analizar si el artículo 248 inciso último de la Constitución puede ser objeto de reforma en cuanto a su contenido y si esta afecta el Estado Constitucional de Derecho y si puede motivar un Estado Social de Derecho en El Salvador.

- iii. Desarrollar análisis jurisprudencial sobre la reforma del sistema político.

3.0- ALCANCES

3.1- ALCANCE DOCTRINARIO

El hecho de si debiese o no constituir una reforma a nuestra constitución, ha sido un tema debatido por diversos autores a lo largo de varios años, para algunos autores las clausulas pétreas constituyen un límite al poder constituyente que se vuelve beneficioso pues procura que el rumbo o sistemas adoptados y protegidos por dichas clausulas pétreas o consideradas inamovible sean modificadas de una manera intransigente, es decir a la voluntad de cada legislador.

Tradicionalmente la conformación jurídica del poder se ha conocido como Estado de Derecho, ahora se conoce como Estado Constitucional.

A partir de la Revolución Francesa, de la gloriosa Revolución Inglesa y la Independencia de los E.E.UU., el mundo exige la conversión del estado absolutista, en un estado protector de la libertad y de los derechos individuales, para lo cual es necesario fijar límites a los detentadores, independientemente de sí la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder, en forma de un sistema de reglas fijas en la constitución destinadas a limitar el ejercicio del poder político.

La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder. Ahora bien toda Constitución pretende, fijar y establecer un orden entre gobernantes y gobernados y esa pretensión es de carácter permanente o sea que no obstante la naturaleza cambiante de la vida

social y política, se quiere que el marco jurídico de regulación sea lo más permanente posible, como lo mencionamos en otro apartado y es así en gran medida como toman fuerza las cláusulas que conllevan una mayor dificultad para su reforma.

Volviendo ahora al problema propiamente dicho de la reforma constitucional, que solamente surge en las constituciones escritas, lo primero que habría que preguntar es bajo qué circunstancias es necesaria o es motivada dicha reforma. En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna manera a las nuevas exigencias e interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.

En segundo lugar se habría que pensar en que “Una reforma constitucional, que aquí surge en la forma de complemento constitucional, se puede producir cuando la constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político, que resultaría difícil la existencia de las referidas lagunas. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas. Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídica constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”. Un ejemplo de esto es el caso del art. 248 Cn; que solamente ha regulado el procedimiento de reforma parcial, pero no ha previsto sobre reforma total que incluya reformables al inciso último de ese artículo y al hacerlo, hace suponer que las demás normas intangibles, obligaría en su caso a convocar al Poder Constituyente para lograr tales modificaciones.

Es entonces que para referimos a la reforma constitucional queremos destacar fundamentalmente dos aspectos: 1.) La necesidad de reformar, y 2.)

La Técnica que debe emplearse. Desde luego estos dos no son los únicos pero si los principales según Pedro de Vega, en su “**REFORMA CONSTITUCIONAL**”.

La necesidad de considerar la posibilidad de la reforma constitucional se da por tres razones fundamentales:

a) Como Instrumento de adecuación de la realidad política y la realidad jurídica;

b) Como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado;

c) Como institución básica de garantía.

La técnica de reformar:

Desde un punto de vista político, al establecerse claramente la distinción entre el poder de reforma y el poder legislativo ordinario, por la naturaleza más compleja de las formas y procedimientos del primero, lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos (concretamente el Parlamento) se transformen en efectivos poderes constituyentes; de tal suerte que, en lugar de estar las Asambleas sometidas a la Constitución, sería la Constitución quien se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales. Con lo cual, la Constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde, en definitiva, y al margen de su significado etiológico original, reside, como dice Sartori, la esencia de la democracia moderna.

3.2- ALCANCE JURÍDICO.

El tema objeto de estudio tiene como base una serie de artículos de la normativa constitucional salvadoreña, en la cual nos referimos primeramente al artículo 248 de la Cn, tomado como base en la investigación, ya que este artículo determina, límites de reformas tales como, la forma y sistema de gobierno establecidos en el título III que contempla los artículos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 todos de la Constitución de la República.

También es de gran relevancia el enfoque de los artículos referentes a los tratados internacionales celebrados por el salvador con otros estados, esto plasmado en el título VI, sección tercera, que contempla los artículos 144, 145, 146, 147, 148, y 149 de la Constitución donde nos menciona el alcance de la aplicación de la Constitución de la República.

No obstante lo establecido anteriormente, y dada la trascendencia jurídica de la investigación se deja abierta la posibilidad del estudio de otros artículos no mencionados, los cuales pueden surgir en el desarrollo de la temática investigativa.

3.3- ALCANCE TEÓRICO

Toda investigación se encuentra dotada de mucha teoría, ya que podemos decir que, a través de la historia, desde que aparecen las primeras ideas de estado viene surgiendo con ello el derecho, “donde el pueblo o la comunidad de hombres formulan leyes para auto organizarse creando con la suma de voluntades de todos los ciudadanos un poder superior que ordena y que manda, es lo que se le denomina contrato social.

Este poder así creado y organizado define que hacer y no hacer, es decir manda, prohíbe o permite; el contrato social que formula mandatos sobre la conducta humana, es un poder ordenador y normativo y es el

consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que aceptan unirse e incorporarse a dicha sociedad.

Todas estas ideas encuadran en la teoría contractualista para la cual la sociedad había nacido mediante un pacto y fue cuando se pensó en elaborar una especie de contrato o pacto en el cual se inscribieran los pensamientos ideológicos y de gobierno y que estos fueran respetados, estableciendo para ello cláusulas que significaran o impusieran o mejor dicho impidieran su accesible modificación.

3.4- ALCANCE TEMPORAL

La investigación se enmarca, a lo expuesto en la Constitución de la República que data desde 1983 hasta la fecha, lo referente al artículo 248 inciso último de la Constitución de la República que se refiere a las normas o cláusulas pétreas o intangibles, no obstante, para una mayor ilustración y como un antecedente histórico se vuelve necesario retomar ciertos aspectos históricos desde la constitución de 1824 hasta la actual.

3.5- ALCANCE ESPACIAL

Por considerar que la exigencia del tema en estudio, es decir que lo referente al mecanismo de reforma conlleva una importancia generalizada para nuestra sociedad, esto en cuanto, en el están inmersos los intereses mismos de un pueblo que se desarrolla acercándose a un Estado de Derecho propiamente dicho, la reforma constitucional juega un papel muy importante en ese mismo desarrollo, por consiguiente es necesario hacerlo extensivo a todo el país, dado que la constitución es la ley primaria que rigen nuestra sociedad.

4.0- SISTEMA DE HIPÓTESIS

4.1- HIPÓTESIS GENERAL

1. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es la facultada para realizar reforma Constitucional por medio de la Interpretación de la norma Constitucional; sin embargo, puede realizarse por medio de la Asamblea Legislativa.
2. La nueva realidad Social de El Salvador desde el ámbito de las Instituciones Democráticas, especialmente las Políticas; hacen necesarias que responda a la demanda de la sociedad, tanto en el ámbito Social, Jurídico y Económico.

4.2- HIPÓTESIS ESPECIFICAS

1. La aplicación de la pena de muerte no es factible por reforma constitucional ya que se violaría derecho fundamental con es el derecho a la vida; sin embargo, sería factible reformarla por la realidad que vive El Salvador en cuanto a temas de corrupción y criminalidad.
2. Las Cláusulas Pétreas del art. 248 inciso último de la constitución son las formas y sistemas de Gobierno territorio de la República y a la alternabilidad de la Presidencia son inmodificable; sin embargo La Sala de lo constitucional ha emitido Sentencias que modifican la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.
3. El legislador debe considerar una reforma constitucional por medio de la interpretación de la norma Constitucional; porque siempre será necesario cambios como forma de adoptar el texto de la misma a los cambios políticos, sociales y jurídicos que llevaran a mejorar el sistema político.

4.3- Operacionalización de las Hipótesis Generales.

Objetivos generales 1					
Estudiar la efectividad de una reforma constitucional y de qué manera esta mejoraría la calidad de funcionamiento de las diferentes instituciones que conforman nuestro sistema democrático.-					
Hi1 Hipótesis General 1					
La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es la facultada para realizar reforma Constitucional por medio de la Interpretación de la norma Constitucional; sin embargo puede realizarse por medio de la Asamblea Legislativa.-					
Definición Conceptual	Definición operacional	Variable Independiente	Indicadores:	Variable Dependiente	Indicadores:
Reforma Constitucional: tiene por objeto una revisión parcial de una Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional. En los países con sistemas de "Constitución rígida" o "rígidamente", las reformas constitucionales requieren de un procedimiento especial, diverso al que utiliza para la aprobación de las leyes ordinarias.	La Reforma Constitucional toma como partida la Constitución ya que esta establece los procedimientos que se deben seguir para una reforma.	La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es la facultad para realizar reforma Constitucional por medio de la Interpretación de la norma Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Reforma Constitucional • Interpretación • Corte Suprema de Justicia • Norma Constitucional 	Sin embargo puede realizarse por medio de la Asamblea Legislativa.	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea Legislativa • Interpretación • Corte Suprema de Justicia • Sentencia

Objetivos general 2

Analizar una posible Reforma Constitucional desde un enfoque político o jurídico tomando en cuenta las instituciones democráticas de nuestro país.-

Hi2 Hipótesis General 2

La nueva realidad Social de El Salvador desde el ámbito de las Instituciones Democráticas, especialmente las Políticas; hacen necesarias que respondan a la demanda de la sociedad , tanto en el ámbito Social, Jurídico y Económico

Definición Conceptual	Definición operacional	Variable Independiente	Indicadores:	Variable Dependiente	Indicadores
Instituciones Democráticas: Formas políticas a través de las cuales llega a ejercer el pueblo una influencia y control en la vida del gobierno. Las instituciones Democráticas, se interrelacionan dentro de un orden político democrático, de forma que la división de funciones impida la concentración de poder en una sola institución. Los principios básicos en que descansan las instituciones Democráticas. Son: a) la representación popular, b) la separación de poderes, y c) la legalidad y jerarquía de las normas	Se toma como base una sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional.	La nueva realidad Social de El Salvador desde el ámbito de las Instituciones Democráticas, especialmente las Políticas	<ul style="list-style-type: none"> • Realidad Social • Instituciones Democráticas • Políticas • Orden económico 	hacen necesarias que respondan a la demanda de la sociedad, tanto en el ámbito Social, Jurídico y Económico	<ul style="list-style-type: none"> • Realidad Social • Social • Jurídico • Económico

4.4- Operacionalización de las Hipótesis Específicas.

Objetivos específicos 1					
Identificar los parámetros sobre una posible reforma constitucional a la aplicación de la pena de muerte.					
Hi2 Hipótesis Específicas 1					
La un aplicación de la pena de muerte no es factible por reforma constitucional ya que se violaría derecho fundamental con es el derecho a la vida; sin embargo sería factible reformarla por la realidad que vive El Salvador en cuanto a temas de corrupción y criminalidad.					
Definición Conceptual	Definición operacional	Variable Independiente	Indicadores:	Variable Dependiente	Indicadores
Pena de Muerte: Es la privación de un bien jurídico que el poder público, a través de sus instituciones impone a un individuo que ha cometido una acción perturbadora del orden jurídico.	Art. 27 Cn. "Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional."	La aplicación de la pena de muerte no es factible por reforma constitucional ya que se violaría un derecho fundamental con es el derecho a la vida	<ul style="list-style-type: none"> • Pena de Muerte • Derechos Fundamentales • Derecho a la Vida 	sin embargo sería factible reformarla por la realidad que vive El Salvador en cuanto a temas de corrupción y criminalidad	<ul style="list-style-type: none"> • Realidad • Corrupción • Criminalidad

Objetivos específicos 2

Analizar si el artículo 248 inciso último de la Constitución puede ser objeto de reforma en cuanto a su contenido y si esta afecta el Estado Constitucional de Derecho y si puede motivar un Estado Social de Derecho en El Salvador

Hi 2. Hipótesis Específicas 2

Las Cláusulas Pétreas del art. 248 inciso último de la constitución son las formas y sistemas de Gobierno territorio de la República y a la alternabilidad de la Presidencia son inmodificable; sin embargo La Sala de lo constitucional ha emitido Sentencias que modifican la estructura y principios fundamentales del texto constitucional

Definición Conceptual	Definición operacional	Variable Independiente	Indicadores:	Variable Dependiente	Indicadores
Cláusulas Pétreas: La doctrina define como cláusulas pétreas aquéllas que en las constituciones no pueden ser reformadas en tanto llevan en sí el espíritu de las mismas, es decir, que en ellas se plasma la ideología y tendencia política del país o región de que se trate	se toman como base dos sentencias referidas al territorio y las candidaturas independientes las cuales se extraen de Sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional	las Cláusulas Pétreas del art. 248 inciso último de la constitución son las formas y sistemas de Gobierno territorio de la Republica y a la alternabilidad de la Presidencia son inmodificable	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusulas Pétreas • Constitución • Gobierno • Alternabilidad 	La Sala de lo constitucional ha emitido Sentencias que modifican la estructura y principios fundamentales del texto constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Sala de lo Constitucional • Principios Fundamentales • Sentencia • Estructura

Objetivos específicos 3

Desarrollar análisis jurisprudencial sobre la reforma de del sistema político.

Hi3. Hipótesis Específicas 3

El legislador debe considerar una reforma constitucional por medio de la interpretación de la norma Constitucional; porque siempre será necesario cambios como forma de adoptar el texto de la misma a los cambios políticos, sociales y jurídicos que llevaran a mejorar el sistema político.

Definición Conceptual	Definición operacional	Variable Independiente	Indicadores:	Variable Dependiente	Indicadores
Interpretación de la norma Constitucional: La interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. De una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales. Esto puede originar asimismo la inconstitucionalidad de otras normas que encuentren en conexión con tales leyes.	Art. 131 N° 5 Cn. “Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias	El legislador debe considerar una reforma constitucional por medio de la interpretación de la norma Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Legislador • Reforma Constitucional • Interpretación 	porque siempre será necesario cambios como forma de adoptar el texto de la misma a los cambios políticos, sociales y jurídicos que llevaran a mejorar el sistema político.-	<ul style="list-style-type: none"> • Cambios políticos • Sistema Político

5.0- DISEÑO METODOLOGICO

5.1- TIPO DE INVESTIGACIÓN

Las teorías expuestas por especialistas, nuestro tema está muy apegadas a ellas, existen una o más teorías que pueden explicar el fenómeno estudiado y proponer una solución para disminuir o erradicar esta problemática. El tipo de investigación utilizada, es la investigación Descriptiva, debido a que las recientes sentencias de la Sala de lo Constitucional respecto al tema en debate que ha causado una disyuntiva entre que si puede existir una reforma constitucional a las cláusulas pétreas o esta son inmodificables por su supremacía constitucional.

Junto a la investigación descriptiva, se utilizará la investigación analítica, ya que con dicha investigación se va analizar desde un ámbito de protección constitucional a las instituciones democráticas en nuestro país, se analizará cuál de las posturas es la que más se apega a la realidad.

5.1.1- Población.

Debido a la problemática a investigar, hay que profundizar en los criterios jurisprudenciales, de las sentencias emitida por las sala de Constitucional es importante destacar sus conocimiento en dicha área, Son los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, Autores de la rama de Derecho Constitucional que han plasmado en un texto jurídico y esto aporta sus conocimientos jurídicos a sus lectores y Diputados que son los representantes del pueblo en la Asamblea Legislativa. Por ende, se realizaran entrevistas a los siguientes funcionarios:

1. Abogado, escritor y autor del Libro Manual de Derecho Constitucional I y II el Señor José Albino Tinetti.

2. Al Licenciado Mario Antonio Solano Aguilar, que cuenta con experiencia como colaborador jurídico de la Asamblea Legislativa, maestrías en Derecho Constitucional.
3. Al Licenciado Edward Sidney Blanco actual magistrado de la Sala de lo Constitucional.

5.1.2- Criterios para establecer la población

Tomaremos en cuenta para realizar las entrevistas, a las personas que son idóneas para el tema, por ello se decidió entrevistar al Autor del libro "Manual de Derecho Constitucional II y II", nos referimos al Abogado José Albino Tinetti que por su trayectoria y su amplio conocimiento en la rama de Derecho Constitucional es, alguien que ha estado día a día en construcción de criterios que ha plasmado en dichas obras dando un aporte a la Sala de lo Constitucional, mucho ha tomado el libro de Manual de Derecho constitucional para fundamentar dichas sentencias que ha emitido dicha Sala.

Hasta muchos catedráticos de nuestra Alma Mater, han tomado sus apuntes de clases en base de estos libros y consideramos que los conocimientos que dicho autor puede brindarnos son pieza clave para nuestra investigación de campo.

En la Sala de Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, han pasado funcionarios que han sido parte del crecimiento del Derecho y además han emitido sentencias que han dejado historia y tales han causado mucha polémica, por el cambio jurídico que han provocado dichas sentencias,

Se ha tomado como referencia al Licenciado Mario Antonio Solano Aguilar, quien es parte del área de Proyecto de Asistencia Técnica de la Corte Suprema de Justicia; el cual ha colaborado con su padre en muchas de sus obras.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido un sinnúmero de sentencias, pero en primordial dos sentencias las cuales fueron sobre las candidaturas independiente y otra sobre la reforma constitucional; por lo tanto, se tomado en cuenta al magistrado Edward Sidney Blanco.

5.2- MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

5.2.1- Método

Para el desarrollo de la investigación se utilizara el método analítico-sintético, el cual se encuentra basado en el ámbito constitucional, es decir el análisis jurídico que ha realizado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre las candidaturas independientes, sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo entre una diversidad de temas que como sala han pronunciado ante estos temas siempre fundamentándolo en el derecho cada una de sus sentencias, en muchos casos apoyándose del derecho internacional.

Pero este método va de la mano del **método empírico**, es decir basándose en la investigación de campo y en la observación que haremos con cada una de las entrevistas que se realizaran a diversos conocedores del derecho.

Se tomará en cuenta el **método Científico**; que basaremos en dos formas en las investigaciones que han realizado los diferentes autores sobre la rama del Derecho Constitucional.

5.2.2- Técnicas de Investigación

La técnica que se utilizara para llevar a cabo dicha investigación es la recopilación de información ya sea de fuentes bibliográficas, como de fuentes

electrónicas para poder dar un enfoque jurídico que nos permita dar una propuesta de solución a dicha problemática.

Además, la investigación de campo será de vital importancia para conocer las opiniones, criterios y visiones de los entrevistados antes mencionados, esto se realizará a través de las entrevistas no estructuradas.

5.2.3 - Instrumentos de Investigación.

Es fundamental debido a la naturaleza del tema, entrevistar a las personas que tengan conocimiento del mismo, es decir que son expertos en la rama de Derecho Constitucional, no es adecuado que cualquier persona sin conocimiento de dicho tema; que no cuenten con los conocimientos jurídicos para realizar un análisis racional de la temática planteada; por ello que como instrumentos de la investigación se utilizaran entrevistas no estructuradas, dirigidas a los diferentes expertos en la temática, sean el primero de estos: José Albino Tinetti, Licenciado Mario Antonio Solano Aguilar, Al magistrado Edward Sídney Blanco Reyes.

✓ Procedimiento para la realización de entrevistas

Se pretende realizar las entrevistas en las fechas entre el veintitrés de mayo al treinta de junio del presente año. No se tiene una fecha exacta para ejecutarlas debido a que las personas que serán entrevistadas son empleados o funcionarios públicos y nos debemos a sus tiempos sea día y hora que ellos nos establezcan.

En otro punto, para poder establecer los contactos pertinentes con los entrevistados, se enviara una carta formal pidiendo en dicha solicitud que nos proporcionen dicha entrevista, esta solicitud ha sido llevada a sus lugares de trabajos, en el caso del Abogado José Albino Tinetti será en la Universidad ESEN de El Salvador de igual manera para él; Licenciado Mario Antonio Solano Aguilar, quien labora en el área de Proyecto de Asistencia Técnica de

la Corte Suprema de Justicia en la cual se detalla el motivo de la presente y la temática que se está desarrollando con la dicha investigación

Por último, en lo que respecta al magistrado Edward Sídney Blanco Reyes se le contacto vía telefónica y se programó la entrevista.

5.2.4- Procesamiento de Datos.

Se aplicará los siguientes pasos:

- a) Se estudiara la entrevista realizad al Abogado y Autor José Albino Tinetti, en el cual nos enfocaremos a todos los temas relacionados con nuestra temática, desde un enfoque jurídico; comparando teorías con las repuestas dadas por el entrevistado.
- b) Se analizara cada una de las repuestas dadas por el Licenciado Mario Antonio Solano Aguilar, recolectando la información para ser incluidos en las conclusiones de nuestra investigación.
- c) Con la entrevista al Magistrado Edward Sídney Blanco, se pretende enriquecernos de más información sobre el ámbito jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional y del importante papel que tiene la sala en el desarrollo de nuestro país.

6.0- PROPUESTA CAPITULAR

6.1- CAPITULO I. SÍNTESIS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con el presente capitulo se pretende desarrolla el planteamiento de problema y este determinara el rumbo de la investigación sobre la temática “El mecanismo de reforma constitucional y las cláusulas pétreas en protección a las instituciones democráticas en el salvador”. Puesto que al tener identificado el problema de la investigación se podría estudiar las diferentes posturas, y que aporten las posibles soluciones a la temática.

Con cada tema se abordara y se desarrollara aplicando las categorías doctrinarias, jurídico, Político y Económicas, ya que las preguntas que se establecen en el planteamiento del problema son el eje central de la investigación; así como también el método a utilizar junto con las entrevistas ayudaran a dar un desarrollo más amplio que conlleve a una respuesta a los cuestionamientos planteados.

6.2- CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

En este capítulo se mencionara los antecedentes Históricos y como se ha venido desarrollando las diversas constituciones de el salvador en cuanto a las reformas y cláusulas pétreas , y las bases teóricas que sostendrán la investigación; en cuanto a la base Jurídica se tendrá como punto central la Constitución de la República de El Salvador, así como los tratados y Convenios Internacionales referente al territorio y a los matrimonios de personas del mismo sexo, y por último se desarrollara la Legislación y Jurisprudencia que tiene que ver con las reforma constitucionales y en su defecto con las cláusulas pétreas.

6.3- CAPÍTULO III. PRESENTACIÓN DE HIPÓTESIS, PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADO

Mediante la realización de este capítulo se establecerá la verificación de hipótesis pudiendo las mismas ser comprobadas y verificadas al final de la investigación, estas hipótesis son resultado o derivación de los objetivos expuestos con anterioridad, y que serán congruentes entre sí para seguir la línea de investigación.

Juntamente con los enunciados del problema se elabora un instrumento de investigación, para la elaboración de datos los cuales se sustraen mediante las entrevistas las cuales detallarán de forma clara y compleja los resultados

la medición de la magnitud del problema y estos resultados serán presentados mediante tablas.

6.4- Capítulo IV. Conclusión y Recomendaciones

Este capítulo es de suma importancia ya que se realizaran conclusiones generales se harán en base a los datos obtenidos en el capítulo anterior y se tomara en cuenta los aspectos doctrinarios, jurídicos, teóricos, y esto conllevara también a hacer conclusiones específicas que se refieran a un tema determinado; también se elaboraran recomendaciones tanto a las instituciones democráticas como al estado en sí, las cuales tendrán como finalidad proporcionar sugerencias a partir de los resultados adquiridos en la investigación, pero esta deberán ser congruente con la investigación realizada.

7.0- PRESUPUESTO

El presupuesto en que se basa para la elaboración de la presente investigación con especificación de cada uno de los rubros son los siguientes:

RUBROS	PRECIO UNITARIO EN USD		PRECIO TOTAL EN USD
PERSONAL			
3 estudiantes egresados (matrícula y mensualidades)	Matricula	Cuota	
Orbelina Rocío González de Hernández	\$5.71	\$4.80	\$53.71
Rosa Mirtala Fuentes de González	\$5.71	\$4.80	\$53.71
Eva Lourdes Gómez Lovos	\$5.71	\$4.80	\$53.71
Entrevista a los Expertos	-		\$200
EQUIPO Y SUMINISTROS INFORMÁTICOS			
Computadora		\$200	\$600
Tinta para impresiones		\$25	\$75
Internet		\$10	\$30
Materiales			
Papel Bond		\$5	\$45
Libros		\$20	\$110
Anillados		\$2.25	\$50
Empastados		\$12	\$36

Fotocopias	\$0.05	\$100
Transporte	-	\$300
Materiales		
Total	\$262.30	\$1,446.00

La investigación será financiada por el grupo investigador

CAPITULO I

PARTE II

7.1- CUADRO SINÓPTICO DEL ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

Código de Pregunta	Tema Central	Interpretación de significado
01	La Motivación de Reformas Constitucionales	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Reforma ✓ Constitución
02	Consideraciones de una reforma constitucional	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Consideraciones
03	El legislador puede considerar una reforma constitucional por acuerdo político o por interpretación de la norma constitucional	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Legislador ✓ Acuerdo Político ✓ Norma Constitucional
04	La factibilidad de una reforma constitucional en cuanto a la pena de muerte	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Factibilidad ✓ Pena de muerte
05	La instauración de un estado Social de Derecho	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Estado ✓ Derecho

7.2- LA MOTIVACIÓN DE REFORMA CONSTITUCIONAL

7.2.1- La Necesidad de la Reforma Constitucional

La reforma constitucional, que solamente surge en las constituciones escritas, lo primero que habría que preguntar es bajo qué circunstancias es necesaria o es motivada dicha reforma. En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna manera a las nuevas exigencias e interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.

7.2.2- Lagunas Constitucionales

Se puede producir cuando la constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas. Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídica constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo. Un ejemplo de esto es el caso del art. 248 que solamente ha regulado el procedimiento de reforma parcial, pero no ha previsto sobre reforma total.

Por otro lado, una laguna constitucional oculta se produce cuando, en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada.¹

¹SOLANO RAMIREZ, MARIO ANTONIO, (2001) *“Reforma constitucional”*, primera edición, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, p.10.

En este campo se puede mencionar el hecho de que la Constitución no ha establecido, aparte de la aprobación o desaprobación, los efectos del informe deficiente de los ministros del gobierno.

7.2.3- Constitución

LUCAS VERDU, la plantea: "Como una estructura como conjunto de elementos interdependientes cuya ordenación jurídica normativa e institucional organiza y delimita el poder del Estado.

Constitución o del latín *constitutionem* -nominativo *constitutio*, "acto de establecer, condición establecida regulación ,orden, ordenanza", de *constitut*, participio pasado de *constituere*) es la ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política. También es designada con las expresiones "carta magna" o "ley fundamental".

En cuanto norma jurídica suprema de un Estado de derecho, establece el origen de la soberanía en la nación o el pueblo (soberanía nacional soberanía popular), reconoce los derechos fundamentales (o derechos constitucionales) y los mecanismos de participación y representación política, establece la forma de Estado (en cuanto a su organización territorial), la forma de gobierno (o régimen político) y el sistema político; particularmente al fijar los límites y controles a que se someten cada uno de los poderes del Estado y definir sus filiaciones y equilibrios (*checks and balances*, en la división de poderes clásica: legislativo, ejecutivo y judicial).

La norma o, en su caso, el conjunto de normas constitucionales, son las que determinan las bases del ordenamiento jurídico; especialmente la

organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos del sistema económico y las relaciones sociales, los deberes y derechos de sus ciudadanos.

7.2.4- Clasificación de las Constituciones

➤ **Constituciones Flexibles:**

Si las normas constitucionales pueden ser modificadas por el legislativo ordinario de la misma manera que las demás leyes estamos frente a una constitución flexible.²

Es la que se puede reformar mediante una ley común de acuerdo al procedimiento ordinario de sanción de las leyes.

➤ **Constituciones Rígidas:**

Son las Constituciones en las cuales existen ciertas formalidades que no existen en las ordinarias para reformarla y afirman que esto le da más estabilidad y mayor fuerza legal a las Constituciones. Ejemplos: La Constitución política de la República de Guatemala de 1985, la Constitución de Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787, La Constitución Política de El Salvador de 1983 y la francesa del 3 de septiembre de 1791 Una Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de una Constitución.³

Las normas constitucionales que están colocadas por encima o fuera del alcance del poder legislativo, a razón de que habiendo sido dictadas por una autoridad superior “Asamblea Nacional Constituyente” no puede cambiarse. En consecuencia, la constitución rígida es la que no se puede

² FUNDACION WIKIMEDIA, (30 de Mayo de 2016) “*Reforma Constitucional*”, Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_constitucional.

³ FUNDACION WIKIMEDIA, (30 de Mayo de 2016), “*Reforma Constitucional*”; Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_constitucional.

reformular mediante una ley común sin un procedimiento especial distinto a las leyes y sectores.

7.2.5- Fundamento de la Reforma Constitucional

La aspiración de la Constitución de establecer para el futuro un orden político, jurídico y social, se vería frustrado si quedase a merced de posibles alteraciones que cambiasen la organización del poder o vulnerasen los derechos que en ella se fijan. También es lógico pensar que la Constitución no puede quedar a la disposición de poderes que deben su existencia a la misma, sería contradictorio que la obra del poder constituyente esté sujeta a lo que disponga el poder constituido. Pero de la misma forma resulta improcedente, negar la posibilidad de reforma de la Constitución, esto supondría que una generación podría establecer pautas de una comunidad para siempre. Jean-Jacques Rousseau manifiesta que no existe sociedad a quien no pueda reconocerse el derecho a cambiar las condiciones generales de su existencia. Thomas Jefferson también defendió que sería antidemocrático negar a las generaciones futuras la capacidad para decidir su propio modo de vivir.⁴

7.2.6- Clases de reforma constitucional

Una reforma constitucional se puede producir:

- En forma de complemento constitucional; es decir, cuando la Constitución contiene lagunas, las cuales pueden ser descubiertas u ocultas.
- Cuando se suprime algo.

⁴ FUNDACION WIKIMEDIA, (30 de Mayo de 2016) "*Reforma Constitucional*"; Recuperado de : https://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_constitucional.

- Cuando se sustituye el texto existente por otro.
- La reforma total: Es precedida de una derogación del texto y la simple modificación.
- Reforma parcial: Por lo cual se dedica un apartado específico al tema, al tratarse de los problemas teóricos de la reforma constitucional.⁵

7.3- CONSIDERACIONES DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.

La necesidad de considerar la posibilidad de la reforma constitucional se da por tres razones fundamentales:

- a) Como Instrumento de adecuación de la realidad política y la realidad Jurídica;
- b) Como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado;
- c) Como institución básica de garantía.
- d) Como Instrumento de Adecuación de la Realidad.

7.3.1- Política:

Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan, en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que,

⁵TINETTI, JOSÉ ALBINO, “*Manual de Derecho Constitucional* Tomo I y II”, Primera edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1998, p 178.

en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables⁶. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional.

7.3.2- Como Mecanismo de articulación:

Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un poder constituyente y soberano.⁷

7.3.3- Como Institución básica de garantía:

Por último, habría que indicar que sí, frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se consagra y se transforma en Lex superior.

⁶ SOLANO RAMIREZ, MARIO ANTONIO, *“Reforma constitucional”*, primera edición, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001 p.40.

⁷ Ibid, p.41.

7.3.4- La Técnica de la Reforma.

Desde un punto de vista jurídico la técnica de la reforma es quien invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Lo que significa que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales. Sartori, la esencia de la democracia moderna. Se parte del principio de que la Constitución es un marco normativo del poder y que el pueblo titular de éste, tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su Constitución. Este poder es el Poder Constituyente, que reside en el Pueblo.

7.3.5- La Participación Popular.

Cómo el pueblo se hace presente para el ejercicio del poder, considerando que el poder soberano, no puede ser representado, exigían cuando menos que los pactos celebrados fueran ratificados por el pueblo⁸. Es una idea del constitucionalismo francés por el cual la soberanía no reside en el pueblo, sino en la nación y siendo ésta un ente abstracto, no puede actuar por sí misma y debe actuar por medio de sus representantes y en tal caso es necesario convocar a una Asamblea constituyente. No obstante, debe recordarse que Rouseeau, pensaba en la soberanía popular, por la cual cada uno de los ciudadanos lleva una fracción de la soberanía del pueblo.

⁸ Ibid, p.15.

7.4- EL LEGISLADOR PUEDE CONSIDERAR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL POR ACUERDO POLÍTICO O POR INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.

El legislador toma en cuenta tanto el acuerdo político como la interpretación de la norma constitucional en el sentido que para llegar a una reforma constitucional es necesario que los partidos Políticos lleguen a un acuerdo para que se dé una reforma y una interpretación de la norma; un ejemplo claro son los acuerdos de paz de 1982, que por acuerdo político se dieron varias reformas que se plasmaron en la Constitución de 1983, es necesario referirse a interpretar la norma constitucional ya que esta establece los parámetros que deben de tomarse en cuenta para realizar una reforma constitucional.

7.5- LA FACTIBILIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA PENA DE MUERTE.

El tema de la pena de muerte en El Salvador es un tema muy discutido y que tiene diversas opiniones encontradas, ya que por un lado están quienes están a favor de que esta medida entre en vigencia para reducir los índices de violencia en el país y por otro lado se encuentran quienes están en contra de esta medida porque viola uno de los derechos fundamentales de los seres humanos como es la vida.

Más allá de este interminable debate resulta interesante conocer algunas razones por las que en El Salvador no hay pena de muerte.

En El Salvador si existió la pena de muerte en El Salvador estuvo vigente desde 1881 hasta 1983 para delitos comunes y graves entre los cuales pueden mencionarse homicidios o parricidios (delito que consiste en matar a un familiar, en especial al padre, a la madre, a un hijo o al cónyuge). La última ejecución fue en el año de 1973.

Sin embargo, paralelamente se contempla la pena de muerte para delitos militares desde 1886 hasta la fecha. Estos delitos incluyen principalmente “traición a la patria” cuando el país estuviera en guerra con otros países (guerra internacional). Actualmente esto se contempla en la Constitución Política de la República de El Salvador (1983), en el artículo 27 que dice: “Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional.

Sin embargo, la Constitución no contempla la aplicación de la pena de muerte, ni la pena de por vida en prisión (cadena perpetua) para graves delitos. De hecho la pena máxima por delitos graves es de 35 años de cárcel.

Para que una ley o reforma sea aplicada en el país primero debe enviarse una pieza de correspondencia a la Asamblea Legislativa. Posteriormente estas ideas deben pasar por una discusión primero en la comisión de seguridad pública y combate a la narcoactividad. Después del estudio y análisis de la reforma, si hay un dictamen favorable, la propuesta ingresa al pleno para su aprobación.

Pero por ser esta reforma algo que modificaría la Constitución, se necesita que al menos 10 diputados presenten la moción y de llegar a ser discutida en el pleno, podría aprobarse con un mínimo de 56 votos, por la legislatura actual y por la siguiente.

Algunas opiniones contrastadas también mencionan que para aplicarla antes debería de haber una reestructuración y depuración en el sistema judicial, ya que podrían ser condenadas personas inocentes, como ha sucedido en el pasado.

Más allá del tema nacional también es necesario ver la parte internacional, ya que El Salvador ha firmado diversos tratados internacionales que están en contra de la pena de muerte como por ejemplo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y el Protocolo del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el cual establece que “no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado que forme parte de dicha estructura”.

¿Sería una solución al problema de la violencia? En el continente americano la pena de muerte se encuentra vigente en países como Estados Unidos, Cuba, Guatemala, Bahamas, Guyana, Jamaica, Trinidad y Tobago y otras pequeñas islas de las Antillas. Pero en la mayoría de casos no ha demostrado ser una medida efectiva para detener la violencia.

Algunas organizaciones sociales de El Salvador, incluyendo las iglesias, proponen que en lugar de ello sería mejor establecer un control de armas y educar para aprender a respetar la vida, a tolerar y a buscar la paz, ante todo, ya que la violencia solo genera más violencia.

7.6- LA INSTAURACIÓN DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social de Derecho se vislumbra como un modelo constitucional concebido en los regímenes democráticos occidentales, pretendiendo liberarse de intentos de poder absoluto, de sistemas absolutistas que procuran la desobediencia del gobernante a la normatividad rectora de un país esencialmente libre, y buscando otorgar a los ciudadanos los derechos fundamentales sociales de igualdad, participación, equidad y justicia social.

La ley fundamental salvadoreña define la concepción del estado salvadoreño como un Estado Social de Derecho. Sin embargo, su historia conflictiva dio como producto un sistema político más preocupado por defender su permanencia que el cumplimiento del modelo que había redactado. Es así como muchas de las políticas que se implementaron a lo largo del tiempo, principalmente la promoción de la propiedad pública y la prestación pública de servicios iba más orientada a ese fin que a la instauración de un verdadero Estado Social de Derecho.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

CAPITULO II

MARCO TEORICO

1.0- MARCO HISTORICO

1.1- ANTECEDENTES MEDIATOS

1.1.1- Definición de constitución

Existe una multiplicidad de definiciones de constitución que varían de un autor a otro. El término incluso es de larga data. En la Antigua Grecia era corriente su uso, y según Álvarez Conde poseía entonces el significado de norma configuradora de la polis, lo que significa que era una disposición enfocada solamente en organizar el Estado. Esa concepción se mantuvo sin variaciones sustanciales en el derecho romano⁹.

Las raíces de la moderna idea de constitución se localizan más bien en la Edad Media. En esta época surge el concepto de constitución como ley fundamental, y poco a poco irá asociándose a un dispositivo que limita el poder político.

Las bases de la actual definición de constitución, de acuerdo con Álvarez Conde, se sientan con el Estado liberal, y el mejor registro de esa acepción está en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que dice: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”¹⁶, reza la mencionada disposición.

⁹ALVAREZ CONDE, Enrique, “(2001) *Estudio de Teoría Constitucional*”, Primera Edición, Fontanera – UNAM, México, Distrito Federal, p. 30.

El positivismo jurídico moderno contribuyó con una acepción distinta de constitución, libre aparentemente de connotaciones políticas y aceptables según los postulados de neutralidad científica que pregona.

De acuerdo a Guastini, bajo este punto de vista constitución designa al conjunto de normas fundamentales que identifican o caracterizan a cualquier órgano jurídico entendiendo por normas fundamentales las que establecen la forma de Estado, la forma de gobierno y las que regulan la producción normativa.

De esa manera, sin importar que sea un Estado liberal, un gobierno democrático o autocrático, siempre se podrá asegurar que hay una constitución. Para el citado autor hoy en día este es el significado más aceptado.

La Historia del constitucionalismo salvadoreño se refiere a todas aquellas constituciones que fueron la ley suprema del estado salvadoreño durante el transcurso su historia. Inspirándose, en lo primordial, en los modelos de las democracias occidentales.

La Constitución, como Ley Suprema del Estado, contiene los fundamentos de dichas instituciones y orienta su actuación. Por ello es adecuado tomarla como punto de arranque, siguiendo la doble división de la carta magna: por un lado la parte dogmática, en la que se explican los derechos individuales y sociales, y por otro lado, la parte orgánica, en la que se exponen la organización y funciones del gobierno.

El Salvador ha tenido numerosas Constituciones desde su independencia. Este hecho evidencia la evolución política que ha predominado a lo largo de su historia. A las cuales nos iremos refiriendo en el desarrollo de la historia.

La primera Constitución que rigió en territorio salvadoreño, de 1812 a 1814 y de 1820 a 1823, fue la Constitución española de 1812 o Constitución de Cádiz la cual fue decretada por las Cortes Generales, en los que figuró como representantes de la Intendencia de San Salvador: José Ignacio Ávila (durante el primer período que estuvo vigente la constitución antes dicha); mientras que como representantes de la Alcaldía Mayor de Sonsonate estuvo José Mariano Méndez (durante el segundo período de vigencia de la Constitución).

En 1823 la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América emitió las Bases de Constitución Federal¹⁰, que rigieron en 1824 como Constitución provisional. De conformidad con uno de sus preceptos, El Salvador dictó su constitución estatal del 12 de junio de 1824 y por ella el país se erigió en Estado libre e independiente dentro de la órbita de la República Federal de Centroamérica que estaba por constituirse. Siendo el primero de los cinco Estados en darse su propia constitución.

La Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824 se promulgó el 22 de noviembre de ese año y estableció que el gobierno era republicano, representativo y federal. A las provincias de Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador daba el nombre de Estados Federados de Centroamérica y proclamaba como religión oficial la católica, apostólica, romana, excluyendo del ejercicio público a quien practicara cualquier otra.

Simultáneamente, en 1824 se promulgó la "Constitución del Estado del Salvador" la cual regulaba el territorio salvadoreño como un Estado miembro de la federación y no como república, la misma que ayudó a instalar las bases de la segunda Constitución

¹⁰ Constitución Federal de la Republica de Centroamérica, dada en la Cuidad de Guatemala, de 1824.

La segunda Constitución lleva la fecha del 18 de febrero de 1841, cuando ya había desaparecido la Federación Centroamericana y El Salvador se había constituido en república independiente. Después de esta carta magna siguieron las constituciones de 1864, 1871¹¹, 1872, 1880, 1883, 1885 (que nunca fue aprobada ni entró en vigencia), 1886, 1939 (reformada en 1944), 1945, 1950, 1962, hasta llegar a la de 1983, que es la vigente.

La constitución de 1841 fue la primera en la que se hizo referencia al hábeas corpus (recurso de exhibición personal). En ella se estableció asimismo un órgano legislativo bicameral, con una cámara de diputados y un senado. Se siguió reconociendo como oficial la religión católica, apostólica y romana, pero se declaró que toda persona era libre para adorar a Dios según su conciencia, sin que se puedan perturbar sus creencias privadas. Además se prohibió que los eclesiásticos pudieran optar a cargos de elección popular. Esta Constitución, de corte liberal e individualista, fue la primera que incluyó un título en la cual se exponen los derechos y las garantías del pueblo y de los ciudadanos.

Por una disposición de la Constitución de 1864 El Salvador reconocía la existencia de derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, es decir a las dictadas por autoridades formales del Estado.

La Constitución de 1871 es la primera que prescribe la tolerancia al culto público de confesiones cristinas no católicas, siempre y cuando no ofendiesen la moral y el orden públicos. La Constitución de 1872 reprodujo básicamente el texto de su antecesora, si bien amplió el período presidencial de dos años a cuatro años.

¹¹ Constitución Política de El Salvador, de 1871, dada en el Palacio Nacional de San Salvador, el 16 de Octubre de 1871.

La Constitución de 1880 garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, pero a la vez declara que el gobierno protegerá a la religión católica por ser la oficial.

En la Constitución de 1883 se reconoció por primera vez, sin establecer una religión oficial, la libertad de culto sin más límites que el trazado por la moral y el orden público. Pero será la de 1886 modelo de carta magna liberal- la más venerada no sólo por su larga vigencia sino por incluir una serie de disposiciones consideradas de avanzada para su época. Además fue la que estableció el sistema unicameral del órgano legislativo, al instituir una Asamblea Legislativa de Diputados.

Si bien la Constitución de 1939 contiene fundamentalmente el mismo texto que la de 1886, se comprueban algunos cambios. El más sobresaliente es la disposición por medio de la cual se prescribe que, al momento de sentenciar, los tribunales tienen la facultad de declarar inaplicable cualquier ley o disposición de los órganos del Estado si se considera que los mismos contradicen la Constitución. Esta Carta Magna fue reformada en 1944.

La llamada Constitución de 1945 no fue más que el restablecimiento de la vigencia del texto de la Constitución de 1886, aunque con varias reformas aprobadas por una Asamblea Constituyente a finales de 1945.

En 1950¹² se promulgó una Constitución teóricamente de avanzada, pues si bien no abandonaba su carácter individualista recogía de forma expresa los derechos sociales en uno de sus títulos, estableciendo como novedad que la Corte Suprema de Justicia sería el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, en su forma y contenido, de

¹²Constitución Política de El Salvador, de 1871, dada en el Palacio Nacional de San Salvador, el 7 de Septiembre de 1950.

un modo general y obligatorio, y que puede hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

La Constitución de 1962¹³ reprodujo casi con exactitud el texto de su antecesora, aunque redujo el período presidencial de seis años a cinco años, permitió la enseñanza religiosa en las escuelas públicas y reconoció el derecho a formar sindicatos a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas.

1.1.1.1- Cronología del Constitucionalismo Salvadoreño.

De una firma cronológica y breve se presenta cada una de las constituciones que ha tenido El salvador a lo largo de la historia, esto en cuanto a la constitución y vigencia de cada una de las constituciones que en nuestro país han transcurrido hasta llegar a la actual.

El Salvador inició su vida constitucional con la Constitución de Cádiz, que estuvo vigente en el territorio salvadoreño de 1812 a 1814 y de 1820 a 1823.

En su historia independiente, El Salvador ha tenido las siguientes constituciones:

CONSTITUCION	VIGENCIA
Bases de Constitución Federal de 1823	Vigente en El Salvador de marzo a noviembre de 1824.
Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824, aprobada el 22 de noviembre de 1824	vigente en El Salvador hasta 1841

¹³Constitución Política de El Salvador, de 1962, dada en El Salón Azul de la Asamblea Constituyente, del Palacio Nacional a los 8 días del mes de Enero de 1962.

Constitución Política del Estado de El Salvador, del 12 de junio de 1824	Vigente hasta 1841.
Constitución Política de la República de El Salvador aprobada el 18 de febrero de 1841	Vigente hasta 1864.
Constitución del 12 de marzo de 1864	Vigente hasta 1871.
Constitución del 16 de octubre de 1871	Vigente hasta 1872.
Constitución del 9 de noviembre de 1872	vigente hasta 1880
Constitución del 16 de febrero de 1880	Vigente hasta 1883.
Constitución del 6 de diciembre de 1883	Vigente hasta 1886.
Constitución del 13 de agosto de 1886	Vigente hasta 1939 y restablecida con reformas en el período de 1945 a 1948.
Constitución del 20 de enero de 1939	Vigente hasta 1944.
Constitución del 7 de septiembre de 1950	Vigente hasta el golpe de estado del 26 de octubre de 1960.
Constitución del 8 de enero de 1962	Cuya vigencia fue suspendida por el golpe de estado del 15 de octubre de 1979.
Constitución del 15 de diciembre de 1983	Actualmente en vigencia con las reformas aprobadas en el período de 1991 a 2014.

1.1.1.2- *Carácter Normativo de la Constitución Históricamente.*

La constitución es aplicable a las relaciones jurídicas, es decir rige directamente las relaciones entre los ciudadanos y el estado.

Para los norteamericanos era clara la normativización de la constitución. Ya que toda ley que contrariara la constitución se consideraba como inválida.

El Juez Marshall en el caso de la sentencia Marbury Vs. Madison. Dijo que la norma que contrarié la constitución, no podría subsistir y que a su vez se tiene que preferir a la norma de más alto rango.

En Europa el eje del poder estaba en la ley. Es decir que la supremacía de las normas recaía en la expresión del Parlamento ya que este era el representante de la comunidad. Por lo tanto la constitución Francesa de 1791 no contaba con ese carácter de supremacía.

En 1920 Hans Kelsen invento en Austria el Tribunal Constitucional, y aquí nace por primera vez el control constitucional en Europa, para vigilar que el legislador no se aleje de los fines que busca la constitución, sin embargo, este se suspende con el periodo totalitario de la segunda guerra mundial, pero resurge después de la II guerra mundial y se comienza a instaurar en la constitución. Y a su vez se añaden a las constituciones los principios y valores a practicar por el estado y los ciudadanos de este.

La constitución se convirtió desde allí en la fuente primaria del Derecho y por ello se considera como una norma Suprema.

Supralegalidad Formal (es la misma Supralegalidad).

Esta se traduce en la tarea que tiene la constitución de organizar y regir el sistema de fuentes. Es decir se encarga de regir la producción de todas las normas y por esos los italianos dicen que es “una norma sobre la formación”.

A su vez la Supralegalidad Formal, establece la rigidez de la constitución, ya que rige los procedimientos para su reforma y señala como pueden crearse nuevas normas.

Supralegalidad Material (Es la misma Supremacía).

Esta traduce la superioridad de las normas constitucionales sobre las otras normas del ordenamiento, en cuanto a su contenido, ya que otra norma debe llevarse a cabo de un modo coherente en su contenido respecto a la constitución.

Es decir que otra norma del ordenamiento debe ser obediente y debe ir en consonancia con la constitución, no debe ir en contra de la constitución.

La Constitución Goza de Vis Pasiva Reforzada, es decir tiene la capacidad de resistir la derogación frente a todas las demás normas del ordenamiento jurídico. Y solo mediante un proceso arduo se puede reformar la constitución (este se puede encontrar tanto expreso como tácitamente dentro del texto constitucional).

1.1.1.3- Poder Constituyente

Antecedentes de la doctrina del poder constituyente Antes de entrar en detalles conviene precisar algunos aspectos. En primer lugar, es oportuno mencionar que existe una pluralidad de teorías que explican el poder constituyente, y no solo una como podría deducirse del subtítulo; en segundo lugar, también es importante aclarar desde ahora que los orígenes de la teoría del poder constituyente se remontan al siglo XVIII, en cambio el fenómeno de instituir una sociedad puede rastrearse mucho antes. El punto de partida es

entonces el siglo XVIII y en concreto el período de la Revolución francesa. Coincide con esta postura Jorge Vanossi, pero hay autores que sitúan el mojón en épocas anteriores. Enrique Álvarez Conde, por ejemplo, lo retrotrae al tiempo de la organización de la Iglesia presbiteriana inglesa y escocesa, pues argumenta que el credo profesado por esta institución influyó en el proceso constituyente estadounidense. Es un lugar común considerar la experiencia constitucional de los colonos de Estados Unidos como un antecedente de la doctrina del poder constituyente.

Este autor explica el surgimiento y los presupuestos del poder constituyente de acuerdo con cinco concepciones diferentes: la racional-ideal, la fundacional-revolucionaria, la existencial-decisionista, la materialista y la dialéctica-plenaria. 2 La Antigua Grecia es un caso paradigmático.

En rigor, debe señalarse que esta apreciación no es del todo exacta, porque durante la etapa inicial del constitucionalismo norteamericano no surgió una teoría que de forma más o menos explícita legitimara el poder constituyente. En vez de un cuerpo de ideas las creencias religiosas de los colonos fueron el fermento de acciones comunitarias y políticas. En Francia aconteció lo que no pasó allí: las ideas de Emmanuel Sieyès, contenidas en buena parte en el alegato *¿Qué es el tercer estado?*, resonaron en el proceso constituyente y encarnaron en la Constitución de 1791. En efecto, a Sieyès se atribuye la autoría del concepto soberanía nacional, pieza clave en la trama de la primera norma fundamental de la Revolución francesa.

Ese aporte lo legitima como referencia insoslayable en el ámbito de las teorías políticas de la modernidad. Para comprender el sentido de las argumentaciones de Sieyès hay que situarse en la coyuntura política en que son expuestas. En ese entonces la hegemonía de la monarquía y de los estamentos era impugnada por la burguesía, que reclamaba mayores beneficios y participación en la conducción de la estructura gubernamental.

¿Qué es el tercer estado? es precisamente un alegato en favor de esas pretensiones. Fue publicado a fines de 1788, poco antes de que estallara la revolución. Si bien este texto resume el pensamiento de Sieyès sobre el poder constituyente, tampoco puede decirse que encierre una pormenorizada teoría. El opúsculo analizado surgió al calor del debate político, y por eso mismo su propósito es reivindicativo.

Sieyes inventa el concepto de poder constituyente, cuando le propone al rey Luis XVI, la convocatoria de los Estados Generales. Aquí él propone que haya una unión entre los tres estados, para la creación de una nueva Constitución. El objetivo era darle mayor importancia al pueblo (el tercer estado), ya que para Sieyes el pueblo es la representación del Poder Constituyente.

Definición. Como dice Linares Quintana, el poder constituyente "es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una constitución, y de reformar este total o parcialmente, cuando sea necesario"

1.1.1.4- Características

- a.** Ilimitado.
- b.** Omnipotente.
- c.** Sin Fines.
- d.** Todo lo puede.

Es pre jurídico (es decir esta antes del derecho, y por lo tanto no se encuentra sometido a él).

1.1.1.5- Poder Constituyente originario. (El Titular es el Pueblo)

Este se llama de esta manera, cuando el nuevo orden jurídico que él establece nace sin apoyarse en una norma política anterior, es decir, cuando surge por primera vez. Ello puede tener lugar en el caso del nacimiento o conformación de un nuevo Estado, al darse este su propia Constitución independiente, o como consecuencia de la ruptura del orden jurídico anterior, bien sea como resultado de un cambio revolucionario, de un golpe de Estado, de una transformación institucional en las estructuras políticas del Estado o de conquista militar.

1.1.1.6- Poder Constituyente derivado

Este se llama de esta manera, cuando el ordenamiento jurídico nuevo surge de un sistema constitucional ya establecido, basada en competencias y mediante procedimientos ya existentes en vigor. Su funcionamiento está previsto en disposiciones de la constitución anterior, la cual dispone procedimientos especiales para su revisión o reforma. De ahí que una de sus características sea la legalidad, esto es, la sujeción al derecho establecido del cual deriva su eficacia. Al contrario del poder constituyente originario, el derivado está situado en el interior y no en el exterior del orden jurídico persistente.

Por esta razón la puesta en marcha del poder constituyente derivado no ofrece mayor dificultad, ya que se remite a los procedimientos que para el efecto han sido establecidos previamente en la Constitución.

Poder Constituido.

Son aquellos que la Constitución consagra como titulares de las distintas funciones del estado. (El congreso, la Presidencia de la República,

órganos de control y de fiscalización, organización electoral, Fuerzas Armadas, etc.).

1.1.2- Antecedentes Inmediatos

Como antecedentes inmediatos encontramos la constitución actual de 1983.

La última Constitución aprobada ha sido la de 1983, emitida en un momento histórico caracterizado por el conflicto armado interno y en que la Asamblea Constituyente que la redactó estaba conformada por representantes pertenecientes a los partidos de derecha y de la democracia cristiana, mientras que la izquierda, que se había negado a participar en las elecciones para elegir los miembros de dicha asamblea constituyente, se encontraba en plano enfrentamiento político y militar con el gobierno y la Fuerza Armada.

Los Acuerdos de Paz de 1992 por los que se puso fin a la guerra civil que padeció el país de 1980 a 1992 contenían una serie de compromisos que implicaban reformas a la Constitución de la República, las cuales se aprobaron e incorporaron al texto de la carta magna en 1991 y 1992.

La Constitución de 1983 es un cuerpo normativo que nace sobre la base del modelo de la Ley Suprema de 1962; además tiene como fuentes ideológicas algunas constituciones de Latinoamérica, la de España y la de Alemania. Fue promulgada por la Asamblea Constituyente que funcionó con representantes elegidos mediante elecciones populares y directas en las que sólo participaron los partidos políticos que en aquel momento respaldaban políticamente a la Fuerza Armada.

Dicha asamblea constituyente se convirtió en Asamblea Legislativa a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta carta magna. Sin embargo, gracias a las normas que se le incorporaron a resultas de los Acuerdos de Paz,

la Constitución adquiere un alto grado de aceptación entre los distintos actores políticos de la vida nacional.

Esta constitución fue escrita con un carácter relativamente flexible. Esto es así porque se adoptó en un documento escrito y porque admite la reforma, aunque sometida a especiales requisitos y procedimientos, con exclusión de determinadas materias: la forma y el sistema de gobierno, el territorio nacional y la alternancia en el ejercicio de la Presidencia de la República.

Consta de dos grandes aparatos: a) la parte dogmática, en la que asume un estilo garantista que une en primer término los derechos individuales, aunque reconoce los derechos sociales, y b) la parte orgánica, en la que se organiza y ordena el Estado y sus órganos e instituciones.

El desarrollo de la vida constitucional en El Salvador es muy interesante y de gran importancia puesto que a medida que se ha ido modificado o aprobando una nueva constitución se ha logrado incluir aspectos importantes para mantener un estado democrático de derecho que reconozca derechos imprescindibles para mantener la democracia

Si bien algunas de estas reformas han sido significativas, particularmente las adoptadas en 1991 y 1992, casi todas las restantes han sido sobre asuntos de poca importancia, de lo que quizás son el máximo ejemplo la multitud de reformas del año 2000 que únicamente adicionaron la palabra “hábiles” en los artículos constitucionales que contenían plazos en días para realizar determinadas actuaciones, como la remisión de vetos presidenciales; el asunto es tan intrascendente que no motivaría la reforma constitucional en ningún otro país. Las reformas hechas al Art. 68 Cn., que se refieren al Consejo Superior de Salud Pública y que adicionan gremios profesionales a ser incluidos en el mismo, del año 2003, son frecuentemente señaladas como otra seria impropiedad, si acaso era necesaria una reforma,

debería haber sido para excluir de la Constitución a esta institución que debe estar regulada solamente por la ley secundaria.

Al momento presente, hay seis acuerdos de reformas constitucionales que podrían ser ratificados por la actual Asamblea Legislativa antes de terminar su período, como el aumento del período de los diputados y de los miembros de los concejos municipales, la autorización de las intervenciones telefónicas para la investigación del delito y la prohibición del matrimonio homosexual

En muchos casos las reformas constitucionales aprobadas o acordadas con posterioridad a los Acuerdos de Paz no han respondido por lo general a demandas ciudadanas ni a necesidades nacionales. No es de extrañar que se haya popularizado el término “banalización de la reforma constitucional” para referirse a la situación actual de las fluctuaciones constitucionales en nuestro país.

Ha resultado más fácil reformar la Constitución que algunos reglamentos que tocan temas económicos sensibles. Sería conveniente mayor rigidez constitucional en el país.

2.0- MARCO TEORICO DOCTRINARIO

2.1- TEORÍA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN

Estudia la parte material de la Constitución, dentro de la cual encierra los principios en los cuales está fundamentada la Constitución que se puede llevar a una interpretación de la misma dando una validez a la norma; se divide en formal y material.

La formal se crea a partir de una norma superior, el ejemplo más común es el proceso legislativo.

La material es el contenido de la norma y esta no puede contradecir la norma superior.

Dentro de los principios que protege la Constitución está la soberanía, la supremacía, principio de legalidad, y la legitimidad.

Soberanía: significa independencia, es decir un poder con competencia total, por lo tanto ninguna norma anterior, ni de fondo, ni de forma, puede limitar la soberanía constitucional, este principio señala que la constitución es el fundamento o la base principal del ordenamiento jurídico, es decir, no puede existir ordenamiento jurídico que esté por encima de la constitución que lo fundamenta.

Supremacía: la constitución es suprema porque plasma la voluntad del pueblo. En cuestiones políticas es el pueblo quien dará vida a esa supremacía constitucional, en lo jurídico es la constitución el principal efecto, de la supremacía constitucional es que toda norma contraria a la constitución carece de efecto, una norma que contradiga lo establecido en la Constitución no tiene validez en el ordenamiento jurídico.

Principio de Legalidad: el principio de legalidad o primacía de la ley es el principio fundamental del derecho conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las demás personas.

Legitimidad: una norma jurídica para ser legítima debe cumplir con los siguientes requisitos válidos, justicia y eficacia. Podemos dividir la legitimidad en dos aspectos fundamentales: La legitimidad formal y material. La formal se considera como el correcto proceder de los órganos jurisdiccionales con respecto a todos los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. La legitimidad material es el reconocimiento del pueblo creado a partir de la aprobación de la ley creada o de la actuación gubernamental.

2.1.1- Definición de Constitución.

LUCAS VERDU, “Como una estructura como conjunto de elementos interdependientes cuya ordenación jurídica normativa e institucional organiza y delimita el poder del Estado”

Este componente se ocupa de la importancia práctica de la Constitución para la realidad política y de las distintas orientaciones de su fuerza normativa, es decir del sentido y finalidad de la Constitución.

2.1.2- Las Funciones de la Constitución¹⁴

Esas funciones o tareas fundamentales de la Constitución son:

- ✓ Construcción del sistema democrático,
- ✓ Integración
- ✓ Organización
- ✓ Dirección jurídica política.

A continuación, se realizará un breve análisis de cada una de ellas.

Las posibilidades de comprender a la Constitución como parte de la construcción del sistema democrático

2.1.2.1- Antecedentes.

Roberto Gargarella reseña a lo largo de la historia, una disputa que ha existido generada por el enfrentamiento de las ideas de Constitución y de democracia.

¹⁴Para el desarrollo de este tema se han utilizado las siguientes obras: Gargarella, Roberto. “*Constitución y Democracia*” en: **Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004. pp.69-85. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. **Manual de Derecho Constitucional**. (2ª Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2001. Cap. 1º elaborado por Conrad Hesse : “1. *Tareas fundamentales de la Constitución*” pp. 3-5. Schneider, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 44 y ss. Stein, Ekkehart. **Derecho Político**. Madrid: Aguilar, 1973. pp. 5-6.

Inicialmente puede parecer extraño decir, que la idea de Constitución y democracia se lleven mal, ya que usualmente se usan expresiones tales como “democracia constitucional”, o que alguien se declare al mismo tiempo demócrata y defensor de los derechos fundamentales, que son un contenido típico de las constituciones contemporáneas.

El conflicto entre ambas ideas surge porque ellas apelan a principios opuestos.

Por una parte, el principio democrático tiene como uno de sus postulados principales que la soberanía reside en el pueblo y que ésta, por definición, no reconoce límites. Es decir, que no hay autoridad superior al pueblo soberano, consecuentemente, él debe disponer de todas las condiciones que le permitan autogobernarse. En síntesis, éste sería el principio del autogobierno característico de toda democracia.

Mientras tanto, la Constitución y especialmente algunos de sus contenidos, como los derechos fundamentales, nos llevan a pensar en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y especialmente de los grupos mayoritarios.

La tensión entre esos dos principios contrapuestos no es ficticia y no tiene una solución fácil.

Los orígenes de dicha tensión se remontan según lo establece el autor citado, a algunos célebres escritos anticonservadores de Thomas Paine, proclamando el “derecho de los que están vivos” por encima de “la autoridad de los muertos,” o en su idea que cada generación tenía los mismos derechos que las generaciones precedentes, del mismo modo que cada persona tenía los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos.

Estas afirmaciones de Paine se oponían a la idea conservadora típicamente defendida por Edmund Burke, que venía a oponerse al valor del autogobierno, y en particular, frente al ideario revolucionario que los franceses habían comenzado a difundir. Para Burke, las tradiciones de la comunidad guardaban mayor valor que las ambiciones de cualquier generación en particular.

Un viejo conocido de Paine, Thomas Jefferson, supo retomar aquellos reclamos para incorporarlos en la historia norteamericana.

Como Paine, Thomas Jefferson también sostuvo que nada era más importante que el autogobierno colectivo. De allí, por ejemplo, que se manifestara en contra de la idea de dictar una Constitución rígida; que la misma, de darse, debía ser en todo caso flexible. Sostuvo que cada generación debía tener derecho a rehacer la carta fundacional la Constitución. Como se calculaba que las generaciones se recambiaban, más o menos, cada veinte años, Jefferson propuso la adopción de reformas constitucionales, al menos, con esa misma periodicidad.

Tanto Paine como Jefferson ofrecen la primera muestra de la hostilidad que ha existido entre demócratas y constitucionalistas.

Intentos para compatibilizar constitucionalismo y autogobierno. Críticas y réplicas

Luego de establecer estos antecedentes Gargarella nos da cuenta de los intentos que han existido para tratar de conseguir la compatibilidad entre constitucionalismo y democracia o autogobierno. A continuación, resumimos esos intentos:

2.1.2.2- La Constitución como fruto del acuerdo democrático

Un primer argumento es que la comunidad, o pueblo soberano debe sentirse sujeta a la Constitución o limitada por ella, porque esta última es el resultado del acuerdo democrático, ya que se trató de un acuerdo de la mayoría.

Una variante de este argumento es que la pretensión que una Constitución permanezca generación tras generación se justifica a partir de las circunstancias peculiarmente democráticas que rodearon su nacimiento, como la participación en su dictado de mayorías abrumadoras, o la existencia de un consenso extraordinario en aquella etapa.

Indudablemente, que lo primero que tiene que comprobarse es que efectivamente haya sido la mayoría del pueblo la que mediante sus representantes dictó la Constitución o que aquellas circunstancias extraordinarias realmente existieron, y en algunos países el argumento no ha prosperado, porque los constituyentes se eligieron mediante sufragio censitario, en otros porque en la época en que se decretó, las mujeres no tenían derecho al voto, etc.

Si se trata de una experiencia histórica en la cual la Constitución sí ha sido el resultado de un acuerdo democrático, los partidarios del autogobierno no aceptan que este argumento consiga compatibilizar la democracia y el constitucionalismo, pues la Constitución es un documento que como tal, tiene la pretensión de perdurar con el correr de los años y con el paso de las generaciones ¿Por qué entonces se preguntan la comunidad que sucede a la que dictó la Constitución debe sentirse limitada por un acuerdo en el que no tomó parte? ¿Por qué no puede contar con tanta libertad como la anterior generación, para decidir de qué modo quiere gobernarse?

Ante tal crítica los constitucionalistas han esgrimido otros argumentos que continuamos exponiendo.

2.1.2.3- El respaldo con el paso del Tiempo

El otro argumento es que, aunque la Constitución haya contado con un origen dudoso, la ambición de permanecer generación por generación, se justifica porque ella ha sido respaldada a lo largo del tiempo. Si no era legítima en sus orígenes, posteriormente se ha legitimado por el respaldo de la mayoría. Ella cuenta posteriormente con un consenso tácito.

También en este caso, la tesis debe validarse para establecer si ese consenso tácito es efectivo.

Los partidarios del autogobierno, manifiestan que en muchos casos no se trata de un consenso tácito, sino de una mera resignación. Que esa actitud no la origina la adhesión, sino la conciencia de lo complicado de la posibilidad de reformarla. Un vacío en su planteamiento es que nada dicen con relación al supuesto en el cual sí existe tal consenso tácito.

2.1.2.4- La Constitución como fuente de identidad de una Comunidad

En algunos países se ha sostenido que la Constitución se encuentra ya enraizada en las tradiciones más profundas de la comunidad. Que la Constitución hace a la comunidad ser lo que es. Que le confiere identidad.

Nuevamente, para que este argumento sea valedero es preciso demostrar en la realidad que la situación descrita efectivamente existe en una comunidad dada.

Los partidarios del autogobierno añaden otra exigencia al mismo. Expresan que no basta con que la Constitución se haya enraizado en una

comunidad determinada para legitimarla. Hay que atender al contenido de la misma, pues por ejemplo si ella no le reconoce la titularidad de la soberanía al pueblo, si permite las discriminaciones, si la libertad no se protege debidamente, por muy enraizada que esté, no merecería ser legítima.

2.1.2.5- La opción por el Constitucionalismo por los supuestos riesgos del autogobierno

En los sucesos históricos relacionados con la Constitución federal de Estados Unidos de América, encontramos un pasaje relacionado con la polémica que analizamos, cuyos protagonistas fueron Thomas Jefferson, cuyas ideas ya conocemos, y James Madison.

A este último, le importaba reafirmar el valor de la Constitución frente a quienes insistían en la importancia del autogobierno. Madison estaba interesado en mostrar que las voces más críticas del constitucionalismo en especial su amigo Thomas Jefferson, se equivocaban al insistir con la idea del autogobierno colectivo.

En su opinión, los propios demócratas debían advertir que, en ocasiones, el argumento democrático no podía ser defendido en su extrema radicalidad y ello, en definitiva, precisamente para salvar el valor de la democracia.

La disputa específica, surgió ante la propuesta de Jefferson de resolver los problemas constitucionales más básicos en especial, las situaciones de conflicto entre los diversos poderes, consultando al electorado, para que la decisión dependiese de lo que determinase la mayoría.

Madison, particularmente preocupado por asegurar la estabilidad de un régimen político al que consideraba sumamente frágil, expuso sus argumentos en El Federalista¹⁵, los cuales, en síntesis, fueron los siguientes:

Que si los principales conflictos entre poderes tuvieran que ser resueltos a partir de una convocatoria popular, iban a tener un final tan indeseable como previsible. En su opinión, dado que el Poder Legislativo era la rama de gobierno más popular, resultaba obvio que cualquier convocatoria al pueblo contaba con una respuesta fijada de antemano: el pueblo siempre tendería a inclinarse a favor del poder gubernamental aparentemente más cercano a sus intereses.

En segundo lugar, que la convocatoria al pueblo debía dejarse de lado si la misma podía poner en riesgo como él lo presumía, la propia estabilidad del gobierno democrático. En su opinión, las convocatorias frecuentes a los electores iban a socavar la legitimidad del gobierno, de cualquier gobierno.

Finalmente, alegaba que el sistema patrocinado por Jefferson conllevaba el riesgo de encender las pasiones populares, ya que favorecía el surgimiento de nuevos conflictos, tensiones y divisiones en la sociedad, y habida cuenta de la fragilidad institucional de la época, lo que más se precisaba era lo contrario; esto es, insistir con medidas capaces de amalgamar a la sociedad. Muchas de las reflexiones de Madison, fueron fruto del mejor sentido común y como tales capaces de ganar la adhesión de sectores importantes de la población.

¹⁵Terminada la redacción de la Constitución federal de los Estados Unidos de América, faltaba la aprobación por parte de los estados. El de Nueva York se mostraba renuente. A fin de motivar la opinión pública de ese Estado, Alexander Hamilton, el brillante secretario de Washington, James Madison, el futuro presidente, y John Jay, ex presidente del Congreso Continental, publicaron, bajo el común seudónimo de Publio, ochenta y cinco artículos en los diarios neoyorquinos. El conjunto de esos ensayos llegó a convertirse en uno de los clásicos del Derecho Constitucional y la Ciencia Política: El Federalista.

Actualmente, los partidarios del autogobierno sostienen que en su momento los argumentos de Madison pudieron ser válidos, pero que en la actualidad ello no está tan claro y que habría que dar respuesta a algunas preguntas, tales como: ¿Por qué esa desconfianza a las virtudes del debate público y a las capacidades reflexivas de las personas? ¿Por qué optar naturalmente por las decisiones del gobierno, en caso de tensiones entre éste y el pueblo? ¿Por qué no pensar que el conflicto de opiniones en ciertos casos puede resultar valioso para la salud cívica de la comunidad, y preferible a un estado de tensión latente? En definitiva, sostienen que la estabilidad no es valiosa a cualquier precio.

La autolimitación: Ulises y las sirenas.

Este argumento a favor de la prioridad del constitucionalismo, ha sido llamado el de “Ulises y las Sirenas”¹⁶

Este argumento se orienta directamente a reafirmar el principio democrático, pues señala, que la misma preocupación por el valor de la democracia debe llevarnos directamente a reconocer la primacía del constitucionalismo. Ello, fundamentalmente, en la medida en que la Constitución establezca las condiciones que permitan que la democracia funciones como tal. El constitucionalismo no debe verse como forma de atarle las manos a la sociedad, de ahogar al autogobierno. Él tiende a ganar o a potenciar nuestra libertad como comunidad.

El argumento reconoce una presentación elegante y muy sugerente a través de la aludida metáfora de “Ulises y las Sirenas.” En el relato tradicional, Ulises, como capitán de su navío, exigió a sus marineros que lo atasen al mástil de la embarcación, porque temía perder el control de la misma una vez

¹⁶Se encuentra en Elster, John. *Ulises and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality.* Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

enfrentado al canto de las sirenas y les prohibió acatar cualquier orden suya en contrario. Al dar aquella orden, Ulises sabía que iba a perder el control de sus impulsos más inmediatos, orientados a perseguir los cantos de las sirenas, pero ello no lo llevó a arrepentirse de haber dado la orden de ser atado. Por el contrario, tomó su decisión de manera consciente, convencida que de ese modo atado al mástil, inmovilizado, podía conseguir el objetivo de alcanzar su destino final. Por lo dicho, cualquier descripción de la situación de lo anterior como pérdida de libertad por parte de Ulises, resultaría insensata. Ulises, ganó libertad en lugar de perderla, pues así llegó a su destino prefijado.

El traslado de la metáfora al campo constitucional parece obvio; del mismo modo en que Ulises pudo ganar libertad, en lugar de perderla, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir sus capacidades auto imponiéndose determinados límites. Éste sería el rol de la Constitución: poner límites que capaciten mejor las facultades de autogobierno.

La mayoría también puede ser seducida por cantos de sirena. Hay riesgo cuando se ejerce el poder soberano de caer en tentaciones inadmisibles, como oprimir a los grupos minoritarios; censurar o callar la voz a los que no piensan como la mayoría; decidir por mayoría lo que no se debe, como asuntos que suponen conocimientos y experiencia especializados, cual es el caso de los problemas relacionados con la política criminal, la materia tributaria, la salud pública, la materia educativa, etc. Una comunidad actuaría tan racionalmente como lo hizo Ulises si decidiera fijar, de una vez, ciertos límites irrenunciables, capaces de potenciar la propia libertad futura.

En conclusión, el argumento pretende desautorizar la visión según la cual toda limitación, aun la auto impuesta, debe ser vista como una afrenta al autogobierno y sostiene que cierto tipo de limitaciones, pueden ser compatibles con, y aun necesarias para asegurar el autogobierno democrático.

Esta es la tesis que acoge nuestra Constitución lo cual se evidencia en la parte inicial del Art. 83, de acuerdo al cual “El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución.”

Los partidarios del autogobierno manifiestan que no objetan la posibilidad que una comunidad se auto imponga determinados límites para preservar la democracia. Lo que objetan es la posibilidad que una comunidad exija que los límites que se auto impuso, se preserven firmes frente a las generaciones futuras, algo tan inaceptable manifiestan, como que Ulises le exigiese a su hijo que se ate al mástil como él lo había hecho, a pesar que ya no existan sirenas o que se hayan removido los arrecifes hacia los que hacían llegar los cantos de ellas.

Adicionalmente, se ofrece otro tipo de críticas al argumento que se examina. Uno de ellos es que en las sociedades compuestas por millones de personas, no es esperable que todas ellas participen en el dictado de su propia Constitución y en el establecimiento de límites que la misma conlleva. Este argumento nos enfrenta al tema de la representación que merece un apartado autónomo.

Otro es, que en algunos estados sucede que los encargados de dictar la Constitución atentan las manos de toda la comunidad, dejando desatadas las propias, como ocurre en el caso de las constituciones impuestas. Claro está que esta situación sólo se da en éstos, pero no en todos.

2.1.2.6- La Igualdad como punto de encuentro entre Constitucionalismo y Autogobierno

Roberto Gargarella manifiesta que una de las formas de moderar los efectos de esta tensión entre constitucionalismo y democracia puede ser

explorar las notas que reúnen ambas ideas, antes que aquellas que las diferencian.

En primer lugar, el principio democrático o del autogobierno, le asigna un lugar importante a la idea de igualdad, en el sentido que asume que todas las personas tienen una misma dignidad moral y son iguales en cuanto a sus capacidades más básicas. Además, rechaza la idea que existen personas situadas, en su intrínseca dignidad, por encima de todas las demás. Contra dicha propuesta, este principio afirma que cada individuo tiene igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad. Todos merecen participar en dicho proceso decisorio en pie de igualdad.

El constitucionalismo, por su lado, parte de esos mismos presupuestos igualitarios. Él quiere preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme a sus propios ideales, y quiere preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás.

La idea de igualdad, entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y de la democracia. Aceptando estos presupuestos la mayoría estaría limitada, no sería conquistada por las seducciones a que conduce la titularidad del poder absoluto y la Constitución que los consagre contribuiría a la construcción del sistema democrático, siendo ésta una de sus principales funciones.

Finaliza Gargarella explicando cuál es su concepto de igualdad. Expresa que ella supone que cada persona en sí misma nos resulte importante y que a cada una de ellas merece asignársele un valor idéntico. Dicho compromiso con la suerte de cada persona implica, tratar a cada una como a un igual, más que tratar a cada persona igual. Lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno.

Instrumentos constitucionales para posibilitar la síntesis entre constitucionalismo y autogobierno

Esta tesis debe ser complementada y considerarse que las posibilidades de cada generación de participar en su autogobierno dependen en buena medida del grado de rigidez con que cuente la respectiva Constitución.

Además, que con mayor vigor que lo que puede lograrse con el cambio constitucional formal; es decir, con la reforma constitucional, el fenómeno llamado mutación constitucional, permite acomodar la Constitución a la dinámica de cambio que opera en la realidad.¹⁷

Esto último no ha sido una mera posibilidad teórica, ya que como ha sido reiterado, la mutación constitucional ha permitido que constituciones dictadas hace mucho tiempo se interpreten evolutiva y dinámicamente, permitiendo a las nuevas generaciones otorgar a las disposiciones de aquellas un sentido congruente con el contexto en que viven y con ello, auto gobernarse.

2.1.3- Tipología de la Constitución.

Al inicio de su obra Teoría de la Constitución destaca Carl Schmitt que la palabra Constitución “reconoce una gran diversidad de sentidos.”

En una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentra de alguna manera en una “constitución”, y todo lo imaginable puede tener una “constitución”. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitarla

¹⁷Retornaremos a estos temas en el apartado 3.2. dedicado al cambio de las constituciones.

palabra “constitución” a Constitución del Estado, es decir, la unidad política de un pueblo”.

Vamos a prescindir en este manual de análisis exhaustivo de las tipologías que ofrece la doctrina, por lo que nos limitaremos a ciertos tipos genéricos en los que pueden subsumirse varios de los sentidos y serán también, lo que, en mayor medida se aplican en el análisis de las materias constitucionales. Utilizaremos la terminología más generalizada, no sin antes aclarar que ciertos autores aluden a realidades distintas, aun cuando usan el mismo nombre que otros.

2.1.4- Constitución real y efectiva y Constitución Escrita o Jurídica.

El origen de esta distinción se encuentra en Lassalle, quien en 1862 en una conferencia dictada a los berlineses expuso la teoría que en todo Estado hay dos constituciones, la “Constituciones real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que para distinguirla de la primera, daremos el nombre de hoja de papel.” Los factores reales de poder son, de acuerdo a Lassalle “la realidad de una constitución. Se toman esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenta contra ellos atenta contra la ley, es castigado”. Así, pues, considera Lassalle que “todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia Una Constitución real y verdadera. Lo específico de los tiempos modernos no son las constituciones reales y efectivas, sino las constituciones escritas, las hojas de papel”.

“En efecto, en casi todos los Estados modernos vamos a apuntar, en un determinado momento de su historia, la tendencia a darse una Constitución

escrita, cuya misión es resumir y estatuir en un documento, en una hoja de papel, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en el país”.

La constitución real expresa Héller es “la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra-, sub y coordinación de ellos”. Los factores del poder cambian constantemente, pero su constitución, su manera de estar ordenados, aun cuando puedan y hecho están en confrontación, permanecen a través de los cambios de tiempos y personas, gracias, dice Héller, “a la probabilidad de que se repita en el futuro la conducta humana que concuerda con ella”.

Este concepto de Constitución real desborda lo meramente jurídico y se adentra en las realidades culturales, políticas, sociales y económicas del pueblo o de la comunidad que la misma organiza, va más allá del objeto de nuestro estudio que es eminentemente jurídico y es más bien propio de la Teoría del Estado, o si se quiere de la Ciencia Política. Con todo, se le debe tomar en cuenta, porque difícilmente una Constitución, como cuerpo jurídico, tendrá efectiva vigencia si no se asienta en la realidad social; además, conviene recordar que ambos mundos, el del ser y el del deber ser se influyen mutuamente.

2.1.5- Constitución en sentido material y en sentido formal.

El primer término de esta clasificación parte de la base de que hay un contenido típico de la Constitución, una materia constitucional que es tal por sí misma, abstracción hecha de quien la haya dictado y de si se han observado los procedimientos previstos al efecto. En las etapas iniciales del constitucionalismo pudo haber existido un acuerdo básico sobre cuales debían ser tales contenidos, pero progresivamente el asunto se ha ido complicado.

La constitución en sentido material, como dice Kelsen, se refiere a “las normas relativas a los supremos órganos creadores del Derecho”.

Para autores es el conjunto de reglas o prescripciones que se refieren a la organización, y funcionamiento de los poderes públicos y fijan la extensión de la competencia de dichos órganos, en sus relaciones recíprocas y en sus relaciones con los gobernados; sin que haya que distinguir si estas reglas han sido dictadas por vía constituyente y en un acto concebido en forma de ley constitucional, o vía simplemente legislativa y mediante una ley ordinaria. Lo que importa es el contenido y no la forma.

A la constitución material que se refiere a la creación del orden normativo, se le llama también Constitución en sentido estricto y cuando existe documento constitucional, se le llama parte orgánica.

La constitución formal por su parte alude, tal como lo expresamos anteriormente, a la “ley suprema contenida en uno o varios documentos escritos que se caracterizan por su preeminencia, jurídicamente relevante respecto de todas las normas de un ordenamiento y que adquieren relativa permanencia o rigidez al requerir un procedimiento especial para su reforma o modificación, en relación con el que exige para las leyes ordinarias”. Aquí lo que interesa a diferencia de la Constitución material es la forma y no el contenido o materia. Si la perspectiva atiende nada más a este término de la clasificación, hay que basarse exclusivamente en el texto de la constitución para decir si una disposición, una institución o un derecho, están o no incorporados en la Ley Suprema. Basta su inclusión para que eso sea formalmente constitucional, basta su exclusión para que no lo sea. Lo que quede afuera, aunque sea materia generalmente aceptada como constitucional, formalmente se considera como ley ordinaria y hasta como reglamento.

Al respecto Kelsen, sostenía: “Hay estados, la Gran Bretaña, por ejemplo, que no tienen una constitución “escrita” y, por tanto, que carecen de Constitución en sentido formal y del documento solemne que llamamos

“Constitución”. En este caso, la Constitución (en sentido material) tiene el carácter de Derecho consuetudinario y, por consiguiente, no hay diferencia entre las leyes constitucionales y las ordinarias. La constitución en sentido material, puede ser escrita o no escrita, o sea, tener el carácter de derecho legislado o de derecho consuetudinario”.

La constitución material no necesariamente coincide con lo formal, aunque, generalmente, esta contiene a aquella. Algunas constituciones formales, la de nuestro país para el caso, cuentan con una serie de normas que no son las usualmente reconocidas como materialmente constitucionales, no lo son por su esencia, pero a las cuales se le incluye en el documento constitucional o Constitución formal, para darles la estabilidad política que tiene esta y por otra parte, hay normas de Derecho Constitucional, materialmente hablando, que no están contenidas en el documento que contiene a la Constitución formal.

Actualmente, dice Hernández Valle, para la doctrina más autorizada, “no existen materias que sean, por si mismas, constitucionales. En otros términos, lo que determina, al menos en nuestro ordenamiento, que una disposición tenga rango constitucional es simplemente el procedimiento de su formación y no la materia regulada”.

2.1.5.1- Clasificación de la Constitución.

Esta clasificación de las constituciones atendiendo al mayor o menor grado de dificultad para su reforma, en flexibles y rígidas fue formulada originalmente por el notable jurista irlandés Lord James Bryce, en su famoso ensayo “Flexible and Rigid Constitutions”, incluido en sus “Studies in History and Jurisprudence” en 1901.

Algunos autores contemporáneos sub-dividen las constituciones rígidas en absolutamente rígidas y en relativamente rígidas y ese será el

esquema clasificatorio que seguiremos en el presente desarrollo, el cual se representa gráficamente a continuación:

2.1.5.2- *Clasificación de las constituciones atendiendo a su mayor o menor grado de dificultad para su reforma*

A) FLEXIBLES		
B) RÍGIDAS	a) Absolutamente	1) Con relación a todo su texto
		2) Con relación a parte de su contenido
		3) Sólo durante un cierto lapso
	b) Relativamente	1) Porque su procedimiento de reforma es más dificultado (rigidez de procedimiento)
		2) Porque su procedimiento de reforma es más dificultado y ésta sólo puede decretarla un órgano especializado (rigidez de procedimiento y orgánica)

2.1.5.3- *Constituciones Flexibles*

Las constituciones flexibles, son las que no requieren más trámites para su reforma que los necesarios para modificar una ley ordinaria. Proceden de la misma fuente que las leyes ordinarias y, por consiguiente, son aprobadas y susceptibles de ser modificadas por ese mismo órgano, por lo que suele

decirse que en este caso la distinción entre poder constituyente y poder constituido no existen.

Estas constituciones se caracterizan según Bryce, por ser “móviles”, es decir que nunca están en reposo, sino que por el contrario siempre se encuentran expuestas a algún cambio, aunque sea imperceptible; por ser “flexibles”, es decir, porque tienen elasticidad, o sea que pueden ser adaptadas y alteradas en su forma, conservando sus características principales.

Por lo anterior, sostiene que es un error considerar inestables a las constituciones flexibles. Su real nota, su mérito distintivo sostiene, es ser elásticas. Pueden extenderse o adaptarse de acuerdo con las emergencias, sin que se rompa su estructura; y cuando la emergencia ha pasado, vuelven a su antigua forma como un árbol cuyas ramas exteriores hubiesen sido apartadas para dejar paso a un vehículo. Precisamente porque su forma no está fijada rígidamente, un cambio temporario no será sentido como un cambio serio. El sentimiento de respeto por el orden establecido no es perturbado.

El caso típico de Constitución flexible es el de Inglaterra, cuyo Parlamento cuenta con el poder constituyente y el poder legislativo ordinario simultáneamente, no existiendo diferencia, más de las que resulten de su contenido, entre disposiciones constitucionales y leyes ordinarias. Es exclusivamente en este país donde la ventaja de la elasticidad de este tipo de Constitución que le ponderó Bryce se ha visto operar.

Si este modelo se exportase a otro país existiría una desventaja digna de tomar en cuenta y es que como el órgano legislativo puede modificar las leyes fundamentales con igual facilidad que las ordinarias, existiría un gran peligro para los derechos fundamentales, además del sentimiento de inseguridad que se apoderaría de aquellos que no aprueben los actos de la mayoría.

2.1.5.4- *Constituciones Rígidas*

Como hemos dicho, las constituciones rígidas se pueden sub-clasificar en:

A. ABSOLUTAMENTE RÍGIDAS

Absolutamente rígidas, perennes, eternas o graníticas son las que se declaran a sí mismas irreformables. Hay constituciones que dotan de rigidez absoluta sólo a una parte de su contenido y a las disposiciones o normas que tienen tal carácter se les denomina “pétreas.” Esto es lo que ha hecho nuestra Constitución en el último inciso del Art. 248 al prescribir lo siguiente: “No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.”.

También, una práctica ha sido la de conferir rigidez absoluta a una Constitución, pero sólo durante un lapso, tal como ocurrió con nuestra primera Constitución, la de 1824, como Estado miembro de la República Federal de Centroamérica, la cual en el Art. 84, dispuso lo siguiente: “A los ocho años cuando la práctica y más conocimientos hayan descubierto los inconvenientes o ventajas de la presente Constitución, podrá convocarse un Congreso constituyente para que examinada su totalidad pueda reformarla .”

La crítica generalizada a esta variante es que el establecimiento de un número de años para la irreformalidad es siempre una decisión arbitraria. Puede suceder que antes que el plazo venza haya necesidad indudable de realizar una reforma, o que se llegue el mismo y no la haya.

La doctrina dominante, sostiene que establecer la irreformabilidad absoluta es inconveniente ya que por una parte la historia ha demostrado la ineficacia de disposiciones de esta naturaleza; por la otra, que en lugar de conseguirse estabilidad política mediante tal medida extrema se le amenaza,

pues quienes patrocinen un cambio constitucional, no cuentan con otra alternativa que la de hecho y en la generalidad de casos, violenta.

B. RELATIVAMENTE RÍGIDAS

Constituciones relativamente rígidas, son las que la posibilidad de su reforma sí está prevista constitucionalmente, pero requieren para su modificación procedimientos más dificultados que los exigidos para modificar la ley ordinaria.

Hay países que, adicionalmente, prescriben que un órgano diferente que el Legislativo ordinario, sea el único habilitado para reformar la Constitución y en tal caso, se habla de rigidez orgánica, pero basta con que el procedimiento sea más dificultado, para que una Ley Fundamental pueda ser calificada de relativamente rígida.

A diferencia de la Constitución flexible, la rígida tiene dificultad para adaptarse a las exigencias histórico-sociales del momento, desventaja que se contrapesa con la garantía de permanencia, estabilidad y seguridad; sin embargo, como ya se ha dicho, la Constitución escrita puede contribuir a ellas, pero lo que realmente las asegura es la Constitución real.

Teóricamente, se considera que la reforma frecuente de una Constitución es un síntoma de inestabilidad política y social. Esto no puede tomarse como una verdad con validez universal, porque por ejemplo Suiza modificó numerosas veces su anterior Constitución y nadie puede sostener que ese país sea inestable política o socialmente. Además, puede haber estados que no reformen su Constitución durante un período prolongado, pese a que no exista en ellos estabilidad política o social, principalmente porque quien detenta el poder ha impuesto una Constitución que sirve de disfraz a su régimen autoritario, por lo cual la misma en nada le estorba.

En la práctica, esta clasificación entre constituciones flexibles y rígidas, coincide con la clasificación de constituciones dispersas y codificadas u orgánicas; es decir, que las dispersas son flexibles y las codificadas u orgánicas, rígidas.

C. SEGÚN EL CONTENIDO IDEOLÓGICO

En su Teoría de la constitución, Loewenstein considera que el análisis del contenido ideológico es un criterio válido para formar una clasificación de las constituciones. Según este autor, es dable distinguir entre las normas fundamentales que poseen un programa ideológico y las que son neutrales o puramente utilitarias.

Forman parte de la primera clase las constituciones concebidas como límite del poder estatal y como garante de la libertad ciudadana. Loewenstein explica que se caracterizan por distribuir tareas entre los “detentadores del poder” y por incluir un catálogo de derechos fundamentales.

La segunda clase de constituciones excluye, en cambio, esos contenidos y se limita a regular el funcionamiento de los órganos gubernamentales superiores, de tal manera que configura un marco en el que las fuerzas políticas y sociales puedan enfrentarse libremente⁴. A este último tipo de normas fundamentales cabe formularles la siguiente crítica. Su pretendida asepsia ideológica no es más que un espejismo: al negar los derechos fundamentales y la distribución de cargas entre los órganos estatales, en el fondo delatan una postura ideológica, que es precisamente lo que intentan evitar.

2.1.6- Características de la Constitución

2.1.6.1- La Supremacía Constitucional

2.1.6.2- Noción

Al reflexionar sobre la ubicación del Derecho constitucional en la escala jerárquica de las normas jurídicas de un Estado, dijimos que era y gozaba en lo interno del Estado de supremacía. De aquí se originó el principio de la supremacía o superlegalidad de la Constitución.

En virtud de su supremacía, la Constitución ocupa la cima del orden jurídico del Estado. Es la ley suprema. A ella se encuentra subordinadas todas las demás normas jurídicas.

2.1.6.3- Su Surgimiento

La doctrina moderna de la supremacía constitucional se le debe al abate Francés Emanuel Sieyês (1748- 1836). El expuso dos nociones importantes que todavía se proyectan en el constitucionalismo actual; la del poder constituyente y la de la representación política. En virtud de tales instituciones surge como normal la superioridad de la constitución que es en obra en opinión de Sieyês de la nación, la cual por no poder ejercer su poder directamente lo hace a través de sus representantes o diputados constituyentes, quienes por medio de la Constitución organizan al Estado.

Los inmigrantes que fundaron las colonias inglesas en el noreste de los Estados Unidos de América y cuando, después de su independencia (1776), adopta su constitución federal en el año de 1787, incluyeron en esta un artículo, el seis cuya cláusula segunda estatuye: “Esta constitución, y las leyes de los Estados Unidos y las leyes que serán dictadas como consecuencia de la misma, y todos los tratados concertados o que he concierten al amparo de la autoridad de Estados Unidos, serán ley suprema de la Nación, y en todos

los estados los jueces están obligados por la misma, pese a lo que pueda señalar la Constitución o las leyes de un estado cualquiera”. Dice Corwin que “Se ha dicho de este párrafo que es “la esencia de la Constitución”, y con mucha razón, porque combina al nacional y a los estados en una misma organización gubernamental, un Estado Federal. También aclara el hecho de que, si bien el gobierno nacional es un general uno de los poderes contrarios de carácter estatal”.

Como se ve más bien, se trata de dilucidar la relación entre el poder federal y los poderes de los estados miembros de la federación con preeminencia para aquel. Sin embargo, el artículo dio pie para el desarrollo de la doctrina de la supremacía constitucional de los Estados Unidos por medio de una larga práctica jurisprudencial, que por otra parte, significó el primer precedente del control judicial de la constitucional de las leyes. Este se dio en el caso *Marbury vrs. Madison*, en el cual el presidente de la Suprema Corte, el Juez Marshall, sostuvo que el Congreso se había excedido de poder que le había dado la Constitución y que era obligación de esta, declarar nulo el apartado de una ley judicial de 1789, que importaba agregar a la jurisdicción original de la Suprema Corte del poder de emitir nombramiento de jueces. Desde entonces la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido el poder de anular las leyes que se oponen a la Constitución; ello es el antecedente inmediato del proceso de inconstitucionalidad de la ley. A partir de esos antecedentes, el principio de supremacía constitucional ha adquirido una aplicación casi universal, aunque algunos autores consideran que es inaplicable en los países de derecho consuetudinario o de Constitución Flexible, en los cuales no puede hablarse de Constitución formal, sino solo material.

2.1.6.4- Razón de ser

Surge la pregunta del porqué de esta alta jerarquía normativa que engendra cierta inmovilidad legal, lo cual a algunos les parece un valladar al progreso y también garantía de una situación de dominación. A esto cabe, por una parte, responder que la constitución cumple una función política estabilizadora, es un pacto entre los diferentes sectores sociales, económicos y políticos que obtienen a través de negociaciones, (no siempre o casi nunca, visibles) arreglos para conformar al Estado de determinada manera y someterse a las reglas discutidas y acordadas.

Se espera así, que ningún sector, aun cuando disponga del poder para ello, tenga interés en sobrepasar las normas de la Constitución, pues de hacerlo estaría poniendo en peligro el equilibrio obteniendo en ella y se expondría a perder las ventajas adquiridas.

Desde luego, para que esto funcione así, es necesario que la Constitución sea producto de un proceso de decisión democrático, el cual ha de permitir la participación de todos los sectores políticos, los que a su vez representan a los demás componentes e intereses sociales. La Constitución, aun cuando aprobada por mayoría, exige la pluralidad y el tener en cuenta los intereses de todos los sectores, incluso los minoritarios, estén o no representados en el órgano decisor. Solo de esta manera tendrá verdadera supremacía, porque gozara del respecto de todo el conglomerado este aceptara que el contenido de las leyes, de todo tratados, de los reglamentos, de las ordenanzas, de las sentencias y de los actos administrativos, sea conforme a los parámetros de la Constitución, que no es otra cosa que la supremacía de esta. De otra parte, la constitución no es inmutable y por tanto, puede adaptarse al cambio de condiciones de la sociedad, pero para modificarla se necesita del respecto a ciertos procedimientos; el cual nace precisamente de su superioridad. Tales procedimientos de reforma, aun

cuando pueden ser diferentes de los de creación, deben ser tan democráticos como estos.

2.1.6.5- Clases.

Se tiende a confundir las características con los tipos de constituciones. La experiencia jurídica ha registrado un sin número de normas fundamentales. A pesar de que unas y otras son tan variadas, comparten una serie de características. Para la concepción positivista señalada en el apartado anterior las normas constitucionales tienen en común elementos básicos como los siguientes: **supremacía, indivisibilidad, normatividad, fundamentalidad y regularidad.**

Una de las principales características de toda constitución es la **SUPREMACÍA**. Esta no significa otra cosa que su sentido literal: la constitución es la máxima norma en un ordenamiento jurídico, es la cúspide de la legalidad. Si se tiene en cuenta el carácter sistémico del derecho y la primacía de la constitución, entonces se comprenderá la importancia que esta norma posee para la fundamentación del conjunto normativo ubicado debajo de ella, y en especial para la legitimidad del poder público. Pocos autores como Hans Kelsen.

La ventaja del punto de vista positivista es que considera como constitución a la norma que reúne las características apuntadas, sin importar si es escrita o codificada, democrática o autocrática, liberal o iliberal, etcétera. Añadir una característica distinta a las mencionadas supondría el riesgo de considerar un tipo específico de constitución (liberal, democrática, autocrática, etcétera) como el modelo a seguir.

Teoría pura del derecho han explicado con claridad y coherencia esta característica. Por otro lado, la indivisibilidad implica que la constitución es un todo imposible de fraccionar en partes. No es admisible aplicar e interpretar la

norma primaria sin tomar en cuenta de forma íntegra su articulado. En otras palabras eso sugiere que la constitución es una unidad que no puede escindirse.

Naturalmente la norma fundamental es vinculante. En el derecho constitucional prevaleció durante un tiempo la idea de que las constituciones no obligaban, porque se consideraban una simple declaración de principios y no un documento con fuerza de ley susceptible de ser ejecutado. Esa apreciación cambió con las técnicas de interpretación constitucional, con procedimientos como el amparo y con el mecanismo jurisdiccional de inaplicabilidad de una ley que el juzgador valore inconstitucional y además con el garantismo.

La fundamentalidad se vincula con la supremacía constitucional, pero posee un significado propio. Con ella quiere señalarse que el pedestal del ordenamiento jurídico de un país es la constitución. En tanto que esta norma es la máxima expresión jurídica le corresponde inevitablemente el fundamento y la unidad de la estructura del derecho. Allí radica precisamente su fundamentalidad.

En lo que respecta a los derechos fundamentales sociales, aún no se han creado las instituciones adecuadas para garantizar su cumplimiento. La dificultad estriba en que los correlatos de estos derechos son obligaciones de hacer y el sujeto pasivo de esa relación jurídica es el Estado.

Por regularidad se da cuenta de la necesaria correspondencia entre la constitución y las normas jurídicas situadas bajo ella. Entre la primera y el resto de normas debe existir coherencia formal y material. Lo interesante de esto es que la mencionada coherencia constituye una de las condiciones lógicas del derecho visto desde la óptica del ordenamiento jurídico.

2.1.7- La elaboración de la Constitución

✓ EL PODER CONSTITUYENTE

2.1.7.1- *Importancia de la Doctrina del Poder Constituyente.*

Emmanuel Sieyès nos dice: “Una Constitución supone ante todo un poder constituyente”

Javier Pérez Royo por su parte establece: “El concepto de poder constituyente está, pues, unido al concepto de Constitución como el creador a la criatura. Tanto desde un punto de vista lógico como histórico el poder constituyente es una necesidad para la Constitución escrita. La Constitución no puede ser pensada racionalmente si no es a partir del poder constituyente.”

Se ha dicho¹⁸ que con la tesis que separa el poder constituyente y los poderes constituidos, se funda el constitucionalismo; que gracias a ella tienen consagración y pueden estar asegurados los derechos fundamentales y que tal separación es un rasgo esencial del Estado de Derecho.

Varios autores consideran que la función de la teoría del poder constituyente es doble.

En primer lugar, con ella se deja en claro que los poderes que la Constitución regula están subordinados a ella, constituidos por ella, función que fundamenta el principio de la supremacía de la Constitución.

En segundo lugar, la teoría es una explicación acerca del origen de la Constitución misma, no acerca de su origen fáctico, sino de su fundamento, de su legitimidad de origen. Ignacio de Otto sostiene que "la formulación en

¹⁸Entre otros véase Carlos Sánchez Viamonte, transcrito en Linares Quintana, Segundo V. **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte General.** T. III (2ª Ed.) Buenos Aires: Plus Ultra, 1978, p. 174

términos de dogmática constitucional del principio de legitimación democrática, del mismo modo que lo es el dogma de la soberanía popular, de la cual el poder constituyente es la expresión máxima."¹⁹

Los dos modelos históricos sobre la forma de ejercicio del poder constituyente.

Históricamente, se han consagrado dos grandes modelos que han marcado la actuación del poder constituyente, los cuales establecieron desde el comienzo las diferencias entre el constitucionalismo americano y el francés.

"Por una parte aparece, la tesis propiciada por los colonos puritanos de Norteamérica, según la cual, el ejercicio del poder constituyente requiere siempre la participación directa del pueblo como efectivo titular de la soberanía. Por otra parte, se presenta la tesis sostenida por Sieyès, conforme a la cual se admite la delegación de competencias y se incorpora el principio representativo a la mecánica del poder constituyente."²⁰

Actualmente, aunque el modelo dominante de actuación de tal poder integra ideas básicas de los dos modelos históricos referidos, las ha adaptado a las exigencias del mundo actual.

El modelo norteamericano

Javier Pérez Royo²¹ explica de manera muy clara las circunstancias que hicieron nacer este modelo, el cual implicó la fácil integración entre la teoría y la práctica.

¹⁹De Otto, Ignacio. **Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.** Barcelona: Ariel, 1987. p.53

²⁰De Vega, Pedro. **La Reforma Constitucional.** Madrid: Tecnos, 1988. pp. 29-30. Sobre el mismo tema: Hernández Valle, Rubén. **El Derecho de la Constitución.**Vol. I. San José: Juricentro, 1993. pp.229-230

²¹ Pérez Royo, Javier. **Curso de Derecho Constitucional.**(9ª Ed.) Madrid-Barcelona: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003, p. 116

Él sostiene que allí donde la razón y la historia pudieron ir juntas en el proceso de construcción del Estado, como ocurrió en Estados Unidos de América, en los que no hubo que vencer la resistencia de una forma política secular alude a las monarquías absolutas a las que se enfrentó el constitucionalismo en la Europa continental, sino que se pudo empezar prácticamente de cero, la afirmación teórica y práctica del poder constituyente se produjo de manera espontánea, como algo que cae por su propio peso. El poder constituyente reside en el pueblo; el ejercicio práctico de ese poder constituyente se traduce en la Constitución; y ésta, en cuanto producto del poder constituyente, tiene que estar por encima de los poderes constituidos.

A esta concatenación de razonamientos lógicos agrega este autor, es a lo que se reduce la teoría y la práctica del poder constituyente en los Estados Unidos. Por eso, el poder constituyente en cuanto tal, no ha sido un concepto problemático en el Derecho Constitucional norteamericano. La teoría y la práctica del poder constituyente coinciden, empezando y acabando ambas en el proceso que condujo a la redacción del preámbulo de la Constitución Federal de 1787: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución"

La tesis norteamericana atribuyó el origen del poder constituyente a la teoría del pacto llamado "de la gracia puritana", que consistía en organizar la comunidad religiosa por medio de un contrato, en el cual se establecían las reglas del culto, por lo que pensaron que si lo hacían libremente con dicha comunidad, de igual manera podían organizar la comunidad política, por lo que el pacto se transformó en político y procedieron a redactar los "covenants", que según expone Pedro De Vega,²² eran auténticos contratos sociales, suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus familias, y en los que

²²Op. Cit. pp. 31-32

se fijaban las normas a tenor de las cuales la colonia debía funcionar. Lo que importa señalar es que, en la elaboración de los covenants, subyacen las dos ideas fundamentales que posteriormente habrían de caracterizar toda la construcción constitucional americana.

Por un lado, que el acto constitucional se identifica en cierta medida con el contrato social. Y, por otro lado, que el ejercicio de la potestad constituyente por tratarse de una potestad inalienable, no puede efectuarse a través de representantes. Lo que se traduciría luego en el hecho que, puesto que la soberanía del pueblo no puede ser representada, las convenciones creadas para elaborar los proyectos de Constitución, no podrían tampoco ser consideradas, en ningún caso, depositarias o titulares del poder constituyente. Cualquier proyecto de Constitución elaborado por las convenciones o asambleas designadas al efecto, exigirían, por tanto, la ratificación ulterior, bien de las asambleas de los colonos ("townmeetings"), bien del pueblo mismo.

Así, para el caso la Constitución de Massachusetts de 1780, se originó pidiendo a las asambleas de los colonos que enviaran sus representantes a la convención del Estado que elaboraría el proyecto correspondiente. El proyecto de la convención fue sometido a las asambleas de los colonos para su aprobación (el 16 de junio de 1780). Este procedimiento, seguido en Massachusetts, se aplicó, también, en la Constitución Federal de 1787.

"De los datos anteriores se desprende -como apunta JuliusHatschek lo siguiente:

2.1.7.2- El Poder constituyente corresponde al pueblo.

Este poder no puede ejercerse por representantes. Cuando sucede esto, las llamadas 'Conventions' que elaboran la Constitución, sus miembros,

son simples delegados del pueblo y este tiene que ratificar el proyecto de Constitución.”²³

El modelo francés.

Según también refiere Javier Pérez Royo,²⁴ En el continente europeo, al contrario de lo ocurrido en Estados Unidos de Norteamérica, el poder constituyente ha sido un concepto problemático desde sus orígenes donde la experiencia francesa es la prototípica, hasta casi nuestros días. No por razones de tipo teórico, sino por motivos exclusivamente históricos. Como todos los elementos centrales del concepto de Constitución, el poder constituyente también ha estado dominado por el enfrentamiento entre la monarquía absoluta o Antiguo Régimen y el Estado constitucional a lo largo de todo el siglo XIX y por las dificultades del proceso de democratización del régimen político en algunos de los estados europeos hasta la primera mitad del siglo XX.

Nada mejor para comprender la noción de poder constituyente en el ámbito continental europeo, que analizar la doctrina sobre el poder constituyente formulada por el abate Emmanuel Sieyès (1748-1836), en el momento histórico de la difusión del constitucionalismo, es decir, el vigente al tiempo de la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII, que la misma difundió universalmente durante el siguiente siglo.

Sieyès ha sido descrito por Marcel Prélot²⁵ como un personaje “misterioso y quejumbroso,” un “sacerdote sin vocación “por lo que se ha aludido a él como “el abate Sieyès, tan poco abate”, pues se ha afirmado que

²³ Transcrito en: Lucas Verdú, Pablo. **Curso de Derecho Político**. Vol. II, 3ª Ed. Madrid: Tecnos, 1984. p. 581

²⁴Op. Cit. p. 116

²⁵Prélot, Marcel.**Historia de las Ideas Políticas**. Buenos Aires: La Ley, 1971. p. 496 y ss.

había abrazado la carrera eclesiástica como un medio ventajoso para llegar a ser²⁶, un “orador nada brillante,” con débil constitución física que sin embargo vivió 88 años, pero “muy grande y hábil político”

Sieyès fue el expositor de las dos nociones alrededor de las cuales se desarrolló de allí en adelante el constitucionalismo liberal: la noción del poder constituyente y la noción de representación política. Adicionalmente, cuenta con un mérito poco conocido, probablemente porque su concepción no alcanzó en la Europa de su época la misma difusión que las dos primeras, y fue su original idea de la creación de un órgano constitucional encargado de tutelar la supremacía de la Constitución y anular los actos legislativos aprobados en violación de aquella.

La obra más conocida de Sieyès, en la cual se exponen las bases de su doctrina, es el folleto ¿Qué es el Tercer Estado? y deben ser completadas en el menos conocido pero más preciso Reconocimiento y Exposición Razonada, que Sieyès leyó al Comité de Constitución de la Asamblea Nacional en 1789.

El período de mayor influencia de este autor se ubica en la etapa inicial de la Revolución Francesa, por su notable actuación en la Constituyente, como miembro del Comité de Constitución y como presidente de la Asamblea.

El nombre de su folleto amerita una explicación. El Tercer Estado es uno de los estamentos que integraban los llamados Estados Generales en la Francia del Antiguo Régimen, los cuales eran una alta institución representativa del reino, en forma de asamblea convocada por el rey y a la que acudían representantes de cada estamento.

²⁶ Jean-Jacques Chevallier. **Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días**. Madrid: Aguilar, 1955, p. 165.

Los Estados Generales fueron creados en 1302 por Felipe IV, el Hermoso, y se reunieron 21 veces en un total de 487 años. Eran una asamblea excepcional, y su reunión solía significar la respuesta a una crisis política o financiera, que obligaba a conocer la opinión de los súbditos para confirmar una decisión real, particularmente en materia de impuestos.

Los estamentos integrantes de los Estados Generales eran la nobleza, el clero y el tercer estado o estado llano. Al último pertenecían los no privilegiados: el campesinado, los habitantes de las ciudades o burgos compuestos por los artesanos de cada oficio, los comerciantes o mercaderes y la llamada plebe urbana o gente pobre de la ciudad.

La institución de los Estado Generales fue abolida por el Rey Luis XIII en 1614, pero Luis XVI, al borde de la bancarrota y arrinconado por la aristocracia, pensó en encontrar un medio de salvación convocando a los Estados Generales en 1789, aunque dicha asamblea fue exigida también por el Tercer Estado.

Con anterioridad existía una “rabiosa guerra de pluma”²⁷ contra los privilegios de los dos estamentos constituidos por la nobleza y el clero. Había una ola de folletos, panfletos y libelos que inundaban el reino.

Entre los millares de ellos, aparece uno de 127 páginas, que fue redactado en 1788 y se publicó en los primeros días de 1789, que hace olvidar los demás y se intitula ¿Qué es el Tercer Estado? pues es sugestivo y claro desde sus primeras líneas: “Tenemos que hacernos tres preguntas: 1ª ¿Qué es el Tercer Estado? Todo. 2ª ¿Qué ha sido hasta ahora? Nada. 3ª ¿Qué pide? Llegar a ser algo.”²⁸

²⁷ Véase Jean-Jacques Chevallier, Op. Cit. p.164

²⁸Ibid. p. 165

Sieyès, con una lógica impecable que le valió el calificativo del Descartes de la política, fundamentó cada una de sus tres respuestas.

Empieza por afirmar para sostener que lo es todo, que el Tercer Estado es una nación completa ya que sus miembros realizan todo lo que una nación requiere para prosperar. Primero los trabajos particulares, tales como la agricultura, la industria, el comercio, las profesiones científicas y liberales y hasta los servicios domésticos menos estimados. En cuanto a los servicios públicos afirmó que formaba sus diecinueve vigésimas partes, fuera de los cargos lucrativos y honoríficos que se reservaban injustamente a los privilegiados sin mérito.

También sostuvo que el Tercer Estado o Estado Llano tenía sobre los otros dos una enorme superioridad numérica: 80,400 eclesiásticos y 110,000 nobles; es decir, privilegiados que no llegan a 200,000. Comparad dijo este número con el de veinticinco a veintiséis millones de almas y juzgad la cuestión.

Con lo anterior, concluyó que los privilegiados constituían una realidad extraña a la nación y que siendo una carga que pesaba sobre ella, no podría formar parte de la misma. Finalmente, que el Tercer Estado abraza todo lo que pertenece a la nación; y que todo lo que no es Tercer Estado no puede mirarse como siendo de la nación; consecuentemente ¿Qué es el Tercer Estado? Todo.

En segundo lugar sostuvo que hasta entonces el tercer Estado, debiendo ser todo, había sido nada, ya que la aristocracia, que no es nada, le había usurpado sus derechos.

En cuanto a lo que pretendía el Tercer Estado, reseñó las reclamaciones que las grandes municipalidades habían dirigido al gobierno y que a su juicio eran lo menos posible: ser representado el estamento por

diputados extraídos verdaderamente de él; que estos diputados fuesen en igual número que el de los diputados reunidos de la nobleza y el clero, con lo cual doblaría su número de miembros reclamación que se cumplió entre el momento que terminó su obra y se publicó; y que el voto fuese por cabeza y no por estamento

Luego de los anteriores postulados aparecen en el folleto las ideas constitucionales de Sieyès, las cuales, como ya se indicó, se completan en su Exposición Razonada ante el Comité de la Constitución.

Sieyès partió del análisis de un dilema y es que o Francia no tenía Constitución o la tenía no escrita como sostenían algunos. Él se adhirió a la primera tesis e indicó que ante la carencia de Constitución, no se debía acudir a los notables sino que a la nación misma, pues solo la nación tiene derecho a hacer la Constitución. Como ya hemos visto en su posición inicial el ya había dejado sentada la base que sólo el Tercer Estado encarnaba a la nación.

La nación dijo, existe ante todo, es el origen de todo, con lo que sustituyó el concepto de soberanía popular propio de los norteamericanos y acogido por algunos de sus contemporáneos en Francia, por el de soberanía de la nación. Antes que ella y por encima de ella postuló solo existe el derecho natural.

Ahora bien sostuvo Sieyès, al ser la nación un ente abstracto, sólo puede expresar su voluntad a través de representantes. Además, respaldó su opción por la democracia representativa en los siguientes argumentos: “Los asociados son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente ellos mismos su voluntad común. ¿Qué hacen? Separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad

nacional, y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración."²⁹

En consecuencia, postuló que la voluntad constituyente sólo podía actuarse a través del mecanismo de la representación. "Los representantes no son sino la manera de ser que la nación ha querido darle a su gobierno delegado; y esa 'manera de ser' está dada por las formas constitutivas, que no son otra cosa que la constitución política".³⁰

"En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación."³¹

Resumiendo los puntos básicos de la teoría de Sieyès, tenemos siguiendo la exposición de Hatschek:" La Nación tiene un poder constituyente distinto de los poderes fundados en la Constitución (poderes constituidos): legislativo, ejecutivo y judicial.

El poder constituyente no puede ejercerse por la Nación misma sino mediante representantes suyos extraordinarios. Estos últimos están vinculados a un compromiso. Son comisionados, Quienes ejercen el poder constituyente no pueden ocuparse de funciones que corresponden a los poderes ordinarios (poderes constituidos). Solo pueden dar la Constitución."³²

²⁹Vanossi, Reinaldo A. **Teoría Constitucional**. T. I. (2ª Ed.) Buenos Aires: Depalma, 2,000. p. 15

³⁰Ibid. p. 16

³¹Sieyès, Emmanuel. **¿Qué es el Estado Llano?** Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1950. pp. 141-142

³² Transcrito por Pablo Lucas Verdù.Op. Cit. p. 582

2.1.7.3- La Situación contemporánea sobre el ejercicio del poder constituyente

Dentro del propio proceso revolucionario francés la concepción de Sieyès sobre el poder constituyente fue criticada, opinándose que la establecida en América, por los puritanos, era mucho más coherente y más concorde con las exigencias del principio democrático.

La doctrina de Sieyès sobre el poder constituyente fue excluyente. Se adhirió a la tesis de la soberanía nacional, porque la nación como concepto atemporal y a espacial no podía entenderse como la suma de todos los ciudadanos y esto le permitió dejar fuera a los privilegiados.

Otras versiones de la soberanía nacional radicalmente opuestas a las concepciones de Sieyès, han permitido hacerla coexistir con el sufragio censitario, o con monarquías que conservan buena parte de sus privilegios. Por todo lo cual se ha dicho, que al asignarle el poder constituyente a una Asamblea y escamotearle al pueblo o a cualquier sector, todo tipo de intervención directa, implicaba establecer una ficticia soberanía de la nación, y una soberanía real de las asambleas.

Además, en lo que respecta al tema de los antecedentes de la teoría del poder constituyente, hay que recordar la advertencia que ha formulado José Juan González Encinar,³³ quien expresa que no resulta posible trasladar la idea de poder constituyente, tal y como aparece en los orígenes del constitucionalismo, para integrarla en una teoría del Estado constitucional democrático contemporáneo, o en una teoría de la Constitución actual, cuál sería el caso de la Constitución salvadoreña de 1983.

³³González Encinar, Juan José. “La Constitución y su Reforma” en: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 6, N° 17. Mayo-agosto, 1986. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 354

Por ejemplo, hay que tener en cuenta que al introducirse hace ya más de dos siglos en la teoría constitucional la idea de un poder constituyente como "poder absoluto, total y soberano", lo que se estaba haciendo era trasladar mecánicamente a la teoría constitucional la doctrina de Bodino sobre la soberanía, que sirvió para fundamentar la monarquía absoluta.

Por otra parte, la teoría original partió del dogma rousseauiano de la voluntad general del pueblo, es decir que el pueblo cuenta con una voluntad unitaria. Esto pudo haber sido aceptado en la etapa del constitucionalismo clásico donde inicialmente hubo una paz doctrinaria. Actualmente lo que ocurre es que "El pueblo y su voluntad están diseminados en el pluralismo y necesitados de forma para actuar. El pueblo se compone de una pluralidad de grupos con intereses propios y distintos, o antagónicos, y el pueblo es, por sí mismo, por esa razón, incapaz de una voluntad unitaria."³⁴ En nuestros días la Constitución se legitima si los encargados de elaborarla han sido democráticamente elegidos y si ella es el fruto del "consenso constitucional" de las fuerzas políticas que intervinieron en su elaboración, además si responde a otras exigencias del principio democrático. Retornaremos al tema de la legitimidad del poder constituyente.

Actualmente, de los dos modelos históricos se conservan algunos postulados básicos, con las necesarias adaptaciones.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial la consideración del poder constituyente como una consecuencia de la afirmación teórica y práctica de la soberanía popular ya no se discute más.³⁵

³⁴Ibid. pp. 354-355

³⁵ Véase: Pérez Royo, Javier. Op. Cit. p. 123.

La concepción representativa del poder constituyente es la generalizada; sin embargo en muchos países se combina con instituciones de la democracia semi-directa tales como la iniciativa popular para la reforma constitucional y el referéndum aprobatorio, particularmente para cuando se dicta una nueva Constitución o cuando ocurre su reforma total.

2.1.7.4- Concepto de poder constituyente

Si por poder entendemos, dice Bidart Campos, "una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por 'constituyente' el poder que constituye o da constitución al estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política".³⁶

Por su parte, Segundo V. Linares Quintana expresa que "el poder constituyente es la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario por medio de una Constitución, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario."³⁷

De esta segunda definición, que es la más completa de ambas, fluye la primera clasificación del poder constituyente, el cual puede ser **a) Originario; y, b) Derivado, constituido, instituido o poder de reforma constitucional.**

2.1.7.5- Clases de poder constituyente

En el siguiente cuadro se representan los tipos de poder constituyente:

³⁶Bidart Campos, Germán J. **Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino**. T. I. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 108.

³⁷Op. Cit. p. 201

CLASES DE PODER CONSTITUYENTE

Por la presencia o ausencia de subordinación a un ordenamiento jurídico anterior:	a) Originario o en estado de primigeneidad	Fundacional Originado por ruptura de la continuidad constitucional
	b) Derivado, instituido, constituido o poder de reforma constitucional	
Por: (1) El apego a formalidades jurídicas y (2) El ejecutor de actos de contenido constitucional:	Formal	
	Material	Legítimo, pero meramente formal
		Fáctico
Por su legitimidad:	Democrático	
	Antidemocrático	

Por la presencia o ausencia de subordinación a un ordenamiento jurídico anterior

a) Originario o en etapa de primigeneidad: 1) Fundacional; y, 2) Originado por la ruptura de la continuidad constitucional

El poder constituyente originario es el que se ejerce, ya sea en la etapa fundacional de un Estado, para darle nacimiento y estructura, o cuando en un Estado ya constituido ha sido derrocado el régimen anterior y se va a dar un nuevo sistema jurídico.

Como dice Lucas Verdú, este primer tipo de poder constituyente es "la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su

convivencia política."³⁸ Este poder es el que se encarga de elaborar la Constitución.

2.1.7.6- Se caracteriza

Por ser originario, es decir que reside directamente en su titular y que no se deriva de ningún otro poder, es como dice el mismo autor Lucas Verdú "inmanente a la comunidad política de que se trate."³⁹ Ahora bien, esto plantea una cuestión de si las asambleas constituyentes que normalmente decretan las constituciones, ejercen un poder originario o derivado. La mayoría de los autores entienden que los constituyentes representan directamente al pueblo y por tanto, ejercen el poder originario de éste, lo cual no significa que aquel desaparezca, sino que puede recabar el derecho de modificar la Constitución, de ratificarla e incluso por la vía revolucionaria, de cambiarla totalmente. Se ha dicho, que son los representantes de un pueblo soberano, pero no los representantes soberanos de un pueblo.

Por ser soberano, es decir no existe ningún otro poder sobre él. Se afirma que es el órgano de mayor rango dentro de la escala de los poderes políticos internos; en cierto sentido, es más propio decir que es un órgano pre estatal, cuya misión es darle vida a la Constitución y por tanto, determina la clase y organización concreta y particular del Estado de que se trata.⁴⁰

El calificativo de pre- estatal para este poder debe completarse con otro: es pre jurídico, meta jurídica o extrajurídica. Es ajeno a cualquier derecho

³⁸Op. Cit. p. 583

³⁹Ibid. p. 583

⁴⁰ Esta idea estuvo claramente planteada en el Art. 1 de la Constitución salvadoreña de 1864 en las siguientes expresiones del castellano de la época: "*La república del Salvador, es soberana, libre e independiente y le corresponde el derecho esencial y exclusivo de gobernarse así misma, constituirse de nuevo ó reformar su Constitución cuando convenga á su bienestar.*"

nacional vigente. Es un fenómeno de naturaleza política que no lo limita derecho interno alguno vigente. Como ha dicho Javier Pérez Royo, "el poder constituyente es sustancialmente resistente a toda explicación de tipo jurídico. El poder constituyente pertenece al mundo de la Política y no al mundo del Derecho."⁴¹ Por todo ello, es impropio partir de la idea de la competencia para definirlo como lo hacen algunos autores, aun llamándolo una "súper competencia" o "la competencia de las competencias," pues si bien es cierto que el poder constituyente es el que crea y distribuye competencia, él no cuenta con competencia, porque las competencias son potestades normativamente previstas y a este poder no hay cuerpo normativo que le adjudique sus potestades. Lo propio es aludir, en el caso del poder constituyente originario, a su poder, fuerza o potencia para elaborar la Constitución.

Los poderes que nacen de la Constitución, o mejor dicho que son estatuidos en ésta y que constituyen la estructura orgánica del Estado, son poderes derivados, instituidos o constituidos. También se les llama ordinarios, por cuanto son los que están encargados de viabilizar los procesos de poder estatal cotidianamente.

El poder constituyente originario es, por tanto, el poder máximo de una sociedad, nación, expresaba Sieyès, por el cual adopta la decisión fundamental de organizar el Estado. La Constitución "brota de una instancia suprema", expresa Lucas Verdú.⁴²

Por ser extraordinario, porque opera solamente en situaciones excepcionales, para aprobar y promulgar la Constitución, o sea organizar el Estado, para reformarla y para sustituirla en situaciones todavía más

⁴¹ Op. Cit. p. 118

⁴² Ibid. p. 584

excepcionales y como culminación de un proceso insurreccional victorioso que termine en una revolución. En ambos casos estamos en presencia de lo que se llama etapa de primigeneidad, la cual es breve en el tiempo, sobre todo si se le compara con la que le sigue, que es llamada etapa de continuidad y es la que surge una vez aprobada la Constitución. En este segundo momento el poder constituyente desaparece, cediendo su lugar a la propia norma por él creada. Todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos.

La brevedad del plazo de ejercicio del poder constituyente, que metafóricamente se ha comparado con la fugacidad del rayo, que irrumpe en el firmamento, realiza su obra e inmediatamente desaparece, no sólo describe un suceso, sino que se considera indispensable, lo cual se considerará en el siguiente apartado, ya que el fundamento de este postulado toma en cuenta la característica de tal poder que a continuación se examina.

Por ser, en principio, ilimitado. Sieyès acuñó una frase lapidaria sobre esta idea: "El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pluguiere ⁴³ adoptar" ⁴⁴ Hay que reparar que "el poder constituyente, en cuanto poder pre-jurídico, ... no solo es ilimitado en los contenidos, sino en las propias formas de su ejercicio"⁴⁵ No se encuentra sometido a ningún ordenamiento jurídico vigente, ya sea porque no hay ninguna norma jurídica preexistente, en el caso del surgimiento de un nuevo Estado, o porque si hubo normas jurídicas anteriores, como sucede en el caso del cambio régimen, éstas ya no tienen vigencia y si la tuvieran su validez no derivaría de ningún título antiguo, sino

⁴³ El verbo correspondiente pertenece al castellano antiguo y expresiones equivalentes serían que el poder constituyente sólo podría estar sometido a las formas y a los límites que a él se le antojase o le pareciese establecer.

⁴⁴ Transcrito por Pedro de Vega. Op. Cit. p. 28

⁴⁵Ibid. p. 29

de la convalidación, ya sea tácita o expresa, de parte del poder constituyente. Este último supuesto ha ocurrido entre nosotros, por ejemplo, con el Código Civil que ha conservado su validez por más de cien años, pese a las frecuentes rupturas de la continuidad constitucional ocurridas en el pasado.

Sus limitaciones pertenecen, para algunos al mundo del derecho natural; o de las convicciones jurídicas predominantes en una sociedad determinada; en cierta medida, tiene restricciones derivadas de la existencia y regulación jurídica de la comunidad internacional; por otra parte, está sujeto al acondicionamiento del entorno socio, político y cultural donde está supuesto a operar.

En vista que éste es un poder originario y único, no puede encontrar su fundamento fuera de sí mismo, porque más allá de él no hay nada. Adicionalmente, es incondicionado ya que frente a él no existen límites jurídicos de tipo formal ni de tipo material. Como acabamos de ver, el poder constituyente originario lo puede querer todo de la forma que le parezca oportuno. Se trata, entonces, de dos características que no caben en el mundo del derecho, que exige precisamente lo contrario.

En primero lugar, la existencia de una norma que califique como jurídica una conducta o el ejercicio de una competencia.

En segundo término, la limitación de dicha conducta o del poder en el ejercicio de su competencia por lo que en la norma se establezca.

El mundo del derecho no admite poderes originarios e incondicionados, sino únicamente poderes derivados y condicionados o limitados. Todo lo anterior fundamenta la exigencia que ya había establecido Sieyès y es que

una vez realizada su obra, el poder constituyente originario debe desaparecer,...como el rayo al concluir la suya.⁴⁶

Derivado, constituido, instituido o poder de reforma constitucional

El poder constituyente derivado es el que se ejerce para reformar la Constitución, a este último también se le llama poder "constituyente constituido o instituido".

De manera más precisa, podemos decir, que el poder constituyente derivado es el que, dentro del marco de una Constitución rígida se ejerce para reformarla, mediante un procedimiento que la misma ha previsto en su texto, en nuestro caso el Art. 248 Cn.

A diferencia del anterior, éste es un poder esencialmente limitado ya que se debe ejercer de la manera prevista por la Constitución que reforma. De los límites específicos de este poder, se hablará cuando se aborde el tema de la reforma constitucional.

Adicionalmente, este poder constituyente constituido o instituido, está sujeto a los mismos límites extrajurídicos que el originario: contexto social, cultural, económico y político y los correspondientes valores comúnmente compartidos; además, por los compromisos del Estado con la comunidad internacional y para algunos, por el derecho natural.

Hay autores que sostienen este segundo tipo de poder constituyente "no posee el carácter de poder constituyente stricto sensu, por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma Constitución que se va a reformar, cuya identidad fundamental persistirá a través de todas las modificaciones normales que se le introduzcan. Esa facultad de reformar la Constitución,

⁴⁶ En el desarrollo de este último tema se adaptan al mismo ideas de Javier Pérez Royo. Op. Cit. p. 118.

aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el Derecho constituido; y, a fuerza de tal, está regulada y limitada por éste."⁴⁷

Pero para la doctrina dominante, lo que caracteriza al poder constituyente no es la ilimitación, sino que la potestad de determinar cambios en materia constitucional y como éste puede hacerlo, le reconocen la calidad de tal.

Por el apego a las formalidades jurídicas y por el ejecutor de actos de contenido constitucional

Esta clasificación atiende a la existencia de procedimientos y órganos pre-establecidos jurídicamente para reformar la Constitución y a su observancia, así como a la afectación de la materia constitucional.

Las clases de poder constituyente, atendiendo al presente criterio, serían las siguientes:

✓ **FORMAL**

Este poder equivale al poder que hemos denominado derivado, instituido, constituido o poder de reforma constitucional. Se trataría de aquél al que una Constitución rígida le ha atribuido la competencia para reformar la Constitución y que observa el procedimiento previsto por aquélla al efecto. Es un poder constituyente que cuenta con legitimidad jurídica y que, consecuentemente, modifica la Constitución de manera válida.

✓ **MATERIAL**

En este caso, lo que ocurre es que en uso y ejercicio del poder constituido e incluso fácticamente, los titulares de un órgano instituido, no

⁴⁷ Recasens Siches, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho** (6ª Ed.) México D. F.: Porrúa, 1978. pp. 306-307

habilitados por la Constitución para reformarla o cualquier detentador ilegítimo del poder, modifican la materia constitucional. Hay en este supuesto, ejercicio material de poder constituyente el cual se da en los supuestos considerados en los dos apartados siguientes.

✓ **LEGÍTIMO, PERO MERAMENTE MATERIAL.**

Este tipo de ejercicio material de poder constituyente ocurre, en primer término, cuando el contenido constitucional resulta alterado, sin que el texto constitucional cambie, por la ejecución de actos propios de los órganos estatales que no cuentan con competencia para la reforma de la Ley Fundamental. Se trata de la llamada mutación constitucional, categoría a la que se dedica el último apartado de esta unidad.

Este ejercicio material de poder constituyente también se da en los países cuya Constitución es flexible, ya que no existen ni órgano ni formalidades especiales para la modificación de la materia constitucional y la Constitución o tal materia resultan cambiadas por el parlamento.

✓ **FÁCTICO**

También hay ejercicio de poder constituyente, aunque ilegítimo, cuando fácticamente se cambia la Constitución o el contenido de la misma.

Por su legitimidad: **a) Democrático; y, b) Antidemocrático**

En primer término examinaremos el tema de la legitimidad del poder constituyente originario.⁴⁸

Según ha quedado establecido, esta clase de poder constituyente no puede ser explicado jurídicamente, ya que no cabe considerarlo en términos

⁴⁸ En la primera parte de este análisis se sigue la línea de pensamiento de Javier Pérez Royo. Op. Cit. pp. 118 y ss.

de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ni de legalidad o ilegalidad, ya que cuando él actúa no existe un ordenamiento jurídico que deba respetar. Pese a lo anterior, el poder constituyente originario sí puede ser caracterizado desde la perspectiva política en lo que respecta a su legitimidad.

El poder constituyente originario tiene que ser políticamente un poder legítimo; es decir, un poder susceptible de ser explicado en términos racionales y de ser aceptado por la sociedad. Tiene que serlo así porque en una democracia la Constitución tiene que ser una construcción jurídica al servicio de la dignidad de la persona humana y en específicamente en lo que respecta a ejercicio de poder constituyente, particularmente de su libertad e igualdad. La Constitución no debe ser la expresión de cualquier orden, sino del orden de una sociedad cuyos miembros son iguales y libres y que deben continuar siéndolo.

En síntesis, cabe afirmar que el poder constituyente originario actúa en un vacío de legalidad, pero no de legitimidad.

Si el parámetro es el criterio democrático, para establecer si un poder constituyente es legítimo y las principales señales características de su legitimidad son tres:

- a) **La titularidad del poder constituyente;**
- b) **El proceso por medio del cual éste ejercita su poder; y,**
- c) **El contenido de la Constitución que aprueba.**

La primera señal está indispensablemente unida al tema de la titularidad de la soberanía. Hasta que se ha dado respuesta a la pregunta de dónde reside aquella, se puede obtener las correspondientes a la titularidad y legitimidad del poder constituyente.

El siguiente apartado, se dedica al tema de la titularidad del poder constituyente, pero ya hemos adelantado que tras el final de la Segunda Guerra Mundial, la consideración del poder constituyente como una consecuencia de la afirmación teórica y práctica de la soberanía popular, ya no se discute más. Actualmente, sólo se considera legítimo el poder que descansa indiscutiblemente en la soberanía popular.

El aspecto indispensable a examinar es el de si quienes ejercen el poder constituyente originario representan realmente al pueblo, por haber sido elegidos mediante un proceso irreprochable, limpio, libre, con igualdad de oportunidades, con pluralidad de opciones, sin exclusiones, etc. y que la designación sea el fruto de la aplicación del principio mayoritario.

Algunos autores consideran que un grado mayor de legitimidad se alcanza, si la Constitución aprobada por los representantes del pueblo es confirmada por el electorado mediante un referéndum vinculante. Varios estados han adoptado este sistema.

Como las técnicas y los recursos de los que se puede disponer ahora para manipular la voluntad de las personas son enormes, no basta con que un poder constituyente originario esté firmemente respaldado por una mayoría de electores.

Por lo anterior, si la legitimidad de origen por la titularidad del poder constituyente es importante e imprescindible, no es suficiente. Esa legitimidad debe ser confirmada, en segundo lugar, por la legitimidad de ejercicio de tal poder.

Javier Pérez Royo sostiene sobre este particular que “Si el proceso constituyente no es un proceso democrático, difícilmente puede serlo el resultado final.”⁴⁹

Acá a lo que debe atenderse es al procedimiento de aprobación de la nueva Constitución que en definitiva debe acomodarse a los cánones establecidos para el régimen funcional de un parlamento democrático y pluralista: el procedimiento debe ser público, contradictorio, no manipulado, con apego al principio de la mayoría, pero con oportunidad real y leal de escuchar la opinión de la minoría, etc.

Finalmente, y de acuerdo a la tesis acogida por nuestra Constitución que no se reduce a una democracia procedimental, el resultado final de este proceso, la Constitución que resulte aprobada, debe encarnar los valores y principios de la democracia. No podríamos, por ejemplo, calificar de democrático a un poder constituyente que satisfaga los primeros dos requisitos, pero que dicte una Constitución en la que la dignidad de la persona humana no esté reconocida y respetada, o que no incorpore los elementos esenciales del Estado constitucional de derecho.

Sólo si las tres señales características anteriormente descritas están cumplidas, podemos calificar al respectivo poder constituyente de democrático. Si falta cualquiera de ellas, será antidemocrático.

En lo que hace referencia al poder constituyente derivado o constituido, las señales características para identificar su legitimidad, son las mismas. Adicionalmente y por su propia naturaleza, debe satisfacer otro tipo de legitimidad que tradicionalmente se le ha denominado legitimidad legal y ahora legitimidad jurídica y con mayor precisión se trataría de validez. Ello es así,

⁴⁹Op. Cit. p. 124

porque el mismo debe cumplir con todos los requisitos formales orgánicos y procesales, que la Constitución que va a reformar ha prescrito al efecto.

Las características que deben estar presentes para considerarse que un poder constituyente es legítimo aparecen representadas en el cuadro de la siguiente página:

2.1.7.7- Señales de legitimidad del poder constituyente Comunes para el poder constituyente originario, como para el Constituido:

Soberanía popular	<ul style="list-style-type: none"> • El proceso de elección de diputados constituyentes fue irreprochable, limpio, libre, con igualdad de oportunidades, pluralidad de opciones y sin exclusiones. • La decisión de elegirlos fue fruto del principio mayoritario
Régimen funcional democrático	<ul style="list-style-type: none"> • Se acomodó al régimen funcional de un parlamento democrático y pluralista: Publicidad de los debates, contradicción, no manipulación, apego a principio mayoritario, pero oportunidad real y leal de escuchar a la minoría.
Contenido constitucional democrático	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoció y respetó dignidad de la persona humana. • Incorporó los elementos esenciales del Estado constitucional y democrático de derecho.

Adicional para el poder constituyente constituido: Legitimidad jurídica o validez: la reforma la realiza quien tiene competencia para ello y observa el procedimiento previsto por la Constitución.

✓ **La titularidad del poder constituyente**

La respuesta a la interrogante de quién es el titular del poder de elaborar y modificar la Constitución, dependerá del régimen político que impere en el Estado de que se trate.

En una autocracia, cual es el caso de la monarquía absoluta, será el monarca el titular de ese poder.

En los momentos actuales y según acabamos de considerarlo, en los países como el nuestro, donde se admite el principio político democrático de la soberanía popular, se afirma que la titularidad del poder constituyente corresponde al pueblo.

Ha habido, sin embargo, dos vertientes en cuanto a la titularidad del poder constituyente dentro de un Estado democrático. Siyès, como hemos visto, sostenía que era la nación la titular de tal poder y que ésta, la nación, era anterior al Estado, al cual organizaba por medio de la Constitución.

La otra vertiente, es la teoría de la soberanía popular, según la cual la titularidad no corresponde a la nación, sino al pueblo como conjunto de los ciudadanos de una comunidad política. Entre nosotros, nuestras constituciones se han adscrito invariablemente a la última de las teorías y la vigente continúa en esa línea y así vemos que el preámbulo de la misma dice: "Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño, reunidos en Asamblea Constituyente"; lo que se reafirma en el Art. 125 Cn. que reza "los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por mandato imperativo."

Bidart Campos expresa, siguiendo a Sánchez Viamonte,⁵⁰ que el poder constituyente es un producto de las circunstancias históricas y está condicionado por ellas, y que no obstante que ahora se admita que el titular

⁵⁰Bidart Campos, Germán J. **Tratado Elemental...** cit. p.108

válido o legítimo del poder constituyente es el pueblo, habrá siempre actos emitidos por otros órganos y hasta personas sin investidura formal para ello y en ocasiones sin ninguna legitimidad. Como ya lo hemos analizado, a estos titulares se les llama de facto, cuando son ilegítimos y materiales cuando cumplen actividad constituyente sin atribución formal al efecto, pero en uso de un poder constituido válido, tema del que, como ya se ha dicho, se hablará al considerar las mutaciones constitucionales.

2.1.8- Cambio constitucional

Eduardo Espín expresa que “La vida de los sistemas constitucionales oscila entre dos polos. Por un lado, la necesidad de una progresiva evolución de la Constitución, de tal forma que se adapta a la transformación social y política para evitar un alejamiento de la realidad que pueda favorecer la aparición de tensiones que conduzcan a una ruptura constitucional. Por otro, la conveniencia de una estabilidad constitucional que favorezca el conocimiento popular de la Constitución, así como el arraigo en la sociedad de lo que se ha denominado ‘sentimiento constitucional,’ pues el valor simbólico y socialmente integrador de la norma constitucional es innegable.”⁵¹

Toda Constitución tiende a perdurar y a conservarse, sea por la fuerza de la costumbre o por requisitos especiales de que se le dota, si se trata de una orgánica o codificada. Su aspiración es ser la ley básica o quizá mejor expresada, el pacto político permanente de su comunidad.

Ello se advierte si es orgánica, por su codificación, su promulgación solemne a través de procesos formales especiales y por su consideración de supra-ley o norma básica. Si es dispersa también tiende a proyectarse en el tiempo, pero, a diferencia de la otra, no recurre a expedientes formales que le

⁵¹ En: Luis López Guerra, Eduardo Espín, (1997), *et al.* **Derecho Constitucional**. Vol. I (3ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp.49-50

den estabilidad, no es codificada, ni sistemática, ni declara su supremacía. Basada como está predominantemente en la costumbre, evoluciona de acuerdo a los cambios que ocurren en la mentalidad jurídico-política de las personas.

Tanto las codificadas o escritas, como las dispersas, que suelen ser predominantemente consuetudinarias, se pueden reformar o dejar de aplicar, siguiendo procedimientos especiales; o por medio de normas secundarias u ordinarias, o de hecho.

Entre los dos extremos, el de la facilidad plena para la reforma y el de la dificultad extrema para impedirlo, es este último el que más fácilmente puede arrastrar al decaimiento de un régimen constitucional. La realidad social impone la adaptación de la ley fundamental a los cambios.

Podemos comprender la relatividad de la idea de la permanencia de la Constitución, si recordamos, con Lucas Verdú: "que la Constitución es la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado". Y tal como él continúa afirmando, "En la medida que la Constitución armoniza con los procesos reales, asumiéndolos, acomodándose a ellos, encauzándolos, los cambios sociales le afectan, pero los integra en su seno, la Constitución dura, se renueva y, sin embargo, continúa. De lo contrario, la Constitución es desbordada por esos procesos e incapaz de asumirlos, se ha roto, ha sido violada, incumplida y, a la postre, cede el paso, sin importar su vigencia retórica, a la revolución o a otra nueva Constitución surgida, sin tener en cuenta las prescripciones de aquella caduca" ⁵²

De lo anterior se advierte que la eternidad de la Constitución no pasa, en el mejor de los casos, de ser una buena intención de sus creadores. La

⁵²Ibid. p. 649

historia enseña que por la vía jurídica o por la vía de hecho, las constituciones son susceptibles de dejar de ser aplicadas temporalmente, de modificarse, o lo que es peor de ser violadas, sustituidas e incluso seguir intactas semánticamente, pero, totalmente o parcialmente, inaplicadas en la práctica

Las constituciones siempre deberán enfrentar la inevitable tensión entre su existencia indefinida y las transformaciones permanentes del Estado y la sociedad.

Si bien una constitución tendría que regir indefinidamente, como pasa con toda norma jurídica, se sabe que eso es imposible porque los procesos sociales y políticos no son estáticos, siempre están en movimiento. De las normas fundamentales se espera entonces que reflejen tales cambios, que se actualicen constantemente. Pero los riesgos que esto supone para la estabilidad política son casi forzosos.

El problema radical de las constituciones consiste entonces en la forma como conjuguen dos notas aparentemente incompatibles: la estabilidad y la innovación, en otras palabras como procuren un equilibrio indispensable entre ambas.

El derecho constitucional ha formado paulatinamente un campo teórico en el que se engloban las técnicas ideadas (y puestas en práctica) para resolver el problema descrito en el párrafo precedente. Esa área es el cambio constitucional y sobre ella ha formulado Loewenstein una pertinente aclaración, que es ampliada por José Alfonso da Silva.

Para el autor alemán, los acomodos del derecho constitucional a la realidad solo pueden llevarse a cabo legítimamente por dos medios: la reforma y la mutación constitucionales. Da Silva apunta, por su parte, que no se incluye bajo la denominación cambio constitucional las formas de vaciamiento o de rompimiento de la constitución

2.1.8.1- Tipos de cambio constitucional

Llamaremos cambio constitucional a las inevitables acomodaciones de la Constitución a la realidad; es decir, al acoplamiento del plano jurídico normativo fundamental a la dinámica realidad social, política, económica y cultural; o, dicho con una terminología ya definida, al acomodo de la Constitución jurídica "hoja de papel" a la Constitución real.

Los medios por los cuales se produce el cambio constitucional son dos: (a) La reforma constitucional; y (b) La mutación constitucional.

A continuación se analizan ambos medios de cambio constitucional.

2.1.9- La reforma constitucional

2.1.9.1- Noción de reforma constitucional

Reforma constitucional es la modificación del texto constitucional practicado de conformidad al procedimiento y por él o los órganos que ella misma pre-establece para realizar dicha modificación. Es decir, que se trata de una manera formal de obtener el cambio de la Constitución.

La reforma de las disposiciones de la Constitución amerita consideración cuando se trata de modificar una de las conocidas como formales, escritas, como las denomina la doctrina tradicional, o codificadas. Tal es el caso de la nuestra. Si la Constitución no es formal se reformará como cualquier otra ley o por la modificación de las costumbres, si fuera inorgánica o consuetudinaria, como las llama esa misma doctrina.

Ya hemos analizado en qué consiste la Constitución formal, cuáles son sus características y su clasificación desde el punto de vista de su rigidez o flexibilidad.

Karl Loewenstein considera al procedimiento de reforma constitucional como uno de los elementos fundamentales que integran el mínimo irreductible de una auténtica Constitución. "El método racional de la reforma constitucional" nos dice, "debe de estar establecido de antemano en la misma para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas y poder evitar de esta forma el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución"

Ese autor le da al concepto de reforma constitucional dos significados, que por lo demás son aceptados generalmente por la doctrina, uno formal o procesal y otro material o sustantivo. En sentido formal la entiende como "la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la constitución". "la reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido." ⁵³ Dicho de otra manera y al igual que ocurre con otros fenómenos, con la expresión "reforma constitucional" aludimos tanto al proceso formal que se ejecuta para reformar una Constitución, como al resultado de tal proceso.

2.1.10- Clases de reforma Constitucional

2.1.10.1- Una reforma constitucional se puede producir:

1) En forma de complemento constitucional; es decir, cuando la Constitución contiene lagunas, las cuales pueden ser descubierta sus ocultas. Las descubiertas, se dan cuando el poder constituyente consciente de la necesidad de una regulación jurídica constitucional, omite hacerla por determinadas razones; y las ocultas se producen cuando en el momento de crear la Constitución o no existía o no se pudo prever la necesidad de regular

⁵³Ibid. p. 165

normativamente una situación determinada. La reforma en este supuesto colma la laguna descubierta u oculta.

2) Cuando se suprime algo.

3) Cuando se sustituye el texto existente por otro: También se expresa que la reforma constitucional admite entre sus especies la reforma total, precedida de una derogación del texto y la simple modificación o reforma parcial. El primer término de esta última clasificación ha provocado mucho debate, por lo cual se dedica un apartado específico al tema, al tratarse de los problemas teóricos de la reforma constitucional.

2.1.11- Procedimiento de reforma.

a. Iniciativa para la reforma de la Constitución.

La iniciativa es la fase primigenia del proceso de reforma constitucional, la cual se atribuye exclusivamente a los diputados electos de la Asamblea Legislativa en un número no menor de diez (art. 248 inc. 3° Cn.). En este contexto, por “iniciativa del poder de revisión” se entiende el acto mediante el cual se origina el proceso de modificación de los enunciados constitucionales y que vincula a la primera conformación subjetiva de la Asamblea Legislativa para darle trámite. Alude a la atribución que permite a sus titulares, los Diputados, presentar una propuesta para que la integración del Legislativo la considere forzosamente y decida si acuerda o no la reforma de la Constitución. Dicha propuesta debe indicar clara y pormenorizadamente cuál es el texto que se pretender incorporar, modificar o suprimir en la Constitución.

b. Fase de diálogo y deliberación pública en la adopción del decreto por el que se acuerda la reforma a la Constitución.

Producida la iniciativa, la Asamblea Legislativa está obligada a discutir el texto de la propuesta con independencia de la decisión que en definitiva

adopte: de aprobación a la reforma o de rechazo a la misma. Esta fase del procedimiento no está prevista expresamente en el art. 248 Cn.; sin embargo, a partir de la interpretación sistemática de dicha disposición constitucional en relación con el art. 135 inc 1° Cn., se concluye que, antes de su aprobación, el proyecto del acuerdo de reforma constitucional debe ser discutido. Así debe ser, sobre todo porque todo procedimiento legislativo debe garantizar el debate, la transparencia y la contradicción en la toma de decisiones tan esenciales en la actividad legisferante, que debe expresar y representar el pluralismo político de la sociedad. De ahí que el principio democrático también se manifiesta aquí mediante la concreción de los principios de representación, de deliberación, de la regla de las mayorías para la adopción de las decisiones y de la publicidad de los actos.

El debate legislativo de si se adopta o no un acuerdo de reforma a la Constitución no puede dejar de ser público, pues la población tiene derecho a informarse sobre el contenido específico de la modificación a fin de poder pronunciarse sobre el tema al momento de elegir a la Asamblea Legislativa que deberá conocer de la ratificación. No hay que olvidar que “a través de la publicidad los ciudadanos pueden ver proyectadas sus propias opiniones en las opiniones mantenidas por los representantes”, de modo que “la publicidad es el medio a través del cual la discusión social adquiere una dimensión política y la discusión parlamentaria toma una proyección social”. Y es que, sin publicidad, no cabe hablar de democracia representativa; siendo así, la posición preferente de la ley dentro del ordenamiento se explica en que su elaboración se asienta en la publicidad, la contradicción y el debate (sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 24-2003).

Cabe aclarar que, luego del debate, la Asamblea Legislativa puede modificar el tenor de la propuesta presentada si así lo estima conveniente. En virtud de la iniciativa, dicho órgano está obligado solo a dar trámite a la propuesta, pero no a aprobarla en los términos en que haya sido introducida.

Aquí el Legislativo tiene un amplio margen de acción para formular los términos del decreto de reforma de la Constitución. Como el actuar del Legislativo está sujeto a un permanente y progresivo diálogo, es de la esencia y de la naturaleza del debate legislativo que surjan nuevas propuestas. Por lo tanto, las modificaciones a la iniciativa del poder de reforma de la Constitución son constitucionalmente legítimas.

c. Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se reforma la Constitución.

Cuando ha sido lo suficientemente discutida (o cuando menos se ha posibilitado su discusión), la propuesta del decreto de reforma constitucional debe ser sometida a una votación. En este punto, el art. 248 inc. 1° Cn. estatuye que el quórum mínimo que se requiere para que la Asamblea Legislativa tome una decisión válida al respecto es el de la mitad más uno de los Diputados electos.

d. Fase informativa de la reforma constitucional.

El decreto aprobado en el que se acuerda la reforma de la Constitución debe ser publicitado. Se debe garantizar un intervalo de tiempo adecuado para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración. El fundamento de ello es asegurar que, para la elección de la conformación de la Asamblea Legislativa que deberá decidir si ratifica o no el acuerdo de reforma, el cuerpo político de la sociedad salvadoreña se exprese limpia y transparentemente. En ese sentido, como el sistema adoptado por nuestra Constitución para la reforma de su texto es el de la deliberación y aprobación por parte de dos Asambleas Legislativas sucesivas, esto es, que entre una y otra conformación legislativa media una celebración de elecciones de Diputados, esta etapa adquiere un evidente significado referendario: el cuerpo

electoral se podrá pronunciar sobre el tema al elegir a la nueva Asamblea Legislativa que, en su caso, decidirá la ratificación de la reforma constitucional.

Esto tiene una especial relevancia, ya que se pretende evitar que la Asamblea Legislativa se aparte de la voluntad del pueblo (titular del poder político, tal como indican los arts. 83 y 86 inc. 1° frase 1ª Cn.); sobre todo porque esta se debe expresar en aquélla. Ante posibles excesos de mayorías cualificadas y ante la posibilidad de que el Legislativo, como poder constituido, se transforme en poder constituyente, esta etapa aparece como una garantía de protección de las minorías, que se configura como un tipo de control que el electorado puede ejercitar sobre sus representantes en lo atinente a las reformas de la Constitución.

e. Fase de diálogo y deliberación pública para la adopción del decreto en el que se decide ratificar el acuerdo de reforma constitucional.

Al igual que la prevista para el acuerdo inicial de reforma de la Constitución, esta fase pretende materializar el pluralismo ideológico que caracteriza a la Asamblea Legislativa. La idea es favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias y concepciones sobre la conveniencia de ratificar una modificación al texto de la Constitución. Ello porque ningún Diputado ni grupo parlamentario legislativo es depositario de la “verdad”, sino que, al contrario, esta solo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro de posiciones diversas (sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99).

A ello se refiere la función del diálogo y la deliberación en la función legislativa. El primero supone un intercambio libre de ideas entre los Diputados. La necesidad del diálogo en el Legislativo se basa en el reconocimiento de la capacidad de todos y cada uno de los legisladores para participar en la construcción de lo que debe ser decidido.

En estrecha relación con esto, la deliberación es una meditada evaluación de las razones favorables y opuestas a la ratificación del acuerdo de reforma constitucional. Los datos, opciones y argumentos aportados por los Diputados sobre ella se evalúan en orden a tomar de modo responsable y reflexivo la mejor decisión posible sobre si se ratifica o no el acuerdo aludido. Según el grado de oposición entre las diferentes opciones, el diálogo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interfieren con una respuesta adecuada. Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo; pero ello solo es posible si existe, como debería, un leal compromiso de aceptar los resultados de la discusión libre y argumentada, entre iguales, de las alternativas en competencia.

La necesidad de diálogo y deliberación se acentúa en esta fase del proceso de reforma constitucional, porque se está en presencia de una nueva conformación subjetiva de la Asamblea Legislativa. Teóricamente, puede ser que los nuevos Diputados no hayan sido los que dialogaron, deliberaron y aprobaron el acuerdo de reforma constitucional. Por ello aparece la necesidad que estos conozcan los términos en que se pretende la modificación del texto constitucional a fin de evaluar y ponderar las ventajas y las desventajas de la decisión de la decisión que se pretende tomar.

Pero hay una limitación impuesta a la nueva conformación del Órgano Legislativo. La actividad del diálogo y deliberación solo puede versar sobre el tenor del decreto aprobado, de modo que el debate parlamentario no puede realizarse con pretensión de modificar o alterar el texto del acuerdo de reforma. La justificación de esto se cifra en que la voluntad legislativa queda perfecta cuando la mayoría simple de los Diputados electos provee el acuerdo de reforma. En tal caso, la siguiente asamblea se encontrará condicionada por los términos fijados por la primera.

f. Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo de reforma constitucional.

Un punto previo que debe aclararse en relación con esta fase es que la legislatura a la cual se atribuye la competencia de emitir el acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es la "... siguiente Asamblea Legislativa...", o sea, la subsiguiente a la de aquella que la acordó; así lo establece el art. 248 inc. 2° Cn. En consecuencia, ninguna otra legislatura puede emitir el acuerdo de ratificación si no es la "inmediata posterior". Si la segunda asamblea no lo ratifica, el decreto acordado por la anterior queda sin efecto.

Queda claro, pues, que esta fase está a cargo de la nueva conformación del Legislativo. Su función principal es el control del acuerdo de reforma emitido por la asamblea anterior. Según el art. 248 inc. 1° Cn., el quórum mínimo para la validez del acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Esta mayoría especial o cualificada es una de las propiedades que define la rigidez de nuestra Constitución. Dicha mayoría (superior a la que se requiere para el acuerdo de reforma) solo puede entenderse en aras de promover un consenso superior para proteger más eficazmente los derechos e intereses de las minorías legislativas.

Las potestades de la legislatura encargada de la ratificación se circunscriben a validar o rechazar en su integridad el acuerdo de reforma aprobado por la legislatura anterior, sin alteración alguna. La razón de ello es que tal texto fue el que conoció la ciudadanía al momento de decidir la integración de la segunda legislatura, por lo cual cualquier alteración implicaría el desconocimiento a la libertad de opción que ejercieron los ciudadanos cuando emitieron su voto para elegir a los Diputados que integrarían la legislatura encargada de ratificar el acuerdo de reforma constitucional.

Recuérdese que la Constitución es la expresión de los cánones ético-jurídicos con los cuales la Comunidad, a partir del pluralismo, ha logrado cierto grado de consenso hasta el punto de incorporarlos en el documento normativo rector de la organización y funcionamiento del Estado. En la Constitución reside la capacidad de lograr la integración de los miembros de la Comunidad, como supuesto básico y elemento esencial del Estado. Las reformas constitucionales no son ajenas a esta idea, pues, cuando el acuerdo de reforma es ratificado y publicado en el Diario Oficial, estaremos en presencia de un texto constitucional.

g. Publicación del acuerdo de ratificación de reforma de la Constitución.

Según el art. 248 inc. 2° Cn., el procedimiento agravado para la modificación del texto constitucional comprende la publicación del acuerdo mediante el cual la Asamblea Legislativa ratifica el acuerdo de reforma constitucional emitido por la anterior asamblea. Sin este requisito, la modificación del texto de la Constitución no puede considerarse producida válidamente; en consecuencia, la publicación es una garantía de la existencia del nuevo texto constitucional, con la presunción de que se corresponde con el decreto de ratificación aprobado por la segunda asamblea. De igual manera, la publicidad es una garantía del conocimiento del acuerdo de ratificación de reforma constitucional, porque, solo ofreciendo la posibilidad de conocer el nuevo texto de la Ley Fundamental, pueden justificarse las obligaciones que, en relación con el conocimiento de la reforma constitucional, son atribuibles a los entes estatales y los ciudadanos en general.

2.1.11.1- Problemas Teóricos de la reforma Constitucional

Existen ciertos temas de la reforma constitucional que han enfrentado a los autores y la polémica no se acalla hasta nuestros días. A continuación, presentaremos una relación somera de los principales debates.

Principio democrático, principio de supremacía y reforma constitucional.

Desde distintas perspectivas este es el mismo tema que ya se analizó, en primer término en Teoría del Estado, al considerarse los límites a la soberanía ⁵⁴ y en segundo, al estudiar recientemente la función de la Constitución consistente a las posibilidades de ésta para ser parte de la construcción del sistema democrático en la que se conoció de los intentos de conciliar el principio democrático y el de supremacía constitucional, que ha enfrentado a los partidarios del autogobierno y los constitucionalistas que postulan que debe haber límites infranqueables, cual es el caso de los derechos fundamentales, que deben resistir las presiones de cualquier grupo y especialmente de los mayoritarios. ⁵⁵

Con relación a la reforma constitucional, el dilema vuelve a plantearse en los siguientes términos: "si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente"⁵⁶

El mismo problema es planteado por Pedro de Vega, quien expresa que los postulados del principio legitimador democrático que adjudica al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente; y el principio de supremacía, que considera a la Constitución como una ley superior que obliga por igual a gobernantes y gobernados, producen un conflicto, el cual "estallará inevitablemente desde el momento en que, respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia, se hace necesario introducir modificaciones en la legalidad fundamental. El

⁵⁴ Apartado 2.3.4. del Apoyo Documental.

⁵⁵ Apartado 1.5.1 del Apoyo Documental.

⁵⁶ Ignacio de Otto. Op. Cit. p. 55.

dilema a resolver en estas circunstancias, y al que la racionalización jurídica del Estado constitucional no puede dejar sin respuesta, es el que se plantea en los siguientes términos: o se considera que la Constitución como ley suprema puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de cambio, en cuyo caso el principio democrático queda convertido en una mera declaración retórica, o se estima que, para salvar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto quien se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía. Difícilmente cabría otorgar a la Constitución el calificativo de ley suprema, si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma.”⁵⁷

La reforma constitucional aparece como un intento de solventar las contradicciones entre el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución, así como un sistema de equilibrio ante un dilema con alternativas aparentemente irreconciliables.

De acuerdo a la lógica del Estado constitucional expresa de Vega, no se niegan las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a reformar y cambiar la Constitución.

Lo que realmente se consagra es una separación fundamental en el ejercicio de la facultad constituyente. Ella puede ser concebida como libre y soberana, y como tal no sometida a ningún procedimiento jurídico. Pero también puede aceptarse que el poder constituyente, que es libre y soberano, disponga su propia limitación. Advierte este autor que una vez que se admite la posibilidad de auto limitación del poder constituyente, y frente al ejercicio de unas facultades soberanas y sin control jurídico, se reconoce la existencia de

⁵⁷Op. Cit. pp. 19 y ss.

un poder de reforma, reglado y ordenado en la propia Constitución, lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las nociones de poder constituyente y poder de revisión.

El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, modificar, transformar y hasta destruir el ordenamiento constitucional, pero lo hará como poder fáctico y no como poder jurídico. A la inversa, cuando hay ejercicio de poder de reforma, el cual es reglado y limitado, no debe pretenderse que el mismo sea soberano y libre. De esta manera se concreta la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.

Polémicas sobre los límites explícitos a la reforma constitucional, los límites implícitos a la misma y la reforma total de ella

En el ámbito de la reforma constitucional encontramos tres temas con relación a los cuales no hay acuerdo generalizado y que pasamos a considerar a continuación.

2.1.12- Los límites explícitos a la reforma Constitucional.

Tal como ocurre entre nosotros, en varios estados se incluyen disposiciones denominadas intangibles, pétreas, o cláusulas que sustraen de cualquier enmienda mediante prohibición jurídico-constitucional. La intangibilidad o petrificación se suele hacer con relación a disposiciones concretas, o a instituciones o categorías como la forma republicana de gobierno, el Estado de derechos, la democracia o se utilizan combinaciones de ambos sistemas, como lo ha hecho nuestra Constitución.

Los argumentos para incluir estas prohibiciones expresas son de naturaleza diversa. Unos se fundamentan por corrientes iusnaturalistas. Otros,

parten de concepciones materiales de la democracia que conducen a considerar que ella debe contar con contenidos imprescindibles que deben ser inmunes a cualquier intento de vulneración, etc.

En cuanto a los críticos los hay de diversa orientación ideológica o doctrinaria. Unos son los ya conocidos, que postulan un modelo procedimentalista de democracia y al ya saber cuáles son sus argumentos, resulta claro que se opongan a cláusulas intangibles que tratan de proteger valores o principios materiales.

Otra crítica consiste en sostener que al obligar a los titulares del poder constituyente derivado o instituido a respetar normas pétreas o intangibles se priva a éste de una de sus funciones más importantes, que es la de evitar la aparición revolucionaria de otro poder constituyente.

Otra crítica ya conocida, es que las normas intangibles impiden la posibilidad de cada generación de ser arquitecto de su propio destino.

La crítica más generalizada, no se opone a que deben existir valores y principios materiales en la Constitución y también participa de la concepción actualmente dominante sobre los rasgos mínimos con los que debe contar un régimen o sistema político democrático.

Lo que esta corriente de pensamiento resalta es la escasa o nula eficacia práctica de las cláusulas pétreas en tiempos de crisis.

Un buen exponente de este punto de vista es Karl Loewenstein, quien expresa lo siguiente: “En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos

preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política.”⁵⁸

Para validar su tesis, ofreció los ejemplos de los países latinoamericanos de la época en que escribió su obra en los cuales las constituciones usualmente prohibían reformar las disposiciones tendentes a impedir el continuismo y la reelección presidencial, pero que pese a ello, cuando un Presidente quería reelegirse o continuar en el cargo, anulaba simplemente la Constitución por un golpe de Estado y conseguía su propósito. Por otro lado recordó el caso de Hitler, quien no enmendó la Constitución de Weimar, sino que la quebrantó y después la suprimió. Finalmente, incluyó una frase que fue una profecía: “En el caso de que los griegos llegasen a estar cansados de su monarquía, tal como ha ocurrido frecuentemente en el último medio siglo, la cláusula de no revisión de la forma monárquica [...] no supondría ningún obstáculo”⁵⁹ Efectivamente, no lo supuso.

Dentro de este tema existe otro también bastante polémico. Nuestra Constitución no incluyó entre las disposiciones irreformables al propio Art. 248 Cn. que regula el procedimiento de reforma constitucional y que incluye la prohibición absoluta “en ningún caso”, de reformar otras disposiciones que se refieren a las materias que dicho artículo especifica.⁶⁰

⁵⁸Op. Cit. p. 192

⁵⁹ Ibid. p. 192

⁶⁰ Esta omisión parece ser una práctica generalizada, pues, por ejemplo, Jorge Reinaldo A. Vannosi expresa lo siguiente “*Sólo conocemos una constitución que en su texto proclama expresamente que es irreformable la norma que regula la reforma de la propia constitución: es el art. 129 (párrafo 3º) de la constitución del Länder del Palatinado del Rin, perteneciente a la República Federal de Alemania.*” (Op. Cit. p. 245).

En El Salvador, encontramos un ejemplo de esta situación excepcional en el Art. 188 de la Constitución de 1939, pero con ciertas interesantes peculiaridades. En ella se contemplaban tres formas para reformar

Ante tal situación, algunos autores sostienen que sería válido hacer funcionar la llamada reforma constitucional de doble grado. El primero consistiría en reformar la cláusula de reforma suprimiendo todas las prohibiciones de reforma, o las que interese eliminar. El segundo sería, que ya no existiendo disposiciones intangibles, se reforma la materia que se quiera cambiar, ahora ya no protegida por la petrificación.

Aun en estados donde la cláusula de reforma no incluye cláusulas pétreas, se ha sostenido que ésta no se puede reformar.

Una tesis estima que tal cláusula es la norma básica o fundamental del ordenamiento jurídico del Estado y que si se reforma los actos que se realizarían para tal efecto vendrían a ser a-jurídicos, pues significarían hacer aparecer la situación de primigeneidad y nunca la creación de normas por un procedimiento instituido.

Otra tesis sostiene que la norma que confiere un poder de reforma, no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma.

Esa imposibilidad manifiesta esta tesis, no es sino el resultado de la aplicación a este problema del principio general que una norma no puede aplicarse a sí misma, de modo que si una norma es reformable es porque otra, lógicamente distinta de ella, establece y regula esa posibilidad.

Se puede decir entonces que en este caso se trata de contenidos constitucionales pretendidamente irreformables por supuesta afectación del “espíritu” de la constitución escrita.

la Constitución: por una Asamblea Constituyente convocada por lo menos por los dos tercios de los ciudadanos; por otra asamblea Constituyente que debería convocarse cada 25 años; o por dos asambleas legislativas consecutivas en ambos casos con quórum cualificados. Sólo con relación a este tercer sistema de reforma es que estableció cláusulas pétreas incluidas entre ellas los artículos que regulaban la reforma constitucional.

Algunos autores, la generalidad de ellos iusnaturalistas, expresan que aunque no existan normas pétreas, hay materias constitucionales que son irreformables, cuál sería el caso de los derechos con los que cuenta la persona por ser tal.

Otros, no necesariamente iusnaturalistas, sostienen que con la reforma constitucional no pueden afectarse las características indispensables para que a un régimen político se le considere democrático y hay quienes se refieren al consenso que ha alcanzado la conciencia ético-jurídica universal, sobre ciertos temas, tales como la abolición de la esclavitud, la eliminación de la discriminación por razones de género, etc. y que el grado de avance conseguido no se puede retrotraer mediante reformas constitucionales.

Estas corrientes de pensamiento, no sólo entienden que este tipo de límites vinculan al poder constituyente de reforma, sino también al poder constituyente originario. Esta proyección que alcanza a este último poder, desemboca en otro tema polémico y es el de establecer si pueden existir en una Constitución disposiciones constitucionales inconstitucionales.

En lo que respecta a estos límites implícitos, existen problemas de diversa índole, así como doctrina contraria.

Entre los problemas operativos más importantes y no satisfechos de manera satisfactoria, se encuentran el de establecer, primero, quién o qué formula estos límites y segundo, cuáles son ellos.

Una crítica generalizada es que antes de un problema jurídico, se trata de una cuestión de creencias, la cual, como tal, no parece muy natural que pueda servir de fundamento para resolver un problema constitucional.

Desde una perspectiva técnica, en las tesis analizadas se mezclan indebidamente temas que pertenecen a ámbitos diferentes. La materia que se

está considerando es el de la validez de las reformas constitucionales y pertenece a la esfera jurídica.

Los planteamientos reseñados tienden a establecer la legitimidad de ciertas reformas constitucionales e incluso de la obra del poder constituyente originario, lo cual cae dentro del ámbito político.

Ambos planos deben ser considerados por el Derecho Constitucional, pero no mezclarlos en forma alguna.

Posturas en la doctrina salvadoreña referentes a los límites implícitos en la constitución

Mario Solano, constitucionalista salvadoreño y ex magistrado de la Sala de lo Constitucional, ha publicado diversos libros sobre temas de derecho constitucional; es de interés especial para este capítulo analizar Reforma constitucional, pequeña publicación de una conferencia que brindó en el año 2000, en donde abordó brevemente las cláusulas pétreas implícitas.

Este autor opina que la reforma constitucional debe someterse a dos tipos de límites: los autónomos y los heterónomos. Para él los primeros son los comprendidos en los Arts. 248, 246 y 83 Cn y los segundos el derecho natural, los tratados internacionales, las declaraciones de derechos. Los límites autónomos según Solano se dividen en explícitos, e indica como parte de estos el Art. 248 Cn, e implícitos, entre los que destaca los derechos irrenunciables y los fines del Estado.

No dice más sobre los límites implícitos, pero se decanta por su existencia y eso ya es considerable en un medio poco dispuesto a posturas no convencionales. Solano menciona dos límites implícitos, aunque por la forma nada taxativa con que lo dice podrían sumárseles otros.

A falta de un desarrollo en Reforma constitucional se intentará determinar el alcance de las cláusulas pétreas implícitas indicadas por el constitucionalista salvadoreño.

Con los derechos irrenunciables Solano pareciera referirse a los derechos fundamentales consignados en la Constitución salvadoreña del Art. 2 al 70. Los irrenunciables son derechos personalísimos y eso significa que le pertenecen exclusivamente al titular y que no pueden disponerse de ellos, características que igualmente comparten los derechos fundamentales. La irrenunciabilidad es asimismo un atributo de los derechos denominados fundamentales.

La Constitución salvadoreña incluye los fines del Estado en el Art. 1, en donde indica que son la persona humana, la seguridad jurídica, la justicia y el bien común. Según Solano tal enumeración conformaría los otros límites implícitos.

Por su parte, los autores del Manual de derecho constitucional salvadoreño concluyen que la existencia de cláusulas pétreas implícitas no es jurídicamente admisible. La negación parece provenir de una cita de La tutela de los derechos fundamentales, libro escrito por Rubén Hernández Valle quien junto a otros es acotado por los autores de aquella publicación en lo atinente a la cláusula pétrea y su variante implícita.

Si bien la anterior declaración no es de los autores del Manual de Derecho Constitucional Salvadoreño, estos parecen inclinarse por la hipótesis de Hernández Valle. Las citas apuntadas y los textos intercalados en los que aparentemente se hacen paráfrasis enfilan argumentos contra la existencia de los denominados límites implícitos a la reforma constitucional, comenzando por la reprobación de las cláusulas pétreas.

Muchas de las citas utilizadas en el Manual no comparten las cláusulas intangibles por la inmovilidad que suponen y por la rigidez que ocasiona estallidos sociales e irrupciones políticas a menuda violentas, en vez de los preferibles cambios graduales y pacíficos que se obtendrían sin dichas cláusulas; pero sobre las mencionadas citas los redactores del Manual no aclaran si las aceptan o las rechazan.

Un párrafo clave evidencia la situación señalada: se asegura que las cláusulas pétreas en el fondo son un renacimiento del derecho natural y una defensa contra el positivismo jurídico, que según se afirma equívocamente liquida cualquier intento de agregar cambios fundamentales en la constitución, pero faltan las comillas que señalen la procedencia del texto y asimismo el comentario que indique que se está ante una paráfrasis.

Por otra parte, el alegato que en concreto se dirige contra los límites implícitos es débil y desvela una crasa confusión entre las competencias del poder constituyente y las del poder constituido. Se argumenta en un párrafo del Manual que si el Estado puede acordar su extinción, ya sea por fusión o anexión a otra entidad soberana, entonces la modificación radical de la constitución debería de ser posible en similares términos. En seguida se verá por qué una cosa no se traduce necesariamente en otra.

La disolución del Estado es perfectamente posible, sí, sin embargo es inadmisible hacerla a espaldas de la población. Conviene recordar que los órganos estatales son poderes constituidos cuyas facultades son limitadas. La decisión que estos tomen de fusionar o anexar un Estado a otro territorio soberano, si carece del respaldo constitucional conllevaría sin duda un abuso de funciones, en definitiva sería una grave infracción a la carta magna. Como la extinción del Estado implica asimismo la terminación de la constitución es imprescindible que en ese proceso intervenga el poder constituyente.

Es incomprensible que los autores del Manual obviarán las cortapisas que colman la actuación del poder constituido. Cuando aseguran, con la cita de Hernández Valle, que las cláusulas pétreas implícitas no son jurídicamente aceptables y que, por tanto, sin ellas es más fácil la modificación radical de la constitución, confunden las facultades del poder constituido con las del poder constituyente, y del enredo de sus citas y sus argumentos.

Nuevamente vale la pena recordar que en capítulos previos se explicó que, según la moderna teoría constitucional, el parto y muerte de una norma fundamental siempre deben estar precedidos de la actuación del poder constituyente, ya sea en la forma de una Asamblea Constituyente, de un referéndum o de un plebiscito.

La Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico Social también es de la idea que la Constitución salvadoreña admite cláusulas pétreas implícitas. A continuación se referirá brevemente la opinión que vierte al respecto.

En un documento más o menos reciente, esta institución se pronunció con respecto a la reforma constitucional y sus límites, que son los mismos alcances de la cláusula pétrea. Durante la última coyuntura electoral sentó posición respecto de un tema que ofrece varias aristas. A pesar de que posiblemente la referida circunstancia influyera en su formulación, algunas apreciaciones del documento no pierden valor y serán útiles para el propósito del apartado.

En primera instancia Fusades analiza el procedimiento de reforma y comenta las disposiciones constitucionales atinentes. Es resaltable que insista en la necesidad de meditar la pertinencia de las reformas, una práctica que aunque debería de ser de cajón es extraña para el legislador. El recuento que hace de la cantidad de reformas es abrumador: a 2009 habían sido modificados cuarenta y ocho artículos, y la mayor parte de estos cambios de

carácter insustancial. A lo mejor esos prolijos remiendos podrían haberse evitado con una inteligente y atinada jurisprudencia constitucional, de tal modo que esta se convirtiese en motor de las mutaciones de la constitución, así como se observa hoy en día.

Luego de ese análisis Fusades examina la cláusula pétrea. Al respecto dice que la cláusula pétrea sobre la forma y sistema de gobierno se refiere solamente al sistema republicano, democrático y representativo indicado en el Art. 85 Cn, agrega además que impide reformas que atenten contra los principios de ese sistema, tales como la instauración de un régimen monárquico, la extensión ilimitada del período presidencial, nombramientos delegados de legisladores y limitaciones indebidas o irracionales a los derechos políticos y civiles.

Ciertamente no indaga a fondo los alcances de la cláusula, pero se señala que la norma primaria salvadoreña admite obstáculos implícitos. Tales valladares corresponderían, según se desprende de lo dicho por Fusades, a las indicadas “limitaciones indebidas o irracionales” de los derechos civiles y políticos.

Vale aclarar que la cláusula pétrea sobre la forma y sistema de gobierno no abarca todos los derechos civiles y políticos de la Constitución salvadoreña. Buena parte de estos, es verdad, son contenidos mínimos de gobiernos con formas y sistemas democráticos: verbigracia el derecho a votar, las libertades públicas; otros derechos, sin embargo, como el de petición, no necesariamente se inscribirían dentro de ellos y podrían valorarse como subsidiarios.

Con ello quiere decirse que no todos los derechos civiles se enlazan con los requerimientos de una forma y sistema de gobierno democrático. Solamente esta cláusula pétrea no lograría entonces inmovilizar el catálogo de derechos civiles de la norma primaria. Fusades no advierte esta situación y de su consideración escapan también otros derechos fundamentales tan valiosos

como los civiles: los derechos sociales, que a diferencia de aquellos son de distinta naturaleza pero están inscritos igualmente en la constitución.

Según el razonamiento de Fusades estos no figurarían dentro de la cláusula pétrea. Eso los dejaría desprotegidos, lo que es sin duda alguna censurable.

Por otro lado, la Sala de lo Constitucional no se ha pronunciado sobre la existencia o no de límites implícitos. Sin embargo ha emitido jurisprudencia respecto de los valores constitucionales que servirá para fundamentar la tesis que se sostiene.

2.1.12.1- La Reforma total de La constitución

Las discrepancias sobre este tema se han dado en estados como España y Costa Rica, cuyas constituciones no incluyen cláusulas pétreas y tienen trámite previsto para la reforma total o general de la Constitución.

El debate ha girado con relación al mismo tema que acabamos de considerar y surge al tratar de dar respuesta a preguntas como las siguientes ¿Se puede realmente reformar de manera total la Constitución? ¿Habrá normas pétreas implícitas que el poder constituyente derivado debe respetar?

Se ha sostenido que pese a la aparente permisión constitucional para que el poder constituyente derivado apruebe reformas integrales de la Constitución, ellas son imposibles desde un punto de vista lógico jurídico, por cuanto la Constitución no puede consagrar medios jurídicos para su propia destrucción. Por otra parte, que el poder constituyente que se convocaría para efectuar una reforma total de la Constitución ya no sería un poder constituyente derivado, sino más bien originario, toda vez que de hecho no estaría sujeto a ningún límite jurídico. Además, que la Constitución impone implícitamente la prohibición de suprimir la democracia misma, lo que significa

que si mediante una reforma total se aprueba una Constitución no democrática, ella no tendría su fundamento de validez en la reformada, sino en el meta jurídico ejercicio del poder, exactamente igual que ocurre cuando se crea una Constitución nueva tras un proceso constituyente con explícita ruptura con el orden anterior.

Una réplica a las anteriores posturas, es que desde una perspectiva estrictamente jurídica es generalmente admitido que el Estado tiene la potestad de decidir, mediante un procedimiento netamente jurídico su propia extinción, por ejemplo por fusión de todos sus elementos con los de otro Estado, cuál sería el caso de formar con otros un nuevos Estado unitario.⁶¹

Ahora bien, si el Estado puede jurídicamente acordar su extinción, entonces no es posible entender cómo no podría acordar también la modificación radical de su Ley Suprema. Es ni más ni menos la aplicación del argumento “a fortiori” y de su conocido adagio jurídico que quien puede lo más, también puede lo menos.

En lo que se refiere a la segunda pregunta, es decir, que pese a que formalmente una Constitución admite la posibilidad de una refirma total y establece un procedimiento especial para este efecto deben respetarse límites implícitos nos remitimos a lo expresado en el apartado anterior.

⁶¹Nuestra Constitución tiene contemplada esa posibilidad en el segundo inciso del Art. 89 Cn. al prescribir que El Salvador “...propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica, en forma unitaria, federal...” supuestos ambos en los cuales nuestro Estado se extinguiría. Sin embargo, la Constitución aun para esa posibilidad de extinción, establece límites materiales al condicionar la reconstrucción referida a la “plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes.”

2.1.13- Clausulas Petreas

2.1.13.1- Los problemas del Art. 248 Cn

La generalidad de problemas que se enfrentan con relación a esta disposición, obedecen a las obligadas lagunas que ha generado la escueta regulación de materia tan compleja, cual es la reforma constitucional.

Por otra parte, la Comisión que redactó el proyecto de Constitución formuló una justificación escueta de los cambios que introdujo al procedimiento de reforma ya que se limitó a indicar que por considerar que el trámite prescrito por la Constitución de 1962 era demasiado rígido, por exigir la aprobación final por una Asamblea Constituyente, había acordado “que la reforma pudiera verificarse en votaciones calificadas de dos tercios por dos Asambleas Legislativas...”⁶² Además de ello enunció qué materias se consideraban irreformables.

A continuación se relacionan aspectos de tal disposición que mueven a dudas o han provocado controversia:

2.1.13.2- La Iniciativa de reforma constitucional en El Salvador

Como ya se ha estudiado, el Art. 248 Cn. prescribe que “La reforma únicamente puede ser propuesta por los Diputados, en un número no menor de diez.”

La alternativa escogida ha sido la de iniciativa exclusiva de miembros del Órgano Legislativo.

⁶²El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva –UTE-. **Constitución de la República de El Salvador con sus reformas.** San Salvador: Talleres Gráficos UCA, 2000. p. 399. Como ya se sabe, la Asamblea Constituyente redujo el quórum calificado para la primera aprobación, a la mitad más uno de los diputados que legalmente integran la Asamblea.

Salvo la Constitución de 1939 que consideraba la iniciativa ciudadana, precedentes a la actual sólo establecían el quórum de aprobación de las reformas constitucionales.

Según lo que también ya hemos considerado, la iniciativa exclusiva del Órgano Legislativo se patrocina, porque se dice que involucra un compromiso democrático y pluralista.

La última ventaja se desvanece, si se fija un número mínimo de diputados para poder concretar una iniciativa válida, ya que ese requisito puede impedir a las minorías parlamentarias poner en marcha el procedimiento.

Adicionalmente, deben recordarse las reflexiones de Loewenstein, para quien la ideología del Estado Constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional debe estar lo más distribuida que sea posible entre los titulares legítimos del poder.

Finalmente, existe un argumento técnico para tal distribución y es que los diputados no pueden conocer mejor que el Órgano Ejecutivo o el Judicial principalmente, las necesidades de reforma en las propias áreas de competencia de estos últimos poderes.

La no previsión de publicidad para el acuerdo de reforma de la Asamblea Legislativa en la etapa inicial del procedimiento

El Art. 248 Cn. sólo exige que se publique en el Diario Oficial el decreto que se emite cuando la reforma es aprobada válidamente, pero nada expresa cuando la Asamblea Legislativa acuerda en la primera votación la reforma constitucional.

Si se tiene en cuenta que la elección de los diputados que sucederán a los que emitieron el acuerdo, al par desempeña la función de constituir un

referéndum implícito, dicho acuerdo debe publicarse para que el electorado lo conozca y pueda respaldar su contenido o rechazarlo. Estos argumentos mantienen validez, aunque haya un supuesto entre nosotros que frustra una de las finalidades del doble conocimiento y votación.

Resulta curioso que las constituciones de 1962, 1950, 1886 y precedentes a ésta, prescribían que la primera resolución y proyecto de reformas debían publicarse en el Diario Oficial.

Pese a tal vacío, todos los proyectos de reformas aprobados mediante la primera votación han sido publicados.

Al margen de la discusión usual, un tema que merece reflexión es si la publicación en el Diario Oficial, el cual cuenta con un tiraje limitadísimo, tanto para actos de tanta trascendencia como éste como para otros, resulta un medio eficaz para que se cumplan fines como el que se ha reseñado, como para el fortalecimiento del principio constitucional de seguridad jurídica.

La posibilidad de intervención del Órgano Ejecutivo y el Judicial para el control de la constitucionalidad del proyecto de reforma constitucional

En la fase integradora de la eficacia del procedimiento previsto para la formación de la ley ordinaria o secundaria, el Presidente de la República realiza un control inter orgánico ya que sanciona, promulga y publica el proyecto de ley, lo cual evidencia que éste se acomoda a los parámetros correspondientes. También cuenta con la potestad de vetar, sea por razones de conveniencia y oportunidad o de constitucionalidad tal proyecto, al que, además, puede formularle observaciones.

Eventualmente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia puede conocer y resolver sobre la discrepancia que surja entre los

otros órganos fundamentales sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto.

El Art. 248 Cn. nada dice sobre estos controles, en lo que respecta al procedimiento de reforma constitucional.

En lo que se refiere al poder constituyente originario, el tema no es pertinente, ya que el control jurídico precisa de un órgano que controle y un parámetro jurídico para orientar el control.

En la etapa de primigeneidad el único poder interno que existe es el constituyente; por eso se dice que es único o no fraccionado. Además y como ya lo sabemos, no existe ordenamiento jurídico vigente que él tenga que respetar. Consecuentemente, para él no hay posibilidad de control jurídico.

Estas características no son transferibles para la etapa de continuidad constitucional. En ella, al lado del poder constituyente constituido existen otros órganos de la misma naturaleza instituidos y, como veremos adelante, ahora se acepta que la Constitución sea un parámetro para controlar su actuación.

Habida cuenta de lo anterior es compatible con la naturaleza del poder constituyente derivado, que por analogía con el procedimiento de formación y reforma de la ley, se configure un procedimiento sistemático e institucional de control jurídico.

Consideramos que, por las mismas razones que se analizarán al estudiarse el tema del control jurisdiccional de las reformas constitucionales, el control debe limitarse a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las reformas y no a su oportunidad y conveniencia.

Finalmente y habida cuenta que el control y límite máspreciado es el preventivo, sobre todo cuando están comprometidos valores, principios y derechos constitucionales, patrocinamos que exista control tanto para el

acuerdo de reforma, como para el decreto que es consecuencia de la ratificación del primero.

¿Quién y por qué debe conocer nuevamente del proyecto de reforma constitucional?

En lo que respecta a este tema, la pregunta a responderse es: Si los diputados electos para fungir durante el período inmediatamente posterior a los que aprobaron el acuerdo de reforma no lo ratifican, pueden los que funjan en otros períodos posteriores a esta última conocer del acuerdo y resolver sobre el mismo.

Una primera respuesta se basa en el criterio gramatical de interpretación: El Art. 248 dispone que para que la reforma pueda decretarse, deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa. No por una o por cualquiera de las siguientes. Consecuentemente, debe ser la inmediatamente posterior.

Éste criterio se refuerza con otro teleológico: una de las finalidades del sistema es posibilitar que se dé un referéndum implícito. Si el conocimiento y ratificación del asunto se deja librado a diputados de la Asamblea Legislativa que funjan durante períodos posteriores al inmediatamente posterior, el electorado ya no estaría en capacidad de conocer quién patrocina o rechaza las reformas. Además, si ya de por sí es difícil que el electorado conozca el contenido de estas iniciativas, más lo será a medida que el tiempo correrá y el tema pierda actualidad.

¿Puede quien conozca por segunda vez del proyecto de reforma constitucional introducirle cambios?

El Art. 248 Cn. dispone, como acabamos de transcribirlo, que para que la reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea

Legislativa. Ratificar, según el Diccionario de la Real Academia, significa “Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos.” A su vez y según la misma fuente, confirmar quiere decir “Revalidar lo ya aprobado.” Consecuentemente, la competencia atribuida por la Constitución a los miembros de la Asamblea que conocen por segunda vez del proyecto de reformas se limita a aceptarlo o rechazarlo y en manera alguna a reformarlo suprimiéndole, añadiéndole o cambiándole algo.

A esa interpretación gramatical de la competencia se añade otro argumento: los cambios introducidos por quien conoce por segunda vez del proyecto eludirían el procedimiento establecido para la reforma constitucional, porque sólo conocería de ellos y los aprobarían unos mismos diputados dentro del mismo período de ejercicio, impidiéndose de esta manera las finalidades previstas para el sistema consagrado por la Constitución.⁶³

Si se pretende cambiar el proyecto, ello equivaldría a una nueva iniciativa de reforma, que debe cumplir con todos los requisitos establecidos al efecto, incluyéndose la necesidad de someter los nuevos cambios al conocimiento y ratificación de los diputados del siguiente período de ejercicio en la Asamblea Legislativa.

En resumen, sí se puede cambiar el proyecto, pero habría que dar inicio a un nuevo procedimiento.

El silencio sobre vacatio legis

El Art. 248 Cn. nada dispone sobre el tiempo que debe transcurrir para que las reformas ratificadas sean obligatorias.

⁶³Véase apartado 2.3.2. donde se consideran esas finalidades y que en resumen son que no se aprovechen eventuales mayorías, obligar a que la reforma sea reflexiva y discutida y posibilitar un referéndum implícito.

Opinamos que analógicamente y para dar oportunidad de conocimiento de las mismas y cumplir con el principio de seguridad jurídica debe seguirse la misma regla contenida en el Art. 140 Cn.: “Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse.”

La Constitución es el cuerpo normativo que cuenta con la mayor vocación de permanencia, por lo cual existen las mismas razones para que la rija la norma semejante antes transcrita.

Los problemas relacionados con la forma de redacción del establecimiento de cláusulas pétreas

Riesgo de interpretación literalista

El Art. 248 Cn. prescribe que no podrán reformarse en ningún caso los artículos que se refieren:

A la forma de gobierno;

Al sistema de gobierno;

Al territorio de la República; y,

A la Alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.

El riesgo que se corre es que lo anterior se interprete en el sentido que los referidos artículos no pueden modificarse en forma alguna; por ejemplo, para mejorar su redacción o para eliminar absurdos jurídicos, como el contenido en el Art. 88 Cn., de acuerdo al cual la violación de la norma que el contiene la cual prescribe la Alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República “obliga a la insurrección”, cuando la misma Constitución subordina al Presidente a las dos instituciones a las que habría que recurrir para obligarnos a insurreccionarnos: Policía Nacional Civil y Fuerza Armada.

Lo propio hubiese sido disponer que la violación a esa norma, justificaría la insurrección.

Sin embargo, debe también tenerse en cuenta que la identificación de la parte intangible de la Constitución que en lugar de referirse a artículos concretos, alude a instituciones, como la democracia, el Estado de Derecho, etc. enfrenta el problema opuesto y es que estas expresiones son vagas y elásticas y que, en definitiva, es muy poco lo que se logra petrificar. Sobre las normas pétreas de la Constitución de Alemania, que se han formulado de esta segunda manera, Karl Loewenstein expresó lo siguiente: “En una palabra: ante las disposiciones de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn hay que decir, desgraciadamente: seguro que son productos de la Buena fe, pero ‘quien mucho abarca, poco aprieta’”.⁶⁴

2.1.13.3- ¿Qué se debe entender por “Sistema de Gobierno”?

Según acaba de relacionarse, el Art. 248 Cn. prescribe que no podrán reformarse en ningún caso los artículos que se refieren a la forma y sistema de gobierno.

En cuanto a la forma de gobierno no existen mayores problemas interpretativos, dado que es una expresión de larga tradición la cual nace en la Antigüedad y enfrenta a dos formas específicas en los inicios de la edad Contemporánea: Monarquía, entonces absoluta y república. El Salvador y los demás estados centroamericanos se independizaron de una de tales monarquías adoptando la forma republicana de gobierno, por lo que resulta comprensible que nosotros valoremos positivamente la misma y que se comprendan las motivaciones de los constituyentes de 1983, para declarar intangibles los artículos que la consagran y los que configuran sus rasgos

⁶⁴Op. Cit. p. 192

esenciales, como la primera parte del primer inciso del Art. 85, “el gobierno es republicano”-, y los que establecen el origen popular de la Presidencia de la República, la accesibilidad al cargo para cualquiera que reúna los requisitos y no sólo para la nobleza, el ejercicio del poder por parte de este funcionario sujeto a control, etc. También se encontrarían aquí los referentes a la Alternabilidad en el ejercicio del cargo presidencial, pero un lamentable y crónico pasado histórico ha hecho que ésta y otras constituciones nuestras y, en general de Latinoamérica le dediquen atención específica.

En lo que se refiere a sistema de gobierno la solución no es tan fácil. En primer lugar, algunos autores utilizan la expresión para englobar en ella las distintas modalidades de aplicación de la teoría de la división de poderes o de ausencia de ésta. Según la organización de cada uno de los poderes u órganos del Estado, así como del conjunto de interrelaciones entre ellos, o más específicamente entre el Legislativo y el Ejecutivo, aparecen rasgos y peculiaridades que permiten distinguir entre sistema de gobierno presidencialista, parlamentario y semipresidencialista. Como ejemplo de sistema de gobierno que no aplica la teoría de la separación de poderes, tendríamos al de asamblea o convencional.

En razón de lo dicho y utilizando esa terminología, el sistema de gobierno que establece la Constitución es el presidencialista. No encontramos ninguna razón fundada en principios, o tradición histórica alguna que permita entender que lo que se quiso petrificar es ésta particular estructura del Estado. Por otra parte, la expresión “sistema de gobierno” entendida de la manera que ha quedado explicada no es en manera alguna generalizada.

El segundo problema con tal expresión, es que sólo se ha utilizado en el Art. 248 y no en el resto de nuestra Constitución.

El Art. 85 proclama que “El sistema político es pluralista...”, además, que “La existencia de un partido oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de gobierno establecidos en esta Constitución.”

El Art. 87, alude al “sistema político.”

Consideramos que es a ese régimen político –democrático pluralista-, al que se dotó de intangibilidad por el Art. 248, pues es al que hace referencia el Art. 85 Cn., que es basal en esta materia.

En la primera parte de esa misma disposición aparece una caracterización del gobierno salvadoreño que es la que consideramos tomó en cuenta el constituyente del 83 para establecer la intangibilidad: “El gobierno es republicano, democrático y representativo.” La primera parte, como acabamos de verlo, se refiere a la forma de gobierno republicana; la segunda, al régimen político a la cual, inusualmente, se le denominó sistema de gobierno en el Art. 248. Decimos inusual, porque lo pertinente acá no es el gobierno y su estructura institucional, sino los rasgos ideológicos; la participación popular en el proceso político; el reconocimiento, respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales, etc. por lo cual el calificativo apropiado para “sistema” debiese haber sido “político.”

Nuestra tesis resulta fortalecida, si se tiene en cuenta que la Constitución legitima la insurrección por la trasgresión de las normas relativas “a la forma de gobierno o al sistema político.” (Art. 87 Cn.) y que aun en el caso de la eventual extinción de nuestro Estado por su fusión en un estado unitario, o por pasar a ser Estado miembro de uno federal, cual ocurriría al reconstruirse total o parcialmente la República de Centro América, establece que ello debe hacerse con plena garantía y respeto “a los principios democráticos y republicanos.” La garantía reforzada es, entonces, para el sistema político y a los principios democráticos con que cuenta el mismo.

Consistentemente, entonces, la Constitución alude a la pareja República y democracia y es a ella a la que consideramos alude el Art. 248 en esta parte. Los intangibles serían, entonces, los artículos de nuestra Constitución que caracterizan al sistema o régimen político salvadoreño como democrático, representativo y pluralista.

2.1.14- El Control Jurisdiccional de las reformas Constitucionales

Se ha discutido en otros países si las reformas de la Constitución pueden ser objeto de control constitucional y en nuestro caso, tanto concentrado como difuso.

En el pasado y en algunos países se entendía que la reforma constitucional se encontraba en el área exenta del control judicial de constitucionalidad, que era una de las llamadas “cuestiones políticas,” “asuntos de Estado,” “facultades privativas” o “reservadas” a los restantes poderes de gobierno, no sometidas al control judicial de constitucionalidad.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables se encuentra ahora en retroceso y temas anteriormente “no justiciables” han pasado a ser ahora, total o parcialmente “justiciables.”

Lo que se ha venido a aceptar es que cualquier “cuestión política” tiene una dimensión normativo-constitucional (por ejemplo, órgano que puede dictarla; procedimiento establecido, etc.), de tal modo que es constitucional o inconstitucional, según se respete o no dicho orden. Lo anterior, es, pues “justiciable.” También se ha entendido que lo es para determinar si lo decidido respeta el mínimo de justicia y proporcionalidad que la Constitución exige para que sea constitucional.

Ya específicamente en lo que respecta al control jurisdiccional de las reformas constitucionales, habría que distinguir si el control se refiere a los aspectos formales (actuación de los órganos constitucionalmente habilitados y en el ámbito de su competencia y procedimiento) o a los materiales (contenido de la reforma acordada y su congruencia con la Constitución).

En el primer caso, esto es, en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la Constitución para su reforma, la opinión es ahora prácticamente unánime, en el sentido que procede el control de la constitucionalidad y por tanto la posibilidad de anular una reforma que se hubiese adoptado contraviniendo las reglas formales de la reforma, cuál sería el caso entre nosotros, que no se hayan alcanzado cualesquiera de los quórumms que fija el Art. 248 Cn., o que la reforma sea decretada durante el mismo período de ejercicio de los diputados de la Asamblea Legislativa.

En cuanto al fondo, las opiniones contrapuestas constituyen la regla general.

Entre nosotros tal tipo de control es constitucionalmente posible, ya que, como acaba de analizarse, el Art. 248 Cn. ha impuesto límites materiales a la reforma, pues ha excluido de toda posibilidad de ella a ciertos contenidos constitucionales, petrificando algunas de sus disposiciones. Este contexto permite también que se controlen jurisdiccionalmente los decretos de reforma para constatar si esas disposiciones intangibles no han sido alteradas mediante éstos.

También existe acuerdo generalizado en cuanto a que el control jurisdiccional por su propia naturaleza jurídica, no puede alcanzar aspectos de conveniencia y oportunidad los cuáles sí pertenecen exclusiva e inequívocamente, al ámbito de la política.

LA APERTURA DE LA CONSTITUCIÓN

Al estudiar el sentido válido que puede adjudicarse en El Salvador a la característica de apertura de la Constitución como un todo, expresamos que con ello se aludía al fenómeno consistente en que la regulación de algunos aspectos se hace en aquella de forma incompleta, es decir, que la Constitución sólo bosqueja en sus disposiciones las líneas básicas, con el fin de asegurar un proceso político libre, dejando que las precisiones, las complementaciones, los rellenos de contenido los realicen la Asamblea Legislativa, el Órgano Judicial y la jurisdicción constitucional.

Esta oportunidad que la Constitución deja abierta a sus intérpretes, permite también acomodar ese complemento al cambio constante de la realidad.

2.1.15- Tipología del cambio Constitucional

El derecho constitucional no admite más que dos tipos de cambio constitucional en aras de preservar el Estado de derecho. Ambos, la reforma y la mutación, se enmarcan necesariamente en la constitución. Planteado así el asunto, quedan fuera de toda consideración los cambios fácticos como el golpe de Estado y las modificaciones formales³⁷ que, aunque producidas bajo la piel de la norma primaria, sustituyen el orden constitucional.

2.1.16- Reforma Constitucional

2.1.16.1- Definición de reforma Constitucional

La reforma es una modificación en el cuerpo de la constitución que se lleva a cabo según el procedimiento consignado en esa misma norma. A diferencia de la mutación es un mecanismo formal, porque aparece de forma explícita y detallada. Sin duda la reforma pone en práctica el ideal de

racionalidad que permeó en la cultura jurídica durante el siglo XVIII. Con los procedimientos establecidos en la constitución la arbitrariedad y la subjetividad quedan reducidas a su mínima expresión.

En realidad la reforma constitucional es una especie de inferencia de la teoría del poder constituyente. Su origen lógico está en los supuestos que legitiman a esa fuerza creadora. Es posible explicarlo por medio del siguiente silogismo: la voluntad del poder constituyente es soberana, no existe otra sobre ella (premisa mayor); esa voluntad se plasma en la constitución (premisa menor) y, por tanto, nadie más que el mismo poder constituyente tiene la facultad de alterar la constitución (conclusión), a menos que la constitución diga lo contrario y especifique quien pueda hacerlo.

El carácter formal de la reforma consiste en que hay un procedimiento insoslayable y un órgano encargado de ejecutarlo, que puede ser una asamblea constituyente, una asamblea nacional o la asamblea legislativa. En lo que respecta al procedimiento, la experiencia constitucional ofrece una variedad de modelos que van desde la mayoría calificada hasta el referéndum obligatorio. El caso de la aprobación de las reformas en períodos consecutivos es uno de los más peculiares y es además el que se aplica en el ordenamiento jurídico salvadoreño. En los próximos párrafos se explicará ese modelo.

Por último, conviene pronunciar algunas palabras respecto a la denominada reforma total de la constitución. Yuxtaponer las palabras “reforma” y “total” implica un verdadero despropósito, porque en el lenguaje jurídico la primera de estas se entiende como la alteración de un texto legal y no como una derogación, sentido que sugiere la segunda palabra. En términos estrictamente lógicos la reforma total es una especie de sustitución de la constitución. Eso, por un lado, infringe los presupuestos teóricos del poder constituyente y, por el otro, otorga vía libre al autoritarismo.

Toda Constitución pretende, fijar y establecer un orden entre gobernantes y gobernados y esa pretensión es de carácter permanente o sea que no obstante la naturaleza cambiante de la vida social y política, se quiere que el marco jurídico de regulación sea lo más permanente posible.

“Desde un punto de vista puramente teórico y con ello entramos en el tema propiamente dicho una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras. No obstante, pues, que la Constitución tiene un ideal de permanencia y de estabilidad, su carácter de norma superior y fuente de validez de todo el ordenamiento jurídico, producto del poder constituyente del pueblo, no puede condicionar en términos absolutos y autoritarios al poder constituyente de mañana; ni a la sociedad, ni a los ciudadanos de mañana, argumento consagrado ya en la Constitución francesa de 1793, en el sentido de que un “pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las futuras generaciones”.

Considero conveniente advertir a los lectores, que el tema de la reforma se ha prestado, lamentablemente, a dar cobertura a pretensiones visiblemente partidarias o electorales, de uno y de otro signo, expresiones de los poderes fácticos que tienen interés en elevar a categorías constitucionales sus visiones particulares de la vida social; la materia constitucional aunque no es ajena a esos movimientos, no puede entrar a regularlos, pero si puede alertar de que las acciones así promovidas, no necesariamente corresponden a visiones de bien común.

Queremos decir entonces, que la reforma constitucional auténtica, es un “proceso de cambios ordenados, pactados y además, legítimos de la

norma constitucional y con el propósito de defensa de la Constitución, implica en sí misma, la garantía de su permanencia y estabilidad, en la medida que es un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política”.

En perspectiva de lo anterior y para mejor entender el sentido de toda reforma constitucional, es necesario considerar dos elementos básicos y consustanciales a ella.

Estos son

1. La necesidad de Reforma.

2. La Técnica que debe emplearse.

En cuanto a lo primero, la reforma es:

. a) Instrumento de adecuación de la realidad política y la realidad jurídica; b) Como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado; c) Como institución básica de garantía.

a) Como Instrumento de Adecuación de la Realidad Política:

Esta realidad se encuentra en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan, en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que, en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables. Por otra parte la revisión constitucional conforma un eficaz mecanismo de defensa de la misma Constitución.

b) Como Mecanismo de articulación “Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se

produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento”.

c) como institución básica de garantía, significa que la constitución es un principio de ordenación al que se somete el orden jurídico pleno y rígido.

La técnica a emplearse, supone que la reforma constitucional puede ser inclusive contraria a la Constitución misma, y que como tal es una Lex superior derogatle inferiori. Lo que significa que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales. Y lo que significa, además, que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (los Tribunales Constitucionales) sólo tiene sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un cómico esperpento.”

Se parte del principio de que la Constitución es un marco normativo del poder y que el pueblo titular de éste, tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su Constitución. Este poder es el Poder Constituyente, que reside en el Pueblo. ¿De qué clase de poder estamos hablando? Se habla de un poder absoluto y total, no tiene su origen en la Constitución y en consecuencia no se justifica en ella, al contrario, él, origina la Constitución.”

2.1.17- LA PARTICIPACIÓN POPULAR

¿Cómo el pueblo se hace presente para el ejercicio del poder? Sobre este delicado asunto se conocen dos tesis: Primera: Los colonos puritanos de Norteamérica, (obviamente seguían los patrones ideológicos de sus pares en Inglaterra, que en su momento fueron artífices de uno de los movimientos más

decisivos para el constitucionalismo de su época y que llega hasta nuestros días,) aplicaron los criterios de los pactos religiosos, a los pactos políticos que precedieron a la Constitución de los EEUU, considerando que el poder soberano, no puede ser representado, exigían cuando menos que los pactos celebrados fueran ratificados por el pueblo. Segunda: es una idea del constitucionalismo francés por el cual la soberanía no reside en el pueblo, sino en la nación y siendo ésta un ente abstracto, no puede actuar por sí misma y debe actuar por medio de sus representantes y en tal caso es necesario convocar a una Asamblea constituyente. No obstante, debe recordarse que Rousseau, pensaba en la soberanía popular, por la cual cada uno de los ciudadanos lleva una fracción de la soberanía del pueblo.

De una forma o de otra el poder constituyente es el creador de la norma constitucional y al crearse ésta, se convierte en la norma superior, o sea que está por encima de las otras normas y en consecuencia su reforma requiere un procedimiento agravado. Pero debe ser una participación de todos los que intervienen en el proceso de conformación del poder: Ejecutivo, Legislativo, Pueblo, de acuerdo a la fórmula de que la soberanía reside en aquel que puede reformar la Constitución. En nuestro país, ese poder reside en la Asamblea Legislativa, sin embargo una reforma sobre este punto debe posibilitar la participación de más sectores, para que la democracia sea auténtica.

En El Salvador, como en Suiza,(aunque en El Salvador una tendencia xenófoba que critica el sistema jurídico garantista que sustituyó al sistema autoritario, sostiene que el garantismo no es aplicable a los salvadoreños y que esas leyes son para suizos) las reformas constitucionales son frecuentes, no obstante debe contextualizarse el régimen garantista y sostenerlo con otros criterios que puedan permitir enfrentar la delincuencia, la intromisión del crimen organizado, la violencia social, el espíritu de odio, etc., combatirlos con eficacia, pero sin sacrificar los derechos fundamentales y especialmente los

que se sustentan en la libertad humana; o sea se trata de lograr un justo equilibrio entre la libertad y la seguridad; un tema que puede entrar en la categoría de lo utópico, pero ese es el reto, es la tarea; si en caso fuere posible más adelante volveremos sobre el tema

El Salvador, ha ensayado con relativo éxito, ir adaptando su Constitución a las nuevas vivencias políticas que se producen a partir de los acuerdos de paz. No así la reforma total o revisión, que no fue considerada por el constituyente de 1983, situación que debe estudiarse con el mayor interés.

Esta práctica dará más estabilidad a la Constitución y será su mejor mecanismo de defensa; sin este mecanismo probablemente se habrían dado otras constituciones recurriendo a la argucia del golpe de estado. Formulada la Constitución, el poder constituyente desaparece cediendo el lugar a la propia norma creada y todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, inclusive el poder de reforma que se introduce en las Constituciones.

En el sistema salvadoreño es un poder de reforma limitado en los términos del art. 248. Se trata de reformas puntuales y en ningún caso pueden hacerse, en relación a la forma y al sistema de gobierno; la forma de gobierno salvadoreño, es el republicano, o sea la forma que reconoce la existencia de tres poderes u órganos distintos, para actuar también en tres direcciones distintas: El legislativo, el ejecutivo y el judicial. El sistema de gobierno se refiere a su estructura política es decir su carácter democrático, pluralista y representativo. Llevada a sus extremos la interpretación del art. 248 Cn., traería como consecuencia que las reformas relacionadas con el poder no son factibles y en cuanto a enmiendas relacionadas con la parte dogmática, también no sería factible, ya que por normas de Derecho Internacional, en las que rige el principio *pacta sunt servanda* y el *ius cogens* y especialmente

en materia de derechos fundamentales, los estados tienen en sus derechos internos, normas mínimas que no pueden alterar las normas que sobre la materia aplica el derecho internacional. A menos que invocándose la no ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, El Salvador decidiera violentar los principios de las normas mínimas, tal como parece sugerirse, a veces, en materia penal, para no aplicar los tratados en determinados aspectos.

Por ello es preocupante la posición reiterada del poder público de intentar la creación o reforma de leyes, con claros visos de inconstitucionalidad, con un doble propósito de esperar que ningún ciudadano promueva el recurso de inconstitucionalidad; o que, promovido, manejar la cosa dentro de los equilibrios políticos y esperar que la Sala de lo Constitucional, asuma una conducta “consecuente” y no objete las leyes que han llegado a su conocimiento.

Además debe considerarse, en razón del proceso de democratización y de paz en El Salvador, que este método de reforma ya cumplió parte de los fines para los cuales ha sido creado y las reformas que esta Constitución requiere exigen convocar de nuevo al poder constituyente que impulse la reforma integral de la misma; tal convocatoria procede conforme los poderes implícitos que la Asamblea tiene. Reconozco en este punto, que existe lo que se denomina laguna constitucional en el sentido de que tanto la reforma total y la reforma de las normas intangibles, no están reguladas expresamente, por lo que debe recurrirse a las soluciones del Derecho Constitucional comparado y a la doctrina general del poder constituyente que nos indica que únicamente el pueblo soberano puede cambiar su Constitución. Jellinek, nos recuerda que las “leyes fundamentales se establecen, como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos.”

Por eso, es muy interesante plantearse el problema acerca de las vías seguidas para reformar nuestras constituciones escritas. “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir (necesariamente) acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.

De manera que las mutaciones que alteran el espíritu y característica básicas de una Constitución, no pueden ser admitidas. En nuestro país los regímenes económico y laboral, el servicio civil, han sufrido verdaderas mutaciones contrarias a la Constitución, sin que se haya tenido la capacidad cognoscitiva y fuerza política para denunciarlas con algún éxito.

Volviendo al tema de la reforma constitucional, ¿hasta dónde se puede extender esta reforma? “La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándola al Derecho. La Constitución de un estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay ningún poder alguno por encima del Estado que pueda impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un derecho nuevo”

2.1.18- Fundamento de la Reforma Constitucional

La reforma, al igual que la mutación, se justifica por los cambios permanentes de la realidad. Bryce no exagera cuando expresa que la regulación del procedimiento de reforma constitucional es la parte más importante de cualquier carta magna, sobre todo porque de ese mecanismo depende la estabilidad de la constitución. Podría preguntarse para qué sirve la

reforma si existe la mutación constitucional, que ofrece la ventaja de ser más práctica. La respuesta se encuentra en las desventajas de la mutación: es unilateral y sigilosa, en cambio la reforma es lo contrario: pública y multilateral.

Breve descripción del procedimiento de reforma de la Constitución de 1983.

La reforma según la constitución salvadoreña es el siguiente:

a) Iniciativa de reforma

La única entidad facultada para poner en marcha el proceso es la Asamblea Legislativa, así lo dice el Art. 248 inc. 3 Cn, esta disposición agrega, además, que la propuesta de reforma debe ser presentada por un número de diputados no menor a diez.

b) Estudio de la propuesta

Después de presentada la propuesta de reforma el pleno de la Asamblea Legislativa asigna su estudio a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales y le fija un plazo para que emita un dictamen al respecto.

c) Debate y aprobación del acuerdo

Antes de que venza el plazo la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales envía el dictamen a la junta directiva para que esta considere su inclusión en la agenda del día. Para aprobar un acuerdo de reforma basta la mayoría simple, es decir el voto de la mitad más uno de los diputados electos, Art. 248 inc. 1, Cn. En caso de no reunir el número de votos requerido, no se puede volver a presentar la misma propuesta en los siguientes seis meses, según dispone el Art. 96 RIAL.

d) Ratificación.

El acuerdo aprobado debe ser ratificado por la siguiente legislatura con el voto de los dos tercios de los diputados electos, Art. 248 inc. 2, Cn. Si el pleno lo revalida la junta directiva emite el decreto y manda a publicarlo en el Diario Oficial. Una vez transcurran ocho días después de su publicación, la reforma cobra vigencia, Art. 140 Cn.

2.1.19- Tipología de los límites a la Reforma

De la amplia variedad de tipos se han escogido los límites de mayor utilidad y relevancia.

LÍMITES AUTÓNOMOS

Límites autónomos son aquellos mecanismos que dispone el mismo ordenamiento constitucional para proteger sus estipulaciones. La constitución salvadoreña consigna impedimentos de este tipo, como por ejemplo las formalidades que deben respetarse durante la reforma, las cláusulas inamovibles, los derechos fundamentales.

LÍMITES HETERÓNOMOS

Estos límites son el reverso de los autónomos. Proviene de una fuente externa al ordenamiento constitucional. De Vega señala como ejemplo los principios de derecho natural, pero precisa que verdaderamente son límites heterónomos las disposiciones de otros ordenamientos que condicionan la actuación del poder de reforma. Ejemplos claros de estos límites son los tratados y pactos internacionales suscritos por el Estado salvadoreño (como los Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). Para el caso de un país perteneciente a una comunidad de Estados o a bloques regionales, las normas vinculantes producidas en esas instancias son límites heterónomos. También se incluye en esta categoría al iuscogens.

LÍMITES MATERIALES

Son impedimentos que salvaguardan el contenido o sustrato de la constitución como los derechos, las funciones y atribuciones que la norma primaria acoge en su seno. En el ordenamiento constitucional salvadoreño cabe destacar como ejemplos la forma y sistema de gobierno, los derechos fundamentales, la prohibición de reelección presidencial, los artículos concernientes al territorio nacional.

LÍMITES FORMALES

LÍMITES PROCEDIMENTALES

Son aquellas formalidades que la constitución establece para efectuar con validez la reforma. En concreto se refieren al mecanismo o a los pasos que deberán seguirse, y al ente autorizado para hacerlas realidad. El Art. 248 Cn. (que consigna a quien corresponde la iniciativa, el ente encargado de aprobar la propuesta de reforma y a la modalidad que se debe implementar) regula este tipo de límites.

Apreciaciones iusfilosóficas sobre los límites a la reforma constitucional

Posición iusnaturalistas

Los iusnaturalistas se avienen perfectamente con la tesis de la existencia de límites a la reforma constitucional, pero en un sentido distinto al que lo puedan hacer los iuspositivistas. En primerísimo lugar porque para los partidarios del derecho natural los supuestos límites no se inscriben en el ordenamiento positivo, sino en un derecho superior creado por Dios o derivado de la naturaleza de las cosas, depende de la vertiente iusnaturalistas que se abreve.

La postura anterior es coherente con el dualismo propio del derecho natural. Uno de los postulados iusnaturalistas señala que la fuente de validez del derecho positivo no radica en él sino en una fuente externa al sistema

jurídico, en un ordenamiento de mayor jerarquía que es reducto de los principios y valores esenciales, universales e inmutables correspondientes a la persona.

De los postulados iusnaturalistas fácilmente puede deducirse un haz de límites que el legislador ordinario al decretar las reformas no puede superar. Una enumeración de estos seguramente sería incompleta. No existe acuerdo sobre cuáles son los principios y valores infaltables en un ordenamiento jurídico, pero es posible mencionar los que gozan de mayor reconocimiento entre los iusnaturalistas: la libertad (en sus diversas formas), la justicia, la propiedad, la dignidad humana, el derecho a la vida y el resto de derechos humanos, el principio pacta sunt servanda, el principio de igualdad. Además de estos hay otros cuya admisión no está exenta de polémica, verbigracia la forma republicana de gobierno, y eso debido a que como son materias de orden estrictamente político están sujetos a cambios, son productos contingentes.

No solo el legislador ordinario queda sujeto a los dictados del derecho natural. Los principios y valores referidos devienen en impedimentos de tal envergadura que el legislador constituyente está constreñido a considerarlos, porque de lo contrario el derecho positivo creado podría ser tachado de derecho injusto.

Actualmente el iusnaturalismo pasa por horas bajas producto de la positivación, en textos constitucionales vigentes y en cartas y declaraciones de derechos de orden internacional, de los principios y valores que pregona. Ahora los límites que defendía el derecho natural han sido trasladados a los cuerpos normativos. Es por ello que la influencia que una vez ejerció sobre el sistema jurídico ha mermado en gran medida.

Posición luspositivistas.

Así como existe diversidad de perspectivas iusnaturalistas las hay tantas o más en el positivismo jurídico, y dependiendo de cuál de ellas se asuma podrá aceptarse o no hablar de límites a la reforma de la constitución. En las líneas que siguen no se pretende agotar todas sus versiones⁶⁹. Más bien se intentará explicar la perspectiva iuspositivistas contemporánea que mayores prestaciones pueden ofrecer al intérprete.

No cabe ninguna duda de que Luigi Ferrajoli, con su influyente teoría del garantismo, es hoy en día uno de los pensadores del derecho de mayor relevancia. Una breve aproximación a algunos textos suyos es por eso en *Las corrientes iuspositivistas* son muy variadas. Hay quienes incluyen al realismo jurídico dentro de ellas. Cabe aclarar que la teoría del garantismo no se circunscribe al ámbito penal. Es más bien una propuesta sugerente de teoría del derecho este punto indispensable. De acuerdo con la valiosa distinción del autor italiano, hay un iuspositivismo dogmático y un iuspositivismo crítico (al que por cierto él se adscribe) que se corresponden respectivamente con los paradigmas del Estado legislativo de derecho y del Estado constitucional de derecho.

Durante el Estado legislativo de derecho (vigente alrededor del siglo XIX), dice el pensador italiano, bastó que la norma jurídica se creara según el procedimiento de producción para que adquiriera plena validez; de ese modo vigencia y validez no se diferenciaron, sino todo lo contrario: se fundieron en una espesa mezcla. Es característica del iuspositivismo dogmático la negativa a considerar la existencia de límites sustanciales a la reforma de la constitución, porque atendía únicamente al cumplimiento de los requisitos formales. La visión del iuspositivismo dogmático era la de un formalismo ciego a los principios y derechos fundamentales contenidos en la constitución, y de acuerdo a ella el legislador gozaba de capacidades omnímodas.

Con la instauración del constitucionalismo rígido, según Ferrajoli, se produjo un cambio de paradigma en la ciencia del derecho.

A partir de entonces la producción jurídica debe considerar, además de los requisitos formales, los vínculos sustanciales inscritos en la constitución, que consisten en los principios y derechos fundamentales. Así es como se disolvió la antigua unión, promovida por el iuspositivismo dogmático, entre vigencia y validez. Una norma jurídica está vigente pero a la vez inválida por la inobservancia de los componentes sustanciales de la constitución.

Para Ferrajoli este cambio de paradigma trajo como resultado, además, la ampliación de la concepción de la democracia. A la par de la democracia estrictamente formal, que versa tanto del sujeto como del procedimiento para tomar decisiones en una sociedad constituida, aparece una democracia sustancial que indica las materias sobre las que las mayorías (parlamentarias, legislativas, plebiscitarias) no pueden decidir. Tanto las reglas que estatuyen el procedimiento y el sujeto autorizado para tomar decisiones como las materias (los principios sustanciales y los derechos fundamentales) sobre las que no puede decidirse se consignan en la constitución.

Las deducciones que se desprenden del iuspositivismo crítico para comprender el asunto de los límites a la reforma son de importancia medular. En especial porque contribuyen a aclarar la cuestión, o si se quiere la duda, de si los derechos fundamentales y los principios sustanciales del ordenamiento jurídico son o no diques al poder de reforma aun cuando no exista una cláusula pétrea que expresamente lo indique así. Quizá la mayor consecuencia deducible es que una vez positivados, tales derechos y principios se vuelven límites infranqueables para cualquiera que sea la mayoría, o como diría Ferrajoli configurarían la esfera de lo indecidible.

2.1.20- Alcance de la cláusula pétrea relacionada a la forma y sistema de gobierno de la Constitución de 1983

Cláusulas pétreas en la Constitución de 1983.

En la parte correspondiente a los límites explícitos hubo una breve aproximación al tema de la cláusula pétrea, por ello un nuevo intento de definición será redundante. Más bien lo que interesa en este apartado es perfilar la razón de ser de una cláusula como esa y auscultar el sentido que tiene en la Constitución salvadoreña de 1983.

Para ello conviene recordar la criticada reforma total. No es un ejercicio vano compararla con la cláusula pétrea. Lo primero que se observaría es que ambas son incompatibles: una negaría lo que la otra permitiría. La improbable convivencia de tales disposiciones en una misma norma fundamental es un asunto que atañe a la lógica.

Se trae a cuenta la reforma total porque si esta parece un caso extremo igualmente lo es que una cláusula petrifique toda la constitución. Aunque a primera vista resulte disparatado, es factible realizar una hipótesis como esa al momento de crear un texto constitucional (téngase en cuenta la naturaleza ilimitada del poder constituyente), pero no se necesita ser muy listo para Una discusión que se mantiene viva es la de la pertinencia de las cláusulas pétreas. Existen autores como Biscaretti y Vanossi que rechazan su inclusión en la constitución y hay otros que defienden lo contrario, por ejemplo De Vega. Advertir las inconveniencias. Una muy grave sería que futuras generaciones carecerían del derecho a efectuar los ajustes que su tiempo demande.

Por razones como la anterior la cláusula pétrea debe caracterizarse por ser selectiva y limitada, y no omnicomprensiva. Diversas experiencias constitucionales así lo demuestran. Ni inmovilidad ni laxitud absolutas son buenas. El quid de este asunto está en alcanzar un equilibrio entre la

continuación del ordenamiento y las actualizaciones constitucionales imprescindibles.

Es por eso que en aras de preservar un orden social las cláusulas pétreas libran del avatar político las partes de la constitución que dan continuidad a la formación social. Dicho de manera un tanto simplista esa es la razón de ser de las cláusulas pétreas: garantizar la reproducción de una forma de convivencia considerada aceptable en un conglomerado social.

De acuerdo a lo anterior la Constitución salvadoreña de 1983 recorta en su Art. 248 inc. 4 los ámbitos que el poder de reforma no puede tocar. Los autores de la norma fundamental consideraron como elementos indispensables para la continuidad de la formación social la forma y sistema de gobierno, la irreductibilidad del territorio nacional y la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia.

Como puede observarse en esa nómina no figuran los valores, los principios ni los derechos fundamentales. ¿Es que acaso por esta omisión no constituyen límites al poder de reforma? Esta pregunta se intentará responder en el siguiente capítulo, mientras tanto hay que proceder a examinar uno a uno los aspectos que el legislador constituyente ha petrificado.

2.1.20.1- Irreductibilidad del territorio

El Art. 84 Cn asienta los alcances de esta cláusula pétrea al señalar los linderos del territorio nacional. Sin embargo en lo que respecta al territorio insular y a segmentos que colindan con Honduras, la constitución no delimita lo que pertenece al país. En el primer caso, el inciso segundo del artículo en mención dice que a El Salvador le corresponderán, de acuerdo al derecho internacional, otras islas, islotes y cayos no enumerados por la sentencia de la

Corte de Justicia Centroamericana del 9 de marzo de 1917; y en el segundo caso, el inciso séptimo del mismo artículo remite a la sentencia que puso fin al diferendo limítrofe entre El Salvador y Honduras. Para determinar con precisión los alcances de esta cláusula es imprescindible incorporar al análisis normas jurídicas infraconstitucionales.

2.1.20.2- Alternabilidad en la presidencia

El alcance de la cláusula pétrea atinente a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia resulta bastante claro. La intención del legislador constituyente es evitar la permanencia de una persona al frente del gobierno y del Estado salvadoreño más allá del período designado. Por consiguiente la reelección consecutiva está prohibida en el sistema electoral nacional.

A tal grado es importante esa prohibición para el constituyente que en el Art. 88 Cn declara que la alternabilidad es condición indispensable para el gobierno. Algunas de ellas son la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya del año 1992 y las normas de derecho internacional. Cabe complementar lo mencionado con aquellos casos en que no es una persona la que se entroniza en el gobierno sino un partido político con figuras sucesivas en la presidencia. Un caso notorio fue el del Partido Revolucionario Institucional que gobernó a México durante setenta años. Otro ejemplo es el Partido de Conciliación Nacional salvadoreño que dirigido por militares gestionó el gobierno nacional durante el período 1962-1979. Mantenimiento de la forma de gobierno y del sistema político y que su violación obliga a la insurrección. Al respecto es interesante observar cómo se enlaza la alternancia con el sistema político y la forma de gobierno, conexión que hace suponer una relación estrecha entre esos conceptos. De similar interés es el hecho de que el legislador constituyente no haya salvaguardado el sistema político con una cláusula pétrea.

2.1.20.3- Sistema y forma de Gobierno

El alcance de la cláusula intangible relativa a la forma y sistema de gobierno es imposible de dilucidarse sin antes delimitar el significado que posee uno y otro concepto. Es por eso que a continuación se procederá, con las dificultades que implica aproximarse a conceptos tan discutidos, a intentar formar una idea de cada uno de ellos.

2.1.21- Forma de Gobierno

2.1.21.1- Definición de forma de gobierno

Lo primero que debe advertirse en este apartado es el carácter problemático de un concepto como forma de gobierno, así como de su tipología, que se debe a las razones que a continuación se puntualizan:

a) Diversidad de opiniones. Es tanta la diversidad de proposiciones sobre lo que es la forma de gobierno y sobre su clasificación que no hay manera de conciliarlas, porque varían de un autor a otro y de una época a otra. En todo caso habrá un punto en común que es el que se pretende identificar en las líneas subsiguientes.

b) Realidad dinámica. La responsabilidad del caos conceptual se debe, a decir verdad, a la naturaleza dinámica de la realidad. Los autores describen las formas que observan, pero las instituciones mudan, y las de índole política con mayor rapidez. A medida que las instituciones evolucionan las descripciones pierden fidelidad y se vuelve, por ende, más difícil aprehenderlas, porque además esas transformaciones tienden a mixturas, a combinaciones entre las formas existentes. Un ejemplo manido es la falta de correspondencia entre la forma de gobierno monárquica tal y como se concibió en la Antigüedad con la forma mixta vigente en Inglaterra y en España, por ejemplo. Pese a las diversas apreciaciones sobre las formas de gobierno, no

es tarea imposible identificar un punto en común respecto de lo que se quiere dar a entender por ellas.

Norberto Bobbio señala que las formas de gobierno consideran la estructura del poder y las relaciones entre los diversos órganos a los que la constitución asigna el ejercicio del poder. Existen asociaciones entre las opiniones anteriores y lo que la Constitución salvadoreña designa como forma de gobierno. Cuando en el Art. 85 consigna que el gobierno es republicano, democrático y representativo la constitución desnuda el trasfondo clásico que utilizó el constituyente al confeccionar ese enunciado.

Así lo confirma también la Exposición de motivos cuando menciona que la forma de gobierno concierne al ordenamiento de funciones del Estado y a la “escogitación” de los detentadores del poder, y especialmente cuando asegura que las formas de gobierno pueden ser la republicana o monárquica.

A partir de los comentarios apuntados es legítimo decir que el constituyente usa el concepto forma de gobierno para referirse a las formas clásicas de gobierno, y por ende no es sinónimo de sistema de gobierno. Son dos términos distintos y por ello está justificado el tratamiento diferenciado de ambos. Bajo esa premisa a continuación se detallará únicamente la tipología considerada clásica con sus respectivas variantes.

2.1.22- Tipología clásica de las formas de gobierno.

En las líneas siguientes se desarrollará la tipología denominada clásica conforme a dos criterios básicos: las formas puras y las formas mixtas.

Formas puras:

a) Numéricas:

Aristóteles: Su clasificación es la más difundida, quizá por lo sencilla y lo práctica que es. Aristóteles distingue entre democracia, monarquía y

aristocracia a partir del número de gobernantes que participan en cada una de las formas de gobierno: la monarquía es el gobierno de uno, la aristocracia el gobierno de unos pocos y la democracia el gobierno de muchos.

Maquiavelo: Continúa con el criterio numérico, pero a diferencia de Aristóteles reduce las formas a dos: monarquía y república. En la última el escritor florentino ubica tanto las modalidades democráticas como aristocráticas. De acuerdo a Bobbio, el criterio de distinción esencial es que en la república opera un gobierno de asamblea (de notables o popular) y en cambio la monarquía es el gobierno de uno solo.

Montesquieu: Propone una nueva forma que es el despotismo: el gobierno de uno solo sin controles ni leyes, y mantiene las viejas formas república y monarquía (que sería, a diferencia del despotismo, el gobierno de uno solo pero sometido a leyes).

2.1.23- Según el modo de producción jurídica

Hans Kelsen: Toma distancia de los tipos tradicionales y elabora una clasificación propia con base en la forma de producción jurídica.

Según Kelsen hay una producción jurídica autónoma cuando los mismos destinatarios de las normas participan en su elaboración (ya sea directa o indirectamente) y una forma de producción jurídica heterónoma cuando los destinatarios no toman parte en la creación de las normas de derecho.

El primero de esos modos se asocia con la democracia, porque los ciudadanos (es decir, los destinatarios) participan directa o indirectamente en la formulación jurídica, y el segundo con la autocracia, cuando es un solo sujeto (o unos pocos sujetos) el que dicta las normas para los ciudadanos.

b) Formas mixtas:

Las formas mixtas suponen la combinación de dos o más formas puras en la organización de un gobierno.

1. Polibio: Al analizar la constitución romana de la época observa que los tres órganos de gobierno funcionan de acuerdo a formas distintas: los cónsules encarnaban la forma monárquica de gobierno, el senado realizaba la forma aristocrática y los comicios del pueblo practicaban la forma democrática. Concluyó que la mejor forma de gobierno es la mixta, porque así se genera entre los órganos un equilibrio y control recíprocos, y se evita la degeneración de la constitución.

Actualmente España e Inglaterra son excelentes ejemplos de formas de gobierno mixtas. En uno y otro país existe una combinación de formas monárquicas con formas democráticas de gobierno.

2.1.24- Sistema de gobierno

2.1.24.1- Definición de sistema de gobierno

Sistema de gobierno es un concepto usado en la ciencia política para indicar las relaciones globales entre los órganos fundamentales, su composición y su inserción en un sistema político. En cierta medida no es fácil distinguirlo del significado de las formas de gobierno y hay autores que no hacen esfuerzos por diferenciarlos. Una solución, la más sencilla, es considerarlo como parte de la tipología contemporánea de las formas de gobierno y la otra es darle un tratamiento especial, que es lo que al final se decidió hacer aquí.

Esta opción se fundamenta en crasas omisiones del constituyente. El Art. 85 Cn 87 declara que el gobierno es democrático, republicano y representativo y nada dice sobre el presidencialismo, que es un tipo importante incorporado en la constitución salvadoreña. Igualmente hace mutis la Exposición de motivos de la Constitución de 1983, lo que es aún más delicado porque este documento resume las razones y los fundamentos de la carta magna.

No queda duda que si el constituyente insertó el concepto sistema de gobierno en la cláusula pétrea eso significa que sus contenidos semánticos son distintos. Quizá muchas de las dificultades del concepto sistema de gobierno se debe a su poca circulación en textos de derecho constitucional, en los que goza de mayor uso la noción tradicional formas de gobierno.

En definitiva el sistema de gobierno expresa lo que modernamente son las modalidades de relación y de composición de los órganos fundamentales del gobierno.

2.1.25- Tipología de sistema de gobierno

El punto de partida de la tipología del sistema de gobierno es que los sistemas políticos contemporáneos ya no pueden diferenciarse según las categorías tradicionales (democracia, autocracia, monarquía y república) dado que algunos de ellos poseen en cierto modo las características de cada una de esas formas. La tipología del sistema de gobierno apunta entonces a los elementos que permiten una clasificación más precisa de la organización contemporánea del gobierno.

Se admite la existencia de dos tipos de sistema de gobierno: presidencialismo y parlamentarismo, que a su vez se subdividen en semipresidencialismo y semiparlamentarismo respectivamente.

2.1.26- Sistema de gobierno presidencialista

Este es un sistema dualista⁸⁹ de fuerte separación de órganos en el que el jefe de Estado es quien dirige el gobierno. Claramente es el sistema que la Constitución salvadoreña acoge. El modelo presidencialista por antonomasia es el estadounidense. Este sistema se caracteriza por que la relación entre el ejecutivo y el legislativo es de colaboración y no precisamente de ascendencia.

2.1.27- Sistema de gobierno semipresidencialista o sistema de gobierno mixto o de ejecutivo dual.

En este sistema el ejecutivo presenta una composición dual expresada en la existencia de un Presidente de la República y de un gobierno al frente del cual está un Primer Ministro, sin embargo la jefatura del gobierno y del Estado corresponden al Presidente de la República, que goza de amplios poderes constitucionales como la facultad de disolver el parlamento, de nombrar al primer ministro, de presidir los Consejos de Ministros, entre otras. Pese a esas facultades el parlamento ejerce control sobre el gobierno, que puede perder su confianza o ser censurado por él, pero no hasta el punto de disolverlo como sucede en el parlamentarismo. Del presidencialismo se diferencia en que su ejecutivo posee dos órganos políticos: el presidente y el primer ministro junto al consejo de ministros, lo que significa que no funciona de modo personalista. Este es el sistema de gobierno adoptado por Francia.

Sistema de gobierno parlamentario. El parlamentarismo es un sistema de naturaleza monista en el que la separación de órganos no es intensa y la forma de las decisiones y responsabilidades del gobierno es colectiva. El carácter monista del sistema significa que solo se requiere de una única expresión de voluntad de la ciudadanía para dar pie a la formación del gobierno. La ciudadanía elige de modo directo al parlamento y este a su vez es el que nombra al jefe de Estado y al jefe de gobierno, quien nombra su

consejo de ministros. Es por ello que el centro de gravedad del sistema es el parlamento, a eso se deben las amplias facultades que le corresponden.

Cabe aclarar que en las monarquías parlamentarias quien ejerce como jefe de Estado es un rey. Como su cargo es generalmente de transmisión hereditaria no podría ser electo

Sobre todo la característica mencionada es aplicable a las repúblicas parlamentarias.

Este es el modelo de gobierno de países como España, Alemania e Inglaterra.

2.1.28- Sistema de gobierno semiparlamentario

Este es un sistema que presenta una legitimidad dual que lo diferencia del parlamentario en que tanto el primer ministro como los miembros del parlamento son elegidos por votación directa de la ciudadanía. El primer ministro cuenta con la facultad de nombrar sus ministros y de disolver el parlamento, y este por su parte pone en marcha mecanismos de control sobre el gobierno e incluso puede llegar, en ciertos casos, a destituir al primer ministro. En este sistema la jefatura del Estado corresponde al presidente, que es elegido por el parlamento, y la jefatura del gobierno al primer ministro. Un ejemplo de semiparlamentarismo es el sistema israelí.

2.1.29- Características del sistema de gobierno

Parlamentario	Presidencial	Semiparlamentario	Semipresidencial
Gobierno surge del legislativo	Gobierno no es parte del legislativo	Gobierno se forma en colaboración con el parlamento	Gobierno es independiente del parlamento

Ejecutivo dividido en jefe de Estado y de gobierno	Ejecutivo no se divide en jefe de Estado y de gobierno	Ejecutivo se divide en jefe de Estado y de gobierno	Ejecutivo se divide en jefe de Estado y jefe de gobierno, pero ambos títulos los concentra el presidente de la república
Primer ministro designa a sus ministros	Presidente nombra a sus ministros		

2.1.30- Aproximación al concepto de sistema político

La categoría sistema político presenta un grado de problematicidad porque no posee un sentido unívoco y es además ajena al uso corriente de la teoría jurídica. Muchas nociones sobre ella concuerdan en asignarle un elemento global u omnicomprensivo. GiulianiUrbani indica, por ejemplo, que “En su acepción más general, la expresión ‘sistema político’ se refiere a cualquier

Otra característica destacable, presente en ese aporte de Urbani, es la interrelación de los elementos que configuran el sistema político, que pueden ser las instituciones y los procesos de los que habla el autor italiano. Esas instituciones, procesos y grupos no tienen por qué ceñirse solo al Estado, aunque es indiscutible que este es una realidad insoslayable en todo sistema político.

En cierta medida la reducción del sistema político a la mera actividad estatal habrá rondado las mentes del constituyente. Así se evidencia cuando señalaron en la exposición de motivos de la Constitución de 1983 que el "... sistema político está directamente relacionado con los fines del Estado, con el proceso de formulación, ejecución y control de la voluntad política, y con el contenido de la misma". Pero esta tendencia a considerar al Estado como centro de gravedad debe evitarse. Porque no es una entidad con voluntad propia e independiente de las fuerzas sociales, sino un vehículo para que se despliegue un proyecto de sociedad.

La articulación de instituciones con las acciones y procesos políticos que la fuerza dirigente emprende en pos de su proyecto constituye grosso modo el sistema político de una sociedad. Lo antedicho tiene el defecto inevitable de la abstracción. Se intentará a continuación concretarlo en la medida de lo posible.

Parte de un sistema político es la forma como el Estado y el gobierno estén organizados. Cuando un gobierno y un Estado son democráticos así se dice también del sistema político. Entre las formas de Estado y de gobierno que se asuman existen claros nexos. Los Estados centralistas generalmente se corresponden con gobiernos autoritarios o de cuestionables credenciales democráticas, aunque existen excepciones que no desvirtúan esa afirmación; los gobiernos democráticos, viceversa, generalmente se identifican con Estados descentralizados.

El sistema político comprende también el sistema de gobierno. Un predominio absoluto del ejecutivo sobre el legislativo inclinaría el sistema político hacia el autoritarismo, pero un sano equilibrio entre ambos lo mantendría seguramente dentro del esquema democrático.

En la caracterización de un sistema político hay que incluir el sistema electoral y el sistema de partidos dado que es parte de él. Los partidos políticos

son actores relevantes en las complejas sociedades contemporáneas y las elecciones son el mecanismo ampliamente admitido para participar en la cosa pública. Entonces del bipartidismo o pluripartidismo existente o del tipo de elecciones que se celebren (primera vuelta o segunda vuelta) depende el tipo de sistema político, y como la relación es interdependiente cualquier modificación sustancial de aquellos potenciaría una mutación de este; es decir que, por ejemplo, la transición de un pluripartidismo hacia un bipartidismo tendría repercusiones serias en las relaciones entre órganos de gobierno e incluso en la gobernabilidad de la sociedad.

2.1.31- Distinción entre forma de estado, sistema político, forma y sistema de gobierno

Después del acercamiento a las nociones de forma y sistema de gobierno y a la de sistema político es pertinente indagar sus diferencias, sus conexiones y su vinculación entre sí e incluso con la forma de Estado.

En primer lugar se deslindará el significado de forma de Estado de los otros conceptos porque entre ellos tiende a ver confusión.

Las modalidades que asumen los Estados han sido por mucho tiempo objeto de estudio de la teoría general del Estado. Según las investigaciones de esta teoría no debería existir ninguna duda sobre lo que son la forma de Estado y la forma de gobierno, ya que la figura del gobierno y del Estado son distintas aunque están estrechamente vinculadas.

El Estado es una persona jurídica compuesta por tres elementos: gobierno, población y territorio. Los últimos dos constituyen los ámbitos de validez del derecho y el primero el instrumento productor de la normatividad; los tres son condiciones indispensables para que emerja esa realidad jurídica y política que es el Estado. Teniendo en cuenta esta explicación la diferencia entre la forma de gobierno y la forma de Estado salta a la vista. Uno es elemento perteneciente al otro.

En lo que respecta al sistema político hay que apuntar que este es un concepto que nuclea a los demás. La forma de Estado y de gobierno y el sistema de gobierno son la medida de un sistema político. Un Estado centralista y un gobierno en el que el parlamento es un títere del presidente indicarían que el sistema político es de signo autoritario. Si a eso se suma la existencia de un partido único y la restricción de las libertades ciudadanas pues el cuadro que se observa estaría más perfilado. Por el contrario si el Estado tiende a la descentralización y el gobierno respeta las formas democráticas, y además el sistema de partidos es pluralista, el sistema político sería de denominación democrática.

Entre forma y sistema de gobierno media una cortísima distancia. Ambos se refieren a la organización del gobierno, pero se distinguen en que el primero expresa su conformación tradicional y el segundo la moderna. Desde la Antigua Grecia los gobiernos han sido clasificados por su carácter republicano o monárquico, democrático o autocrático, formas que con el tiempo han perdido precisión descriptiva. A las modernas monarquías constitucionales no se les podría endilgar fácilmente el carácter monárquico a la antigua usanza, ni mucho menos los sistemas presidenciales se catalogarían como republicanos a secas. Las composiciones gubernamentales contemporáneas son mucho más complejas y exigen nuevas categorías que las describan fielmente. Ese el propósito del concepto

sistema de gobierno, y es lo que hace la distinción fundamental con el consanguíneo forma de gobierno.

2.1.31.1- Alcance de la cláusula pétrea referida a la forma y sistema de gobierno

Ahora que se saben los significados de forma y sistema de gobierno, el asunto crucial es determinar cuáles artículos salvaguarda la cláusula pétrea relativa a la forma y sistema de gobierno. Es evidente que esta cláusula opera en casos como el del Art. 85 Cn, en donde el constituyente declara el carácter republicano, democrático y representativo del gobierno y señala el pluralismo del sistema de partidos, pero no lucen tan claros sus alcances cuando se traen a cuenta otras disposiciones.

El constitucionalista salvadoreño Mario Solano sostiene la tesis de que la cláusula pétrea relacionada a la forma y sistema de gobierno cubre toda la estructura orgánica del Estado que yace en la constitución. Esa es una apreciación discutible, ya se verá por qué.

En la parte orgánica de la constitución, que es donde está estructurado el Estado, hay disposiciones que no se vinculan con la forma y sistema de gobierno salvadoreño.

Como ejemplo un botón. El Art. 128 Cn prohíbe a los diputados ser contratistas o caucioneros de obras o empresas públicas que se costeen con fondos del Estado o de municipios. Desde el momento que la citada disposición se ubica en la sección de los órganos fundamentales se inserta en el complejo orgánico de la Constitución de 1983. Pero eso ipso facto no la vuelve acreedora de la protección de la cláusula pétrea.

Igualmente se puede predicar del Art. 151 Cn que prescribe los requisitos para ser electo presidente de la república y, aunque de forma más

polémica, del Art. 186 Cn inc. 2 que establece que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por la Asamblea Legislativa. En principio ambas disposiciones pueden reformarse sin que ello afecte el sistema de gobierno presidencialista y la forma democrática y republicana de gobierno.

Ahora bien, si la reforma de los requisitos está orientada a restringir el acceso a la presidencia sin duda se cuestionaría su falta de sentido democrático. Supóngase que el nuevo texto constitucional solicite que para ser electo presidente es necesario poseer una fortuna determinada y ser descendiente en línea directa de una aristocracia criolla, pues en un caso como ese se activa la cláusula pétrea. También procedería la aplicación de la cláusula si la reforma busca que el presidente de la república elija a los magistrados de la Corte Suprema en vez de la Asamblea Legislativa, pues esa es una atribución que no se aviene con el sistema de gobierno presidencialista. Sin embargo nada obsta que los abogados de la república o incluso el cuerpo electoral elijan a los magistrados, y una modificación en ese sentido sería admisible.

No habría cobertura de la cláusula pétrea, por ejemplo, si la reforma del Art. 124 Cn pretende cambiar el mes de inicio de la legislatura, pues no se tocaría ningún elemento vinculado a la forma y sistema de gobierno; en cambio no procedería en tanto la modificación quiera establecer el cargo de diputado vitalicio en detrimento de la renovación trienal que consigna el artículo citado.

Si bien hay casos en que el alcance de la cláusula pétrea depende del tipo de reforma a implementar, existen otros que no dan lugar a interpretaciones como esas.

¿Cuáles son?

Son aquellos artículos que se refieren a los fundamentos del sistema presidencialista salvadoreño y a los cimientos de la forma democrática y

republicana de gobierno. La mayoría de atribuciones presidenciales (Art. 168 Cn.) son intangibles, de ninguna manera podrían ser suprimidas ni ampliadas ni disminuidas porque se afectaría el sistema de gobierno salvadoreño. Sería inadmisibles que la facultad de nombrar y remover a los ministros y viceministros, por ejemplo, se trasladase a la Asamblea Legislativa, pues con ello se sustraería una de las facultades presidenciales más importantes y se desvirtuaría el sistema.

Igualmente la cláusula pétrea protege las disposiciones que resguardan las formas democráticas de gobierno. Una reforma que vaya en detrimento de la regla de las mayorías es un buen ejemplo. Supóngase que se solicite la modificación del inciso segundo del Art. 123 Cn de tal modo que para tomar resoluciones la Asamblea Legislativa solo precise de un cuarto de los diputados electos y no la mitad más uno como se exige actualmente. En ese supuesto el artículo indicado gozaría de la protección de la cláusula pétrea referida a la forma de gobierno.

2.1.32- En resumen, se proponen dos criterios para precisar el alcance de la cláusula pétrea

1- Examinar cada propuesta de reforma para valorar si infringiría o no principios republicanos y democráticos y los fundamentos del sistema presidencialista salvadoreño.

2- Las disposiciones que constituyen el núcleo duro del sistema presidencialista y del gobierno republicano y democrático, tales como las funciones esenciales de los órganos de gobierno, la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, la prohibición de privilegios y cargos hereditarios, la soberanía popular, son intangibles. No pueden ser reformados en ningún sentido.

2.2- MARCO LEGAL

En el tema de los mecanismos de reforma constitucional y las cláusulas pétreas, desde el enfoque de protección de las instituciones democráticas en el salvador, nos lleva a un análisis no solo de la normativa nacional, sino que también la internacional, es así que se desarrollan las diferentes normativas, en primer lugar a nivel nacional y seguidamente a nivel internacional.

2.2.1- Legislación nacional

2.2.1.1- Constitución de la república

Las cláusulas pétreas se establecen en el Título IX, de los alcances, aplicación, reforma y derogatorias, el Art. 248 inciso último Cn. *“no podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”*.

En teniendo que las cláusulas pétreas es uno de los temas que está siendo muy discutido en la actualidad, por ser un tema de interés nacional. Al respecto, existen algunas inquietudes sobre cuáles son las disposiciones que no pueden ser reformadas por considerarse cláusulas pétreas. El anterior es el único artículo en el que la Constitución de 1983 se refiere a las futuras reformas que la misma pueda tener con posterioridad a su promulgación. En contraste con la mayoría de las anteriores constituciones que han regido nuestro país, el texto no tiene una mención a un cambio total de Constitución o la convocatoria a una Asamblea Constituyente e incluye cláusulas pétreas. 1871, las constituciones salvadoreñas han incluido un esquema de reforma que hace que se les catalogue entre las constituciones rígidas, es decir, que requieren un trámite dificultoso para su reforma; a diferencia de las constituciones flexibles, que no exigen un trámite distinto al de las leyes

ordinarias para su modificación. Tal esquema requería la aprobación de la reforma por dos Asambleas Legislativas ordinarias, tras lo cual debía ser convocada una Asamblea Constituyente que adoptara definitivamente las reformas, aun si éstas trataban de cambios menores.

Por otra parte tenemos que existe relación en cuanto a los procedimientos de reformas así tenemos el Art. 83 Cn.

“El Salvador es un estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejercen la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”.

Poder soberano significa que el pueblo es el verdadero titular de la soberanía, ostenta y ejerce por medio de la estructura del Estado el máximo poder dentro de la Comunidad, el que se impone a todos los grupos y personas bajo su imperio, no existiendo por tanto ningún otro poder que legítimamente pueda sustraérsele, en este aspecto el pueblo debería tener mayor participación en las reformas constitucionales porque es el que percibe de una manera más directa la realidad tanto social como económica.

Art. 85 Cn. *“El gobierno es republicano, democrático y representativo.*

El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno. Las normas, y organización y funcionamiento se sujetaran a los principios de Democracia representativa.

La existencia de un partido único y oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de Gobierno establecido en esta Constitución”.

En este artículo el constituyente declara el carácter republicano, democrático y representativo del gobierno y señala el pluralismo del sistema de partidos, pero no lucen tan claros sus alcances cuando se traen a cuenta otras disposiciones.

Y en relación al inciso último de este artículo el cual hace referencia a que los partidos políticos son los únicos representantes del pueblo, de esto la Sala de lo Constitucional hace una interpretación en donde se permiten las candidaturas independientes haciendo una modificación a la ley secundaria.

Art. 87 Cn. “Se reconoce el derecho al pueblo a la insurrección, para él solo objeto de restablecer orden constitucional alterado por la transgresión a las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecidas, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución.

El ejercicio de este derecho no producirá la abrogación ni la reforma de esta Constitución, y se limitara a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios transgresores, reemplazándolo de manera transitoria hasta que sean sustituidos en la forma establecida por esta Constitución.

Las atribuciones y competencias que corresponden a los órganos fundamentales establecidos por esta Constitución, no podrá ser ejercidos en ningún caso por una misma persona o por una sola institución”.

Alude al “sistema político.” Y se considera que es a ese régimen político democrático pluralista, al que se dotó de intangibilidad por el Art. 248, pues es al que hace referencia el Art. 85 Cn., que es basal en esta materia.

Art. 88 Cn. “La Alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la forma de Gobierno y sistema político establecidos. La obligación de esta norma obliga a la insurrección”.

Esto garantiza una notabilidad de los actores políticos en el poder (o representación), y la existencia de procesos electorales periódicos y libres, donde los contendores tengan opción real del acceso al poder. Este principio procura que exista una rotación en el poder, únicamente mediante un

mecanismo que posibilite la alternatividad en el nombramiento de los representantes, a fin de garantizar una auténtica representación democrática y participativa.

Art. 123 Cn. *“El cual expresa la mayoría de los miembros de la Asamblea serán suficiente para deliberar.*

Para tomar resolución se requerirá por lo menos el voto favorable de la mitad más uno de los diputados electos, salvo os casos que conforme a esta constitución se requiere una mayoría distinta”.

Esto tiene relevancia en cuanto a que la Asamblea Legislativa es un cuerpo colegiado, compuesto por Diputados y Diputadas, electos en la forma prescrita por la Constitución y la ley; le compete, fundamentalmente, la función de legislar. Sus atribuciones se encuentran establecidas en la misma Constitución.

Art. 140 Cn. *“Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse”.*

Principalmente tiene relación en que cuando se lleva a cabo una reforma esta se tiene que publicar en el diario oficial, para que la misma sea del conocimiento de la población y no se pueda alegar ignorancia de la ley.

Art. 246 Cn. *“Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.*

La constitución prevalecerá sobre toda la leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”

Sobre el significado del principio de inalterabilidad de los derechos, prescrito en el inciso primero de este artículo: "corresponde establecer el alcance de dicha norma bajo dos situaciones: la distinción entre regulación y restricción o limitación de derechos constitucionales; y la precisión de, si a través de la regulación o limitación de derechos, se puede atentar contra estos.

Sobre la supremacía constitucional: "debe afirmarse que la supremacía de la constitución ha venido consolidándose hasta lograr firmeza en nuestro tiempo, no sólo algarantizar a través de los procesos constitucionales, sino al introducirse en la Constitución vigente el artículo 246 que en la de 1950 era el artículo 221, enunciando de manera categórica la subordinación de la ley y las otras disposiciones a la Constitución.

Así mismo los Art. 128, 151, 186 y 168 de la Cn. Los cuales ayudan a entender mejor y de una forma individualizada los casos planteados en el artículo antes relacionado, y crea una visión más amplia en cuanto si es viable o no las reformas constitucionales y en qué medida se pueden modificar las llamadas clausulas pétreas de manera que no se afecte o contrarié el Estado Democrático de Derecho.

2.2.1.2- Código electoral

Las sentencias emitidas por la Sala modifican muchos aspectos del sistema político y electoral conmocionando a diversos sectores de la vida nacional. Las sentencias de Inconstitucionalidad con referencia 61-2009 al sistema electoral obligaron a modificaciones sustanciales en aspectos como: La inclusión de candidatos no partidarios en las elecciones legislativas, la votación por candidato a diputado y no por bandera, la incorporación de fotografías de los candidatos a diputados en las papeletas de votación, el reinicio del proceso de cancelación de los dos partidos más antiguos del país (PCN y PDC), la declaratoria de inconstitucional de la elección de dos

Magistrados del TSE, respectivamente, y el derecho ciudadano a utilizar los medios de impugnación elector.

Con esta sentencia se hace reformas al código electoral las cuales se emiten en el decreto 555, doce de enero de dos mil once.

Y las disposiciones para la postulación de candidaturas no partidarias en las elecciones legislativas son:

Objeto de la Ley

Art. 1 *“Las presentes disposiciones tienen como objeto regular la participación de las candidaturas no partidarias y de los grupos de apoyo que les respalden en las elecciones legislativas. Autoridad Competente”.*

Art. 2 *“La institución responsable de aplicar las presentes disposiciones es el Tribunal Supremo Electoral, que en adelante se nominará únicamente como “el Tribunal”.*

Definiciones

Art. 3 *“Para efectos de la aplicación de las presentes disposiciones se entenderá por: 2 Candidata o candidato no partidario: aquella ciudadana o ciudadano que inscribe su candidatura a una diputación, sin encontrarse afiliado ni ser postulado por un partido político, acompañado de su respectivo suplente. Grupo de Apoyo: Es un grupo conformado por un mínimo de diez ciudadanos, residentes en una misma circunscripción electoral departamental, que se constituyen a fin de respaldar una candidatura no partidaria en la circunscripción electoral en la que les corresponde votar. Estos grupos caducan cuando el Tribunal emite la declaración en firme de los resultados electorales de la correspondiente elección legislativa que la motivó, salvo la existencia de obligaciones patrimoniales pendientes de liquidar”.*

2.2.2- Sentencias emitidas por la sala de lo constitucional

2.2.2.1- Referencia 61-2009

INCONSTITUCIONALIDAD

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez.

En la cual La Corte Suprema de Justicia (CSJ) declaró inconstitucional las disposiciones electorales tales como los plazos requeridos para solicitar el reconocimiento ante el Tribunal Supremo Electoral (TSE) y para la recolección de firmas, de los candidatos no partidarios; así como la prohibición de participar como candidato no partidario, han quienes hayan sido diputados en la legislatura inmediatamente anterior.

2.2.2.1- Referencia 7-2012

INCONSTITUCIONALIDAD

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

En esta se declara inconstitucional el Acuerdo n° 1 de reforma constitucional, que pretendía que la elección de diputados fuera por lista cerrada y bloqueada.

Esta sentencia posibilita El derecho al sufragio permite que el elector marque la bandera del partido o coalición de su preferencia, la bandera

partidaria y la lista completa del mismo partido político o solo la lista partidaria completa.

Estas sentencias posibilitan las reformas por la vía de la Interpretación Histórica de la norma sin llegar a una reforma total de la Constitución.

2.2.3- Instrumentos Internacionales

2.2.3.1- Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco de 1945.

La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los Estados firmantes a cumplirlos

Se hace mención a la declaración de los Derechos Humanos en cuanto a la posibilidad de reformar y que se posibiliten el matrimonio entre personas del mismo sexo, la declaración establece en su Art. 16 *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

En este sentido cuando las personas lleguen a la edad prevista por la ley, tiene derecho a casarse y fundar una familia sea cual sea el color de su piel, el país de que procede ni su religión. Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos cuando están casados y también cuando están separados. Nadie debe obligar a una persona a casarse. El Estado es el ente obligado a proteger y velar por este derecho.

2.2.3.2- El protocolo del pacto internacional de derechos civiles y políticos de la organización de las naciones unidas (ONU)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ha sido ratificado por 167 Estados, siete más que el PIDESC.

Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprenden lo que algunos han llamado Carta Internacional de Derechos Humanos.

El pacto establece en su Artículo 6

1. *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.*

2. *“En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.”*
[...]

Esto tiene relevancia en cuanto a las consideraciones de una reforma constitucional que posibilite la pena de muerte en el salvador, tomando en cuenta los niveles de criminalidad actuales, la cual para que sea viable se tendrían que tomar muchos aspectos principalmente que se estaría violentando un derecho fundamental como es el derecho a la vida.

En otro aspecto se estaría violando el Pacto antes relacionado, aunque paralelamente se contempla la pena de muerte para delitos militares desde 1886 hasta la fecha. Estos delitos incluyen principalmente “traición a la patria” cuando el país estuviera en guerra con otros países (guerra internacional). Actualmente esto se contempla en la Constitución Política de la República de El Salvador (1983), en el artículo 27 Cn. que dice: *“Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional”*

2.2.4- Derecho Comparado

2.2.4.1 Constitución Española

La Constitución española no ha recogido cláusula alguna de intangibilidad. Y en cuanto a los límites, la única manifestación en el ámbito patrio del fenómeno de limitación de las posibilidades de reforma constitucional es la que establece en su artículo 169 al determinar que "No podrá iniciarse la

reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116".

Desde el punto de vista de su ubicación sistemática, entiende un sector doctrinal, y en este sentido Torres del Moral, que, al referirse únicamente a la fase de iniciativa, el precepto debería haber sido emplazado como apartado segundo del artículo 166, que es el que nuestra Carta Magna dedica al diseño del sistema de iniciativa en materia de reforma constitucional.

2.3.3.2 las constituciones de Alemania e Inglaterra

Estas Constituciones no incluyen cláusulas pétreas y tienen trámite previsto para la reforma total o general de la Constitución. Y se caracterizan por tener un Sistema de gobierno parlamentario. El parlamentarismo es un sistema de naturaleza monista en el que la separación de órganos no es intensa y la forma de las decisiones y responsabilidades del gobierno es colectiva. El carácter monista del sistema significa que solo se requiere de una única expresión de voluntad de la ciudadanía para dar pie a la formación del gobierno. La ciudadanía elige de modo directo al parlamento y este a su vez es el que nombra al jefe de Estado y al jefe de gobierno, quien nombra su consejo de ministros. Es por ello que el centro de gravedad del sistema es el parlamento, a eso se deben las amplias facultades que le corresponden.

3.0- BASE JURÍDICA

En el presente caso de los Mecanismos de Reforma constitucionales y las cláusulas pétreas desde el enfoque de protección de las Instituciones Democráticas de El Salvador se citaran a continuación la normativa procedimental en la que se actuó.

- En relación a la norma primaria como es la Constitución de El Salvador se hizo referencia al artículo 284 inciso último Cn. *No podrán reformarse*

en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieran a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la Republica y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la Republica”

Este inciso guarda una relación con otros artículos entre ellos tenemos:

Los Arts. 123, 246, 83, 85, 140, Art. 88, 87, 128, 151, 186 y 168 de la Cn. Los cuales ayudan a entender mejor y de una forma individualizada los casos planteados en el artículo antes relacionado, y crea una visión más amplia en cuanto si es viable o no las reformas constitucionales y en qué medida se pueden modificar las llamadas cláusulas pétreas de manera que no se afecte o contrarié el Estado Democrático de Derecho.

Se hizo la relación de los instrumentos internacionales como:

- La Convención Universal de los Derechos Humanos en relación al Matrimonio, esto en el sentido si es posible una reforma constitucional que permita los matrimonios entre personas del mismo sexo.
- Estatuto de Roma de Corte Penal Internacional y el Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el cual establece que “no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado que forme parte de dicha estructura”, en relación al art. 27 inciso 1 Cn. El cual hace referencia a quienes se les puede aplicar la pena de muerte en El Salvador y si este violara estos tratados tendría consecuencias sociales, jurídicas y económicas.

Así como también se hace referencia a las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional entre ellas tenemos:

- Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 61-2009: la cual establece las candidaturas independientes, esta sentencia hace una interpretación del artículo art. 85 inciso 2 Cn, y una modificación al Código Electoral donde se establecen que no es necesario estar afiliado a un partido político para ser candidato a Diputado o Alcalde siempre y cuando se reúnan los requisitos de ley.
- Sentencia de la sala de lo constitucional 7-2012, esta sentencia principalmente hace referencia a la modificación del Código Electoral en base a las partidas abiertas y cerradas.-

Se hizo la relación de derecho comparado de como los países europeos no incluyen en su Constitución las llamadas Clausulas Pétreas, entre ellos tenemos a España, Alemania e Inglaterra.

CAPITULO III

1.0- PRESENTACION, DESCRIPCION E INTERPRETACION DE RESULTADOS

1.1- RESULTADO DE ENTREVISTAS NO ESTRUCTURADAS

ENTREVISTA I. DOCTOR ALBINO TINETTI

Catedrático de la Universidad de Economía (ESEN)

- 1. ¿En el entendido que existe la reforma Constitucional, están estas limitadas es decir tienen un punto límite? ¿Si es así cual sería?**

Indudablemente que existe un límite formal se desprende del título del tema de tesis que son las denominadas clausulas pétreas, estos son limites

formales pero que también contextualmente hay límites materiales, no podemos pensar que por ejemplo sin cambiar las cosas en China o mejor dicho en Corea del Norte se les vaya a ocurrir cambiar la Constitución y trasladarse a un modelo totalmente Capitalista o viceversa ese contexto tiene influencia en los procesos de reforma pero está fuera de la formalidad ósea que dentro de nosotros formales encontraríamos individualmente las cláusulas pétreas.-

2. ¿Quién o cual es el ente encargado o facultado de promover o realizar una Reforma Constitucional?

En cuanto a eso hay un aspecto en nuestro país que es criticado por que sea circunscrito iniciativa de reforma por lo menos con diez Diputados entonces eso enfrenta diversas críticas.

- en primer lugar que minimiza el rol de las minorías en una democracia debe haber apertura, tolerancia y se debe actuar con las fuerzas que compone el aspecto político.
- En segundo lugar cada órgano Estatal tiene una vivencia de la Constitución constante y puede tener una crítica mucho más ilustrada que lo que hace en la práctica.

Por ejemplo podríamos colocar ahí a alguien que debiese tener iniciativa de Reforma Constitucional el órgano que tiene a su cargo el control de Constitucionalidad y eso ocurre en varios países los Tribunales Constitucionales, La Suprema Corte de algunos países, en nuestro caso la Sala de lo Constitucional, el Órgano Judicial debiese tener esa iniciativa; por otro lado el Ejecutivo también tiene contacto con la realidad y vivencia de la Constitución.

Varios autores han señalado que un sistema democrático se caracteriza porque las iniciativas están lo más distribuidas posible óseo contrario al

ejercicio de potestades, ósea que también un grupo de ciudadanos podríamos tener iniciativa de reforma. Los suizos han dicho que ven la colectividad como la escuela de los verdaderos políticos.

3. ¿En su opinión es factible la Pena de Muerte por Reforma Constitucional?

Más allá de cualquier criterio de naturaleza Constitucional, esto está influido por la manera de pensar de cada quien. Procuero no manifestar mi inclinación personal porque soy abolicionista no creo que la pena de muerte sea una solución para nada; hay distintas razones que sostienen ese punto de vista. Uno de ellos es que uno detrás del escritorio crea un mundo que no es respaldado por la realidad, en un país donde la Constitución puede cambiar constantemente es decir es inestable.

La Constitución Suiza posterior a la presente experimento muchísimas reformas nadie podría pensar que Suiza es un país inestable ósea que hay cosas que la gente valora más que el corazón.

Lo primero que debemos de comprobar empíricamente es que si la Pena de Muerte cumple los propósitos que se le atribuyen, y si la pena de Muerte a reducido los niveles delictivos en los Estados donde se aplica.

En muchos casos sea comprobado gracias a la prueba de ADN que muchas personas que se llevaron a la silla eléctrica o inyección letal no eran culpables. Más allá que si se pueda reformar o no estaríamos rompiendo compromisos internacionales con la restauración de la Pena de Muerte “personalmente no lo patrocino jamás”

4. ¿Qué es una Reforma Constitucional?

Es un cambio formal de la Constitución, ósea hay un género que es el cambio Constitucional y existen dos especies las cuales son:

- Reforma Constitucional esa reforma está consagrada por la misma Constitución establece todos los pasos a seguir para que se logre le hemos dado potestad de reforma al Órgano Legislativo ordinario pero sometiéndose a probación, de la segunda Legislatura integran un proceso de Reforma.
- Otra manera de cambiar la Constitución que tiene dos especies la primera es la más conocida y es que la materia constitucional pero no se altera el texto.

Y la doctrina reconoce otro tipo de Mutación es que la llamada Desuetudo (consiste en la pérdida de validez de una disposición, o de un conjunto de disposiciones, especialmente legislativas, debido a su ineficacia) ósea que la disposición aparece ahí pero no tiene vida no es que se viole porque para que exista una verdadera Mutación Constitucional no debe existir violación si no que debe ser aplicable.

5. ¿Cuál es el procedimiento para llevar a cabo una Reforma Constitucional en nuestro país?

En Primer lugar la **Iniciativa** tiene que ser promovida por lo menos por diez Diputados el acuerdo de reforma tiene que tener la mayoría simple la mitad más uno, basta con eso; hay algo que la Constitución caya y nada dice de brindar publicidad a ese acuerdo de reforma y sería el caso porque se sabe que la legislatura posterior es la única que tiene competencia para venir a ratificar lo que la primera produce se entiende que en un referéndum implícito, ósea que el electora está enterado de quienes patrocinan la Reforma y quienes se oponen a ella y la elección va a venirle a dar la razón a aquel que el votante quiera que lleve a delante la Reforma o la cambie.

Hay un problema con eso ya que las reformas las presentan ya cuando esta electa la siguiente legislatura seria de hacerle ajustes, entonces la

segunda Legislatura tiene que aprobar y si se aprueba se le da publicidad, debo decirles que en la práctica siempre ese acuerdo de Reforma se publica en el diario oficial pero también es tranquilidad de escritorio porque se piensa que con colocar algo en el diario oficial va hacer del conocimiento de todo el conglomerado, ha existido una flexibilización por que antes se convocaba a una Asamblea Constituyente después de dos legislaturas.

6. ¿Para usted existen principios básicos en nuestra Constitución que no pueden ser reformados?

Ejemplo primero hablemos de las Normas Pétreas, hay algunas que las patrocinan porque son aspectos esenciales que preservan la democracia, la Institucionalidad, integridad del territorio etc. Pero hay autores que han dicho que las Clausulas Pétreas mientras se vivan tiempos de normalidad Constitucional son como semáforos que pueden parar iniciativas, pero si hay conclusión política son meras normas de papel que se las lleva el viento, podemos ver en Grecia existía una norma pétrea que se refería a que Grecia no podía ser un Republica si no una Monarquía, vasto un movimiento y eso se lo llevo el viento.

Los países donde no hay normas pétreas que no se debiese de Reformar el problema con eso es establecer un criterio generalizado del cual debiera de ser su contenido hacer una encuesta entre especialistas y gente común y corriente y cada quien según sus concepciones va a colocar lo que no se debe de reformar, hay una buena dosis de subjetivismo en eso. Creencia de algo que respalda la Ciencia política etc. Ahora dentro de esa perspectiva si a mí me ponen a escoger yo diría o establecería cuales deben ser esas concepciones y la concepción como se sabe no es más que un concepto y la manera de como uno piensa que algo es, por ejemplo: yo diría que jamás tiene que ser reformado lo que tiene que ver con discriminación, que jamás modificaran la Constitución donde ya no se permite la Pena de Muerte, que la

tolerancia es algo que debe generalizarse, que los mínimos de la Democracia no deben de ser afectados y dentro de eso se encuentra la Libertad porque algunos creen que la adhesión de algunas personas a una manera de pensar de un líder eso democratiza, la mera adhesión es un elemento que tiene que estar presente tiene que ser una serie de elementos que establezcan el sistema Democrático; indudablemente la palabra democracia es un concepto jurídicamente indeterminado.

7. ¿Cuál es el propósito del Legislativo al crear las Clausulas Pétreas en la Constitución sin dejar un procedimiento para su reforma?

Nosotros tenemos un talón de Aquiles que sea utilizado en los momentos históricos.

Primero que partes de la Constitución no pueden ser reformadas, algo que se le olvidó decir al constituyente que ese Art. 248, no se puede reformar entonces llega una etapa histórica determinada y llega con la intención de la guerra se llega al momento de la firma de del acuerdo general de paz pero previamente había que darle vigencia a una Reforma Constitucional, y el tiempo pasaba y más quienes contendían los políticos atrasaban entonces lo que se tenía que hacer es reformar el art. 248 podíamos hacer lo que quisiéramos por suerte a última hora eso fue reformado entonces eso no es invento nuestro, son pocos los países donde sea petrificado también sobre esa disposición hay sustanciación teórica para venir a pensar alguna es normalmente abstracta y solo participa el criterio del positivismo se forma una lista para venir a decir que una norma no puede disponer de sí misma; lo cierto es que en momento de tranquilidad Democrática, normalidad Constitucional sea intentado reformar, que lo hayan hecho premeditadamente no creo a veces seguimos pensando en el administrador sabio.

8. ¿En su opinión son las Clausulas Pétreas una protección para el verdadero fortalecimiento de un Estado Democrático de Derecho?

Todo en su contexto de normalidad Constitucional tiene cierta utilidad es lo que se señala como la vida del escritorio y la vida de la realidad, ósea hay países en donde se declaraba absolutamente irreformable la Constitución, se creía que con eso se iba a lograr la máxima protección realmente esa es una invitación a la insurrección porque ahí la necesidad de cambios, más bien la estabilidad no depende de lo que ponemos en el papel los que procesamos el derecho nos creemos una especie de dioses que vamos a resolver en los papeles lo que se resuelve en la realidad. El derecho es una parte aunque importante es más que normas pétreas es una figura constitucional, es una voluntad, un sentimiento constitucional una adhesión de las personas a ella y algo que hay que tener presente es que la estabilidad por si sola puede ser un vicio, hay que establecer las cosas de manera que el texto se vaya acomodando a los cambios sin violencia.

9. ¿Puede modificarse la norma cuya modificación está prohibida que vías deberían seguirse?

Si se hace formalmente estaríamos apartándonos de la normalidad Constitucional, habría ruptura de la continuidad Constitucional.

10. ¿Es necesario que se dé la distribución del poder en órganos como garantía del fortalecimiento de la Democracia?

El fraccionamiento del poder es un elemento de la democracia no la simple división de poderes, tiene que haber un fraccionamiento con se lleva en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América y se inventó con nosotros en la República Federal de Centro América, un fraccionamiento territorial, tiene que existir un fraccionamiento; ósea por lo menos los funcionarios tiene que estar sujetos a escrutinio público para optar al cargo como control inter orgánico, tiene que haber órganos colegiados se entiende entonces que más que la división de poderes el fraccionamiento del poder es

indispensable para una verdadera Democracia esto no lo sustenta la teoría que la verdad histórica.

11. ¿En nuestro país fue necesaria la implementación de normas constitucionales de carácter irreformables porque muchos detractores del poder sabían que no existía un sistema de normas que les impulsara un límite al ejercicio del poder abusando de este establecido en regímenes que no estaban acorde a un sistema democrático, en su opinión en nuestra actualidad siguen siendo necesarias estas normas intangibles o es momento de una reforma?

Las personas que ostentaron el poder con anterioridad hubiese o no hubiese habido normas pétreas si querían continuar con el poder hubiesen continuado. Hemos tenido tres constituciones lo cual no es un orgullo y que la constitución se modificaba simplemente para proteger el ejercicio del poder para reelegirse inclusive en la constitución de 1939 es una constitución que tiene el proceso de reforma se plasmó de buena manera pero de qué sirve toda esa maravilla técnica y doctrinaria si no sirve para prolongar el ejercicio del poder.

Se ha hablado de la eminente necesidad para continuar con una democracia de cambiar la Constitución en muchos términos pero se le puede dar una interpretación a la que ya tenemos con todos sus defectos, ósea que una constitución teóricamente perfecta puede darse una dictadura y una constitución imperfecta no ha hecho que ninguna sociedad perezca, ósea que hasta sin una constitución Formal se puede hacer una democracia entonces ahí hay que relacionar práctica con teoría buscar un punto de equilibrio porque la teoría sin la práctica es bacía y la práctica sin la teoría es siega.

12. ¿La Sala de lo Constitucional emitió una sentencia sobre las candidaturas independientes, será esa una vía para reformar el sistema de Gobierno?

En sustento la Sala de lo Constitucional esa decisiones en el método histórico tradicional fue la historia fidedigna de ese artículo, se vino a ver que se instituyen a los partidos políticos como los únicos protagonistas de la actividad política porque habían designado muchos partidos políticos fantasmas eso se quiso evitar con esa reforma y se le dio una redacción que si se contracta con el resto de la Constitución no se acomoda a lo que ahí existe entonces no se reformo si no que interpreto ¿con que fundamento? Con un fundamento histórico se querían evitar los llamados grupos que decían tener una finalidad determinada y luego se ofrecían a un partido político, también no es debido que haya temor en la gente y no existe un examen de realidad.

13. ¿Podría decirse que las Clausulas Pétreas son anti democráticas puesto que un sistema democrático basado en la soberanía la cual recae en el pueblo por tanto si esa afirmación es positiva las Clausulas Pétreas son contrarias que la titularidad del poder constituyente originario de épocas pasadas a generaciones futuras?

Es una polémica que ha estado presente a lo largo de la historia hay algo que a la gente le puede parecer que está dando contradicciones en el constitucionalismo y la democracia ha entrado en choque porque está parado en principios totalmente opuestos y más bien hablar de democracia es un concepto es un concepto jurídico indeterminado cada quien lo interpreta a su manera pero algunos entienden como democracia el auto gobierno y entonces uno de los eslogan de este pensamiento es que todas las generaciones tienen los mismos títulos para estructura la organización política, régimen político que

le plazca y que los muertos no pueden gobernar a los vivos ni los viejos a nosotros los jóvenes no nos van a imponer esta reforma de territorio, de gobierno y todo lo demás, este es el principio de auto gobernar contrario a la soberanía que recae en el pueblo y este puede hacer lo que se le antoje. El constitucionalismo por lo menos en su versión original nació con el liberalismo ósea con la Constitución Liberal Proteccionista, entonces se entiende como un límite al poder monárquico entonces hay que limitar al poder y la constitución nace para limitar el poder si el pueblo es soberano y se auto gobierna y puede hacer lo que se le antoje como va admitir límites, entonces se produce un choque sea buscado maneras de conciliar.

Los límites son necesarios en un ordenamiento no puede haber poderes ilimitados.

**UNIDAD DE RESULTADO
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA.**

Cuadro de entrevista a: Lic. José Albino Tinetti		
Preguntas	Lic. José Albino Tinetti Cargo: Catedrático de la Escuela Superior de Economía y Negocios Fecha:13-5-2016	Conclusiones
1. ¿En el entendido que existe la reforma Constitucional, están estas limitadas es decir tienen un punto límite? ¿Si es así cual sería?	Indudablemente que existe un límite formal, en este caso son las denominadas cláusulas pétreas, pero no solo existen límites formales si no que en el ámbito contextual se hace referencia a los límites materiales.	Es indudablemente las reformas Constitucionales están limitadas por un ámbito formal esta limitación está enfocada principalmente en las denominadas cláusulas pétreas que limitan las reformas a ciertas áreas establecidas en el Art. 248 inciso ultimo
2. ¿Quién o cual es el ente encargado o facultado de promover o realizar una Reforma Constitucional?	En el país existe limitaciones en cuanto a promover reformas, porque tiene que nacer de una propuesta de por lo menos diez diputados, esto conlleva en primer lugar a minimizar el rol de las minorías y en segundo lugar cada Órgano tiene vivencia de la Constitución desde este punto de vista puede tener un criterio más amplio en cuanto a promover una reforma. Varios autores han señalado que un sistema democrático se caracteriza porque las iniciativas están lo más distribuidas posible ósea contrario al ejercicio de potestades, ósea que también un grupo de ciudadanos podríamos tener iniciativa de reforma. Los suizos han dicho que ven la colectividad como la escuela de los verdaderos políticos.	Para promover una reforma constitucional se deberían de tomar muchos aspectos en consideración, en primer lugar que los órganos que tengan contacto amplio con la constitución puedan promover dichas reformas, en segundo lugar se debería considerar la opinión del ciudadano a la hora de promover una reforma porque son los que tiene un constante acercamiento con la realidad Social, Política y económica del país.-

<p>3. ¿En su opinión es factible la Pena de Muerte por Reforma Constitucional?</p>	<p>Esto va más allá de un criterio Constitucional, se base en la realidad social y en la forma de pensar de cada quien, desde este punto de vista la pena de muerte no es la solución para los problemas de una sociedad, lo primero que se debe de comprobar de una manera empíricamente es que si la Pena de Muerte cumple los propósitos que se le atribuyen, y si la pena de Muerte a reducido los niveles delictivos en los Estados donde se aplica y más allá que si se pueda reformar o no estaríamos rompiendo compromisos internacionales con la restauración de la Pena de Muerte “personalmente no lo patrocino jamás”</p>	<p>La aplicación de la pena de muerte en El Salvador no es la solución a los problemas de la sociedad, tomando en cuenta que se tiene que analizar que tanto disminuirá la violencia y si esta reforma no traería repercusiones Internacional, ya que El Salvador ha ratificado tratados internacionales que están en contra de la Pena de Muerte.</p>
<p>4. ¿Qué es una Reforma Constitucional?</p>	<p>Reforma Constitucional está consagrada por la misma Constitución establece todos los pasos a seguir para que se logre le hemos dado potestad de reforma al Órgano Legislativo ordinario pero sometiéndose a probación, de la segunda Legislatura integran un proceso de Reforma.</p>	<p>La constitución plantea los pasos a seguir para una Reforma Constitucional y esta principalmente se basa en un punto fundamental que es la propuesta que hace una primera Legislatura la cual aprueba la segunda Legislatura, tomando en cuenta este aspecto se necesita de dos Legislaturas diferentes para llevar a cabo una reforma.</p>
<p>5. ¿Cuál es el procedimiento para llevar a cabo una Reforma Constitucional en nuestro país?</p>	<p>Estas se dan por iniciativa, estas tienen que ser promovidas por lo menos por diez Diputados y aprobada por la mayoría simple, en este caso la primera Legislatura propone y la segunda Legislatura aprueba la reforma la cual se le tiene que dar publicidad en el Diario Oficial pero también es tranquilidad de escritorio porque se piensa que con colocar algo en el diario oficial va hacer del conocimiento de todo el conglomerado, ha existido una flexibilización por que antes se convocaba a una Asamblea Constituyente después de dos legislaturas</p>	<p>Para llevar a cabo una reforma Constitucional tiene que ser promovida por lo menos por diez diputados y esperar que la siguiente legislatura la apruebe, para darle publicidad en el diario oficial con esto se entiende que la sociedad va a conocer de la reforma y no va a poder alegar ignorancia de la misma.</p>

<p>6. ¿Para usted existen principios básicos en nuestra Constitución que no pueden ser reformados?</p>	<p>En primer lugar tenemos las Clausulas Pétreas que son aspectos esenciales que preservan la democracia, la Institucionalidad, integridad del territorio etc., principalmente en tiempos de normalidad constitucional, y hay aspecto que desde un punto vista analítico no se deberían de reformar como la Libertad, la pena de Muerte entre otros derechos fundamentales</p>	<p>Las cláusulas pétreas son un aspecto importante para la Democracia y la institucionalidad, pero así como existe limitaciones establecidas en las cláusulas pétreas hay otros aspectos los cuales no deberían admitir reforma como la libertad, el derecho a la vida en si todos aquellos derechos fundamentales que ayudan a la coexistencia de una sociedad.</p>
<p>7. ¿Cuál es el propósito del Legislativo al crear las Clausulas Pétreas en la Constitución sin dejar un procedimiento para su reforma?</p>	<p>Primero que partes de la Constitución no pueden ser reformadas, algo que se le olvidó decir al constituyente que ese Art. 248. No se puede reformar. En este sentido no hay un propósito oculto del Legislador porque se cree en la existencia del legislador sabio.</p>	<p>No existe ningún propósito oculto del legislador ya que lo que busca es la protección de aquellos aspectos que van encaminados a la forma de gobierno para que estos no puedan ser cambiados de una forma antojadiza</p>
<p>8. ¿En su opinión son las Clausulas Pétreas una protección para el verdadero fortalecimiento de un Estado Democrático de Derecho?</p>	<p>El derecho es una parte aunque importante es más que normas pétreas es una figura constitucional, es una voluntad, un sentimiento constitucional una adhesión de las personas a ella y algo que hay que tener presente es que la estabilidad por si sola puede ser un vicio, hay que establecer las cosas de manera que el texto se vaya acomodando a los cambios sin violencia</p>	<p>El derecho es una parte importante en la construcción de las norma y va más allá de las cláusulas pétreas, tomando en cuenta que el derecho se tiene que adaptar a los cambios de una sociedad pero sin caer en la violación de los derechos de fundamentales de una sociedad.</p>

<p>9. ¿Puede modificarse la norma cuya modificación está prohibida que vías deberían seguirse?</p>	<p>Si se hace formalmente estaríamos apartándonos de la normalidad Constitucional, habría ruptura de la continuidad Constitucional</p>	<p>Formalmente la constitución no permite la modificación de aquellas normas que no establece el procedimiento para su restructuración.</p>
<p>10. ¿Es necesario que se dé la distribución del poder en órganos como garantía del fortalecimiento de la Democracia?</p>	<p>El fraccionamiento del poder es un elemento de la democracia no la simple división de poderes, en este punto los funcionarios públicos tienen que someterse al escrutinio público para optar a sus cargos en ese sentido el poder se fracciona y garantiza una verdadera democracia</p>	<p>Para que exista una democracia plena debe de existir más que una división de poderes, es un fraccionamiento del mismo que permita que los funcionarios rindan cuentas a la sociedad en ese ámbito se podrá lograr una verdadera democracia.</p>
<p>11. ¿En nuestro país fue necesaria la implementación de normas constitucionales de carácter irreformables porque muchos detractores del poder sabían que no existía un sistema de normas que les impulsara un límite al ejercicio del poder abusando de este establecido en regímenes que no estaban acorde a un sistema democrático, en su opinión en nuestra actualidad siguen siendo necesarias estas normas intangibles o es momento de una reforma?</p>	<p>Los gobernantes anteriores existieran o no normas pétreas si hubiesen querido seguir gobernado hubiesen continuado Se ha hablado de la eminente necesidad para continuar con una democracia de cambiar la Constitución en muchos términos pero se le puede dar una interpretación a la que ya tenemos con todos sus defectos, ósea que una constitución teóricamente perfecta puede darse una dictadura y una constitución imperfecta no ha hecho que ninguna sociedad perezca, ósea que hasta sin una constitución Formal se puede hacer una democracia entonces ahí hay que relacionar practica con teoría buscar un punto de equilibrio porque la teoría sin la práctica es bacía y la práctica sin la teoría es ciega.</p>	<p>En nuestro país no es necesario modificar la constitución simplemente se pueden interpretar las normas ya existentes para dar una seguridad jurídica, porque hasta en una constitución perfecta teóricamente se pueden dar conflictos.</p>

<p>12. ¿La Sala de lo Constitucional emitió una sentencia sobre las candidaturas independientes, será esa una vía para reformar el sistema de Gobierno?</p>	<p>La Sala de lo Constitucional sustentó esas decisiones en el método histórico tradicional fue la historia fidedigna de ese artículo, se vino a ver que se instituyen a los partidos políticos como los únicos protagonistas de la actividad política porque habían designado muchos partidos políticos fantasmas eso se quiso evitar con esa reforma y se le dio una redacción que si se contracta con el resto de la Constitución no se acomoda a lo que ahí existe entonces no se reformó si no que interpreto ¿con que fundamento? Con un fundamento histórico se querían evitar los llamados grupos que decían tener una finalidad determinada y luego se ofrecían a un partido político, también no es debido que haya temor en la gente y no existe un examen de realidad</p>	<p>Lo que hace la Sala es una interpretación basada en el método histórico, para definir las candidaturas independientes en este ámbito no crea una modificación a la norma pétrea, si no que interpreta la norma existente, que permite una adecuación sin necesidad de llegar a una reforma total.</p>
<p>13. ¿Podría decirse que las Clausulas Pétreas son anti democráticas puesto que un sistema democrático basado en la soberanía la cual recae en el pueblo por tanto si esa afirmación es positiva las Clausulas Pétreas son contrarias que la titularidad del poder constituyente originario de épocas pasadas</p>	<p>El constitucionalismo y la democracia ha entrado en choque porque está parado en principios totalmente opuestos y más bien hablar de democracia es un concepto jurídico indeterminado, y se crean los límites en el entendido de la existencias de las monarquías entonces hay que limitar el poder y por ese aspecto nace la constitución la cual es la encargada de la distribución del poder.</p>	<p>Tiene que existir una limitación en el poder y para que se pueda regular el mismo tiene que existir una norma suprema en este caso es la Constitución que regula aquellos aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales de un país.</p>

ENTREVISTA II. LIC. MARIO ANTONIO SOLANO AGUILAR.

Coordinador del área de proyecto de asistencia técnica de La Corte Suprema de Justicia.

1. Para usted que es una reforma constitucional:

Es el mecanismo del cual el mismo constituyente que redacta y aprueba una constitución establece precisamente para en su momento determinar algunos cambios, algunas modificaciones que en el tiempo y en la medida que las circunstancias pueden ir variando, se puedan implementar ciertos cambios o modificaciones a los principios o disposiciones constitucionales. Una reforma constitucional implica de alguna manera cambiar la voluntad del constituyente pero que ese cambio en la voluntad del constituyente viene legitimado precisamente porque el constituyente planteo dentro del texto constitucional la posibilidad de cambiar y de modificar aquello que quedo incorporado en la constitución que se aprobó en determinado momento.

2. Considera usted que puede existir una reforma total de la constitución:

Nuestra constitución, si nos atenemos a lo que es el planteamiento textual, literal de lo que dice nuestra constitución en cuanto a la reforma, casi que se prevé que solo puede darse las reformas parciales; es decir una modificación puntual, especifica de determinada disposición o determinadas disposiciones, pero no plantea la posibilidad o el mecanismo para una reforma total de manera que cuando se producen el caso salvadoreño si es que se llegara a producir una reforma total a la constitución, no deviene de un mecanismo que la constitución misma haya establecido sino que se trataría de un acuerdo político, de un pacto político entre las diferentes fuerzas del país , de los diferentes sectores nacionales para convocar a una asamblea constituyente y que esta asamblea constituyente tenga la visión, tenga la

finalidad de constituirse de integrarse a través de un proceso eleccionario y que una vez conformada tenga la visión de crear y de aprobar una nueva constitución. Ahora bien no significa que si se va a hacer una reforma total de la constitución necesariamente se tenga que cambiar todos los artículos que la conforman, tal vez el planteamiento y el tema de una reforma constitucional total tiene que ver con la posibilidad de revisar todas las normas constitucionales que están vigentes y someterlas a un análisis y a una discusión, pero dentro de ese análisis, dentro de esa valoración que se va a hacer de todas las disposiciones constitucionales vigentes, está la posibilidad de establecer modificaciones, cambios de algunas de ellas y otras que podrán quedar de la misma manera como están establecidas. Esto en el caso de nuestro país escapa del ámbito constitucional y tiene más que ver con un acuerdo político ya que no se puede obligar a generaciones futuras a tener un texto constitucional que probablemente ellos ya no lo comprendan o ya las circunstancias o el contexto en el que se dio ese texto constitucional es diferentes, no se puede obligar a generaciones venideras a que se sientan inmóviles para poder procrear una nueva constitución.

3. Que es una reforma parcial y cual sería un ejemplo claro de la misma:

Las reformas parciales tienden a tocar aspectos puntuales de las normas o los principios constitucionales, es decir no hay una revisión total del texto constitucional sino que es como su nombre lo indica un estudio, un examen parcial de determinadas disposiciones que tiene la constitución. Los ejemplos más llamativos y concretos que tenemos son las reformas que se dieron después de los acuerdos de paz allá en 1992 viene un proceso de reformas parciales a la constitución que van a permitir por ejemplo la reconstrucción de la administración de justicia específicamente el caso del órgano judicial, la forma de integración de la Corte Suprema de Justicia a través de la elección de magistrados, la reforma que le otorga al órgano judicial

disponer del seis por ciento de los ingresos corrientes del estado, el presupuesto que se le asigna a las actividades del órgano judicial, en otros ámbitos también tenemos la creación de la policía Nacional Civil, la creación de la Procuraduría para a Defensa de los Derechos Humanos, estos eran elementos que no estaban considerados en la constitución original de 1983 y que con las reformas que se dan allí por el año 1993 en adelante vamos ir encontrando como se van encaminando aspectos específicos del texto constitucional y que van a servir para ir modificando sustancialmente el aparato de seguridad pública e igualmente lo que tiene que ver con la administración de justicia.

4. Para usted que son las cláusulas pétreas:

Clausula pétrea es aquello que es inamovible, que es insustituible, intocable, que no se puede someter a un examen ni de constitucionalidad, ni de legalidad sino que son cláusulas que están dentro del texto constitucional y que se consideran inamovibles. Hay que considerar que los cambios que se van dando tanto en el entorno nacional como internacional es dinámico, va cambiando y en ese sentido los cambio que van ocurriendo en el entorno va provocando de que los conceptos rígidos que tenemos a veces de ciertas figuras, de ciertas instituciones jurídicas tengan que irse modificando, una de las cosas que se ha considerado por años es el aspecto de la soberanía pero vemos como la misma vigencia del derecho internacional, los organismos internacionales, aspectos relativos a la cooperación internacional, la influencia que tienen los organismos financieros internacionales en las políticas económicas internas, todo esto hace que los conceptos de soberanía se vayan redefiniendo hacia elementos más objetivos más congruentes con las realidades y el entorno en el cual estamos viviendo de manera que en caso que se conoce como clausula pétrea; en una opinión muy personal así como la constitución no nos prevé un mecanismo para una reforma total, pero teniendo en cuenta que no se puede obligar a una generación futuras a estar

comprometidas con un texto constitucional del cual ellos no se sientan parte, entonces exista la posibilidad y potestad de cambiarlo de igual forma pienso que las cláusulas pétreas que hoy se estructuran en la actualidad al producirse una reforma total de esta constitución puedan cambiar, porque cuando la Asamblea Constituyente tiene la visión de dictar una nueva constitución no está sujeto a nada más que a su poder constituyente, nadie puede llegar a decirle a una Asamblea constituyente que no pueden modificar las cláusulas pétreas que están en la constitución de 1983, esto no lo puede hacer ya que ellos son el soberano de manera que aunque el art. 248 Cn. diga que no se podrán reformar el texto constitucional en relación al territorio, al sistema de gobierno etc. Un constituyente dentro de treinta años, va a modificar el sistema de gobierno, Para que la forma de gobierno y la estructura del estado verdaderamente puedan dar un salto de calidad que permita que la sociedad valla alcanzando sus metas logrando sus objetivos a través de un estado moderno de un estado eficiente, de un estado que pueda ir replanteándose los aspectos de cómo orientar la actividad política y el quehacer gubernativo frente a la ciudad.

5.Cuál es su postura ante el actuar de la sala de lo constitucional en cuanto a la sentencia de constitucionalidad que emitió sobre las candidaturas independientes:

Este tema ha sido muy mencionado, en mi opinión probablemente la Sala ha querido hacer una interpretación tal como ellos lo afirman; no solo integral de la constitución sino bastante amplia, esto tiene que ver con el artículo 85 de la Constitución el cual dice que los partidos políticos son el único instrumento para que se dé el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno, aquí tenemos una afirmación constitucional categórica, a mi modo de ver y como una opinión personal ya que este tema ha dado mucho debate, creo que la Sala si modifico el contenido del artículo 85 Cn. Porque la afirmación constitucional no solo en su texto sino en el criterio de cómo está

estructurado el sistema político dentro de la misma constitución, nosotros seguimos una línea del esquema de la representatividad; es decir nosotros no somos una democracia directa y participativa directa del ciudadano en cuestiones políticas y del ejercicio del poder sino que nuestra constitución nos plantea el mecanismo de la representatividad, es decir que nosotros elegimos a nuestros representantes dentro de la estructura del gobierno, por tanto el artículo 85 Cn. Nos dicen una afirmación; más allá de las buenas intenciones o de lo positivo que pueda ser ir de una democracia representativa a una democracia participativa, directa; en mi opinión se modificó la constitución y no se trata de juzgar si esta bueno esta malo. En conclusión si hay una modificación por no decir una violación al artículo 85 Cn. Puesto que al abrir la posibilidad de las candidaturas independientes si se modifica automáticamente el texto del artículo 85 Cn.

6. Que es lo que motiva una reforma constitucional; una interpretación de la norma constitucional o un acuerdo político:

Esto dependerá de cada caso, en el caso de las reformas comentadas que se dan posteriores a los acuerdos de paz, hay una conexión entre una situación y otra porque parte de un acuerdo político que eran los acuerdos de paz y la necesidad que había de establecer esas reformas y luego que se da una interpretación de la constitución misma en el sentido de que aquello que vamos a incorporar como una reforma no venga a representar la posibilidad de incorporar una nueva norma constitucional que venga a violentar otra u otras disposiciones constitucionales, por ello no solamente se trata de un análisis político o un acuerdo político sino que se debe dar también una interpretación del texto constitucional a donde se piensa insertar una reforma para que pueda ser congruente la reforma propuesta con la integralidad del texto constitucional donde se va a insertar esa disposición que va a propiciar la reforma.

7. Cuáles son las clases de reformas constitucionales que existen en nuestro país, y que tan efectiva es su aplicación :

En nuestro país solo existen las reformas parciales, esto ateniéndonos al texto constitucional en el artículo 248 Cn. Este nos permite las reformas parciales, probablemente el constituyente de 1983 cuando solo dejó planteado el mecanismo de las reformas parciales lo hizo pensando en que deberíamos tener una constitución categorizada, como aquellas que se denominan constituciones semirrígidas de que los mecanismos son hasta cierto punto bastante gravosos, bastantes complejos como para poder producir la reforma pero que también el mecanismo mismo representa una posibilidad para efectuar la reforma, se ve interesante por ejemplo el caso que para que se dé una reforma constitucional hay que acudir a dos legislaturas, la primera legislatura que la aprueba y una segunda legislatura que tiene que venir a ratificar y con solo este planteamiento superficial nos da a entender que es complicado o complejo, pero si nosotros lo analizamos en el salvador más de una vez se ha logrado por ejemplo cuando una asamblea legislativa en su última sesión aprueba una reforma y la nueva asamblea legislativa en su primera sesión la ratifica se puede dar una reforma constitucional en termino de días y encontramos que el mecanismo no era tan complejo como pensábamos al principio; tenemos entonces que el constituyente de 1983 jugó un poco con esas posibilidades de que puede ser relativamente rígida pero también puede en determinado momento puede ser si no flexible pero si suficientemente ágil como para provocar la reforma.

8. Considera usted que la Sala de lo Constitucional reformo nuestro sistema de gobierno con la sentencia emitida sobre las candidaturas independientes:

No es que se haya reformado el sistema de gobierno, lo que sí me parece es que modifico la forma de cómo el pueblo que es el soberano puede

acezar a las estructuras de gobierno, es decir que aquel esquema de la representatividad de la que nos habla el artículo 85 Cn. Esta representatividad, cuando alguien accede a un cargo de elección popular vía una candidatura independiente, la pregunta sería ¿a quién representa? Porque al final de cuentas él está acezando directamente como ciudadano a la representación en el gobierno pero no bajo la modalidad que nos plantea el artículo 85 Cn. sino que bajo un mecanismo creado por la Sala de lo Constitucional de manera que en mi opinión lo que me parece que la sentencia de la Sala que aprueba las candidaturas independientes lo que está haciendo es modificar el concepto de la representatividad de la cual nos habla el artículo 85 Cn. Probablemente bajo un esquema que ya lo tienen otras constituciones y que de alguna manera eso permite que haya no solo una democracia representativa sino una democracia participativa como ocurre en otros países por ejemplo Honduras tiene candidaturas independientes; pero su Constitución lo prevé así, o el caso de Venezuela que ellos se definen como una democracia participativa no representativa como la nuestra. A lo mejor la sala estima que algunos avances en cuanto a la doctrina constitucional, la integración que hace la sala de normas que proviene de tratados internacionales sobre todo en materia de derechos humanos, avances en cuanto a figuras como están siendo manejadas en otros países sobre aspectos de constitucionalidad como derechos fundamentales, derechos políticos, derechos económicos, creo que la Sala en su sentencia ha querido ir extendiendo el marco interpretativo que tradicionalmente se había hecho de la constitución y lo lleva hacia un encuentro con estas nuevas corrientes constitucionales y que de alguna manera también están en conexión con el derecho internacional de los Derechos Humanos.

9. Cree que la pena de muerte puede darse por una reforma constitucional, y cuáles serían las consecuencias de esta:

En el pasado en el salvador se tuvo la pena de muerte como una sanción para ciertos delitos y en ese sentido si nos remitimos al criterio de que el poder soberano que le asiste al constituyente, si se da una reforma a la constitución y se plantea la pena de muerte, hay que tener en cuenta que no necesariamente hay que acudir a una reforma total de la Constitución sino que en una reforma parcial se podría acordar la pena de muerte como una de las medidas que se puedan aplicar en materia penal. Ahora que aspectos de orden constitucional se puedan entrar a violentar con la incorporación de ese tipo de normas ese sería otro punto que se debe analizar, creo que incorporar como reforma constitucional la pena de muerte habría que hacer un examen de normas que están contenidas en la constitución para ver si esa incorporación no viene a trastocar aspectos que tienen que ver con los derechos fundamentales y por otro lado también lo que tanto se discuten nuestro país cuando se quieren hacer reformas al sistema penal nuestro, sobre todo a la normativa penal, que siempre esa la idea de no violentar normas que están contenidas en tratados internacionales de cuales el salvador es parte y que al aprobar una norma que violente normas de los tratados; para no contravenir el artículo 144 Cn. Que los tratados se aplican preferentemente que el resto de las leyes nacionales entonces para no entrar en contravención con el tratado habría que denunciar al menos aquellas disposiciones que en determinado momento de producirse la reforma podrían entrar en contravención con los tratados. En mi opinión no es algo tan sencillo, en nuestro país los políticos para ganarse simpatía puesto que algunas personas al ver la cantidad de crímenes en el día a día de violencia que vive el país se pronuncian a favor de la pena de muerte más allá de si esto pueda resolver un problema de criminalidad y en ese sentido los políticos hacen esas aseveraciones de que debe instituirse la pena de muerte pero como mencione no es algo sencillo deben hacerse las valoraciones.

10. Cuál sería su postura ante una reforma constitucional específicamente que el matrimonio puede darse solo entre un hombre y una mujer y no en personas del mismo sexo:

Esto tiene que ver con el hecho de que no se le puede imponer a generaciones futuras una norma constitucional de carácter perpetua , partiendo de esta idea no necesariamente del tema concreto del cual se está sugiriendo si no que lo veo respecto a cualquier tema, creo que en nuestro país todavía no se ha analizado suficientemente ese tema de matrimonio entre personas del mismo sexo, pareciera ser que la cultura nuestra o nuestro patrón de formación no da para mucha apertura para esos temas pero no dudo que hacia adelante estos temas ya no serán tan extraños, es decir que para las nuevas generaciones estas temáticas sean de común manejo o de cotidiano manejo lo cual pueda provocar una reforma de este tipo.

11. Para usted la Sentencia de la Haya sobre los límites territoriales de el salvador violento las clausulas pétreas de la Constitución :

Si hacemos un análisis de lo que es la disposición constitucional se dice que el territorio de la República es irreductible en aquellos territorios o zonas que ya estén delimitadas, es decir dentro de lo que ya está delimitado y reconocido que es territorio de la República es irreductible, pero un territorio que está en litigio para empezar no está delimitado y si esta en litigio no es territorio de la República sobre todo si se aceptó someter a la jurisdicción de un tribunal internacional y acepta dentro de un tratado internacional que no solamente se va a someter a la jurisdicción de un tribunal internacional sino que va a aceptar y va a cumplir la sentencia que emita ese tribunal, también hay que entender la disposición constitucional pues dice la irreductibilidad del territorio de la República, en donde se ejerciera soberanía, territorio donde hay delimitación pero aquello que no forma parte del territorio porque está en disputa, porque está en litigio; no puede haber violación a la norma

constitucional porque yo en el ejercicio de mi soberanía yo Estado de El Salvador al acudir a un Tribunal internacional, para que el Tribunal Internacional determine de quién es ese territorio y hasta donde, con ello estoy aceptando de que ese territorio no es mío sino que es un territorio que está en disputa y será en el tribunal internacional que se va a establecer el derecho, por lo tanto un territorio que todavía no se considera que pertenece a la soberanía nacional y que es un territorio que no está delimitado porque precisamente los límites que yo creo tener no me los acepta el otro Estado y los límites que aquel tiene no los acepto yo, por tanto no es un territorio delimitado, e territorio delimitado es cuando un Estado y otro aceptan las zonas de demarcación, las zonas limítrofes y toda la estructura de demarcación que se tiene que hacer en un tratado, de manera que en mi opinión no hay violación constitucional.

UNIDAD DE ANALISIS DE RESULTADOS
Entrevistas no estructuradas dirigidas

Cuadro de Entrevista a: **Lic. Mario Antonio Solano Aguilar.**

PREGUNTAS	Lic. Mario Antonio Solano Aguilar Cargo: Coordinador del área de proyecto de asistencia técnica de La Corte Suprema de Justicia. Fecha: 27/05/16	CONCLUSION
1. Para usted que es una reforma constitucional:	<p>Una reforma constitucional implica de alguna manera cambiar la voluntad del constituyente pero que ese cambio en la voluntad del constituyente viene legitimado precisamente porque el constituyente planteo dentro del texto constitucional la posibilidad de cambiar y de modificar.</p>	<p>Es el mecanismo del cual el mismo constituyente que redacta y aprueba una constitución establece precisamente para en su momento determinar algunos cambios, algunas modificaciones que en el tiempo y en la medida que las circunstancias pueden ir variando, se puedan implementar ciertos cambios o modificaciones a los principios o disposiciones constitucionales.</p>
2. Considera usted que puede existir una reforma total de la constitución:	<p>De manera textual nuestra constitución plantea la reforma parcial, entonces si se llegara a modificar de una manera total no sería porque así lo establece la constitución si no que esto se daría por un acuerdo político, si bien es cierto que se puede reformar la constitución con la visión del legislador al crear una Asamblea Constituyente que tenga el enfoque de reformar la constitución pero no implica que lo aria de una manera total se podrían reformar ciertos artículos, porque no se puede obligar a las generaciones futuras a someterse a las normas ya establecidas.</p>	<p>nuestra constitución, si nos atenemos a lo que es el planteamiento textual, literal de lo que dice nuestra constitución en cuanto a la reforma, casi que se prevé que solo puede darse las reformas parciales ; es decir una modificación puntual, especifica de determinada disposición o determinadas disposiciones, pero no plantea la posibilidad o el mecanismo para una reforma total de manera que cuando se producen el caso salvadoreño si es que se llegara a producir una reforma total a la constitución, no deviene de un mecanismo que la constitución misma haya establecido sino que se trataría de un acuerdo político</p>
3. Que es una reforma parcial y cual sería un	<p>Las reformas parciales tienden a tocar aspectos puntuales de las normas o los principios constitucionales, es decir no hay una revisión total del</p>	<p>Las reformas parciales son aquellas que ya están definidas es decir que son puntuales a un principio o disposición en particular.</p>

ejemplo claro de la misma:	texto constitucional sino que es como su nombre lo indica un estudio, un examen parcial de determinadas disposiciones que tiene la constitución	
4. Para usted que son las clausulas pétreas:	Clausula pétrea es aquello que es inamovible, que es insustituible, intocable, que no se puede someter a un examen ni de constitucionalidad, hay que considerar que los cambios que se van dando tanto en el entorno nacional como internacional es dinámico, y se pueden dar cambios, como por ejemplo un constituyente en treinta años puede cambiar las clausulas pétreas.	Las clausulas pétreas son aquellas disposiciones que fueron creadas para proteger los principios básicos de una democracia, las cuales son inmodificables, inviolables inamovibles.
5. Cuál es su postura ante el actuar de la sala de lo constitucional en cuanto a la sentencia de constitucionalidad que emitió sobre las candidaturas independientes:	La sala ha querido hacer una interpretación tal como ellos lo afirman; no solo integral de la constitución sino bastante amplia, esto tiene que ver con el artículo 85 de la Constitución el cual dice que los partidos políticos son el único instrumento para que se dé el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno, aquí tenemos una afirmación constitucional categórica.	La Sala si modifico el contenido del artículo 85 Cn. Porque la afirmación constitucional no solo en su texto sino en el criterio de cómo está estructurado el sistema político dentro de la misma constitución, nosotros seguimos una línea del esquema de la representatividad; es decir nosotros no somos una democracia directa y participativa directa del ciudadano en cuestiones políticas y del ejercicio del poder sino que nuestra constitución nos plantea el mecanismo de la representatividad, es decir que nosotros elegimos a nuestros representantes dentro de la estructura del gobierno, por tanto el articulo 85 Cn. Nos dicen una afirmación.
6. Que es lo que motiva una reforma constitucional; una interpretación de la norma constitucional o un acuerdo político:	Esto depende del cada caso, cuando se dan la firma de los acuerdos de paz y posteriormente la creación o reforma de la normas están basadas en un acuerdo político más que una interpretación de la norma.	No solamente debe tratarse de un análisis político o un acuerdo político sino que se debe dar también una interpretación del texto constitucional a donde se piensa insertar una reforma para que pueda ser congruente la reforma propuesta con la integralidad del texto constitucional donde se va a insertar esa disposición que va a propiciar la reforma.
7. Cuáles son las clases de reformas constitucionales que existen en nuestro país, y que tan efectiva es su aplicación :	En nuestro país solo existen las reformas parciales, esto ateniéndonos al texto constitucional en el artículo 248 Cn. Este nos permite las reformas parciales, el constituyente de 1983 jugó un poco con esas posibilidades de que puede ser relativamente rígida pero también puede en determinado momento puede	El constituyente de 1983 cuando solo dejo planteado el mecanismo de las reformas parciales lo hizo pensando en que deberíamos tener una constitución categorizada, como aquellas que se denominan constituciones semirrígidas de que los mecanismos son hasta cierto punto bastante gravosos, bastantes complejos como para poder producir la reforma pero

	ser si no flexible pero si suficientemente ágil como para provocar la reforma.	que también el mecanismo mismo representa una posibilidad para efectuar la reforma.
8. Considera usted que la Sala de lo Constitucional reformo nuestro sistema de gobierno con la sentencia emitida sobre las candidaturas independientes:	No se modificó la forma de gobierno, la forma de cómo el pueblo que es el soberano puede acezar a las estructuras de gobierno, es decir al esquema que nos plantea el art. 85 Cn. tomando en cuenta que la Sala en su sentencia ha querido ir extendiendo el marco interpretativo que tradicionalmente se había hecho de la constitución y lo lleva hacia un encuentro con estas nuevas corrientes constitucionales.	La sentencia de la Sala que aprueba las candidaturas independientes lo que está haciendo es modificar el concepto de la representatividad de la cual nos habla el artículo 85 Cn. Probablemente bajo un esquema que ya lo tienen otras constituciones y que de alguna manera eso permite que haya no solo una democracia representativa sino una democracia participativa como ocurre en otros países.
9. Cree que la pena de muerte puede darse por una reforma constitucional, y cuáles serían las consecuencias de esta:	<p>En el salvador ya existió la pena de muerte esta se aplicaba a ciertos delitos, si bien el constituyente considerara esta medida no se tendría que reformar totalmente la constitución si no de una forma parcial, imponiendo esta medida en el Código Pena. Pero existe otro punto a analizar y ese es que si esta medida no viene a alterar derechos fundamentales preestablecidos en la constitución.</p> <p>En el ámbito de la aplicación de la pena de muerte existen tratados internacionales que no permite la misma entonces se tendría que hacer un análisis de que tan factible es la misma tano en el ámbito jurídico como social.</p>	Incorporar como reforma constitucional la pena de muerte trae consigo un examen de normas que están contenidas en la constitución para ver si esa incorporación no viene a trastocar aspectos que tienen que ver con los derechos fundamentales y por otro lado también lo que tanto se discuten nuestro país cuando se quieren hacer reformas al sistema penal nuestro, sobre todo a la normativa penal , que siempre esa la idea de no violentar normas que están contenidas en tratados internacionales de cuales el salvador es parte y que al aprobar una norma que violente normas de los tratados.
10.Cuál sería su postura ante una reforma constitucional específicamente que el matrimonio puede darse solo entre un hombre y	en nuestro país todavía no se ha analizado suficientemente ese tema de matrimonio entre personas del mismo sexo, pareciera ser que la cultura nuestra o nuestro patrón de formación no da para mucha apertura para esos temas pero no dudo que hacia adelante estos temas ya no serán tan extraños,	Esto tiene que ver con el hecho de que no se le puede imponer a generaciones futuras una norma constitucional de carácter perpetua , partiendo de esta idea no dudo que hacia adelante estos temas ya no serán tan extraños, es decir que para las nuevas generaciones estas temáticas sean de común manejo

<p>una mujer y no en personas del mismo sexo:</p>	<p>es decir que para las nuevas generaciones estas temáticas sean de común manejo o de cotidiano manejo lo cual pueda provocar una reforma de este tipo</p>	
<p>11. Para usted la Sentencia de la Haya sobre los límites territoriales de el salvador violento las clausulas pétreas de la Constitución.</p>	<p>Esta sentencia emitida por la haya no violenta las cláusulas pétreas específicamente la que tiene que ver con el territorio porque hay que hacer un análisis de la disposición constitucional se dice que el territorio de la República es irreductible en aquellos territorios o zonas que ya estén delimitadas, en este sentido el territorio sobre el cual emitió la sentencia la Haya no se encontraba delimitado porque se encontraba en disputa por esta razón no existe ninguna violación a la norma.</p>	<p>Al hacer un análisis de lo que es la disposición constitucional dice que el territorio de la República es irreductible en aquellos territorios o zonas que ya estén delimitadas, es decir dentro de lo que ya está delimitado y reconocido que es territorio de la República es irreductible, pero un territorio que está en litigio para empezar no está delimitado y si esta en litigio no es territorio de la República sobre todo si se aceptó someter a la jurisdicción de un tribunal internacional y acepta dentro de un tratado internacional que no solamente se va a someter a la jurisdicción de un tribunal internacional sino que va a aceptar y va a cumplir la sentencia que emita ese tribunal.</p>

ENTREVISTA III AL MAGISTRADO EDWARD SÍDNEY BLANCO.

Magistrado de la Sala de lo Constitución de la Corte Suprema de Justicia.

1. ¿Cuál sería su opinión sobre unan reforma constitucional?

Yo nunca he creído urgente una reforma constitucional porque la esencia de la constitución no juega un papel de entorpecer el desarrollo de la paz social del progreso, familia y la educación, la constitución de 1993 y sus reformas son suficiente para vivir en democracia, el problema no está en la constitución si no que radica en otros problemas como la desigualdad entre los funcionarios, la falta de empleo, la falta conciencia de la realidad del país cuando me refiero a la conciencia social de la realidad del país estoy enmascarando, la pobreza, falta de empleo, la falta de trabajo, falta de salud y educación etc. Es decir que estos problemas de seguridad social no pasan por reforma constitucional.

2. ¿Cuál es el sentido de las reformas constitucionales?

Sabemos que la constitución solo se puede reformar parcialmente, en un estado de estabilidad social y por la actual asamblea legislativa, no puede haber una reforma total; nueva constitución tiene que pasar u movimiento tenso, una insurrección, una cosa gravísima y que esto implique la creación de una nueva constitución. Por lo tanto la asamblea legislativa en el procedimiento ordinario no puede cambiar toda la constitución puede hacer reformas parciales a través del mecanismo ordinario, digamos que la asamblea lo acuerda y otra legislatura lo ratifica, Esta ratificación que es realizada por la siguiente asamblea nosotros hemos considerado que se pasa por someterlo a una especie de consulta al ciudadano a ver si me explico, cual es el sentido de las reformas constitucionales tengan un procedimiento tan complicado es un procedimiento tan complicado, desde el acuerdo de reforma que tiene que ser ratificado con los votos de la mayoría calificada el sentido es

que inicia con el proceso de reforma también cuenta con la opinión popular ciudadana bueno con el procedimiento de cualquier ley se inicia con la iniciativa luego se produce el estudio de las distintas comisiones, se deliberen en el pleno, se aprueba y se vota, se le envía al presidente y se manda a publicar.

3. ¿Cree que la Pena de Muerte puede darse por una reforma Constitucional y cuales seria las consecuencias de esto?

En términos generales es un proceso para la aplicación de una ley o un acuerdo de reforma constitucional pero la siguiente fase es donde entran agentes distintos al poder legislativo y al ejecutivo, como lo es la sociedad porque cuando termina esta legislatura hay que dar un proceso de publicidad para esa reforma, para que el ciudadano este enterado que sus candidatos o partidos políticos están postulando la reforma y que están postulando a elección para la próxima legislatura y puede ser un elemento a tomar en cuenta por el ciudadano para no votar o no en las elecciones y vamos a imaginarnos que aquí se vuelve a reformar el tema de la pena de muerte lo acuerda una legislatura termina todo el proceso de formación y luego viene las elecciones, nosotros entendemos, que en ese intervalo de una legislatura y la otra se debe dar publicidad para que el ciudadano se pronuncie ante una reforma tan importante como es el tema de una pena de muerte esto debería ser punto de campaña decir abiertamente quienes apoyan la pena de muerte y que los candidatos reciban el respaldo o el rechazo del ciudadano nosotros allí le encontramos el sentido del porque otra legislatura debe ratificar porque pasa por la consulta de los ciudadanos.

A través del voto porque obviamente con este sistema nuestro que es representativo debido a que los ciudadanos solo podemos gobernar hay que ser representarlo, es allí cuando compran vida las elecciones porque nos inclinamos por ciertos candidatos para hagan buenas leyes y que se elegirían

buenos funcionarios esta es la vinculación que existe entre el ciudadano y elegir los funcionarios.

Este proceso de reforma pasa por la opinión ciudadana a través de las elecciones para ser integrada la siguiente legislatura de manera que por ejemplo un partido político abanderada el tema de la pena de muerte y este recibe un apoyo unánime se va a entender que esto será una propuesta en la legislatura. Claro que esto pasa por la reflexión ciudadana, el debate porque los ciudadanos deben saber que están apoyando a un partido político que impulsa programa del gobierno que satisface su iniciativa es decir la pena de muerte.

4. ¿Se establezca los límites de una reforma constitucional considera que esta violentado derechos?

Bueno todas las reformas han cumplido con estas formalidades que estas provienen desde los acuerdos de paz que ya establecían algunas muchas formalidades y no creo que se hayan violentado en los procesos normales.

Una vez vigente una reforma constitucional esta no puede ser objeto de enjuiciamiento constitucional, es decir que la sala de lo constitucional no puede declarar inconstitucionalidad un artículo de la constitución, una vez vigente hay que respetarla eso no quiere decir que esto no está excepto de interpretación, entrando al tema a nosotros como sala se nos ha acusado de que hemos reformados artículo por la vía de la interpretación nosotros lo negamos rotundamente, la forma correcta todas como las primarias, sub- primarias todas son diversas como el intérprete.

Nosotros tenemos que reconocer que hemos sido progresista, muy activista de la interpretación, no precisamente siempre se debe acudir solo a la literalidad de las constituciones hemos hecho mucho esfuerzo en interpretar más allá de lo que dice el texto pero eso no es un crimen eso está reconocido

en cualquier manual de interpretación de ley cuando se hace referencia a la interpretación, literal, histórica, sistemática, ideológica todas estas técnicas de interpretación contribuyen a que los intérpretes, nos inclinamos o recalcamos determinado pensamiento de hecho hay algo que el derecho, se interpreta por los jueces dependiendo también la visión del juez así es y será aquí y en otro lugar, los integrantes del tribunal dejan en sus sentencias de sus pensamientos filosófico, político de la vida esto es inevitable y eso le pasa a cualquiera, es decir nosotros interpretamos el derecho, para algunos pueden decir que es una interpretación conservadora, otros pueden decir que es una interpretación específicamente literal, otros que es ortodoxas, comunista, los jueces en general especialmente los constitucionalistas interpretamos la constitución con esa postura de división política, ideológica el derecho no es ajeno a la política. Existe un libro de José María Tamarin llamado "La interpretación política del derecho" es decir que la izquierda como la derecha se analiza a través del derecho, un ejemplo claro es la corte suprema de los Estados Unidos de América cuando hay una vacante en el senado que los nombra el presidente y los ratifica el supremo otro caso es el de presidente Bush que el supremo declaro que él había ganado las elecciones.

La gente pensante, no hablo de diputados si no de estudiosos del derecho nos recriminan siempre la interpretación que le dimos al art. 85 de la constitución donde se establece que la política es pluralista, representativo en lo que nos reprocha es en la parte donde dice que se expresa que los partidos políticos son el único instrumento para hacer efectiva la representación del pueblo en el gobierno.

El artículo 85 inc. 2º nos establece: La existencia de un partido único oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de gobierno establecidos en esta Constitución. Allí contiene una palabra que como que recalca que es el único, una interpretación de cuando el constituyente dice que puede haber representación fuera de los partidos políticos y porque la Sala

habilita las candidaturas independientes allí nos achacaron que nosotros habíamos reformado la constitución por la vía de la interpretación y cuál fue la interpretación que nosotros hicimos claro esto era una cosa de cuáles fueron elementos que se tomaron en cuenta en esa palabra único instrumento se entiende también a personas que no pertenecen a partidos políticos en primer lugar acudimos a una interpretación histórica, teológica cual es la finalidad de la norma, en el informe único de estudio de proyecto de constitución que es una fuente de interpretación según el artículo 268 de la Cn, Art. 268.- Se tendrán como documentos fidedignos para la interpretación de esta Constitución, además del acta de la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente, las grabaciones magnetofónicas y de audio video que contienen las incidencias y participación de los Diputados Constituyentes en la discusión y aprobación de ella, así como los documentos similares que se elaboraron en la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución. La Junta Directiva de la Asamblea Legislativa deberá dictar las disposiciones pertinentes para garantizar la autenticidad y conservación de tales documentos.

Establece un informe único, son los motivos de la constitución como dice a propósito del artículo 85 Cn. Donde dice que lo que se busca que organizaciones con una finalidad distinta a la participación política acezada al poder de la manera, que cuando se trata de organizaciones integración del ciudadano la finalidad principal es la de la proyección política. Y que es la proyección política, elaborar un programa de gobierno, elaborarlo y difundirlo y llegar al poder porque para los partidos políticos su fin es llegar al poder y luego de llegar al poder y luego apoyar ese programa de gobierno.

Entonces nosotros interpretamos tomando en cuenta este documento que es fuente de interpretación de la Constitución y dice textualmente que se trata de evitar que organizaciones distintas a los partidos políticos puedan llegar al poder, según nosotros no se puede acezar al poder por vía de

organizaciones con otra finalidad diferente, por ejemplo hablemos de otras organizaciones de ciudadanos, asociación de medios, asociación de mujeres, asociación sindical protección de derechos a las mujeres, y la de los trabajadores sindicales y derechos de medio ambiente. Y no excluye al ciudadano el informe único lo que prohíbe es a través de agrupaciones, cuales son los elementos para decir que no excluye al ciudadano según las teorías de los que nos acusan de haber reformado la constitución del que el ciudadano tiene que estar dentro de un partido político y no hay un partido político que cumpla sus expectativa estaría anulada la participación política del ciudadano.

Entonces allí nuestra interpretación temática y sistemática, así como los elementos de protección de los derechos políticos de los ciudadanos, uno de esos derecho es emitir el sufragio tiene dos dimensión, la dimensión activa que es la de votar, la pasiva, que es que voten por mi entonces obligar al ciudadano a pertenecer a un partido político para participar en política es limitar al ciudadano a ejercer su derecho al sufragio es decir que es un derecho al sufragio, es un derecho pasivo, derecho hacer votado por otro lado la corte interamericana de derechos humanos, se escuchó de dos casos: 1) Castañeda vs. México y el 2) Yatama vs Nicaragua que este se da en una comunidad indígena que no se le permitía participar en elecciones porque no eran un partido político, fueron a la corte interamericana y dicha corte falló.

En conclusión como determinar los elementos esenciales de que los partidos políticos son que la informe único interpretación teológica afirma que al no permitir que organizaciones distintas al partido político acceda al poder y nos presenta tres elementos esenciales: los siguientes argumentos: 1) La interpretación teológica o 2) los derechos políticos del ciudadano, 3) la jurisprudencia de la Corte interamericana, haciendo esa distinción para otras personas ajenas a un determinado partido político puedan tener una representación.

5. ¿Usted nos hablaba de una reforma constitucional total como la define?

Una reforma total significa hacer una nueva constitución, prácticamente es la única manera que se podría. Por ejemplo también tocar cláusulas pétreas a través de una reforma, a través de una reforma total de la constitución.

El art. 248 Cn. es el que prohíbe que se reforme a las cláusulas pétreas referidas al sistema político y forma de gobierno, hay una sentencia donde se desarrolló ampliamente este tema la cual es la sentencia 7-2012. En la cual nosotros enjuicamos el acuerdo de reforma constitucional y es así como legalizamos las candidaturas independientes y habilitamos el voto por persona.

Es decir que para ser diputado es necesario estar afiliado a un partido político y decir expresamente en la constitución de que se votarían a través de una planilla y en el orden que los partidos políticos las propusiera es decir, lista cerrada. Según Art. 125 Cn. Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.

Art. 126 Cn. Para ser elegido Diputado se requiere ser mayor de veinticinco años, salvadoreño por nacimiento, hijo de padre o madre salvadoreño, de notoria honradez e instrucción y no haber perdido los derechos de ciudadano en los cinco años anteriores a la elección.

No dice que es necesario estar afiliado para ser diputado caso contrario, dice que para elegir un presidente es necesario estar afiliado a un partido político, la actual asamblea acordó en unanimidad presentar una demanda de inconstitucional contra el acuerdo de reforma ya que trata de enjuiciar un acuerdo de reforma en proceso es decir vigente y nosotros nos extendimos a explicar que si teníamos la facultad para enjuiciar un acuerdo de reforma, este

acuerdo ha orientado a aceptar o dirimir derechos que están en la constitución de modo que si aprobaran una reforma de esa índole disminuirían el derecho del ciudadano como lo es a elegir libremente por lo tanto lo declaramos inconstitucional.

Se analiza si el sufragio de los ciudadanos es parte de las cláusulas pétreas de la constitución, hacemos el vinculo entre forma de gobierno, en el proceso mediante el cual los ciudadanos eligen a sus representante y esa es la forma de gobierno y esta forma de gobierno es el funcionamiento de las organizaciones de gobierno y consecuentemente si el sufragio es la manera para elegir representante aceptar la forma de sufragio es alterar la forma de gobierno y si existe una reforma de esa naturaleza forma parte de las cláusulas el alterar la forma de gobierno, la forma que se vota incluye el voto por persona.

6. ¿Establezca un ejemplo claro de reforma parcial?

- ✓ La forma de elección de los magistrados de justicia de la corte suprema de Justicia.
- ✓ Los plazos de duración de los magistrados ante eran cinco ahora son nueve, y se elegían por mayoría calificada.
- ✓ Las reformas que se produjeron por reforma constitucional a raíz de los acuerdos de paz, la división de poderes, la separación de la fuerza armada y la seguridad pública.

7. ¿Para usted que son las Cláusulas Pétreas?

Son disposiciones constitucionales que la misma constitución las protegen y las convierte en inalterable, inmodificable están establecidas en el articulo 248 Cn. La reforma de esta Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los Diputados electos.

Para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial.

La reforma únicamente puede ser propuesta por los Diputados en un número no menor de diez.

No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.

No pueden producir modificaciones a la misma por la vía de la reforma parciales.

8. ¿Considera, que el legislador para realizar una reforma constitucional debe tomar en cuenta la interpretación de la norma constitucional o un acuerdo político?

Creo que las reformas constitucionales pasan por un estudio de la jurisprudencia constitucional porque la sala de lo constitucional considera que no se puede considerar reformas si estas reformas están orientadas a desmejorar ciertos derechos fundamentales. Por ejemplo antes las mujeres no podían ejercer el derecho al sufragio, esto es un derecho conquistado el cual no puede revertirse por medio de una reforma constitucional.

Imaginemos que a la asamblea se le ocurre y promueven una reforma constitucional son derechos conquistados aunque existan acuerdos políticos, pero conociendo la interpretación constitucional.

Entonces la respuesta sería de que las reformas constitucionales pasan por el análisis de la jurisprudencia constitucional y obviamente que hay

constituyente que hacen acuerdos políticos, siento que no es decir si uno u otro, porque creo que van de la mano.

9. ¿Cuáles son las Clases de Reformas Constitucional que existen en nuestro país y es efectiva su aplicación?

Estamos claros que las clases de reformas constitucionales se clasifican en totales y parciales.

Han existido a lo largo de nuestra constitución de 1983 muchas reformas parciales, pero una total no podría porque sería realizar una nueva constitución.

Concluyo que no es posible que se realice una nueva constitución, porque la actual ha sido efectiva y no ha obstaculizado el desarrollo de la interpretación constitucional.

10. ¿Cuál es el procedimiento para realizar una Reforma Constitucional?

Esta desarrollada en la sentencia, Son los pasos siguientes?

a) Iniciativa para la reforma de la Constitución. La iniciativa es la fase primigenia del proceso de reforma constitucional, la cual se atribuye exclusivamente a los diputados electos de la Asamblea Legislativa en un número no menor de diez (art. 248 inc. 3° Cn.)

b) Fase de diálogo y deliberación pública en la adopción del decreto por el que se acuerda la reforma a la Constitución. Producida la iniciativa, la Asamblea Legislativa está obligada a discutir el texto de la propuesta con independencia de la decisión que en definitiva adopte: de aprobación a la reforma o de rechazo a la misma.

c) Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se reforma la Constitución. Cuando ha sido lo suficientemente discutida (o

cuando menos se ha posibilitado su discusión), la propuesta del decreto de reforma constitucional debe ser sometida a una votación.

d) Fase informativa de la reforma constitucional. El decreto aprobado en el que se acuerda la reforma de la Constitución debe ser publicitado. Se debe garantizar un intervalo de tiempo adecuado para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración.

e) Fase de diálogo y deliberación pública para la adopción del decreto en el que se decide ratificar el acuerdo de reforma constitucional. Al igual que la prevista para el acuerdo inicial de reforma de la Constitución, esta fase pretende materializar el pluralismo ideológico que caracteriza a la Asamblea Legislativa.

f) Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo de reforma constitucional. Un punto previo que debe aclararse en relación con esta fase es que la legislatura a la cual se atribuye la competencia de emitir el acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es la siguiente Asamblea Legislativa, o sea, la subsiguiente a la de aquella que la acordó; así lo establece el art. 248 inc. 2° Cn. En consecuencia, ninguna otra legislatura puede emitir el acuerdo de ratificación si no es la “inmediata posterior”. Si la segunda asamblea no lo ratifica, el decreto acordado por la anterior queda sin efecto. Queda claro, pues, que esta fase está a cargo de la nueva conformación del Legislativo. Su función principal es el control del acuerdo de reforma emitido por la asamblea anterior. Según el art. 248 inc. 1° Cn., el quórum mínimo para la validez del acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Esta mayoría especial o cualificada es una de las propiedades que define la rigidez de nuestra Constitución.

g) Publicación del acuerdo de ratificación de reforma de la Constitución. Según el art. 248 inc. 2° Cn., el procedimiento agravado para la modificación del texto constitucional comprende la publicación del acuerdo mediante el cual la Asamblea Legislativa ratifica el acuerdo de reforma constitucional emitido por la anterior asamblea. Sin este requisito, la modificación del texto de la Constitución no puede considerarse producida válidamente; en consecuencia, la publicación es una garantía de la existencia del nuevo texto constitucional, con la presunción de que se corresponde con el decreto de ratificación aprobado por la segunda asamblea. De igual manera, la publicidad es una garantía del conocimiento del acuerdo de ratificación de reforma constitucional, porque, solo ofreciendo la posibilidad de conocer el nuevo texto de la Ley Fundamental, pueden justificarse las obligaciones que, en relación con el conocimiento de la reforma constitucional, son atribuibles a los entes estatales y los ciudadanos en general.

11. ¿Qué conclusión podría establecer sobre nuestra temática y cuáles serían sus recomendaciones?

Conclusiones

- ✓ Se reafirma que el poder tiene límites, ejecutivo y legislativo que deben de respetar los límites de los acuerdos de reformas. Los límites son que no se puede reformar la constitución de una forma total y que las reformas parciales no deben ir en vía de perjudicar los derechos de los ciudadanos que ya se encuentran reconocidos en la norma constitucional.
- ✓ Que los procesos de la reforma constitucional deben de tener participación del ciudadano, el soberano y que la otra legislatura debe darle publicidad de la opinión ciudadana, la cual estará sometida al escrutinio de la sociedad, a través de las elecciones.

- ✓ Las cláusulas pétreas que se encuentran en la constitución son disposiciones inalterable, intocable y las legislaturas deben de respetarlas.

Recomendaciones:

- ✓ Que debe haber publicidad y debates de los acuerdos de reformas deben de llevarse de acuerdo a los mecanismo de interpretación de la norma y que los ciudadanos conozcan además de otras entidades cuales son las visiones que tienen un candidato a diputados en materia de reforma constitucional.
- ✓ Que deben de ser aprobado por una legislatura anterior y ratificada por la siguiente que quiere hacer el candidato y buscar al ciudadano por ejemplo decirle que tiene intención de impulsar la pena de muerte, promover el matrimonio entre personas del mismo sexo tienen que legalizar el aborto, tiene intenciones de que se reconozca el consumo de drogas, tiene intenciones de que desestimen los asesinatos de fuerzas paramilitares, etc. El ciudadano no puede pasar ignorante de esos propósitos que tiene sus candidatos que se postulan y que van a ratificar en la próxima legislatura.

La clave para mi es el proceso de divulgación, publicidad y la aprobación de los ciudadanos estando consiente que con o sin su voto, podría pasar los acuerdos de reformas constitucionales.

UNIDAD DE ANALISIS DE RESULTADOS
Entrevistas no estructuradas dirigidas

CUADRO DE ENTREVISTA A: LICENCIADO EDWARD SIDNEY BLANCO.		
Preguntas	Lic. Edward Sidney Blanco. Cargo: Magistrado de la Sala de lo Constitución de la Corte Suprema de Justicia. Fecha: Domingo 16 de Mayo del 2016.	Conclusión.
1. ¿Cuál es su opinión sobre la reforma constitucional?	Nunca he creído urgente una reforma constitucional, considero que la constitución de 1983 y sus reformas estas no han frenado el desarrollo del país, los problemas sociales, como lo son la falta de conciencia de la realidad social de los ciudadanos, falta de empleo, educación, salud no pasan por reforma constitucional.	No considera que se ha factible una reforma total de la constitución, como se creara una nueva constitución. La constitución de 1983 ha sido efectiva.
2. ¿Cuál es el sentido de las reformas constitucionales?	Es un procedimiento complicado, porque para aprobar un acuerdo de reforma constitucional se necesita que este sea aprobado con una cantidad de votos es decir mayoría calificada, y que sea la siguiente legislatura que lo ratifique; es necesario que este acuerdo de reforma tenga publicidad para que cuente con la opinión ciudadana para que estén enterados de lo que sus diputados están proponiendo en la asamblea y sean estos quien rechacen o aprueben	Es la protección de los derechos de los ciudadanos consagrados en la construcción, que los acuerdos políticos no se realicen en vía de beneficiar a un determinado sector.

<p>2. ¿Cree que la Pena de Muerte puede darse por una reforma Constitucional y cuales seria las consecuencias de esto?</p>	<p>Vamos a imaginarnos que aquí se vuelve a reformar el tema de la pena de muerte lo acuerda una legislatura termina todo el proceso de formación y luego viene las elecciones, nosotros entendemos, que en ese intervalo de una legislatura y la otra se debe dar publicidad para que el ciudadano se pronuncie ante una reforma tan importante como es el tema de una pena de muerte esto debería ser punto de campaña decir abiertamente quienes apoyan la pena de muerte y que los candidatos reciban el respaldo o el rechazo del ciudadano nosotros allí le encontramos el sentido del porque otra legislatura debe ratificar porque pasa por la consulta de los ciudadanos.</p>	<p>Este proceso de reforma pasa por la opinión ciudadana a través de las elecciones para ser integrada la siguiente legislatura de manera que por ejemplo un partido político abanderada el tema de la pena de muerte y este recibe un apoyo unánime se va a entender que esto será una propuesta en la legislatura. Claro que esto pasa por la reflexión ciudadana, el debate porque los ciudadanos deben saber que están apoya, a un partido político que impulsa programa del gobierno que satisface su iniciativa es decir la pena de muerte.</p>
<p>4. ¿Qué entiende por una reforma constitucional Total?</p>	<p>Una reforma total significa hacer una nueva constitución, que es la única manera que se podría. Ejemplo también tocar clausulas pétreas a través de una reforma. Art. 248 Cn. Él es el que prohíbe que se reforme las clausulas pétreas referidas al sistema político y forma de gobierno, cuando nosotros declaramos, legalizamos las candidaturas independientes y habilitamos el voto por persona.</p>	<p>La postura del magistrado de la Sala de Constitucional es que con la reforma parcial que realizaron del artículo 85 de la Cn. Es decir la forma de gobierno porque en ese artículo se establecía que los partidos políticos eran el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo en el gobierno, no se ha reformado en ningún momento la forma de gobierno, y además que esto se realizó a través de un estudio y aplicados los diferentes tipos de interpretación de la norma.</p>

<p>5. ¿Establezca un ejemplo claro de una reforma parcial?</p>	<p>Claro, la forma de elección de los magistrados de justicia. Los plazos de duración de los magistrados ahora son de cinco años. Las reformas que surgieron después de los acuerdos de paz, la separación de la seguridad pública</p>	<p>La Sala de Constitución actual se ha caracterizado por la relación tensa que ha existido con los distintos órganos del estado. Por lo tanto han emitido muchas sentencias de inconstitucionalidad siempre en vía de la protección de los derechos del ciudadano consagrado en la Constitución.</p>
<p>6. ¿Para usted que son las Cláusulas Pétreas?</p>	<p>Son disposiciones constitucionales, que la misma constitución protege y que las convierte en intocable, inalterable estas las encontramos en el artículo 248 de la Constitución en su inciso ultimo No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la Alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.</p>	<p>El magistrado recalco que las cláusulas pétreas son inamovibles, es decir que cuentan con toda la supremacía constitucional y que deben de ser respetadas por las legislaturas.</p>
<p>7. ¿Cuál es su postura ante el actuar de la Sala de Constitucional, en cuanto a la sentencia de Inconstitucionalidad que emitió sobre las Candidaturas Independientes?</p>	<p>La interpretación que nosotros le dimos al artículo 85 de la Constitución sobre todo nos basamos en la palabra único instrumento se entiende también a personas que no pertenecen a partidos políticos en primer lugar acudimos a una interpretación histórica, teológica como es la interpretación de la norma, en el uniforme único en el que se ha basado en el estudio de las constituciones.</p>	<p>No reformamos la forma de gobierno, solo interpretamos dicho artículo con la finalidad de que solo para el ser Presidente de la República es necesario estar afiliado a un determinado partido político.</p>

<p>8. ¿Considera, que el legislador para realizar una reforma constitucional debe tomar en cuenta la interpretación de la norma constitucional o un acuerdo político?</p>	<p>Creo que las reformas constitucionales basan por un estudio constitucional porque la Sala de Constitucional no considera posible reformas constitucionales que vayan en perjuicio de los disminuir los derechos que se encuentran protegidos en la Constitucional.</p>	<p>Han existido muchos derechos que han sido conquistado a lo largo de la historia como ejemplo: el derecho al sufragio para las mujeres, y que puedan ocupar cargos públicos.</p>
<p>9. ¿Cuáles son las Clases de Reformas Constitucional que existen en nuestro país y es efectiva su aplicación?</p>	<p>Son totales y parciales. Han existido a lo largo de nuestra constitución de 1983 muchas reformas parciales, pero una total no podría porque sería realizar una nueva constitución.</p>	<p>Concluyo que no es posible que se realice una nueva constitución, porque la actual ha sido efectiva y no ha obstaculizado el desarrollo de la interpretación constitucional.</p>
<p>10. ¿Cuál es el procedimiento para realizar una Reforma Constitucional?</p>	<p>Son los pasos siguientes.</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Iniciativa para la reforma de la Constitución. b) Fase de diálogo y deliberación pública en la adopción del decreto por el que se acuerda la reforma a la Constitución. c) Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se reforma la Constitución. d) Fase informativa de la reforma constitucional. e) Fase de diálogo y deliberación pública para la adopción del decreto en el que se decide ratificar el acuerdo de reforma constitucional. f) Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo de reforma constitucional. g) 	<p>Es necesario que el acuerdo de reforma constitucional se le dé una amplia publicidad, para a través de esta el ciudadano se dé cuenta de los propósitos de sus legisladores.</p>

<p>11. ¿Qué conclusión podría establecer sobre nuestra temática y cuáles serían sus recomendaciones?</p>	<p>No pueden existir reformas totales y las que se hagan no deben afectar los derechos de los ciudadanos.</p> <p>Que los procesos de la reforma constitucional deben de tener participación del ciudadano y que la otra legislatura debe darle publicidad de la opinión ciudadana.</p> <p>Recomendaciones</p> <p>Que los acuerdos de reformas deben de cumplir con los requisitos de interpretación de la norma constitucional.</p>	<p>Las cláusulas pétreas son inalterables, intocables y las legislaturas deben de respetarlas.</p> <p>La clave para mi es el proceso de divulgación, publicidad y la aprobación de los ciudadanos.</p>
--	---	--

1.2- PRESENTACION DE CUADRO DE RESUMEN DE HIPOTESIS Y ENTREVISTA.

<u>Hipótesis General 1</u>	Lic. Mario Antonio Solano Aguilar	Dr. José Albino Tinetti	Magistrado Edward Sídney Blanco
La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es la facultada para realizar reforma Constitucional por medio de la Interpretación de la norma Constitucional; sin embargo puede realizarse por medio de la Asamblea Legislativa.	La Sala de lo constitucional realiza análisis de la constitución para llevar a cabo una reforma y hace una integración de	En nuestro país la Sala de lo Constitucional, el Órgano Judicial debiese tener esa iniciativa de Reforma; por otro lado el Ejecutivo también tiene contacto con la realidad y vivencia de la Constitución.	La Sala de lo constitucional realiza un estudio sobre una interpretación de la norma basado en las diferentes formas de interpretación ya sea la histórica, teológica, ortodoxa para realizar una reforma parcial de la constitución.
<u>Variable Independiente:</u> La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es la facultad para realizar reforma Constitucional por medio de la Interpretación de la norma Constitucional.	normas que proviene de tratados internacionales sobre todo en materia de derechos humanos.		
<u>Variable Dependiente:</u> sin embargo puede realizarse por medio de la Asamblea Legislativa.			

<p><u>Hipótesis General 2</u></p> <p>La nueva realidad Social de El Salvador desde el ámbito de las Instituciones Democráticas, especialmente las Políticas; hacen necesarias que respondan a la demanda de la sociedad, tanto en el ámbito Social, Jurídico y Económico.</p>	<p>Lic. Mario Antonio Solano Aguilar</p>	<p>Dr. José Albino Tinetti</p>	<p>Magistrado Edward Sidney Blanco</p>
<p><u>Variable Independiente:</u> La nueva realidad Social de El Salvador desde el ámbito de las Instituciones Democráticas, especialmente las Políticas.</p> <p><u>Variable Dependiente:</u> hacen necesarias que respondan a la demanda de la sociedad, tanto en el ámbito Social, Jurídico y Económico.</p>	<p>Hay que presentar un nuevo paradigma, esto es lo que se tiene hoy una estabilidad en el ámbito político, social pero hay que proyectar también una reforma constitucional que pueda también en determinado momento implementarse más allá.</p>	<p>Los funcionarios tiene que estar sujetos a escrutinio público para optar al cargo como control inter orgánico, tiene que haber órganos colegiados se entiende entonces que más que la división de poderes el fraccionamiento del poder es indispensable para una verdadera Democracia esto no lo sustenta la teoría que la verdad histórica</p>	<p>Los problemas sociales que enfrenta nuestro país esto no se solucionan con una reforma constitucional porque existe la desigualdad entre funcionarios y sobre todo la conciencia de la realidad social de los ciudadanos y esto son la falta de empleo, la falta de trabajo, salud, educación y considero que la constitución de 1983 y sus reformas no paraliza el progreso y desarrollo y la paz social de nuestro país.</p>

<u>Hipótesis Específicas 1</u>	Lic. Mario Antonio Solano Aguilar	Dr. José Albino Tinetti	Magistrado Edward Sídney Blanco
<p>La aplicación de la pena de muerte no es factible por reforma constitucional ya que se violaría un derecho fundamental con es el derecho a la vida; sin embargo sería factible reformarla por la realidad que vive El Salvador en cuanto a temas de corrupción y criminalidad.</p>	<p>Si se reforma la constitución y se plantea la pena de muerte, hay que tener en cuenta que no necesariamente hay que acudir a una reforma total de la Constitución sino que en una reforma parcial se podría acordar la pena de muerte como una de las medidas que se puedan aplicar en materia penal</p>	<p>La pena de muerte no es la solución para nada; hay distintas razones que sostienen ese punto de vista. Uno de ellos es que uno detrás del escritorio crea un mundo que no es respaldado por la realidad, en un país donde la Constitución puede cambiar constantemente es decir es inestable</p>	<p>La pena de muerte no es la tabla de salvación sobre los verdaderos problemas sociales que tiene el país esos no pasan por reforma constitucional, esto de la pena de muerte los partidos políticos lo utilizan como una propuesta en las campañas políticas pero así como todo unos ciudadanos lo aprueban y otros lo rechazan.</p>
<p><u>Variable Independiente:</u> La aplicación de la pena de muerte no es factible por reforma constitucional ya que se violaría un derecho fundamental con es el derecho a la vida.</p>			
<p><u>Variable Dependiente:</u> sin embargo sería factible reformarla por la realidad que vive El Salvador en cuanto a temas de corrupción y criminalidad.</p>			

<p><u>Hipótesis Específicas 2</u></p>	<p>Lic. Mario Antonio Solano Aguilar</p>	<p>Dr. José Albino Tinetti</p>	<p>Magistrado Edward Sidney Blanco</p>
<p>Las Clausulas Pétreas del art. 248 inciso último de la constitución son las formas y sistemas de Gobierno territorio de la Republica y a la alternabilidad de la Presidencia son inmodificable; sin embargo La Sala de lo constitucional ha emitido Sentencias que modifican la estructura y principios fundamentales del texto constitucional</p>	<p>la Sala en su sentencia ha querido ir extendiendo el marco interpretativo que tradicionalmente se</p>	<p>Si las modificaciones del art. 248 Cn se hacen formalmente estaríamos apartándonos de la normalidad</p>	<p>Se nos ha acusado con la reforma parcial que se hizo al artículo 85 de la Cn. De la interpretación que le dimos a la palabra único hemos reformado las formas de gobierno, con el art. 248 inc 4° Cn., porque esta disposición es la que establece las prohibiciones de reforma a la estructura política del gobierno y a los principios y valores fundamentales del Estado salvadoreño. Pero en contrario están clausulas son irreformable.</p>
<p><u>Variable Independiente:</u> las Clausulas Pétreas del art. 248 inciso último de la constitución son las formas y sistemas de Gobierno territorio de la Republica y a la alternabilidad de la Presidencia son inmodificable.</p> <p><u>Variable Dependiente:</u> La Sala de lo constitucional ha emitido Sentencias que modifican la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.</p>	<p>había hecho de la constitución y lo lleva hacia un encuentro con estas nuevas corrientes constitucionales y que de alguna manera también están en conexión con el derecho internacional de los Derechos Humanos</p>	<p>Constitucional, habría ruptura de la continuidad Constitucional, por otra parte se encuentran las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional como la Sentencia de las candidaturas independientes que se realiza en base al método histórico tradicional.</p>	<p>Se nos ha acusado con la reforma parcial que se hizo al artículo 85 de la Cn. De la interpretación que le dimos a la palabra único hemos reformado las formas de gobierno, con el art. 248 inc 4° Cn., porque esta disposición es la que establece las prohibiciones de reforma a la estructura política del gobierno y a los principios y valores fundamentales del Estado salvadoreño. Pero en contrario están clausulas son irreformable.</p>

<u>Hipótesis Específicas 3</u>	Lic. Mario Antonio Solano Aguilar	Dr. José Albino Tinetti	Magistrado Edward Sidney Blanco
<p>El Legislador debe considerar una reforma constitucional por medio de la interpretación de la norma Constitucional; porque siempre será necesario cambios como forma de adoptar el texto de la misma a los cambios políticos, sociales y jurídicos que llevaran a mejorar el sistema político.</p>	<p>hay una conexión entre una situación y otra porque parte de un acuerdo político que eran los acuerdos de paz y la necesidad que había de establecer esas reformas y luego que se da una interpretación de la constitución incorporar una nueva norma constitucional que venga a violentar otra u otras disposiciones constitucionales.</p>	<p>Se ha hablado de la eminente necesidad para continuar con una democracia de cambiar la Constitución en muchos términos pero se le puede dar una interpretación a la que ya tenemos con todos sus defectos, en el sentido que una constitución teóricamente perfecta puede darse una dictadura y una constitución imperfecta no ha hecho que ninguna sociedad perezca.</p>	<p>Considero que no precisamente se puede a hacer una separación de una de la otra, pero un acuerdo de reforma constitucional debe pasar por un estudio constitucional, que realiza la sala porque no debemos considerar que no podemos aceptar una reforma que pueda afectar los derechos de los ciudadanos.</p>
<p><u>Variable Independiente:</u> El legislador debe considerar una reforma constitucional por medio de la interpretación de la norma Constitucional.</p> <p><u>Variable Dependiente:</u> porque siempre será necesario cambios como forma de adoptar el texto de la misma a los cambios políticos, sociales y jurídicos que llevaran a mejorar el sistema político.</p>			<p>Pero estamos claros que detrás de toda reforma siempre existe un acuerdo político.</p>

CAPITULO IV

1.0- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.1 CONCLUSIONES GENERALES.

Para lograr nuestra investigación fue fundamental hacer un estudio histórico y doctrinal, sobre el constitucionalismo, la teoría del poder constituyente, la reforma Constitucional, procedimientos de reforma, los límites de reforma Constitucional, las normas intangibles, así también clasificación de las Constituciones por el grado de dificultad de la reforma, esto sirvió de base para realizar nuestra investigación científica; y descubrir los alcances y límites que conllevan las cláusulas pétreas.

Con el presente capítulo estableceremos las distintas conclusiones desde varios ámbitos: por mencionar la Doctrina: en relación a la temática de los Mecanismo de Reforma Constitucional y Cláusulas Pétreas, puntualizando en este ámbito al autor José Albino Tinetti en su libro de “Manual de Derecho Constitucional” que hace referencia a la teoría de la Constitución, así como el ex magistrado de la Sala de lo Constitucional Mario Antonio Solano en la Teoría de la Reforma Constitucional, y por último sobre el aspecto Jurisprudencial referidas a las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional, sobre las candidaturas independientes, específicamente en las sentencias de inconstitucionalidad 61-2009 y 57-2011 donde se declaró la inconstitucionalidad del sistema de listas cerradas y bloqueadas en el ordenamiento jurídico salvadoreño, y la referencia 7-2012 sobre el enjuiciamiento que la Sala Realizo a la Constitución, en el aspecto socio cultural determinamos el impacto que ha provocado dichas sentencias en el

ciudadano porque se está tomando mucha importancia la voluntad popular en muchos temas de interés social.

Los mecanismo de reformas constitucionales han tomado mayor aguje, desde que se eligieron los actuales Magistrados de la Sala de Constitucional porque se fracciono la relación que existía entre la Asamblea Legislativa y los Órganos de Estado, donde todo lo que acordaba la Asamblea Legislativa era ley y se sometía a ella sin importar que con que ello se violaran garantías constitucionales.

1.2- CONCLUSIONES DOCTRINARIAS

A lo largo de la Historia han surgido muchas teorías de que son el fundamento de las reformas constitucionales y las cuales protegen y le dan el carácter de inamovibles a las cláusulas pétreas; por ello afirmamos en lo que desarrollo el autor Karl Loewenstein, en su Teoría de la Constitución y agrega que en las ideas de los clásicos no encontramos esta definición central del poder en la organización y concepción estatal, pero a partir del Estado nacional, cuya teoría del poder soberano aun impregna la organización del Estado contemporáneo, el Poder estará constituyendo el eje, alrededor del cual se construirá toda su teoría, así como las teorías que explican el resto de sus componentes.

Pero la más acertada a través de nuestra investigación es La Teoría de la Reforma Constitucional; Pedro de Vega afirma, que la reforma constitucional auténtica, es un “proceso de cambios ordenados, pactados y además, legítimos de la norma constitucional y con el propósito de defensa de la Constitución, implica en sí misma, la garantía de su permanencia y estabilidad, en la medida que es un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política”.

Los elementos esenciales para el proceso de reforma constitucional, y los requisitos para que la legislatura para que se dé un acuerdo de reforma constitucional y los parámetros de interpretación de la norma constitucional.

1.3- CONCLUSIONES JURÍDICAS

La Constitución Salvadoreña establece en cuáles son las cláusulas pétreas y por la tanto que cuentan con el carácter de irreformable, y con absoluta cobertura de supremacía constitucional, mediante el cual se pudo comprobar que la teoría de la reforma constitucional es la que se apega a nuestra temática, y por ende es la que refleja nuestra realidad jurídica, social, como país y da una apreciación jurídica, analítica de la voluntad popular del papel que desempeña el ciudadano al momento de elegir a sus candidatos a diputados, porque dan el poder para que ellos promuevan sus acuerdos de reformas constitucional ante la asamblea legislativa, se vote, apruebe y la siguiente legislatura lo ratifica.

Analizando la Sentencia pronunciada por la corte internacional de justicia el 11 de septiembre de 1992, que es la que resuelto el conflicto que se tenía por la disputa de la isla y es la que ha tratado de dirimir y estudiar cual país es el que tiene Jurisdicción si El Salvador o Honduras. El punto es cuestión seria que si en realidad violo y modifiko una de las cláusulas pétreas en este caso el territorio, el cual con este análisis hemos podido comprobar, que la Sentencia de 1992 violentó la Sentencia de 1917 de una forma significativa al hablar de copropiedad para legitimar el derecho de la salida hacia el Océano pacifico a la Republica de Honduras.

1.4- CONCLUSIONES TEÓRICAS.

Se pudo establecer y concluir que las normas intangibles o pétreas, vienen a fortalecer y dar una estabilidad al régimen jurídico del Estado Salvadoreño, porque estas vienen a conservar la institucionalidad del Estado

siendo el fin por el cual fueron creados, el proteger normas fundamentales que determinan la estructura básica del sistema político y social que rige el país; además de ser una garantía del sistema democrático; así también, garantizar la subsistencia del Estado mediante la protección de ciertas normas y potenciar la democracia que responden a un sistema de gobierno, como estructura detentadora del poder, asimismo, asegurar su permanencia a lo largo del tiempo frente a circunstancias futuras, que pueden afectar la estructura esencial del mismo.

A través del desarrollo de la investigación, se analizaron los mecanismos de reforma constitucional, que establece la Constitución en su artículo 248, se llegó a la conclusión que este mecanismo no es el indicado para la reforma del inciso último, debido a que la misma Constitución, establece que las normas intangibles no podrán reformarse bajo ningún motivo; es de aclarar que este procedimiento de reforma es el indicado para la reforma de algunas normas constitucionales, no así para las cláusulas pétreas, ya que la única manera que se pueden eliminar, reformar, o suprimir es a través del “poder constituyente originario”, quien delega a una Asamblea Constituyente.

Consideramos que si bien una norma Constitucional, con carácter de pétreo, no puede ser modificada en un sentido restrictivo, si podría modificarse en cuanto a la adición de elementos que la fortalecen, ya que existen cláusulas intangibles implícitas que derivan de la concepción humanística; son cláusulas que tratan sobre las garantías fundamentales de las personas porque le incorpora derechos y garantías de carácter irreformable, una vez reconocidas el Estado no las puede eliminar a excepción de ampliar o mejorar su protección y este criterio lo podemos aplicar en las cláusulas pétreas; en donde trasladar funciones de un órgano del Estado hacia otro siempre y cuando sea para mejorar el Estado de derecho; ya que las cláusulas pétreas ponen como límite, el que no pueden reformarse, suprimirse o modificarse aspectos esenciales,

como la forma y sistema de gobierno, Territorio de la Republica, y la Alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la Republica, porque uno de los principales alcances que se persiguen con las cláusulas pétreas o intangibles es que exista seguridad en cuanto al sistema jurídico que debe prevalecer; así como también el construir una protección al orden constitucional.

Durante el desarrollo de nuestra investigación, se llegó a la conclusión que en El Salvador, la existencia de ciertos aspectos constitucionales que necesariamente generan estabilidad en el marco jurídico Constitucional, son necesarias y básicas para fortalecer la democracia y consolidar un Estado de derecho; consideramos que el inciso ultimo del artículo 248 de la Constitución, según lo investigado no se puede reformar de ninguna manera, porque la Constitución así lo prescribe; mas sin embargo si esto llegare a ocurrir, consideramos que la consecuencia que ocasionaría es poner en peligro la libertad y la democracia, porque se podría dar un abuso del poder y una inestabilidad en la Forma y Sistema de Gobierno, que tendría sus efectos no solo en el orden jurídico, partiendo sino también en el económico y social . Es por lo anterior que también consideramos, que la existencia de las normas intangibles, vienen a garantizar en una base o estructura sobre la cual, se construye una democracia, porque fortalecen el Estado Democrático de Derecho, pues constituye un parámetro de protección a ciertas normas que potencian la democracia.

Es necesario que dentro de la estructura de un país para que exista una verdadera democracia, se de la distribución de poderes en órganos, en donde cada uno de estos tengan sus propias funciones y atribuciones; ello con la finalidad de no concentrar e poder, así como también es necesario que su función pueda ser revisada por otros organismos, esto como garantía indispensable de un régimen democrático, porque esta distribución deberá seguir parámetros acorde a la función a desempeñar, con garantías

adecuadas. Además en el caso particular que motivo la investigación sobre el traslado de funciones administrativas de la Corte Suprema de Justicia al Consejo Nacional de la Judicatura concluimos que, en ningún momento afectaría la Forma y Sistema de Gobierno, ya que se trata nada mas de trasladar funciones administrativas, y no Jurisdiccionales que son las propias del Órgano Judicial; y con ello lo que traería es una descentralización de funciones del Órgano Judicial, sin que en tal caso afecte la Forma y Sistema de Gobierno, porque el elemento esencial del Órgano Judicial es el poder de Jurisdicción es decir, el administrar Justicia y hacer ejecutar lo juzgado, y no funciones administrativas.

Se reafirma que el poder tiene límites, ejecutivo y legislativo que deben de respetar los límites de los acuerdos de reformas. Los límites son que no se puede reformar la constitución de una forma total y que las reformas parciales no deben ir en vía de perjudicar los derechos de los ciudadanos que ya se encuentran reconocidos en la norma constitucional.

Que los procesos de la reforma constitucional deben de tener participación del ciudadano, el soberano y que la otra legislatura debe darle publicidad de la opinión ciudadana, la cual estará sometida al escrutinio de la sociedad, a través de las elecciones.

Las cláusulas pétreas que se encuentran en la constitución son disposiciones inalterable, intocable y las legislaturas deben de respetarlas.

1.5- CONCLUSIONES CULTURALES.

En la actual Asamblea Legislativa se ha tomado como tema de campaña política, la pena de muerte y que esta sería la solución a la crisis de violencia que vive El Salvador y por lo tanto es la forma para controlar el poder

que han adquirido los grupos delincuenciales, pero es aquí donde entra la opinión ciudadana a través de las propuestas que realizan los candidatos y dan su crítica; al tema muchos aceptan como una solución inmediata y otros la rechazan, es por ello que es tan importante que la ratificación de un acuerdo de reforma se realice por una nueva legislatura, por medio del cual ya ha pasado por el filtro del ciudadano.

1.6- CONCLUSIONES SOCIOECONOMICAS

El nuevo acuerdo de reforma que fue declarado inconstitucional por la Sala de lo Constitucional, se ve determinado por el factor económico, social es por ello que los diputados toman la iniciativa de la propuesta para reducir los gastos de campañas electorales y tratar de sacar a flote nuestra economía, pero la Sala de lo Constitucional establece que este acuerdo de reforma violenta la voluntad popular de elegir a tus diputados.

Hemos podido establecer que no es factible, la aplicación de la pena de muerte en nuestro país, no se podría sostener nuestra economía; hay que tomar en cuenta diversos factores, desde la implementación de la pena, como los costos de instalación, adecuación del método de ejecución de la pena de muerte.

1.7- CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

La Reforma Parcial solamente es concebible si se produce dentro de los márgenes de la constitución. No debe ir dirigida en perjuicio de la Constitución, ni en busca de disminuir derechos de los ciudadanos que ya son consagrados en la constitución y que han sido conquistados a lo largo de la historia.

El uso de la expresión *reforma total* debe evitarse en la ciencia del derecho por estas razones: a) implica una contradicción en los términos, b)

desconoce los límites que la lógica del Estado constitucional de derecho impone a las operaciones de reforma y c) abre la posibilidad de que la soberanía sea apropiada por los poderes constituidos.

El constitucionalismo salvadoreño se destaca por la carencia de límites materiales a la reforma. La mayoría de constituciones consignan límites formales, entre los que sobresalen los procedimentales y temporales, y solo dos han contemplado verdaderas cláusulas pétreas. Pero ha sido necesario seguir realizando reformas a la actual Constitución de 1983 para llenar esos vacíos constitucionales.

2.0- RECOMENDACIONES

2.1- A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Que haga cumplir las normas ya establecida y que a la vez esta promueva reformas que beneficien a la sociedad, tomando en cuenta la realidad social actual, que estas propuestas no vayan enfocadas en un beneficio político, sino que estas beneficien a la colectividad; así mismo que las propuesta de reformas o las reformas mismas no vayan en contra de los derechos fundamentales pre establecidos en la Constitución para que con esto se evite las transgresiones del orden Constitucional tanto por gobernantes como por gobernados.

2.2- A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

Que esta someta a una revisión integral a aquellas normas a las que se les pueda incorporar nuevos enfoques y avances doctrinarios, acordes al desarrollo progresivo del derecho constitucional y de los cambios que se están

produciendo en el país y el mundo, así como se hizo en el caso de las Candidaturas independientes que permitió que se les diera una interpretación histórica doctrinaria. Y que a su vez la Sala apruebe a la mayor brevedad las reformas pendientes para un mejor desarrollo jurídico.

2.3- A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Como entidad de Educación Superior debería de tener más incidencia en los aspectos Jurídicos y políticos el país.

A demás esta debería de tener una amplia gama de información que ayude al estudiante a documentarse de los temas de interés social, económico, político y jurídico.

2.4- A LA SOCIEDAD

Que esta se interese más por los aspectos sociales, político, económicos y jurídicos para que no solo recaiga en la Sala de Constitucional la potestad de interpretar sí que la sociedad pueda inferir por vía de la interpretación ya que son ellos que se ven beneficiados o afectados directamente por las reformas que se hacen a la norma.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- ◆ AGUILERA DE PRAT, C.R. Y MARTÍNEZ, RAFAEL, “**Sistemas de gobierno, partidos y territorios**”, primera edición, Tecnos, Madrid, 2000.
- ◆ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, “**Curso de derecho constitucional**”, tercera edición, Tecnos, Madrid, 1999.
- ◆ BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros, “**Manual de derecho constitucional salvadoreño**”, primera edición, tomo I, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992.
- ◆ BOBBIO, NORBERTO, “**Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política**”, primera edición, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2009.
- ◆ BOBBIO, NORBERTO, “**La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político**”, primera edición, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2004.
- ◆ CARBONELL, MIGUEL, “**Constitución, reforma del derecho constitucional y fuentes del derecho de México**”, Primera Edición, Universidad autónoma de México, México D. F, 1998.
- ◆ DIAZ, FRANCISCO, “**Reformas Constitucionales**”, Primera Edición, Talleres de Imprenta Criterio, San Salvador, 1995.

- ◆ DE VEGA, PEDRO, “**La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**”, primera edición, Tecnos, Madrid, 1988.

- ◆ FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, “**Reformas a la Constitución y cláusulas pétreas**”, en *Boletín de Estudios Legales*, no. 99, marzo, 2009.

- ◆ GALLARDO, RICARDO (comp.), “**Las constituciones de El Salvador**”, vol. II, primera edición, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1961.

- ◆ GARCÍA-PELAYO, MANUEL, “**Derecho constitucional comparado**”, sexta edición, Revista de Occidente, Madrid, 1961.

- ◆ GUASTINI, RICARDO, “**Estudios de teoría constitucional**”, primera edición, Fontamara-UNAM, México D. F., 2001.

- ◆ LOEWENSTEIN, KARL, “**Teoría de la constitución**”, reimpresión de segunda edición, Ariel, Barcelona, 1982.

- ◆ MAGAÑA, ÁLVARO, “**Derechos fundamentales y constitución**”, primera edición, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador

- ◆ SAGÛES, NESTOR PEDRO, “**Teoría de la Constitución**”, Primera Edición, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004.

- ◆ SOLANO RAMIREZ, MARIO ANTONIO, “Estado y Constitución” Primera Edición, Corte Suprema de Justicia, 1998.
- ◆ SOLANO RAMIREZ, MARIO ANTONIO, “Teoría de la Constitución”, Primera Edición, Corte Suprema de Justicia, 2000.
- ◆ SOLANO, MARIO, “**Reforma constitucional**”, primera edición, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001.
- ◆ TINETTI, JOSÉ ALBINO. “Manual de Derecho Constitucional Tomo II y II”, Primera edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1998.
- ◆ VANOSSI, JORGE REINALDO, “**Estudios de teoría constitucional**”, primera edición, UNAM, 2002.
- ◆ VANOSSI, JORGE REINALDO, “**Teoría constitucional**”, Tomo I, primera edición, De palma, Buenos Aires, 1975

REVISTAS:

- ◆ PÉREZ TREMPES, PABLO, “**Los derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña**”, en *Revista Justicia de Paz*, vol. III, año II, septiembre-diciembre, 1999.
- ◆ INSTITUTO DE INVESTIGACION JURIDICA .**Revista de Ciencias Jurídicas**, Universidad José Matías Delgado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Número 3. San Salvador, El Salvador.

LEGISLACIÓN:

- ◆ Constitución de El Salvador de 1983.
- ◆ Código de Familia
- ◆ Código Penal
- ◆ Código Electoral
- ◆ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949.
- ◆ Constitución de España de 1978. Pág. 101

JURISPRUDENCIA

- ◆ Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 61-2009: La cual establece a las candidaturas independientes.

- ◆ Sentencia de la Sala de lo Constitucional 7- 2012.

ANEXOS.

ANEXO 1

7-2012

INCONSTITUCIONALIDAD

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por demanda presentada por los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Arturo Tovar Peel y José Ramón Villalta mediante la cual solicitaron que se declare la inconstitucionalidad, por vicios de contenido, del art. 1 del Acuerdo de Reforma Constitucional n° 1, adoptado en Sesión Plenaria n° 59 de la legislatura 2009-2012, realizada los días 28 y 29 de julio de 2010, y que reformó el art. 126 Cn. (en lo sucesivo “el Acuerdo”). Según los actores, tal precepto contraviene el art. 248 inc 4°, en conexión con los arts. 3 (relacionado con el art. 72 ord. 3°), 2 (vinculado con el art. 78) y 72, todos de la Constitución (en lo sucesivo: “Cn.”)

Han intervenido oportunamente en el proceso los ciudadanos demandantes y el Fiscal General de la República, no así la Asamblea Legislativa, según se detallará más adelante.

La disposición propuesta como objeto de control establece:

“Art. 1. Refórmese el Artículo 126 de la Constitución, de la manera siguiente:

Art. 126.- Para ser elegido Diputado se requiere ser mayor de veinticinco años, salvadoreño por nacimiento, hijo de padre o madre salvadoreño, de notoria honradez e instrucción, no haber perdido los derechos de ciudadano en los cinco años anteriores a la elección y ser postulado por un

partido político o coalición legalmente inscritos, y en el orden de precedencia que el partido o coalición establezca”.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. A. a. En la demanda, los actores se refirieron a los límites implícitos de la reforma constitucional y al respeto de los valores y principios materiales que emanan de la idea de democracia, que comprende la soberanía popular, la representación política, la igualdad y la libertad. Por ello consideraron que el poder de reforma a dicho cuerpo jurídico es limitado, parcial y reglamentado.

De esta manera, prosiguieron, una reforma constitucional sería ilegítima si afectara los contenidos materiales implícitos del orden democrático. La existencia de estos límites, sostuvieron, constituye el núcleo duro irreductible de la Constitución e imponen un obstáculo al poder de reforma a pesar de no estar previstos de manera explícita (como los establecidos en cláusulas pétreas o irreformables).

Concluyeron este primer planteamiento apuntando que la Constitución prohíbe con carácter general toda regulación que vaya contra el “núcleo de los derechos y principios establecidos en la misma”, en relación con lo cual citaron la sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-92.

b. Los demandantes expusieron, específicamente, que la inconstitucionalidad del Acuerdo descansa en los motivos que a continuación se detallan:

(i) Vulneración del art 3 inc 1° Cn. (derecho de igualdad) en relación con el art. 72 ord. 3° Cn. (derecho al sufragio pasivo).

Aquí adujeron que el derecho de igualdad se manifiesta en la posibilidad de alcanzar el poder político que se ejerce en los órganos y los cargos públicos con equivalencia de oportunidades. El art. 1 del Acuerdo establece que para ser electo diputado se atenderá, entre otros requisitos, al orden de precedencia que el partido defina en la planilla. Señalaron que con esta exigencia se instaure nuevamente el sistema de lista cerrada y bloqueada. Esta regulación prevé una desigualdad, atendiendo al orden de precedencia de los candidatos

a diputados, y no existen entre éstos diferencias que deban considerarse relevantes para ocupar el primer o el último lugar de la lista; en ese sentido, existe un tratamiento desigual carente de razón suficiente para ser constitucionalmente válido.

(ii) Asimismo, los demandantes sostuvieron que la normativa impugnada vulnera el art. 2 Cn. (en relación con el art. 78 Cn.)

Con base en la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, afirmaron que en un sistema de candidaturas de lista cerrada el lector no tiene más opción que marcar la bandera de un partido político y aceptar el orden de la planilla que dicho partido estableció, de la cual resultan electos los candidatos según dicho orden. Esto crea una influencia externa en la voluntad del elector, ya que se le obliga a votar por todos los candidatos propuestos por un partido, quienes serán elegidos en el orden de precedencia dispuesto por este. En su opinión, cuando el art. 1 del Acuerdo establece que para ser Diputado se requiere observar el orden de precedencia establecido por el partido o coalición, se impide al ciudadano hacer uso de su libertad electoral en toda su dimensión, para elegir o no los candidatos propuestos como oferta electoral.

(iii) Vulneración del art. 72 Cn. (derecho al sufragio pasivo).

Manifestaron que el carácter pasivo del sufragio comprende la posibilidad de postularse como candidato y ejercer el poder dentro del gobierno como funcionario electo. En este sentido, la postulación como candidato debe ser abierta para todos los que deseen integrar los órganos de elección popular, sin imponer un mecanismo exclusivo de acceso al ejercicio del poder, es decir, los partidos políticos. De ahí que, según el art. 72 Cn. y la sentencia de Inc. 61-2009 –afirmaron–, cualquier ciudadano, sea postulado o no por un partido político, está habilitado constitucionalmente para participar como candidato a Diputado. En contra de esto, siguieron, la normativa impugnada obliga a los candidatos a Diputados a proponerse únicamente por medio de un partido político, excluyendo otras formas de participación que tanto la Constitución como la sentencia de Inc. 61-2009 habilitan, como por

ejemplo las candidaturas no partidarias. Concluyeron que el Acuerdo pone un valladar al ejercicio del sufragio pasivo, pues vulnera la interpretación realizada por esta Sala en la referida sentencia.

B. Por resolución de 19-X-2012, este Tribunal observó que los demandantes habían fundamentado su petición de inconstitucionalidad del Acuerdo en que "...si una reforma constitucional afecta los contenidos materiales implícitos del orden democrático [...] sería válida pero ilegítima [...] pues, implicaría vulnerar el sistema democrático adoptado en la Constitución [...] a pesar de no estar contemplados de forma explícita como los establecidos en cláusulas pétreas o irreformables".

Sobre dicho alegato, se dijo que, al invocar la existencia de "límites materiales implícitos", los demandantes omitieron considerar, por un lado, que en la Constitución salvadoreña existen cláusulas pétreas o intangibles, y, por el otro, la función del art. 248 inc 4º Cn. en la formulación de un parámetro de control con respecto a un acuerdo de reforma constitucional. Por tales causas, esta Sala les previno para que expusieran las razones que mostrarán que la disposición constitucional objeto del Acuerdo de reforma estaba referida a la forma y sistema de gobierno de El Salvador y, además, que argumentaran de qué forma el citado Acuerdo modificaba esa materia constitucional.

C. Luego de ello, los peticionarios presentaron dos escritos. El primero fue suscrito por el ciudadano Eduardo Salvador Escobar Castillo el 26-XI-2012 a fin de que esta Sala se pronunciara sobre la demanda de inconstitucionalidad. El segundo lo presentaron conjuntamente los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Arturo Tovar Peel y José Ramón Villalta el 12-II-2013, con el propósito de subsanar las deficiencias de la demanda que se hicieron de su conocimiento por resolución de 19-X-2012.

Según los demandantes, el parámetro de control sugerido inicialmente en la demanda debía ser integrado con el art. 248 inc 4º Cn., porque esta disposición es la que establece las prohibiciones de reforma a la estructura política del gobierno y a los principios y valores fundamentales del Estado

salvadoreño. En este sentido, retomaron el planteamiento contenido en el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución (IUCEPC), y al respecto dijeron que las condiciones fundamentales para la manifestación de la voluntad política y la naturaleza electiva de quienes ejercen el poder político son parte de la forma de gobierno y sistema político a que se refiere el art. 248 inc. 4° Cn. y, por tanto, son elementos irreformables.

Siguieron manifestando que la forma ordinaria de ejercicio de la soberanía en el Estado salvadoreño, es indirecta. Subrayaron que, según la lógica de la democracia representativa, el único procedimiento democrático de escogitación de los titulares del poder político es mediante la elección popular, libre, auténtica e igualitaria, que permita una legítima expresión de voluntad de la Comunidad salvadoreña. En consecuencia, todo ciudadano que pretenda ocupar un cargo público y, además, toda la ciudadanía que apoye su propuesta y pretenda votarlo, deben poder hacerlo (arts. 72 y 78 Cn.) sin restricciones indebidas y en condiciones de igualdad.

Por otra parte, indicaron que, si el derecho al sufragio activo se caracteriza por ser popular, directo, libre, igual y secreto (arts. 2 y 78 Cn.), de esa misma forma se debe caracterizar el derecho al sufragio pasivo, es decir, todos los ciudadanos sin distinción alguna deben tener la misma oportunidad de postularse como candidatos. Además, adujeron que el derecho al sufragio presupone la presencia de un sistema político y una forma de gobierno democráticos, por lo que si su ejercicio no es libre e igualitario, las elecciones dejarían de ser el canal adecuado para que la voluntad política del pueblo se manifieste y actualice, afectándose la democracia representativa.

A causa de lo anterior, concluyeron que, al pretender modificar el art. 126 Cn. por medio de la instauración de requisitos adicionales para ser Diputado (ser postulado por un partido político y en el orden de precedencia), la Asamblea Legislativa contraviene la forma y sistema de gobierno y, en consecuencia, modifica los aspectos que el art. 248 inc 4° Cn. prohíbe que se reformen.

En consecuencia, la demanda se admitió para controlar la constitucionalidad del Acuerdo de reforma constitucional n° 1, adoptado en la sesión plenaria n° 59 de la legislatura 2009-2012, realizada los días 28 y 29 de julio de 2010, por la supuesta contravención al art. 248 inc. 4° Cn. en conexión con los arts. 3 (relacionado con el art. 72 ord. 3°), 2 (vinculado con el art. 78) y 72, todos de la Cn.

2. A. Por su parte, la Asamblea Legislativa presentó su informe de modo extemporáneo, por lo que las razones que haya manifestado para justificar la constitucionalidad del Acuerdo cuestionado no serán analizadas. Dicha decisión es producto de la línea jurisprudencial consolidada sobre la preclusión de los actos en el proceso de inconstitucionalidad.

Así, se recuerda que este proceso está constituido por una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente, todas destinadas a la realización de determinados actos procesales. Tal aspecto es el que justifica la idea de preclusión, con arreglo a la cual los actos procesales –si los intervinientes quieren que produzcan los efectos que están llamados a cumplir– necesariamente deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad que la ley o la resolución judicial determinen.

En términos generales, uno de los supuestos para que opere la preclusión es el del vencimiento del plazo previsto en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el intervalo de tiempo que corresponde. Cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, en cuyo caso el planteamiento que se haga posteriormente no deberá ser considerado por el Tribunal. De esta forma, cuando la demanda de inconstitucionalidad se admite, la Sala debe pedir informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición que se considera inconstitucional a fin de que esta lo rinda en el término de diez días

hábiles (arts. 7 y 79 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Constitucionales [en lo sucesivo: “L.Pr.Cn.”]).

B. La notificación del auto por el que se requirió el informe al Legislativo en el presente proceso se realizó el día 22-III-2013, y no el 5-IV-2013, como afirma la autoridad demandada, quien pretende ser el órgano que decide cuándo se da por notificado de la admisión de la demanda en este trámite, a pesar de que es una parte procesal, y por lo tanto no puede disponer nada en contra de lo que decide el tribunal que le juzga, ni contra lo que ordena la ley. En ese sentido, en vista de que el plazo mencionado precluyó el día 5-IV-2013, se concluye que la Asamblea Legislativa presentó su informe extemporáneamente.

Es necesario reiterar que, en correspondencia con la lógica del Derecho Procesal y del principio de legalidad, los sujetos procesales carecen de “habilitación” o “poder” capaz de suspender o dilatar la ejecución de las decisiones judiciales. Según el principio de legalidad procesal, las formalidades con que deben realizarse los actos procesales o deben computarse los plazos establecidos en la ley son imperativas, de manera que los intervinientes o partes procesales, aun cuando se tratare de un órgano del Estado, no pueden alterarlas a su arbitrio. Por tanto, para los efectos del presente caso, la Asamblea Legislativa, no puede modificar la “forma” establecida en el art. 79 inc. 3° L.Pr.Cn. para computar los plazos en los procesos constitucionales. Con arreglo a tal precepto, “[l]as resoluciones se tendrán por notificadas desde las ocho horas del día hábil siguiente a la recepción de la comunicación”.

La formalidad aludida no puede ser alterada por el Legislativo ni siquiera amparándose en lo prescrito por el art. 13 inc. 2° n° 2 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa. Dicha disposición, cuyo tenor establece que “las notificaciones [...] provenientes de la Corte Suprema de Justicia o de alguna de sus Salas [...] tendrán que ser recibidas por la Asamblea en Pleno”, no debe entenderse en el sentido de que los plazos legales en los procesos

constitucionales empiecen a contarse a partir de ese momento. Esta interpretación no es aceptable, porque el precepto carece de connotación procesal; más bien alude a una obligación administrativa del Presidente de la Asamblea de hacer saber al Pleno las notificaciones jurisdiccionales que se hacen al Órgano Legislativo.

Además, aunque la autoridad demandada sostuviera la existencia de un conflicto normativo entre la L.Pr.Cn. y el citado Reglamento, el criterio de especialidad impediría la aplicación preferente de este con respecto a aquella, pues la normativa que rige el funcionamiento del Órgano Legislativo no puede sustituir a la ley que regula los procesos constitucionales, especialmente porque mediante dichos procesos se ejerce el control de las posibles vulneraciones a la Constitución en que incurran las autoridades públicas, incluida la Asamblea Legislativa.

3. En su intervención, el Fiscal General de la República dijo que la Sala de lo Constitucional carece de “competencia objetiva” para controlar la constitucionalidad del Acuerdo de reforma constitucional. Expresó que, según la Constitución y la L.Pr.Cn., en el proceso de inconstitucionalidad solo se pueden controlar las “leyes, decretos y reglamentos”, tal como establece el art. 183 Cn. Esto último lo fundamentó en que estas fuentes del Derecho son generales e impersonales y, una vez que han sido emitidas, deben ser publicadas en el Diario Oficial, a diferencia del Acuerdo de reforma constitucional, que no es “una ley en sentido estricto del término”, sino solo “un paso en el proceso de reforma constitucional, tal como lo señala el art. 248 de nuestra constitución”. Reiteró que esto no puede ser controlado por la Sala de lo Constitucional, pues el Legislativo “pierde su característica de Asamblea Legislativa Ordinaria [...] para convertirse en la Asamblea Constituyente”. En consecuencia, pidió que en sentencia definitiva esta Sala declare que no ha lugar la inconstitucionalidad solicitada por los peticionarios.

II. Expuestos los motivos de inconstitucionalidad planteados por los demandantes y la opinión del Fiscal General de la República, (1) se depurará

la pretensión con respecto a la infracción de los (A) arts. 248 inc. 4°, 3 y 72 ord. 3° Cn.; (B) arts. 248 inc. 4°, 2 y 78 Cn.; y (C) arts. 248 inc. 4° y 72 Cn. Luego, (2) se identificarán los problemas jurídicos que deben ser resueltos y después (3) se indicará el iter lógico de esta sentencia.

1. A. Uno de los contrastes que los demandantes proponen es el Acuerdo con el art. 248 inc. 4° Cn. en relación con los arts. 3 y 72 ord. 3° Cn. En este punto la tesis de los peticionarios se cifra en que el acuerdo de reforma constitucional instaura nuevamente el sistema de lista cerrada y bloqueada. Según la demanda, esta regulación produce un tratamiento distinto entre los candidatos a Diputados, ya que establece un orden de precedencia en el que resulta electo el primer candidato a diputado de la lista de una circunscripción que obtiene el cociente necesario para otorgarle la diputación, continuando con el segundo, luego el tercero, y así sucesivamente.

a. Este Tribunal ha analizado el argumento y lo ha vinculado con la estructura de una pretensión de inconstitucionalidad en la que se alega violación al principio de igualdad, puesto que el art. 3 Cn. ha sido sugerido en este punto como parámetro de control. De dicho análisis se concluye que el alegato contiene un déficit argumental que impide conocer el fondo del contraste planteado. Así, los actores cuestionaron la supuesta “diferenciación” que el legislador ha introducido entre los candidatos a Diputados, según el orden en que aparecen en la lista, sin argumentar porqué, en su opinión, en tal caso se debería brindar un trato paritario a los candidatos relacionados.

Como se ha tenido ocasión de apuntar, las disposiciones constitucionales se caracterizan por su indeterminación; ello plantea la necesidad de que el intérprete construya respuestas a cada caso concreto (sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012), la cual deriva no solo del citado carácter indeterminado de los enunciados constitucionales, sino también del hecho de que así lo ha impuesto el legislador. El art. 6 n° 3 L.Pr.Cn. exige que, además de citar los artículos pertinentes de la Constitución que se consideran infringidos por el precepto objeto de control, se aduzcan los “... motivos en que

se haga descansar la inconstitucionalidad...”. Este artículo demanda del ciudadano un esfuerzo de argumentación sobre la confrontación internormativa para plantear válidamente una pretensión de inconstitucionalidad.

b. En esta clase de proceso existe, pues, la obligación de los demandantes de argumentar; esta actividad se acentúa cuando se alega violación a la igualdad (art. 3 inc. 1° Cn.). Aquí el objetivo de los ciudadanos ha de ser siempre el de argumentar racionalmente la concurrencia de los elementos de la pretensión por infracción a la igualdad, esto es: (i) si el precepto contra el que se dirige su pretensión contiene una desigualdad por equiparación o diferenciación; (ii) el criterio objetivo con arreglo al cual hace la comparación, debiendo precisar entre cuáles sujetos o situaciones ocurre la desigualdad; (iii) la inexistencia de una justificación para el trato equiparador o diferenciador; y (iv) la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, en virtud de la igualdad o desigualdad advertida (resolución de 11-I-2013, Inc. 98-2012).

Pues bien, en supuestos como el presente, la actividad argumental a cargo de los actores consiste en dar razones que hagan aceptable la tesis de que el legislador ha emitido una regulación distinta para los candidatos ubicados en diferentes lugares de la lista, no obstante que ellos son sujetos semejantes y, por lo tanto, deben recibir el mismo tratamiento. No obstante, los peticionarios no han formulado una argumentación suficiente de contraste del Acuerdo impugnado con los arts. 3 inc. 1°, 72 ord. 3° y 248 inc. 4° Cn., por lo que el fundamento de la pretensión ha quedado indeterminado. Si tal deficiencia hubiera sido observada liminarmente, la demanda presentada se hubiese tenido que rechazar sin trámite completo; pero como ello no fue así, corresponde sobreseer en el proceso, y así será declarado.

B. Otro de los contrastes que los demandantes han propuesto a este Tribunal es el del Acuerdo de reforma constitucional con los arts. 2, 78 y 248 inc. 4° Cn.

Sin embargo, si se tiene presente el argumento principal invocado por los actores, es posible entender con una mera interpretación gramatical que la objeción ha sido fundamentada con respecto a la infracción del art. 78 Cn., en concreto al carácter libre del voto (en conexión con el art. 248 inc. 4° Cn.), no así en relación con los arts. 2 y 78 Cn., este último específicamente en cuanto al voto directo, igualitario y secreto.

Esta omisión de razonar la vulneración de las disposiciones constitucionales citadas es algo que este Tribunal no puede corregir por iniciativa propia. El art. 80 L.Pr.Cn., que se refiere a la suplencia de la queja deficiente en los procesos de amparo y hábeas corpus, impide que esta Sala pueda introducir oficiosamente en el proceso de inconstitucionalidad argumentos de contraste. Dado esto, el argumento de los actores, relativo a que el Acuerdo de reforma constitucional entraña "... un valladar al individuo en la autodeterminación de su voluntad en el momento de ejercer su voto", pretende justificar solo la violación al carácter libre del voto en el momento de la emisión (art. 78 Cn.)

Por consiguiente, al no haber expresado un verdadero contraste entre el Acuerdo y los arts. 2 y 78 Cn. (voto directo, igualitario y secreto), los pretensores también omitieron en este punto dar cumplimiento a la carga procesal prevista en el art. 6 n° 3 L.Pr.Cn. y, por ello, el fundamento de la pretensión ha quedado indeterminado. De haberse advertido liminarmente, la demanda presentada se hubiese tenido que rechazar sin trámite completo. Pero como tal deficiencia ha sido advertida en este estado, y a semejanza del anterior contraste, corresponde sobreseer en el proceso, y así será declarado.

C. Finalmente, el último de los contrastes planteados se refiere a la aparente contravención por parte del Acuerdo de reforma constitucional a los arts. 72 y 248 inc. 4° Cn. Sin embargo, en este punto y análogamente al contraste anterior, una interpretación gramatical indica de modo patente que el reproche que se hace al Acuerdo tiene como único propósito fundamentar

la vulneración al ord. 3° del art. 72 Cn. (en relación con el art. 248 inc. 4° Cn.), y no a sus ords. 1° y 2°.

De ahí que las razones que se dieron en la letra anterior para justificar la decisión de sobreseimiento en el caso de los arts. 2 y 78 Cn. (voto directo, igualitario y secreto), son igualmente aplicables a este contraste. De manera que, al no haber expresado motivos de inconstitucionalidad en cuanto al Acuerdo en relación con el art. 72 ords. 1° y 2° Cn., los interesados omitieron dar cumplimiento a la carga procesal prevista en el art. 6 n° 3 L.Pr.Cn. y, por ello, el fundamento de la pretensión en este punto ha quedado indeterminado. Como tal deficiencia ha sido advertida en este estado, corresponde también sobreseer en el proceso, y así será declarado.

2. Los problemas jurídicos que deben ser resueltos en esta decisión consisten en determinar si el carácter libre del voto (art. 78 Cn.) y el derecho fundamental a optar a cargos públicos (art. 72 ord. 3° Cn.) están integrados en la cláusula “forma y sistema de gobierno” establecida en el art. 248 inc. 4° Cn.; y, por tanto, si dicha cláusula prohíbe reformar el art. 126 Cn. con el propósito de introducir la frase “... y ser postulado por un partido político o coalición legalmente inscritos, y en el orden de precedencia que el partido o coalición establezca”.

3. Partiendo de lo anterior, para justificar la decisión que en definitiva se adopte se hará: (III) una consideración sobre la competencia de esta Sala para controlar la constitucionalidad de los acuerdos de reforma constitucional emitidos por la Asamblea Legislativa; (IV) un análisis sobre la reforma constitucional, sus límites y su procedimiento; (V) una referencia a la “forma y sistema de gobierno”, como cláusula pétrea establecida en el art. 248 inc. 4° Cn.; (VI) un estudio conciso de la jurisprudencia constitucional como fuente de los derechos fundamentales; (VII) un recuento de la argumentación contenida en la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, a propósito de los derechos a optar al cargo de Diputado de la Asamblea Legislativa y al sufragio libre; (VIII) una consideración relativa a la prohibición de regresividad de los derechos

fundamentales; y, finalmente, (IX) el análisis de los motivos de inconstitucionalidad expuestos por los actores, resolviendo los problemas jurídicos identificados en esta oportunidad.

III. Lo primero que debe afirmarse es que esta Sala tiene competencia para controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos mediante los cuales la Asamblea Legislativa acuerda la reforma del texto constitucional. Varias razones lo justifican.

1. A. La Asamblea Legislativa es un órgano esencialmente limitado por la Constitución. Al haber sido creado por dicho cuerpo jurídico, el Legislativo no es un poder omnímodo, sino un órgano estatal cuyas atribuciones y competencias han sido establecidas por el poder constituyente, y van siendo delimitadas y perfiladas por este Tribunal a través de la jurisprudencia constitucional. A diferencia del poder constituyente, el Legislativo tiene atribuido un poder constituido.

El poder constituyente es la potestad originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que emite la Constitución para la organización y funcionamiento de la Comunidad política y jurídica, pudiendo crearla o suprimirla. Esta potestad es la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico.

a. En cuanto potestad originaria, el poder constituyente no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente, sino que emana directamente del cuerpo político de la sociedad. Se trata de un poder pre jurídico que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a fundar su orden jurídico. El poder constituyente originario es la fuente de todo Derecho positivo. Es un poder que opera al margen del Estado, por lo que tiene un carácter extrajurídico institucional.

b. El poder constituyente originario es extraordinario, ya que no funciona regularmente como una potestad estatal. Opera solamente en los momentos

en que el ordenamiento constitucional debe ser creado o sustituido. Como supremo, sin limitación alguna, es un poder que se encuentra siempre latente.

El ejercicio del poder constituyente por una Asamblea Constituyente tiene como función debatir, consensuar y estructurar un texto constitucional, pero carece de competencia para realizar otras funciones de poder legislativo.

c. Es plenamente autónomo, debido a que puede fundar la Constitución en la idea de Derecho que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad, democráticamente expresada. El acto de creación de una Constitución es el resultado democrático de la voluntad jurídico-política del cuerpo político de una sociedad. Es de allí de donde emana su carácter políticamente superior y jurídicamente vinculante para las potestades públicas establecidas, las que quedan subordinadas a la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales.

d. El poder constituyente originario no deriva su validez de otro cuerpo normativo anterior o superior, sino que se justifica por sí mismo. Es expresión de la voluntad del pueblo. Así, existe una unidad intrínseca entre poder constituyente y poder popular, entendiendo este último como el poder que emana del cuerpo político de la sociedad, cuerpo político que tiene el derecho básico y esencial de gobernarse a sí mismo y a auto determinarse política y jurídicamente. No hay en puridad voluntad auténtica y legítima del pueblo si no es una expresión organizada y democrática del cuerpo político de la sociedad.

La Constitución deriva de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, compuesto de ciudadanos libres e iguales, dotados del derecho de participar y decidir el ordenamiento jurídico-político en el cual desean vivir. El ordenamiento constitucional, más que cualquier otro, requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad. Su validez está estrechamente vinculada con su eficacia y ésta con la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad.

B. Por su parte, el poder constituyente derivado (o “constituyente constituido”, “de reforma”, o “poder de revisión”) es un poder constituido, esto es, un poder creado y regulado por la Constitución, que tiene limitaciones formales y materiales. En ejercicio del poder de reforma constitucional, la Asamblea Legislativa no puede cambiar totalmente la Constitución; ni puede cambiarla parcialmente, fuera del procedimiento y de los límites impuestos por el art. 248 Cn. Esto permite mantener la continuidad jurídica del ordenamiento constitucional, no efectuando una ruptura que, de suceder, entrañaría el ejercicio de un nuevo poder constituyente originario que solo puede ejercerse legítimamente con base en una participación y expresión democrática activa del cuerpo político de la sociedad. Como poder instituido, la Asamblea Legislativa está, así, sometida a la Constitución –que establece jurídicamente sus límites– y por ello mismo sus actos pueden ser objeto de control de constitucionalidad por esta Sala. En este sentido, el art. 248 Cn. constituye la norma sobre la producción del texto constitucional que está dirigida exclusivamente a la Asamblea Legislativa y establece los límites que debe respetar cuando reforma la Constitución.

C. Por tanto, como la Asamblea Legislativa es un órgano cuyo poder de revisión está jurídicamente normado en la Constitución, cualquier acuerdo tendente a reformarla puede ser examinado por esta Sala, tal como se analizará posteriormente.

2. El segundo argumento, correlativo al anterior, que permite afirmar la competencia de esta Sala para controlar los decretos legislativos mediante los cuales se acuerda la reforma del texto constitucional, es la función que la Sala de lo Constitucional está llamada a cumplir en la democracia constitucional salvadoreña.

La creación de la Sala de lo Constitucional fue una opción del poder constituyente para asegurar la supremacía constitucional y representa una garantía para salvaguardar que el funcionamiento de las instituciones y órganos públicos no quede abandonado al juego arbitrario del poder.

Es la instancia decisora neutral que delimita las atribuciones y competencias de los distintos centros de poder, evitando cualquier predominio de alguno de ellos. Dada la textura abierta de las disposiciones constitucionales, la disputa por una atribución presupone que existe una pluralidad de órganos donde el juego de sus actividades puede confundirse. En este contexto es donde, precisamente, esta Sala ejerce su función principal: la interpretación de la Constitución para delimitar la distribución del poder y garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Pero, además, como parte de su misión fundamental está el papel de control que este Tribunal cumple en los procesos de reformas constitucionales, con la finalidad de: (i) preservar el principio de separación de poderes entre el poder constituyente y el poder constituido, entre el poder estatal y los derechos fundamentales, y entre los órganos titulares del poder constituido; (ii) resguardar el principio democrático frente a los abusos de las mayorías, para proteger a las minorías; (iii) proteger los derechos fundamentales, como garantía para el desarrollo del verdadero debate democrático; y (iv) preservar el Estado Constitucional de Derecho en el proceso de elaboración y adopción del “pacto constitucional”.

La Constitución prevé un amplio catálogo de derechos fundamentales que, por ocupar una posición central en la construcción constitucional y en el sistema de valores, es necesario salvaguardar. La Sala de lo Constitucional cumple aquí un papel relevante, pues es la institución a la que se acude en última instancia para reclamar protección jurisdiccional por violación a estos derechos.

3. En tercer lugar, no es de la esencia del control de constitucionalidad que el objeto de análisis pertenezca al sistema de fuentes del Derecho.

Por regla general, el proceso de inconstitucionalidad se configura como un control a posteriori, de naturaleza reparadora, que pretende subsanar las posibles anomalías en el ordenamiento jurídico producidas por una disposición vigente que transgreda formal o materialmente la Constitución.

Según se sostuvo en la resolución de 18-IX-2001, Inc. 15-98, por “vigencia” se entiende “... el criterio jurídico que delimita el ámbito de exigibilidad temporal de las normas”. Entendida de este modo, la vigencia implica la pertenencia actual y activa de una disposición al ordenamiento jurídico, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho, toda vez que haya sido publicada y concluida la vacancia.

La falta de vigencia de una disposición supone que esta carece de “... idoneidad pro futuro para regular las situaciones previstas en su supuesto de hecho”. Por ello es que la pretensión de inconstitucionalidad tiene una relación estrecha con la vigencia del objeto de control, de tal manera que el proceso debe finalizar si la actuación impugnada carece de vigencia. En tal caso, esta Sala debería rechazar la demanda, bien por la figura de la improcedencia, bien por la figura del sobreseimiento, según sea el momento procesal en que la deficiencia sea advertida.

Pero en el proceso de inconstitucionalidad el control no puede ejercerse exclusivamente sobre las fuentes del Derecho que el art. 183 Cn. establece de modo expreso, es decir, solo sobre “leyes, decretos y reglamentos”. Mediante su jurisprudencia, esta Sala ha ido ampliando el catálogo de actuaciones que son susceptibles de ser controladas a partir de las disposiciones constitucionales, tales como los actos concretos que se realizan en aplicación directa de la Constitución –actos subjetivos públicos– y que pudieran afectar su contenido (línea jurisprudencial que se retrotrae a la resolución de 3-XI-1997, Inc. 6-93). En estos casos, el principal argumento para realizar el examen se cifra en que la Ley Fundamental es el cuerpo jurídico que establece los límites formales y materiales al ejercicio de la competencia para su producción. Dado que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no deben existir zonas exentas de control constitucional, se exige que tales actos queden sometidos a la fiscalización de este Tribunal.

Por ello es que, además de los indicados en el art. 183 Cn. y los explicitados por la jurisprudencia constitucional, pueden sumarse dos casos más al catálogo de actuaciones que pueden ser revisadas en esta sede, pero con la particularidad de que aún no pertenecen al ordenamiento jurídico. De acuerdo con una interpretación sistemática de los arts. 138, 174 y 183 Cn., el primero de esos supuestos alude al control previo de constitucionalidad en el proceso de formación de la ley en caso de controversia constitucional entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, que se caracteriza porque el control actúa sobre proyectos de leyes, es decir, sobre textos que todavía no forman parte del sistema de fuentes del Derecho.

También, según la interpretación sistemática de los arts. 183 y 248 Cn., el segundo caso, que es el que aquí interesa, es el control que puede ejercerse sobre un decreto legislativo que acuerda la reforma del texto constitucional. Para realizar el examen sobre dicho decreto no es condición necesaria su vigencia dentro del ordenamiento jurídico, dada la naturaleza sui generis del decreto legislativo de aprobación, cuya eficacia y efectos dependen de su ratificación por la siguiente legislatura.

Cualquier expresión de los poderes constituidos que contradiga el contenido de la Constitución puede ser invalidada, independientemente de su naturaleza –concreta o abstracta–, de su origen normativo –interno o externo– y de si pertenece o no al sistema de fuentes del Derecho salvadoreño, cuando se oponga a los parámetros básicos establecidos por la Comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la norma fundamental (verbigracia, sentencia de 23-X-2013, Inc. 71-2012).

Este control previo deriva, en esencia, de la necesidad de evitar el ejercicio de un control constitucional a posteriori, es decir, cuando el acuerdo de reforma constitucional ya ha sido ratificado por la subsiguiente Asamblea Legislativa y publicado en el Diario Oficial. La incorporación, modificación o supresión de una cláusula constitucional no podría ser objetada por vicios de

contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución , porque, como ha indicado este Tribunal, no puede sustentarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, tomando en cuenta que enjuiciar las prescripciones normativas contenidas en la Ley Suprema con base en otra disposición constitucional supone un análisis contradictorio en sí mismo (resolución de 11-VIII-2005, Inc. 52-2005).

Como es natural, el control de la reforma constitucional es una excepción a la regla general según la cual el control atribuido a esta Sala de lo Constitucional solamente se ejerce cuando las fuentes del Derecho han entrado en vigencia. Dicha excepción, lejos de ser incompatible y excluyente del control posterior, es complementaria de este. Por tanto, aunque excepcional, esta Sala está habilitada constitucionalmente para controlar el decreto a través del cual la Asamblea Legislativa acuerda la reforma de la Constitución.

4. Entonces, si bien no aparece de modo expreso en la Constitución la competencia de esta Sala para controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos en los que se acuerda la reforma constitucional, ello no constituye un impedimento para entenderla a partir de los límites que tiene el poder de revisión y de la función que esta Sala cumple. Y es que, sobre este punto, no es aceptable sostener la inexistencia de una atribución o de una competencia por el solo hecho de que no tenga asidero expreso en las disposiciones constitucionales, pues la textura abierta de estas cláusulas imposibilita el detalle de todas y cada una de ellas.

Como principal garante de la Constitución, este Tribunal debe velar porque las disposiciones constitucionales no sean vulneradas por medio de actos modificatorios que puedan transgredir tanto los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustentan aquellas como los procedimientos establecidos para una reforma constitucional. No reconocer eso ni algún tipo de límite a la operación de reforma implica proclamar la identificación de poder constituyente y poder de reforma, algo inconcebible en

un Estado constitucional de Derecho. Por ello, se concluye que esta Sala sí puede controlar la constitucionalidad del Acuerdo de reforma constitucional, a fin de determinar si contraviene o no la cláusula intangible identificada por los actores, esto es, la “forma y sistema de gobierno”.

IV. Afirmada la competencia del Tribunal para enjuiciar la constitucionalidad del Acuerdo cuestionado, se pasará a continuación a formular un sucinto análisis sobre la (1) reforma constitucional en El Salvador, así como sobre (2) sus límites.

1. A diferencia del resto de fuentes del Derecho y de disciplinas jurídicas, que tienen una vocación de vigencia más corta, la Constitución está llamada a tener una vigencia indefinida. Cuando el poder constituyente la expide, lo hace con una pretensión de perdurabilidad o permanencia. Esta peculiaridad se fundamenta en dos aspectos: primero, en su singularidad técnica, específicamente su supremacía y rigidez, que dificultan notablemente su modificación formal y, por tanto, hay una promoción para su estabilidad; segundo, en el carácter inagotable del respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, que requiere de una vigencia continuada de la Constitución. Esta gravita en torno a un conjunto de valores, principios y reglas cuyos contenidos delimitan (con mayor o menor precisión) el marco en el que debe resolverse cualquier tipo de controversia relativa a los límites a los derechos fundamentales. En consecuencia, la Ley Suprema debe tener un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica a fin de que la sociedad salvadoreña pueda alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se destaca “la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad humana”.

No obstante, estabilidad y previsibilidad no significan permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Al respecto, en la dogmática constitucional se ha afirmado que “el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana”, de modo que la Constitución no es una “ley eterna”. Entonces, frente a aquella idea de inmutabilidad, se reconoce que el desarrollo social ha demostrado que las

modificaciones en su normativa son necesarias. Por ello es que la reforma constitucional debe concebirse como un mecanismo de balance permanente de las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos que conllevan los procesos de cambio social, político y económico.

Cuando se requiere adaptar la Constitución a la realidad normada, no existe poder constituyente, pues este desaparece al entrar en vigencia la Norma Fundamental (art. 273 Cn.). Por ello se atribuye la competencia a ciertos órganos constituidos para que sean estos quienes hagan los “cambios constitucionales”. Uno de los mecanismos para realizar un cambio constitucional es el de la interpretación, que es un cambio no formal, porque deja intacto el texto. Pero, allí donde la interpretación de la Constitución ya no se perfila como un medio eficaz para lograr la acomodación del texto constitucional a la realidad, debe acudir a otra de las vías para tal fin. En este caso es indispensable alterar el texto de la Constitución mediante su reforma.

El que la Constitución regule sus procesos de reforma es algo que se ha ido generalizando en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como parte de sus propios mecanismos de defensa. La reforma constitucional es, por esto, un instrumento de adecuación a la realidad jurídica y política, un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y una institución básica de garantía. Lo primero, pues no hacerlo entrañaría un distanciamiento entre la normativa constitucional y la vida política, por lo que, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, la revisión de la Constitución debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

Lo segundo, porque, en vista de que el poder de revisión está sometido a los límites impuestos por el art. 248 Cn., la alteración del texto de la Constitución debe mantener incólume la continuidad de la identidad constitucional trazada por el constituyente, que está identificada con la existencia misma de las cláusulas de intangibilidad. Por último, la reforma del

texto de la Constitución es una garantía de la supremacía constitucional, debido a que la existencia de un procedimiento más agravado para modificar la Constitución pretende proteger en su más alta esfera normativa tanto los derechos fundamentales como la organización y funcionamiento del Estado.

2. Hablar de límites al poder de reforma supone admitir la premisa de que una de las cualidades de la Constitución es la rigidez. Esta significa el reconocimiento de que nuestra Ley Fundamental es un conjunto de normas jurídicas que prevé un procedimiento especial para su reforma e instituye el control constitucional del mismo. Dicho de otro modo, nuestra Constitución es rígida, ya que, por una parte, su texto no puede ser modificado a través del procedimiento que se sigue para la aprobación de la ley formal (la emitida por el Legislativo) y, por otra parte, existe una entidad que se encarga de examinar si los cambios formales constitucionales son admisibles. El art. 248 Cn. establece varios límites que pueden resumirse en dos: los primeros, los formales, estarían constituidos por el procedimiento; al paso que los segundos, los materiales, por las cláusulas pétreas o de intangibilidad. A continuación se harán algunas consideraciones sobre ambos.

A. Nuestra Constitución establece un procedimiento especial de reforma, lo que, por una parte, permite que el texto constitucional pueda revisarse para que se adecue a la dinámica realidad social, política, económica y cultural; y, por la otra, impide que ello pueda hacerse mediante la vía ordinaria de modificación de las leyes, según quedó dicho. El art. 248 incs. 1°, 2° y 3° Cn. prevé que la reforma de la Constitución puede acordarse por la Asamblea Legislativa con el voto de la mitad más uno de los diputados electos; pero, para que tal reforma pueda decretarse, deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Así ratificada –continúa previendo el precepto–, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial. La disposición agrega que la reforma únicamente puede ser propuesta por los Diputados en un número no menor de diez.

El sistema adoptado para reformar el texto constitucional es el de la deliberación y aprobación de dos Asambleas Legislativas sucesivas, y existe la intermediación de la voluntad popular, que debe tener la oportunidad de pronunciarse sobre el tema al elegir a la nueva conformación del Legislativo que decidirá la ratificación de la reforma constitucional. La nueva asamblea es la emanada de las elecciones legislativas ordinarias cuando la primera ha finalizado su período constitucional. El procedimiento de reforma constitucional está estructurado así:

a. Iniciativa para la reforma de la Constitución.

La iniciativa es la fase primigenia del proceso de reforma constitucional, la cual se atribuye exclusivamente a los diputados electos de la Asamblea Legislativa en un número no menor de diez (art. 248 inc. 3° Cn.). En este contexto, por “iniciativa del poder de revisión” se entiende el acto mediante el cual se origina el proceso de modificación de los enunciados constitucionales y que vincula a la primera conformación subjetiva de la Asamblea Legislativa para darle trámite. Alude a la atribución que permite a sus titulares, los Diputados, presentar una propuesta para que la integración del Legislativo la considere forzosamente y decida si acuerda o no la reforma de la Constitución. Dicha propuesta debe indicar clara y pormenorizadamente cuál es el texto que se pretende incorporar, modificar o suprimir en la Constitución.

b. Fase de diálogo y deliberación pública en la adopción del decreto por el que se acuerda la reforma a la Constitución.

Producida la iniciativa, la Asamblea Legislativa está obligada a discutir el texto de la propuesta con independencia de la decisión que en definitiva adopte: de aprobación a la reforma o de rechazo a la misma. Esta fase del procedimiento no está prevista expresamente en el art. 248 Cn.; sin embargo, a partir de la interpretación sistemática de dicha disposición constitucional en relación con el art. 135 inc. 1° Cn., se concluye que, antes de su aprobación, el proyecto del acuerdo de reforma constitucional debe ser discutido. Así debe ser, sobre todo porque todo procedimiento legislativo debe garantizar el

debate, la transparencia y la contradicción en la toma de decisiones tan esenciales en la actividad legisferante, que debe expresar y representar el pluralismo político de la sociedad. De ahí que el principio democrático también se manifiesta aquí mediante la concreción de los principios de representación, de deliberación, de la regla de las mayorías para la adopción de las decisiones y de la publicidad de los actos.

El debate legislativo de si se adopta o no un acuerdo de reforma a la Constitución no puede dejar de ser público, pues la población tiene derecho a informarse sobre el contenido específico de la modificación a fin de poder pronunciarse sobre el tema al momento de elegir a la Asamblea Legislativa que deberá conocer de la ratificación. No hay que olvidar que “a través de la publicidad los ciudadanos pueden ver proyectadas sus propias opiniones en las opiniones mantenidas por los representantes”, de modo que “la publicidad es el medio a través del cual la discusión social adquiere una dimensión política y la discusión parlamentaria toma una proyección social”. Y es que, sin publicidad, no cabe hablar de democracia representativa; siendo así, la posición preferente de la ley dentro del ordenamiento se explica en que su elaboración se asienta en la publicidad, la contradicción y el debate (sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 24-2003).

Cabe aclarar que, luego del debate, la Asamblea Legislativa puede modificar el tenor de la propuesta presentada si así lo estima conveniente. En virtud de la iniciativa, dicho órgano está obligado solo a dar trámite a la propuesta, pero no a aprobarla en los términos en que haya sido introducida. Aquí el Legislativo tiene un amplio margen de acción para formular los términos del decreto de reforma de la Constitución. Como el actuar del Legislativo está sujeto a un permanente y progresivo diálogo, es de la esencia y de la naturaleza del debate legislativo que surjan nuevas propuestas. Por lo tanto, las modificaciones a la iniciativa del poder de reforma de la Constitución son constitucionalmente legítimas.

c. Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se reforma la Constitución.

Cuando ha sido lo suficientemente discutida (o cuando menos se ha posibilitado su discusión), la propuesta del decreto de reforma constitucional debe ser sometida a una votación. En este punto, el art. 248 inc. 1° Cn. estatuye que el quórum mínimo que se requiere para que la Asamblea Legislativa tome una decisión válida al respecto es el de la mitad más uno de los Diputados electos.

d. Fase informativa de la reforma constitucional.

El decreto aprobado en el que se acuerda la reforma de la Constitución debe ser publicitado. Se debe garantizar un intervalo de tiempo adecuado para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración. El fundamento de ello es asegurar que, para la elección de la conformación de la Asamblea Legislativa que deberá decidir si ratifica o no el acuerdo de reforma, el cuerpo político de la sociedad salvadoreña se exprese limpia y transparentemente. En ese sentido, como el sistema adoptado por nuestra Constitución para la reforma de su texto es el de la deliberación y aprobación por parte de dos Asambleas Legislativas sucesivas, esto es, que entre una y otra conformación legislativa media una celebración de elecciones de Diputados, esta etapa adquiere un evidente significado referendario: el cuerpo electoral se podrá pronunciar sobre el tema al elegir a la nueva Asamblea Legislativa que, en su caso, decidirá la ratificación de la reforma constitucional.

Esto tiene una especial relevancia, ya que se pretende evitar que la Asamblea Legislativa se aparte de la voluntad del pueblo (titular del poder político, tal como indican los arts. 83 y 86 inc. 1° frase 1ª Cn.); sobre todo porque esta se debe expresar en aquélla. Ante posibles excesos de mayorías cualificadas y ante la posibilidad de que el Legislativo, como poder constituido, se transforme en poder constituyente, esta etapa aparece como una garantía de protección de las minorías, que se configura como un tipo de control que el

electorado puede ejercitar sobre sus representantes en lo atinente a las reformas de la Constitución.

e. Fase de diálogo y deliberación pública para la adopción del decreto en el que se decide ratificar el acuerdo de reforma constitucional.

Al igual que la prevista para el acuerdo inicial de reforma de la Constitución, esta fase pretende materializar el pluralismo ideológico que caracteriza a la Asamblea Legislativa. La idea es favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias y concepciones sobre la conveniencia de ratificar una modificación al texto de la Constitución. Ello porque ningún Diputado ni grupo parlamentario legislativo es depositario de la “verdad”, sino que, al contrario, esta solo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro de posiciones diversas (sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99).

A ello se refiere la función del diálogo y la deliberación en la función legislativa. El primero supone un intercambio libre de ideas entre los Diputados. La necesidad del diálogo en el Legislativo se basa en el reconocimiento de la capacidad de todos y cada uno de los legisladores para participar en la construcción de lo que debe ser decidido.

En estrecha relación con esto, la deliberación es una meditada evaluación de las razones favorables y opuestas a la ratificación del acuerdo de reforma constitucional. Los datos, opciones y argumentos aportados por los Diputados sobre ella se evalúan en orden a tomar de modo responsable y reflexivo la mejor decisión posible sobre si se ratifica o no el acuerdo aludido. Según el grado de oposición entre las diferentes opciones, el diálogo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interfieren con una respuesta adecuada. Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo; pero ello solo es posible si existe, como debería, un leal compromiso de aceptar los

resultados de la discusión libre y argumentada, entre iguales, de las alternativas en competencia.

La necesidad de diálogo y deliberación se acentúa en esta fase del proceso de reforma constitucional, porque se está en presencia de una nueva conformación subjetiva de la Asamblea Legislativa. Teóricamente, puede ser que los nuevos Diputados no hayan sido los que dialogaron, deliberaron y aprobaron el acuerdo de reforma constitucional. Por ello aparece la necesidad que estos conozcan los términos en que se pretende la modificación del texto constitucional a fin de evaluar y ponderar las ventajas y las desventajas de la decisión de la decisión que se pretende tomar.

Pero hay una limitación impuesta a la nueva conformación del Órgano Legislativo. La actividad del diálogo y deliberación solo puede versar sobre el tenor del decreto aprobado, de modo que el debate parlamentario no puede realizarse con pretensión de modificar o alterar el texto del acuerdo de reforma. La justificación de esto se cifra en que la voluntad legislativa queda perfecta cuando la mayoría simple de los Diputados electos provee el acuerdo de reforma. En tal caso, la siguiente asamblea se encontrará condicionada por los términos fijados por la primera.

f. Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo de reforma constitucional.

Un punto previo que debe aclararse en relación con esta fase es que la legislatura a la cual se atribuye la competencia de emitir el acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es la "... siguiente Asamblea Legislativa...", o sea, la subsiguiente a la de aquella que la acordó; así lo establece el art. 248 inc. 2º Cn. En consecuencia, ninguna otra legislatura puede emitir el acuerdo de ratificación si no es la "inmediata posterior". Si la segunda asamblea no lo ratifica, el decreto acordado por la anterior queda sin efecto.

Queda claro, pues, que esta fase está a cargo de la nueva conformación del Legislativo. Su función principal es el control del acuerdo de reforma emitido por la asamblea anterior. Según el art. 248 inc. 1° Cn., el quórum mínimo para la validez del acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Esta mayoría especial o cualificada es una de las propiedades que define la rigidez de nuestra Constitución. Dicha mayoría (superior a la que se requiere para el acuerdo de reforma) solo puede entenderse en aras de promover un consenso superior para proteger más eficazmente los derechos e intereses de las minorías legislativas.

Las potestades de la legislatura encargada de la ratificación se circunscriben a validar o rechazar en su integridad el acuerdo de reforma aprobado por la legislatura anterior, sin alteración alguna. La razón de ello es que tal texto fue el que conoció la ciudadanía al momento de decidir la integración de la segunda legislatura, por lo cual cualquier alteración implicaría el desconocimiento a la libertad de opción que ejercieron los ciudadanos cuando emitieron su voto para elegir a los Diputados que integrarían la legislatura encargada de ratificar el acuerdo de reforma constitucional.

Recuérdese que la Constitución es la expresión de los cánones ético-jurídicos con los cuales la Comunidad, a partir del pluralismo, ha logrado cierto grado de consenso hasta el punto de incorporarlos en el documento normativo rector de la organización y funcionamiento del Estado. En la Constitución reside la capacidad de lograr la integración de los miembros de la Comunidad, como supuesto básico y elemento esencial del Estado. Las reformas constitucionales no son ajenas a esta idea, pues, cuando el acuerdo de reforma es ratificado y publicado en el Diario Oficial, estaremos en presencia de un texto constitucional.

g. Publicación del acuerdo de ratificación de reforma de la Constitución.

Según el art. 248 inc. 2° Cn., el procedimiento agravado para la modificación del texto constitucional comprende la publicación del acuerdo

mediante el cual la Asamblea Legislativa ratifica el acuerdo de reforma constitucional emitido por la anterior asamblea. Sin este requisito, la modificación del texto de la Constitución no puede considerarse producida válidamente; en consecuencia, la publicación es una garantía de la existencia del nuevo texto constitucional, con la presunción de que se corresponde con el decreto de ratificación aprobado por la segunda asamblea. De igual manera, la publicidad es una garantía del conocimiento del acuerdo de ratificación de reforma constitucional, porque, solo ofreciendo la posibilidad de conocer el nuevo texto de la Ley Fundamental, pueden justificarse las obligaciones que, en relación con el conocimiento de la reforma constitucional, son atribuibles a los entes estatales y los ciudadanos en general.

B. La Constitución también establece límites materiales explícitos al poder de reforma o de revisión. Este es el caso de las cláusulas de intangibilidad o pétreas, que permiten identificar el núcleo esencial de la Ley Fundamental y son de utilidad a la hora de interpretarla. Su introducción al texto constitucional tiene como finalidad básica asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político que se pretende establecer con la Constitución. Mediante ellas se consagran espacios intocables para la acción del poder reformador.

Debido a la existencia de estas cláusulas inmodificables, la Constitución solo puede reformarse de manera parcial, no totalmente. Esta distinción entre reforma parcial o total no hace referencia a la cantidad de disposiciones a ser reformadas, sino a los elementos del sistema constitucional que pueden ser o no objeto de modificación. Lejos de tratarse de un problema cuantitativo, orientado a definir el “cuánto”, el de la reforma constitucional es un problema cualitativo, orientado a definir el “qué” se puede o no modificar en el sistema configurado por la Constitución. La reforma parcial implica modificar la Constitución en todas aquellas partes que no afecten el núcleo esencial del sistema que le confiere “identidad constitucional” a El Salvador. En cambio, la reforma total se produce cuando se introducen modificaciones a aspectos

esenciales de la vida política, social o económica del Estado representados en las cláusulas intangibles.

En ese orden de ideas, el art. 248 inc. 4° Cn. establece que “[n]o podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”. Y, atendiendo a que los actores solo alegaron la contravención a la intangibilidad de la “forma y sistema de Gobierno”, en esta sentencia únicamente se aludirá a este límite material al poder de reforma de la Constitución.

V. Según el auto de 19-X-2012, pronunciado en este proceso, las cláusulas intangibles que aluden a la “forma y sistema de gobierno” (art. 248 Cn.) se refieren a la forma de gobierno y sistema político. Esta opción interpretativa tiene como punto de partida la terminología utilizada por la Constitución en disposiciones que establecen los pilares fundamentales de la organización política del Estado y sus mecanismos de protección. Así, el Título III de la Ley Suprema se denomina “El Estado, su forma de gobierno y sistema político” y en los arts. 87 inc. 1° y 88 Cn. se repite la enunciación conjunta de ambas categorías para referirse precisamente a otro de los instrumentos de defensa de la Constitución. Igualmente, la expresión “sistema político” (y no “sistema de gobierno”) se utiliza en el art. 85 Cn. De esta forma, la constancia terminológica prescribe que la atribución de significado al enunciado “la forma y sistema de gobierno” debe tener presente la distinción entre “forma de gobierno” y “sistema político” que encontramos en las otras disposiciones constitucionales.

1. Sobre el mismo punto, pero con base en un argumento intencionalista, es pertinente recordar lo afirmado en el IUCEP. En él se expresó que: “[l]a forma de gobierno concierne al ordenamiento de las funciones de los órganos del Estado [...] y la escogitación de los detentadores del poder, en tanto que el sistema político está directamente relacionado con

los fines del Estado, con el proceso de formulación, ejecución y control de la voluntad política [...] y con el contenido de la misma”.

De acuerdo con esto, la “forma de gobierno” alude al modo en que los poderes constituidos están organizados y se relacionan, específicamente a la determinación del órgano a cuyo cargo está la dirección política general, es decir, la orientación específica que se imprime a las principales decisiones políticas y jurídicas de un Estado. El vocablo “gobierno” está utilizado aquí en sentido amplio, como el aparato orgánico de gestión del Estado al que se atribuyen las decisiones de la política interior y exterior, la dirección del proceso económico y del equilibrio social, la tarea legislativa y la potestad de juzgar; todo como parte de la función estabilizadora de las instituciones del Estado (sentencia de 26-VII-2000, Inc. 16-99).

2. El “sistema político”, por su parte, se compone del conjunto de las interacciones de la sociedad, los actores políticos y las instituciones del gobierno en la definición de las acciones de dirección, ordenación e integración de la vida social. Es decir, es la gama total de actividades y comportamientos políticos de una sociedad y del Estado por la cual la política es concebida como un sistema que recoge y transmite información, genera actividades y controla resultados. El sistema político recibe informaciones sobre las cuales necesariamente debe actuar tomando decisiones políticas que afectan al conjunto de la sociedad.

VI. La fuente de derechos fundamentales por antonomasia es la Constitución. Sobre este punto, desde la sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, se viene afirmando que los derechos fundamentales son 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...”, por lo que forman parte de su núcleo esencial. En efecto, la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado salvadoreño, pues, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto

y con un determinado contenido. Ese supuesto es la soberanía popular o poder constituyente del pueblo –art. 83 Cn.– y su contenido está integrado esencialmente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado y los derechos fundamentales derivados de esa condición (ej., sentencias de 14-II-1997 y 23-X-2013, Incs. 15-96 y 7-2012, respectivamente).

No obstante, debe admitirse que la noción de Constitución, y en particular de los derechos fundamentales no pueden entenderse limitadas al texto del documento constitucional sino que también implican el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo liberal, social y contemporáneo han derivado de la dignidad humana y del principio democrático, asumido por la Ley Suprema y que inspira, como parte de su trasfondo, las disposiciones de dicho texto” (sentencia de Inc. 15-96, ya citada).

La razón es simple: la mayoría de los preceptos constitucionales que establecen derechos fundamentales adolecen de indeterminación, pues no hacen explícito en forma exhaustiva el conjunto de sus significados (ej., el objeto, los titulares del derecho, las condiciones de ejercicio o los límites a los mismos) y, por tanto, existe incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serles atribuidos (sentencia de 14-X-2013, Inc. 71-2013).

Por ello, el mero texto constitucional no permite saber, sin necesidad de una fundamentación explícita, si cierto derecho fundamental está consagrado o no en la Constitución. A causa de esta indeterminación normativa de ciertas disposiciones sobre derechos fundamentales, se hace imprescindible afirmar que esta Sala (que en el sistema judicial es un tribunal de cierre en materia constitucional) tiene la competencia, a través de su jurisprudencia, para determinar, desarrollar o concretar los derechos fundamentales. Con la autoridad que la Constitución le confiere a este Tribunal, la jurisprudencia es

el medio por el que en definitiva se determina si una disposición constitucional establece o no un derecho fundamental.

El papel que esta Sala juega en la interpretación de preceptos que estatuyen derechos fundamentales es determinante. Ello porque no solo desempeña la función de árbitro jurídico en los conflictos derivados de la división del poder en sus diversos planos, de proteger con carácter supremo los derechos fundamentales y de garantizar las limitaciones del poder público y privado. Esta Sala es, sobre todo y mediante el desempeño de las funciones previstas en el art. 174 Cn., el máximo intérprete y en consecuencia, el supremo aplicador de la Constitución.

La Constitución y el Derecho Constitucional salvadoreño van consolidándose por medio de la jurisprudencia constitucional. Es por ello que la jurisprudencia de este tribunal es también fuente suficiente de derechos fundamentales que se integra en la Constitución, esto es, en el cuerpo jurídico de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Como se afirmó en el auto de 6-X-2011, Inc. 14-2011, la atribución de sentido que realiza esta Sala en su jurisprudencia queda incorporada en el contenido normativo de las disposiciones constitucionales.

VII. Según los demandantes, mediante el acuerdo de reforma a la Constitución, la Asamblea Legislativa pretende suprimir derechos fundamentales que fueron concretados en la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009. Por ello es pertinente recordar qué fue lo que se sostuvo en dicho precedente.

1. En la citada providencia fueron interpretados sistemáticamente los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. De acuerdo con la primera disposición, todo ciudadano puede presentarse como candidato a fin de ocupar un cargo público y ello conlleva dar cumplimiento a otros requisitos que previamente señalan la Constitución y las leyes. Este es un derecho de carácter general, en el sentido de que los derechos específicos de optar a cargos consagrados en otras disposiciones constitucionales son sus manifestaciones. Tal es el caso del

derecho a optar al cargo de Diputado, adscrito al segundo de los preceptos. En consecuencia, aun cuando el art. 126 Cn. establezca ciertos requisitos, ello no obsta a que el legislador secundario regule otros, tal como le autoriza el art. 72 ord. 3º Cn.

Al ser configurados por el legislador –se agregó en la sentencia que se analiza–, los derechos al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn.) y a optar al cargo de Diputado (art. 126 Cn.) deben tomar en cuenta lo previsto en la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., en cuanto a que los partidos políticos “... son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”. Se añadió que los partidos políticos deben cumplir su función mediadora cuando se trate de cargos públicos representativos (como el de Diputado), pero que el último precepto no prescribe medios específicos. Por ello, desde un punto de vista objetivo, la finalidad de dicha exigencia es la mejor organización del proceso electoral y la propia representación, lo que refuerza a los partidos políticos, por considerárseles instrumentos fundamentales de la democracia representativa.

Se aclaró que el art. 85 inc. 1º frase 1ª Cn., que exige que los partidos políticos cumplan su función mediadora en elecciones de Diputados, no tiene carácter absoluto, ya que admite excepciones en virtud del propio texto constitucional. Sobre este punto, se recordó el IUCEP, en el cual se expresa que “[e]l pluralismo político, propiamente dicho, consiste en la multiplicidad de instituciones que sin formar parte de la estructura gubernamental, influyen en la formulación de las decisiones políticas. Estos grupos, generalmente, están organizados para la defensa de sus propios intereses y defienden o propugnan la ideología más conveniente para los mismos. Así, forman parte del sistema pluralista las asociaciones profesionales, gremiales, sindicales y políticas (...)

–

- Los excesos de un pluralismo político pueden inclusive llevar a concepciones totalitarias como la de los Estados corporativistas que surgieron en la década de 1930. Por eso es que en el proyecto se califica y se limita este

concepto. El sistema político no es sólo pluralista, es democrático y además representativo.

- Pero hay algo más, para la defensa del sistema democrático y, conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental” (resaltado nuestro).

Teniendo en cuenta lo expresado en dicho informe (que, según el art. 268 Cn., tiene el valor de “documento fidedigno” para la interpretación de la Constitución), se concluyó que la intención del la 1ª frase del inc. 2º del art. 85 Cn., actualmente, es la de excluir que grupos, asociaciones, organizaciones o cualquier otro tipo de entidades colectivas que de hecho posean o se hayan constituido jurídicamente con una finalidad diferente a la de los partidos políticos (que es la de alcanzar el poder político, ejercerlo y desarrollar un programa político) sean utilizadas como instrumentos para el ejercicio de la representación política.

Pero tal disposición –se prosiguió afirmando en la sentencia– “... de ninguna manera excluye que los ciudadanos como tales, ya sea individualmente (candidaturas independientes) o colectivamente (movimientos cívicos), puedan optar al cargo de diputado sin la mediación de los partidos políticos”. Los argumentos que justificaron esta afirmación fueron dos. El primero, porque en tales casos la finalidad de dichos ciudadanos coincide plenamente con la de los partidos políticos. Y el segundo, porque el art. 85 inc. 2º frase 1ª Cn. excluye que otras entidades diferentes a los partidos políticos medien entre los ciudadanos y sus representantes; pero, cuando los ciudadanos ejercen su derecho al sufragio pasivo directamente, no existe mediación alguna. Esta apertura –se dijo– se cifra en que el ciudadano y su participación en la vida pública constituyen la esencia de la democracia, por encima de los partidos políticos y de grupos con intereses particulares.

Además, la Constitución asegura la participación de los ciudadanos que no se sienten representados por los partidos políticos.

En definitiva, en la sentencia de Inc. 61-2009 se concluyó que el derecho a optar a cargos públicos de elección popular (art. 72 ord. 3º Cn.), integrándolo con la norma que prescribe la mediación de los partidos políticos (frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn.), incluye: (i) el derecho de todo ciudadano a postularse, individualmente o asociado con otros, como candidato no partidario, y (ii) el mismo derecho para los miembros de grupos específicos de la sociedad, a quienes la propia exigencia de la mediación de los partidos políticos puede excluir de la participación política, tienen derecho a postularse como candidatos sin la mediación de los partidos políticos.

2. En dicha sentencia se distinguió entre postulación y afiliación, para lo cual se recordó la sentencia de Inc. 16-99, ya citada. En esta decisión se explicó que la “postulación” es un concepto que está relacionado con la presentación a elecciones de una persona para un cargo público, es decir, la propuesta para que alguien en el ejercicio pleno de sus derechos políticos alcance un cargo de elección, mientras que la “afiliación” a un partido político es un acto formal del que se deriva la relación jurídica entre el partido, persona jurídica, y un ciudadano, persona natural. En el contexto de la mediación de los partidos políticos en la representación política, por tanto, la postulación supone el grado de mediación más leve entre electores y representantes, al paso que la afiliación supone el grado más intenso de mediación.

A partir de tales premisas, en la citada decisión se concluyó que la postulación partidaria es una configuración del derecho a optar al cargo de Diputado (art. 126 Cn.), como concreción del derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn.), por parte del legislador, quien puede hacerlo porque forma parte de su competencia a tenor de lo que establecen los arts. 72 ord. 3º y 85 inc. 2º 1ª frase Cn.

El derecho político establecido en los arts. 72 ord. 3° y 126 Cn., pues, no debe considerarse conculcado cuando la ley exija postulación por un partido político a los candidatos a Diputado de la Asamblea Legislativa que opten por presentar su candidatura a través de un partido político. Ello con la condición de que también se permita que los ciudadanos presenten sus candidaturas a dichos cargos individualmente (“candidatos no partidarios”) o asociados con otros (movimientos cívicos) o, tratándose de miembros de grupos específicos de la sociedad, sin la mediación de los partidos políticos, conforme lo establezca la ley.

3. En otro orden, en la mencionada sentencia de Inc. 61-2009 se sostuvo que las “listas cerradas y bloqueadas” para las elecciones de Diputados contravienen el art. 78 Cn., específicamente el voto libre. Este tipo de listas (contempladas en el Acuerdo de reforma constitucional impugnado) permite que los partidos políticos decidan el orden de los candidatos y estos vayan obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. Esto significa que el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo “en bloque” por un partido político. En los sistemas de lista cerrada y bloqueada, se continuó indicando, los candidatos se vuelven más dependientes de sus partidos, pero se alejan de los electores.

En relación con ello, en el precedente que se cita se consideró que son leves las ventajas que el sistema de lista cerrada y bloqueada supone para el fortalecimiento de los partidos políticos en su función de mediadores en la representación política, de acuerdo con el art. 85 inc. 2° Cn. Esta disposición se interpretó como atributiva a los partidos políticos de una función mediadora en la representación política, lo cual significa que tales institutos políticos tienen un carácter instrumental: están al servicio de los ciudadanos, quienes son los sujetos fundamentales de la democracia. Esta naturaleza instrumental de los partidos políticos es la que explica que la determinación del orden de las candidaturas que hacen los partidos de acuerdo con el orden de las listas

tiene una importancia leve para el fortalecimiento de su papel en el gobierno representativo, que acoge el art. 85 inc. 1º Cn. Pero lo cierto es que su naturaleza instrumental no se ve realmente afectada si ellos no pueden decidir el orden de las candidaturas en las elecciones. Por el contrario, la intensidad de la afectación al derecho a ejercer el sufragio libremente que provoca el sistema de lista cerrada y bloqueada es intermedia. En primer lugar, porque el voto libre significa que el ciudadano tiene plena capacidad de opción a la hora de votar (en el acto de la emisión), o sea, que puede elegir entre uno u otro candidato. Esta dimensión del derecho se ve claramente anulada con la lista bloqueada, ya que, en primer lugar, el ciudadano no puede expresar preferencia o rechazo alguno por los candidatos, sino que está obligado a votar por las listas, tal como las ordenan los partidos políticos. En segundo lugar, el sistema de lista cerrada y bloqueada supone un voto parcialmente libre, debido a que anula la posibilidad de expresar preferencias y la autonomía de los individuos. En tercer lugar, si no se reconoce el derecho al sufragio con plena capacidad de opción, no se cumple cabalmente la función de producir la representación política y de legitimar al Estado ni se hace, plenamente, realidad la idea de que la soberanía reside en el pueblo (art. 83 Cn.). Y en cuarto lugar, si no se consagra el derecho al sufragio libre con plena capacidad de opción, se afectan la realización del principio democrático, la democracia interna de los partidos políticos y el mandato representativo.

Por tanto, en la Inc. 61-2009 se concluyó que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada produce en el derecho a sufragar libremente es intermedia, mientras que la contribución que dicho sistema hace al fortalecimiento de los partidos políticos, en su función de mediadores en la representación política, es leve. Y teniendo en cuenta que, según el juicio de ponderación, la realización leve de un fin no justifica una afectación intermedia en un derecho fundamental, se determinó que las listas cerradas y bloqueadas

intervenían desproporcionadamente en el derecho fundamental al sufragio activo.

VIII. Todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones negativas y positivas de libertad, razón por la cual dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse que: (i) imponen deberes no sólo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos; (ii) demandan prestaciones, que pueden adoptar carácter individual o colectivo; y, (iii) en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes. El basamento de esto es que los derechos fundamentales, además de erigirse en límites a la ley, constituyen su objeto de regulación (sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005). Por ello, el legislador tiene una vinculación negativa y una vinculación positiva en relación con los derechos fundamentales. Esta última es la que, justamente, le impone a tal órgano la tarea de promoción legislativa de los mencionados derechos desde su carácter objetivo.

Una de las principales obligaciones que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales genera para los poderes públicos es la obligación de no regresividad. Este principio impone a los poderes públicos la prohibición de adoptar medidas políticas y, por consiguiente, de sancionar disposiciones jurídicas que desmejoren desproporcionadamente la situación actual de los derechos fundamentales. Esta idea de regresividad se aplica a normas jurídicas, es decir, se refiere, por un lado, a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y, por el otro lado, al desarrollo que estos derechos reciben en disposiciones jurídicas o en la jurisprudencia constitucional. En este sentido, para determinar que una actuación normativa es regresiva con respecto a un derecho fundamental, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior. Al

comparar una norma anterior con una posterior, el estándar del juicio de regresividad normativa consiste, pues, en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico en una situación de hecho ha empeorado.

De acuerdo con esta obligación mínima asumida por el Estado y derivada del art. 2 inc. 1° Cn., la Asamblea Legislativa tiene prohibido emitir leyes o decretos, incluido el acuerdo de reforma constitucional en su primera fase (aprobación), que empeoren o vuelvan nugatorio el goce o ejercicio de un derecho fundamental, tal como ha sido establecido en la Constitución, en la jurisprudencia constitucional o en cada regulación legislativa progresiva. Dado que el Estado está obligado a brindar protección a los derechos fundamentales y, por ello, a mejorar su situación de salvaguarda, simultáneamente asume la prohibición de suprimir o desmejorar los derechos existentes o de sus niveles de protección. Cualquier medida política o normativa deliberadamente regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente con referencia a la totalidad de los derechos fundamentales. Pero para ello debe tenerse presente que no se puede interpretar la Constitución en el sentido de autorizar la anulación, supresión o el empeoramiento del goce o ejercicio de los derechos que ella consagra o su limitación más allá de lo que ella permite. El principio pro homine así lo impone.

En el caso específico del art. 248 inc. 4° Cn., la Constitución prohíbe la modificación de las disposiciones constitucionales que desarrollen cláusulas pétreas o de intangibilidad. Sin embargo, esta prohibición está dirigida a aquellos cambios en el texto de la Constitución que pretenden desmejorar o suprimir los contenidos protegidos por esas cláusulas. La reforma de cláusulas pétreas relacionadas con los derechos fundamentales sí está permitida si con ella se mejoran los contenidos protegidos por ellas (ej., la forma de gobierno y el sistema político), según la obligación correlativa de progresividad asumida por el Estado a partir del art. 2 inc. 1° Cn.

IX. Establecido lo anterior, corresponde analizar los motivos de inconstitucionalidad planteados por los ciudadanos demandantes.

Los demandantes sostuvieron que el Acuerdo de reforma constitucional contraviene el art. 248 inc. 4° Cn. (específicamente la cláusula pétrea relativa a la “forma y sistema de Gobierno”), porque, por un lado, obliga a los candidatos a diputados a proponerse únicamente por medio de un partido político, excluyendo otras formas de participación como las candidaturas no partidarias, en los términos establecidos en la sentencia de Inc. 61-2009, y, por otro, impide que el ciudadano ejerza el voto libre al requerirse que para ser diputado se observe el “... orden de precedencia que el partido o coalición establezca”. Por su parte, el Fiscal General de la República ha sostenido que esta Sala carece de “competencia objetiva” para controlar la validez del Acuerdo de reforma constitucional, de modo que, si lo hace, se excedería de las competencias que el art. 183 Cn. le atribuye.

Antes de analizar las tesis de los citados intervinientes, es necesario recordar los problemas jurídicos que deben ser resueltos en esta oportunidad. En esta sentencia se debe determinar si el carácter libre de voto (art. 78 Cn.) y el derecho fundamental a optar a cargos públicos (art. 72 ord. 3° Cn.) están integrados en la cláusula “forma y sistema de gobierno” establecida en el art. 248 inc. 4° Cn.; y, por tanto, si dicha cláusula prohíbe reformar el art. 126 Cn. introduciendo la frase “... y ser postulado por un partido político o coalición legalmente inscritos, y en el orden de precedencia que el partido o coalición establezca”.

1. Se comenzará por analizar la solidez o no del planteamiento del Fiscal General de la República.

El Fiscal incurre en un literalismo al interpretar el art. 183 Cn. Sostiene que, al no aparecer expresamente como posible objeto de control en dicha disposición, el acuerdo de reforma constitucional no es susceptible de ser controlado. Aunque en principio esta apreciación podría estar amparada en el art. 235 Cn. (que establece, entre otros aspectos, que todo funcionario civil "... protestará bajo su palabra de honor [...] cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto..."), lo cierto es que tal disposición debe entenderse en el sentido que la actividad interpretativa encuentra en el texto constitucional su punto de partida. Dado que las disposiciones constitucionales son susceptibles de múltiples y variadas interpretaciones, lo que hace el art. 235 Cn. es exigir un mínimo de respeto al sentido corriente de las cláusulas de la Constitución cuando estas son interpretadas, pues ellas fijan el límite de las opciones interpretativas válidas, de manera que la función de su texto es la de aceptar o excluir significados.

Este Tribunal ha interpretado que en el proceso de inconstitucionalidad el control no puede ejercerse exclusivamente sobre las fuentes del Derecho que el art. 183 Cn. establece de modo expreso, es decir, las "leyes, decretos y reglamentos" (sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013/97-2013). La jurisprudencia constitucional ha ampliado el ámbito competencial de la Sala para examinar otro tipo de actuaciones, tales como actos concretos que se realizan en aplicación directa de la Constitución (ej. sentencia de 5-VI-2012, Inc. 19-2012) y omisiones del legislador (ej. sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005). Y esto se ha hecho con base en el argumento de que en el ordenamiento jurídico no deben existir "zonas exentas de control constitucional".

El Acuerdo de reforma constitucional no es la excepción a dicha regla. Como antes se dijo, esta Sala sí tiene competencia para ejercer control de constitucionalidad sobre esa actuación, porque: (i) la Asamblea Legislativa es un órgano esencialmente limitado por la Constitución, pues se trata de un

órgano constituido; (ii) este Tribunal tiene una función relevante en la democracia constitucional salvadoreña, pues le ha sido atribuido el máximo control constitucional de las actuaciones públicas en una triple dimensión: normativa, de protección y del ejercicio del poder político; y (iii) no es de la esencia del control de constitucionalidad el que el objeto de control pertenezca al sistema de fuentes del Derecho.

El argumento del Fiscal General de la República no es, pues, aceptable, debido a que incurre en una interpretación gramatical del art. 183 Cn., que soslaya la tendencia de este Tribunal de ampliar el catálogo de actuaciones que sí pueden ser examinadas en el proceso de inconstitucionalidad. Por tanto, el planteamiento debe descartarse.

2. Ahora se pasará a analizar los motivos de inconstitucionalidad aducidos por los ciudadanos demandantes.

A. Como se indicó, el art. 248 inc. 4° Cn. prohíbe la reforma de las disposiciones constitucionales que se refieren a la “forma y sistema de gobierno”. El sistema político salvadoreño es democrático, y en su dimensión formal se subraya la importancia de los derechos de participación política, pues el ejercicio de éstos es lo que fomenta la dinámica de las interrelaciones de la sociedad y el Estado; esto es, la elección de los representantes por medio de elecciones competitivas. De igual forma, existe un catálogo de derechos fundamentales que, por su reconocimiento constitucional y desarrollo jurisprudencial, están sustraídos de las mayorías parlamentarias coyunturales, de tal manera que éstas no pueden suprimirlos, eliminarlos o desmejorarlos.

La jurisprudencia constitucional es también fuente suficiente de derechos fundamentales y se integra en la Constitución, el cuerpo jurídico de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Constitución y jurisprudencia constitucional son un todo armónico en el que las partes no

pueden ser vistas de modo independiente: la Constitución sin interpretación es un simple texto carente de imposiciones, prohibiciones y permisiones, y la interpretación sin Constitución carece de objeto, pues no habría texto que interpretar.

Cuando un derecho fundamental es interpretado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, el legislador no puede suprimirlo o desmejorarlo, por muy abrumadora que sea la mayoría de Diputados que así lo acuerde; más bien, existe una obligación de su parte de potenciar su progresividad, es decir, de ir creando mayores garantías normativas para su optimización. En consecuencia, si la Asamblea Legislativa suprime o debilita un derecho fundamental establecido en la jurisprudencia constitucional se estaría transgrediendo el sistema político y, por tanto, modificando una cláusula pétrea, lo que conllevaría la violación del art. 248 inc. 4° Cn.

En consecuencia, los derechos fundamentales y, en particular, los derechos de participación política forman parte del sistema político protegido por el art. 248 inc. 4° Cn., y, por ello, las disposiciones constitucionales que son manifestación de dicho sistema no pueden ser modificadas si con ello se produce una desmejora en el contenido protegido por la “forma y sistema de gobierno”. Como los derechos fundamentales y, sobre todo, los de participación política forman parte de este sistema, las disposiciones constitucionales que los establecen no pueden ser modificadas para suprimirlos o debilitarlos, porque, en caso de hacerse, se violaría una cláusula pétrea.

B. El Acuerdo impugnado pretende incorporar en la Constitución la expresión “ser postulado por un partido político o coalición legalmente inscritos (...) y en el orden de precedencia que el partido o coalición establezca”, como requisitos para ser Diputado de la Asamblea Legislativa. Según los demandantes, ello obliga a los candidatos a Diputado a proponerse

únicamente por medio de un partido político, excluyendo otras formas de participación como las candidaturas no partidarias (en los términos de la Inc. 61-2009), y se impide que el ciudadano ejerza su voto de manera libre, porque, para ser Diputado, se requiere observar, según el mencionado Acuerdo, el “orden de precedencia que el partido o coalición establezca”.

a. El argumento de los actores referido a que la reforma del art. 126 Cn. que exige “... ser postulado por un partido político o coalición legalmente inscrito” impide las candidaturas no partidarias, no es atendible. Dicho planteamiento confunde “postulación” con “afiliación”. Según la Inc. 61-2009, citada por los propios peticionarios y recordada en esta sentencia, la postulación partidaria es una mera configuración del derecho a optar al cargo de diputado (art. 126 Cn.), como concreción del derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3° Cn.). El legislador puede hacerlo, porque forma parte de su competencia, de conformidad con los arts. 72 ord. 3° y 85 inc. 2° 1ª frase Cn.

Desde la perspectiva constitucional, dicha reforma es admisible siempre y cuando la postulación partidaria se exija únicamente a las personas que opten por presentar su candidatura a través de un partido político. Ello significa que, a tenor de lo que se dijo en la Inc. 61-2009, el derecho fundamental de los ciudadanos a presentar sus candidaturas a dichos cargos individualmente (“candidatos no partidarios”) o asociados con otros (movimientos cívicos), o, tratándose de miembros de grupos específicos de la sociedad, sin la mediación de los partidos políticos, queda a salvo.

En vista de que la exigencia de propuestas de partidos políticos no impide la postulación de candidatos no partidarios en los términos indicados, la reforma del art. 126 Cn. impugnada, no supone una modificación al sistema político salvadoreño y, por tanto, a la cláusula de intangibilidad establecida en el art. 248 inc. 4° Cn. Es decir, el derecho a presentar candidaturas no

partidarias (concretado en la Inc. 61-2009) se mantiene incólume. De ahí que la pretensión de los demandantes, en este punto, debe ser desestimada.

b. Los peticionarios también adujeron que el Acuerdo de reforma al art. 126 Cn., mediante la introducción de la expresión "... y en el orden de precedencia que el partido o coalición establezca", veda o anula el derecho que los ciudadanos tienen de emitir su voto de manera libre.

El Tribunal considera que esta tesis es atendible. A través de la citada reforma constitucional, la Asamblea Legislativa pretende instaurar nuevamente el sistema de listas cerradas y bloqueadas. Este tipo de listas permite que los partidos políticos decidan el orden de los candidatos, quienes van obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. Aquí el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo "en bloque" por un partido político. Por ello, los candidatos se vuelven más dependientes de sus partidos y simultáneamente se alejan de los electores.

La finalidad del sistema de listas cerradas y bloqueadas es fortalecer a los partidos políticos en su función de mediadores en la representación política. Aunque dicho fin de la lista bloqueada es legítimo, lo cierto es que él no logra compensar la afectación que produce sobre el derecho a sufragar libremente. Con la reforma constitucional al art. 126 Cn., el legislador ha intervenido dicho derecho, ya que, de ratificarse: (i) el ciudadano no podría expresar su preferencia o rechazo por los candidatos, sino que estaría obligado a votar por las listas, tal como las ordenan los partidos políticos; (ii) supondría un voto parcialmente libre que anularía la posibilidad del soberano para expresar preferencias y potenciar la autonomía de los individuos; (iii) no se contribuiría a la representación política, legitimación del Estado y a hacer realidad la idea de que la soberanía reside en el pueblo; y (iv) no se optimizaría

el principio democrático, la democracia interna de los partidos políticos y el mandato representativo.

Al haber acordado la reforma del art. 126 Cn. para incorporar las listas cerradas y bloqueadas, la Asamblea Legislativa pretende elevar a rango constitucional una desmejora o un retroceso en la situación del derecho fundamental al sufragio activo desarrollado en la sentencia de Inc. 61-2009. En realidad, con el

Acuerdo se suprimiría una posición jurídica del citado derecho fundamental, porque antes del mismo el elector podía expresar sus preferencias electorales, mientras que, una vez ratificado el acuerdo de reforma constitucional, ya no podría hacerlo. El Acuerdo de reforma constitucional es una actuación normativa regresiva, en la medida en que suprime un derecho fundamental que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y mejorado en su contenido esencial y en la forma de su ejercicio.

Nuestro sistema político democrático se caracteriza porque los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y/o concretados en la jurisprudencia constitucional están sustraídos de las mayorías parlamentarias coyunturales. Si a pesar de ello, el Legislativo contraviene esta prohibición, esto es, si decide su supresión, eliminación o desmejora, no cabe duda de que el sistema político salvadoreño resultaría afectado.

Como el derecho al sufragio libre es un derecho de participación política que forma parte del sistema político y el Acuerdo de reforma constitucional es una medida normativa regresiva que lo desmejora, la modificación del texto del art. 126 Cn. supone una alteración del sistema político, cuya reforma, en esos términos, está prohibida por el art. 248 inc. 4° Cn. Por ello, se concluye

que el citado Acuerdo es inconstitucional y así deberá ser declarado en esta sentencia.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y en el art. 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 1 del Acuerdo de Reforma Constitucional n° 1, adoptado en Sesión Plenaria n° 59 de la legislatura 2009-2012, realizada los días 28 y 29 de julio de 2010, mediante el cual se acordó la reforma del art. 126 de la Constitución, en lo relativo al “orden de precedencia que el partido o coalición establezca”; por vulneración del art. 248 inc. 4° de la Constitución.

En consecuencia, y dada la naturaleza del proceso de reforma constitucional, la Asamblea Legislativa no podrá someter a ratificación de la presente legislatura el Acuerdo declarado inconstitucional en esta sentencia.

2. Declárase que en el art. 1 del Acuerdo de Reforma Constitucional ya referido, en lo relativo a “ser postulado por un partido político o coalición legalmente inscritos”, no existe la supuesta vulneración del art. 248 inc. 4° de la Constitución; siempre y cuando se entienda que también los ciudadanos, individualmente o asociados con otros, pueden presentar sus candidaturas, al margen de los partidos políticos.

3. Sobreséese en el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del art. 1 del Acuerdo de Reforma Constitucional n° 1

aludido, por la supuesta contravención a los arts. 2, 3, 72 ords. 1º, 2º y 3º, 78 y 248 inc. 4º de la Constitución.

4. Notifíquese la presente decisión a todos los sujetos procesales.

5. 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 Diario Oficial. La no publicación de esta sentencia hará incurrir a los responsables en las sanciones legales correspondientes.

Anexo 2

61-2009

INCONSTITUCIONALIDAD

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano

Félix Ulloa hijo, abogado y notario, del domicilio de San Salvador, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del Código Electoral (CE), emitido mediante el Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, y reformado mediante: el Decreto Legislativo n° 666, de 29-IX-1993, publicado en el Diario Oficial n° 183, tomo 321, de 1-X-1993; el Decreto Legislativo n° 855, de 21-IV-1994, publicado en el Diario Oficial n° 74, tomo 323, de 22-IV-1994; el Decreto Legislativo n° 669, de 22-VII-1999, publicado en el Diario Oficial n° 158, tomo 344, de 27-VIII-1999; el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de 1-XI-2005; y el Decreto Legislativo n° 502, de 6-XII-2007,

publicado en el Diario Oficial n° 1, tomo 378, de 3-I-2008, por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3º, 78, 80 inc. 1º y 126 de la Constitución (Cn.).

Las disposiciones impugnadas establecen:

Código Electoral.

“Art. 211.- En la solicitud de inscripción de planillas totales para Candidatos a Diputados al Parlamento Centroamericano, se hará mención expresa del Partido o Coalición contendientes por los cuales se postula, con el objeto de ser registrados en el libro debidamente legalizado, que para tal efecto llevará el Tribunal. --- Los partidos políticos podrán solicitar la inscripción de candidaturas de una misma persona para el cargo de Diputados al Parlamento Centroamericano y Diputados a la Asamblea Legislativa, pero en ningún caso podrán ejercerse ambos cargos simultáneamente.

Art. 215.- La solicitud de inscripción de planillas y todos los documentos necesarios se presentarán al Tribunal, dentro del período de inscripción. --- Son documentos necesarios para la inscripción: 1) Certificación de la partida de nacimiento del Candidato postulado o el documento supletorio en su caso; 2) El carné electoral o fotocopia del mismo o constancia de inscripción en el Registro Electoral; 3) Certificación del punto de acta en el que consta la designación del Candidato postulado hecha por el Partido Político o Coalición postulante, de conformidad con sus estatutos o pacto de coalición; 4) Certificación de la partida de nacimiento o documento supletorio del padre o de la madre del Candidato postulado o de la resolución en que se concede la calidad de salvadoreño [a] cualquiera de los mismos; y 5) Constancia de afiliación extendida por el representante legal del Partido Político proponente. Los candidatos antes mencionados contarán con un plazo de sesenta días a partir de la fecha de la toma de posesión para presentar ante el Tribunal Supremo Electoral la Solvencia de Impuesto de Renta, en su caso, finiquito de la Corte de Cuentas de la República y Solvencia Municipal del domicilio del candidato; en caso no las presentaran dejarán de ejercer sus funciones siendo

sustituídos por sus respectivos suplentes hasta que cumplan con los requisitos mencionados.

Art. 216.- El conjunto de candidatos inscritos para Diputados por las quince circunscripciones, forman las planillas totales respectivas de los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes a favor de las cuales se emite el voto.

Art. 218.- En la solicitud de inscripción de planillas totales de candidatos postulados; se hará mención expresa del Partido o Coalición de Partidos por los cuales se postula. --- No podrá inscribirse la candidatura de una misma persona para el cargo de Diputado, más que por una sola circunscripción.

Art. 239.- El Tribunal elaborará el modelo de las papeletas conforme a las candidaturas inscritas, separando en el frente, claramente, el espacio correspondiente a cada uno de los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes, en el que se imprimirá el nombre del Partido o Coalición, sus respectivos colores, siglas, distintivos o emblemas, las cuales en sus tonalidades y diseños serán previamente aprobados por los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes, a más tardar cuarenta y cinco días antes de la celebración de las elecciones. En este mismo frente se imprimirá el tipo de elección de que se trate. En el reverso, las papeletas llevarán impresos el sello del Tribunal, el escudo de la República, un número correlativo de orden por papeleta y un número que coincida con el de la Junta Receptora de Votos a que corresponde, con un espacio para la firma del Secretario y el sello de la Junta Receptora de Votos correspondiente. Los espacios destinados en la papeleta para cada Partido Político o Coalición, serán sorteados entre los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes, con la presencia de los representantes de éstos ante el Tribunal, en la fecha que indique éste. Los últimos tres dígitos del número correlativo correspondiente al número de orden de las papeletas, impreso en el reverso de éstas deberá ser retirado al ser entregadas al votante. Para tal efecto se perforará la esquina en que estén impresos los últimos tres dígitos de dicho número. El Secretario de la Junta

Receptora de Votos será quien desprenda la esquina perforada en que aparezca[n] los referidos dígitos del número correlativo, y los colocará en un depósito especialmente destinado para ello. Las papeletas de votación para los diferentes tipos de elección deberán estar impresas a más tardar veinte días antes de la celebración de las elecciones de que se trate y en la medida en que se vayan imprimiendo se irá poniendo a disposición, de los Partidos y Coaliciones contendientes así como de la Junta de Vigilancia, un modelo de cada una de ellas [sic] para Presidente y Vicepresidente, Diputados y Concejales Municipales, según el caso, a fin de que éstos constaten que en dichas papeletas estén los símbolos y divisas de los Partidos o Coaliciones contendientes y que no hayan demás [sic]o falte alguno en la papeleta de que trate.

Art. 250 [inc. 1º].- El ciudadano emitirá su voto haciendo cualquier marca, en el espacio del Partido Político o Coalición de su simpatía, que evidencie inequívocamente el voto.

Art. 262 [inc. 6º].- Cuando un partido político o coalición obtenga uno o más Diputados, se entenderán electos los inscritos por orden de precedencia en la planilla.”

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 trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. A. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el ciudadano Félix Ulloa hijo pueden resumirse de la siguiente manera:

a. Violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. por parte de los arts. 211 y 215 inc.

2º núm. 3 del CE. El demandante manifestó que en el texto de los arts. 72 ord. 3º, 126, 151 y 202 Cn. quedan claramente establecidos los requisitos constitucionales que deben reunir los candidatos que se presenten a cada uno

de los tres tipos de elecciones para optar a cargos electivos que contempla nuestro sistema político en el art. 80 Cn.

Cumpliendo con el mandato constitucional –continuó–, todo candidato al cargo de Presidente de la República, además de reunir los requisitos de pertenecer al estado seglar, edad, moralidad e instrucción notarias y el estar en el ejercicio de sus derechos ciudadanos, debe estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente.

A los candidatos a miembros de los concejos municipales –siguió– se les exige ser mayores de 21 años de edad y ser originarios o vecinos del municipio, no así el requisito de estar afiliados a uno de los partidos legalmente reconocidos. Sin embargo, el mismo art. 202 Cn. dejó al legislador secundario la potestad de adicionar dicho requisito cuando en su inc. 2º parte final concluye: “[...] y sus demás requisitos serán determinados por la ley”.

Diferente a los dos casos anteriores –observó– son los requisitos exigidos por nuestra Constitución para ser candidato a diputado (de la Asamblea Legislativa o del Parlamento Centroamericano [PARLACEN]). No se demanda el estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente ni se deja al legislador secundario la facultad de adicionarle más requisitos, como en el caso de los concejos municipales.

Los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, al exigir la postulación por un partido político para ser candidato a diputado al PARLACEN y a la Asamblea Legislativa, violan el art. 126 Cn., que establece de manera taxativa los requisitos que se deben reunir para ser inscrito en dicha candidatura. Por tanto, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de ambas disposiciones del CE.

Aclaró que, con lo expuesto, no estaba expresando ninguna opinión en contra de que los partidos políticos puedan y deban presentar sus propios candidatos. Dichos candidatos los pueden presentar a los electores por medio de planillas totales o parciales. Su opinión es que los candidatos a diputados deben ser inscritos, tanto si los presentan los partidos políticos en sus listas o

planillas como si se presentan por cualquier otro medio expresamente regulado en la ley.

Luego pasó a explicar porque –en su opinión–, además de los anteriores argumentos, el art. 85 Cn. no puede ser invocado para justificar que no se pueda optar a cargos de elección popular sin ser propuesto por un partido político.

(i) Argumento histórico.

La Constitución vigente –reseñó– mantuvo el rango constitucional reconocido a los partidos políticos desde las Constituciones de 1950 y 1962, pero de una manera muy peculiar, al establecer aquélla en su art. 85 que “[e]l sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”.

Una interpretación exegética y “antihistórica” de tal disposición – cuestionó– ha generado un monopolio en la representación de la soberanía popular por parte de los partidos políticos, creando una partidocracia constitucionalmente garantizada, en perjuicio de otras formas asociativas, cuya legitimidad y capacidad de organización y representación está fuera de toda duda.

Explicó que en el período 1982-1983, cuando existía la real posibilidad de acceder al gobierno mediante acciones armadas de grupos insurrectos, plasmar en el texto constitucional la exclusividad de los partidos políticos como únicos instrumentos para la representación del pueblo dentro del gobierno era un esfuerzo por deslegitimar aquéllas opciones.

Para ilustrar lo anterior, citó el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución (IUCEPC): “para la defensa del sistema democrático y, conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen

la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental” (resaltado por el demandante).

Según los constituyentes –explicó–, las instituciones que se podían arrojar la representación eran la “multiplicidad de instituciones que sin formar parte de la estructura gubernamental, influyen la formulación de las decisiones políticas”, de las cuales forman parte “las asociaciones profesionales, gremiales, sindicales y políticas”, las cuales “pueden inclusive llevar a concepciones totalitarias como la de los estados [sic] corporativistas” (IUCEPC).

Finalizado el conflicto e integradas en partidos políticos las organizaciones armadas y las que les servían a éstas de base social, no tiene ningún sentido reclamar ese privilegio para los partidos políticos y negar la participación de otros grupos de ciudadanos que deseen participar con candidatos propios, con fines eminentemente democráticos y representativos, alejados de cualquier propósito reivindicativo, gremial o corporativo, pero que no quieren pasar por las estructuras de los partidos políticos vigentes, por no aceptar las prácticas ni las formas de hacer política de la actual partidocracia.

Por otro lado, argumentó que la Constitución señala, entre los requisitos para ser candidato a Presidente o Vicepresidente de la República, el “estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente” (art. 151), y que, en cambio, cuando se refiere a los diputados al PARLACEN y a la Asamblea Legislativa, no establece tal condición para optar a cualquiera de dichos cargos.

Los mismos constituyentes –insistió– nos confirman que su temor de que el gobierno cayera en manos de organizaciones con vocación totalitaria o corporativista les hizo poner el cerrojo para evitar el acceso al gobierno de personas que no fuesen miembros de un partido político en los requisitos para ser candidato a la Presidencia y a la Vicepresidencia de la República. Ilustró lo anterior con el siguiente pasaje del IUCEPC: “A los requisitos ya establecidos en la Constitución de 1962 se ha agregado el de estar afiliado a

uno de los partidos políticos reconocido legalmente. --- Este agregado está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 85 del proyecto que estatuye que los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno.

La Comisión estima que el Presidente ejerce una alta representación popular y que, por consiguiente, debe pertenecer a un partido político [...]”.

Consideró que la concepción presidencialista de los constituyentes les limitó la perspectiva, al entender “gobierno” como sinónimo de Órgano Ejecutivo. Por ello, al resto de cargos de elección popular, como los diputados, no les exigieron tal requisito, pues en ese momento no recordaron que el gobierno está compuesto de tres órganos fundamentales: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

(ii) El gobierno de El Salvador.

Manifestó que cuando el constituyente se refiere al “gobierno” en el art. 85 Cn., lo entiende como sinónimo de Órgano Ejecutivo, considerando que se debía blindar la “alta representación popular” que ejerce el Presidente de la República, imponiendo como requisito para presentarse como candidato a ese cargo el pertenecer a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente.

Los constituyentes sabían muy bien que el único cargo electivo que exigiría la afiliación a un partido político era el de Presidente de la República, pero cometieron el error de escribir “gobierno” cuando estaban pensando en el máximo representante del

Órgano Ejecutivo. Esta situación ha permitido que el legislador secundario violente el derecho político de los ciudadanos a optar a cargos públicos que consagra el art. 72 ord.3º Cn., al obligar mediante las normas del Código Electoral impugnadas a afiliarse a un partido político para optar al cargo de diputado. Y la violación a este derecho constitucional –insistió– se muestra claramente cuando, interpretando incorrectamente el art. 86 inc. 2º Cn., el legislador exige a los candidatos a diputados su afiliación partidaria, pero no a los miembros del Órgano Judicial, que según el art. 86 inc. 2º Cn. es

uno de los tres órganos fundamentales del gobierno. Por lo que la disyuntiva queda palmariamente “desnuda”: o se exige a los candidatos que se presentan para optar a cargos de los tres órganos fundamentales del gobierno el estar afiliados a un partido político –lo cual sería una “lectura exegética” y ajena al espíritu de la norma constitucional–, o no se hace tal exigencia a los aspirantes al cargo de diputado o de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, entendiendo que la misma es exclusivamente para el cargo de Presidente de la República –tal como consigna el art. 151 Cn.–.

(iii) El Derecho Internacional y la protección de los derechos humanos.

El derecho a elegir y a ser electo –dijo– es un derecho humano fundamental.

Seguidamente, citó el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por diversas razones –manifestó– algunos Estados condicionan o limitan el ejercicio pleno de tal derecho, como es el caso de nuestro país. En la protección de derechos fundamentales que las normas del Derecho interno –por las razones que fuere– no garantizan plenamente, el Derecho de los derechos humanos provee herramientas interpretativas que son aplicables a la protección de derechos políticos y electorales.

Entre ellos citó el principio “pro homine”, según el cual, siempre que haya una relación conflictual entre el Estado y el ciudadano, se presume que el Estado violenta los derechos del particular.

Por otro lado, manifestó que era conveniente examinar a nivel de Derecho comparado cómo otros sistemas jurídicos han evolucionado, favoreciendo la participación ciudadana en la vida política e institucional de la sociedad democrática.

Citó el caso de México, que incluyó el principio de la interpretación expansiva en su reforma constitucional de 2007. Además, comentó el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6-VIII-2008, Serie C N° 184, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló que el Estado mexicano debía modificar su legislación interna, a manera de

garantizar los derechos político-electorales de sus ciudadanos que, por no pertenecer a un partido político, se sienten afectados en los mismos. Por último, mencionó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, para el Estado de Yucatán, que la Constitución no prohíbe las candidaturas independientes para cargos de elección popular.

Siguió diciendo que el art. 144 Cn. obliga a modificar las normas infraconstitucionales del CE que contravengan lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Al respecto, mencionó que el art. 23.2 de la CADH, que regula los derechos políticos, establece: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Es decir que, dentro del marco regulatorio de los derechos políticos a elegir y a ser electo, no se considera la obligación de afiliación partidaria que ha impuesto el CE. Además, consideró que se debía tomar en cuenta el compromiso asumido por los Estados signatarios de la CADH de adecuar sus normas de Derecho interno a la misma (art. 2).

Por las razones anteriores, solicitó a esta Sala que declare la inconstitucionalidad de los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE. Agregó que, entonces, las candidaturas de los ciudadanos que deseen postularse como candidatos a diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN pueden presentarlas tanto los partidos políticos como cualquier otra entidad u organización de conformidad con la ley, garantizándoseles el derecho a optar a cargos públicos (art. 72 ord. 3º Cn.).

b. Violación a los arts. 78 y 80 inc. 1º Cn. por parte de los arts. 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE.

Manifestó que el art. 78 Cn. establece que el voto será libre, directo, igualitario y secreto. De estas cuatro características, cuya observancia es la base misma de nuestro sistema de democracia representativa, la segunda —el

carácter directo— está siendo violada por los artículos mencionados del CE, relativos a elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN. Concretamente, se obliga a los ciudadanos a votar por un partido o coalición, no por los candidatos, que son los depositarios de la voluntad popular delegada por el pueblo soberano al momento de emitir su voto.

Por otro lado, señaló que el art. 239 inc. 1º del CE interpone al partido político o coalición contendiente entre el elector y los candidatos inscritos, violentando la naturaleza directa del voto, o sea, de poder votar por el candidato de la preferencia del elector; hecho que se consuma con el art. 262 inc. 6º del CE. Es decir que la elección ya fue realizada por el partido político o coalición, y cuando el ciudadano marca en la papeleta de votación las siglas y emblema del partido político o coalición, lo que hace es validar o legitimar la elección hecha previamente por ambas entidades. El ciudadano no vota por su representante, sino por un sujeto intermediario llamado “partido político” o “coalición”, quien, a su vez, ya hizo la elección del orden en que los candidatos ocuparán los puestos que gane el partido político o coalición.

Añadió que con el sistema actual de planillas, establecido en los arts. 215, 216 y 218 del CE, los partidos políticos se han vuelto intermediarios de la representación popular, base fundamental de la democracia representativa. Son ellos los que eligen y priorizan el orden de prelación mediante el actual sistema de planillas cerradas y bloqueadas.

Sin desconocer —acotó— el derecho que tienen los partidos políticos y coaliciones de proponer candidatos a diputados y a concejos municipales mediante listas electorales, es necesario, en relación con la característica del voto de ser directo, que se cambie el sistema inconstitucional de planillas bloqueadas y cerradas y se devuelva a los ciudadanos la facultad soberana garantizada por nuestra Constitución y los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país de elegir libremente a nuestros representantes. Ello sólo será posible si se permite la elección de diputados

mediante listas abiertas, para que el elector vote directamente por el candidato de su preferencia.

Por las razones anteriores, pidió a esta Sala que declare inconstitucionales las mencionadas disposiciones del CE que violan el derecho constitucional a votar de forma libre y directa.

B. a. Mediante auto pronunciado el 8-I-2010, este Tribunal previno al demandante para que: (i) manifestara si el art. 80 inc. 1º Cn. era invocado como parámetro de control y, de ser así, atribuyera el contenido necesario y estableciera cuál de las disposiciones impugnadas era la que lo vulneraba, así como los argumentos que hicieran evidente la supuesta vulneración, y (ii) manifestara si impugnaba los arts. 215, 216, 218 y 250 del CE, y en caso de ser así, les atribuyera el contenido normativo, expresara el parámetro de control supuestamente vulnerado y las razones que hicieran evidente la confrontación normativa.

b. Por medio de escrito presentado el 21-I-2010, el ciudadano Félix Ulloa intentó subsanar las anteriores prevenciones, manifestando –con respecto a la primera– que el art. 80 Cn. es la norma que determina quiénes son los funcionarios que sustentan su origen en la voluntad popular. Quiere decir que el resto de normas constitucionales que regulan los procesos en los cuales se materializa la elección popular están vinculadas con aquélla “norma esencial”, sin la cual tales normas no tendrían ningún “sustento político” ni “constitucional”. Entonces, si la “norma genérica” del art. 80 Cn. es la que da lugar a otras regulaciones normativas que materializan lo preceptuado en ella, la vulneración por el legislador secundario –a través de los arts. 211, 215, 216 y 218 del CE– de las normas constitucionales que desarrollan sus preceptos como el art. 126 Cn. de igual manera violentan el art. 80 Cn.

En relación con la segunda prevención, manifestó que impugnaba el art. 250 inc. 1º del CE porque obliga al ciudadano a emitir su voto por un partido político o coalición, privándolo de dar su voto en forma directa, como ordena el art. 78 Cn.

Finalmente, expresó que impugnaba el “sistema de planillas” que establecen los arts. 215, 216 y 218 del CE. Dicho sistema obliga al ciudadano a votar por una planilla inscrita por un partido político o una coalición, no permitiendo votar por un candidato determinado; lo que viola el art. 78 Cn., según el cual el voto debe ser directo.

Agregó que los arts. 215, 216 y 218 del CE son contradictorios entre sí, ya que, mientras el art. 215 del CE exige en forma exagerada que el candidato personalice su identidad –supuestamente con el propósito de que se cumpla con el requerimiento constitucional del voto directo–, el art. 216 del CE anula totalmente tal posibilidad, por el hecho de que el candidato ingresa a una lista cerrada en la que su nombre ha desaparecido. Así, en el momento de la emisión del sufragio por parte de los ciudadanos, el candidato ha desaparecido como persona, habiendo sido sustituido por la bandera de un partido.

También señaló que, cuando el ciudadano llega a una mesa de votación, le ofrecen una papeleta que contiene unos signos convencionales que identifican a los partidos y se le exige que marque tales signos, aquél no sabe quién o quiénes son las personas que están escondidas detrás de esos signos. Su voto no es libre ni directo. Si la libertad consiste en que a nadie se le puede constreñir más allá de lo legítimo y razonable, el ciudadano no es libre cuando se le exige que avale a una persona que no conoce, y si, además, no encuentra a la persona que desea que la represente, su voto no es directo. O sea que la figura central del sistema político salvadoreño, que es la democracia representativa, desaparece.

C. Por medio de Auto de 24-III-2010, esta Sala declaró improcedente la supuesta violación de los arts. 211, 215, 216 y 218 del CE al art. 80 inc. 1º Cn., la cual el actor fundamentaba en que, si esta disposición constitucional era la “norma primaria” en cuanto al origen popular de los cargos de gobierno, al violar aquéllas disposiciones legales el art. 126 Cn. que es desarrollo del art. 80 inc. 1º Cn. también violan éste.

El rechazo de este Tribunal se basó en que ninguna disposición constitucional puede ser considerada como de rango superior o como “norma primaria” de la cual derivan otras normas constitucionales. Otra cosa es que se pueda comparar el grado de apertura o de abstracción de una disposición constitucional respecto al de otra.

2. La Asamblea Legislativa rindió el informe que establece el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.) en los siguientes términos:

A. Consideró que no existe la inconstitucionalidad de los arts. 211 y 215 del CE por violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., ya que el art. 85 Cn. expresa claramente que los partidos políticos son el único medio para el ejercicio de la representación del pueblo. En consecuencia, los requisitos exigidos en los arts. 211 y 215 del CE son un desarrollo expreso del art. 85 Cn. Por consiguiente, ni la mención expresa del partido político o coalición por la cual se postulan los candidatos a diputados al PARLACEN, ni la certificación del punto de acta en el que consta la designación del candidato postulado a diputado para la Asamblea Legislativa, son inconstitucionales.

B. En cuanto a la inconstitucionalidad de los arts. 239 y 262 inc. 6º del CE por supuesta violación al art. 78 Cn., invocó nuevamente el art. 85 Cn., en el sentido de que el sistema político pluralista se expresa por medio de los partidos políticos, no por los hombres en forma individual. Por consiguiente, si se aceptara la lista abierta que propone el demandante, donde el elector, además de poder excluir candidatos y variar el orden, puede introducir nuevos nombres, se violentaría el art. 85 Cn.

C. En relación con la inconstitucionalidad del art. 250 inc. 1º del CE por la supuesta violación al art. 78 Cn., opinó que la misma no existe, ya que aquella disposición está acorde con el art. 79 Cn., el cual en ningún momento habla de persona en particular.

D. Finalmente, sobre la inconstitucionalidad de los arts. 215, 216 y 218 del CE por supuesta violación al art. 78 Cn., se limitaron a manifestar que la misma no existe, invocando nuevamente el art. 85 Cn.

Por las razones anteriores, concluyeron que no existen las vulneraciones constitucionales atribuidas a los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE.

3. El Fiscal General de la República emitió su opinión, requerida de conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., en los siguientes términos:

A. Violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. por parte de los arts. 211 y 215 del CE.

Manifestó que las disposiciones impugnadas contemplan los requisitos que debe cumplir todo ciudadano para optar a cargos públicos (derecho al sufragio pasivo [art. 72 ord. 3º Cn.]). Al respecto, explicó que todo ciudadano, siempre que cumpla con los requisitos que para tal efecto se han señalado, se puede presentar como candidato a ocupar un cargo público.

En ese sentido, por elección popular se elige –entre otros– a los diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN –según el art. 80 Cn.–, lo cual implica que, para optar a un cargo, no puede accederse si no es a través de un partido político y por voto popular –como lo regula el art. 85 Cn.–. Como se trata de cargos caracterizados por un alto poder de mando y decisión, se encuentran sujetos al principio de representatividad, propio de un régimen constitucional democrático y pluralista.

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la Sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-99, relativo a la libertad de configuración del legislador, expresó que el establecimiento de requisitos adicionales por parte del legislador para un adecuado ejercicio del derecho a optar a un cargo público no contraviene los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., pues cualquier ciudadano, cumpliendo dichos requisitos, puede ejercer el derecho a optar a un cargo público.

B. Violación al art. 78 Cn. por parte de los arts. 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE.

Comentó que el art. 262 inc. 6º del CE potencia la autonomía de los partidos políticos, ya que les permite postular a aquellos candidatos que consideran reúnen las condiciones y aptitudes necesarias para ocupar un puesto en el parlamento; situación que no se convierte en obstáculo para que los electores tengan la verdadera oportunidad de elegir a las personas que por sus méritos consideran que deben ocupar el cargo. Los partidos políticos son los medios por los que se canaliza la participación y voluntad de los ciudadanos en los actos estatales, sin que esto implique que los partidos políticos son los órganos del Estado que resuelven en nombre de éste.

Señaló que el constituyente consideró necesario elevar a categoría constitucional a los partidos políticos y citó la Sentencia de 26-VI-2000, Amp. 34-A-96 (Considerando II.1). Se trata, entonces, de que únicamente por medio de un partido político se está constitucionalmente legitimado para ingresar a un cargo público; “no existiendo” las denominadas candidaturas independientes.

Por las razones anteriores, solicitó a esta Sala que declare que no existen las inconstitucionalidades de los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE por violación a los arts. 72 ord. 3º, 78 y 126 Cn.

II. Habiendo expuesto los argumentos de los sujetos intervinientes en el presente proceso, se precisarán, depurarán y ordenarán los motivos de inconstitucionalidad señalados en la demanda (II.1.A), luego se enunciarán aquellos motivos que son susceptibles de ser resueltos en el fondo (II.1.B), y por último, se indicará el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo (II.2).

1. A. a. Advierte esta Sala que el ciudadano Ulloa ha sometido a control de constitucionalidad los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, por considerar que violan el derecho a optar a cargos públicos, al exigir más requisitos que los establecidos en los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn, para los cargos de diputado a la Asamblea Legislativa y al

PARLACEN.

Ahora bien, teniendo en cuenta los motivos de impugnación, una mera interpretación gramatical indica que en el caso del art. 211 del CE la impugnación realmente va dirigida únicamente en contra de su inc. 1º. Mientras que en el caso del art. 215 inc. 2º del CE la impugnación se dirige no sólo en contra de su núm. 3, sino también en contra de su núm. 5. Por consiguiente, en el presente proceso, esta Sala conocerá y se pronunciará sobre la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE, por violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. En cambio, deberá sobreseerse la supuesta inconstitucionalidad del art. 211 inc. 2º del CE por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.

b. El demandante también ha impugnado los arts. 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE por estimar que vulneran el art. 78 Cn., ya que el sistema de listas obliga a los ciudadanos a votar por un partido político, y no puede hacerse por los candidatos individualmente considerados, lo cual contradice el carácter libre y directo del derecho al sufragio activo.

(i) Sin embargo, una interpretación gramatical de los arts. 215, 218 y 239 del CE, aunado al motivo de impugnación, llevan a la conclusión inequívoca de que sólo una parte de aquéllos se está sometiendo a control: en el caso del art. 215 CE sólo su inc. 2º núms. 3 y 5; en el caso del art. 218 CE sólo su inc. 1º, y en el caso del art. 239 CE sólo su inc. 1º.

Por lo anterior, deberá sobreseerse la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 1º, inc. 2º núms. 1, 2 y 4 e inc. 3º, 218 inc. 2º y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del CE, por la supuesta violación al art. 78 Cn.

(ii) Por otro lado, se advierte que el actor, en su libelo, plantea la violación de los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º CE al art. 78 Cn. aparentemente por diversos motivos.

No obstante, estudiando cada uno de los argumentos por los cuales se someten a enjuiciamiento constitucional dichos preceptos, se concluye sin mucha dificultad que a todos ellos se les efectúa el mismo reproche: la violación al carácter libre y directo del derecho al sufragio activo, en la medida

en que aquéllos establecen el sistema de lista, el cual obliga a los electores a votar por un partido político, y no pueden hacerlo por candidatos individualmente considerados.

En razón de lo anterior, no tiene sentido e iría en contra de la economía procesal, analizar por separado cada disposición impugnada con respecto al parámetro de control comúnmente propuesto. Por ello, esta Sala conocerá y resolverá sobre la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, que configuran el sistema de lista para elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN, por violación al art. 78 Cn.

c. Finalmente, también se observa que el demandante ha impugnado los arts.

215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, por considerar que establecen un sistema –el de “lista cerrada y bloqueada”– que no permite a los ciudadanos expresar preferencias con respecto a los candidatos a diputados.

(i) Ahora, si bien el reproche aludido lo hace el actor de forma genérica –tanto en su demanda como en el escrito de subsanación de prevenciones–, esta Sala advierte que no todas las disposiciones legales antedichas son constitutivas de ese sistema de candidatura, por lo que es necesario delimitar el objeto de control en ese punto.

Haciendo una interpretación gramatical y sistemática de las disposiciones aludidas, se concluye que únicamente los arts. 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE regulan el sistema de lista cerrada y bloqueada, no así los arts. 215, 216 y 218 inc. 1º del CE, que se refieren al sistema de lista en general sin especificar el tipo de lista, y los arts. 218 inc. 2º y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del CE, que atañen a otros aspectos del sistema electoral.

En razón de lo anterior, deberá sobreseerse la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215, 216, 218 y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del CE, en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada, por violación al art. 78 del CE.

(ii) Por otro lado, hay que hacer notar que el sistema de lista cerrada y bloqueada lo configuran varias disposiciones, formando un todo coherente y sistemático. Por ende, no es posible ni tendría sentido tomar alguna de dichas disposiciones aisladamente, sino que, para apreciar los términos de impugnación del actor, es forzoso referirse a ellas en bloque. Ahora bien, entre ellas la disposición que establece el sistema de lista cerrada y bloqueada es el art. 262 inc. 6º del CE. Las demás disposiciones (arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º CE), asumiendo ese sistema, complementan el art. 262 inc. 6º del CE.

En virtud de lo anterior, por economía procesal, el análisis deberá circunscribirse a determinar si el art. 262 inc. 6º del CE viola el art. 78 Cn., y sólo en caso de estimarse la alegación, se pasaría a determinar si, por su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, también debe declararse la inconstitucionalidad de los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del CE por violación al art. 78 Cn.

B. Habiendo precisado, depurado y ordenado la pretensión, y teniendo en cuenta el auto pronunciado por esta Sala el 24-III-2010, mediante el cual se admitió la demanda, los motivos susceptibles de ser resueltos en el fondo se circunscriben a: a. La supuesta inconstitucionalidad de los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE, por establecer más requisitos que los señalados en los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., para optar a los cargos de diputado a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN.

b. La supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, que establecen el sistema de lista para elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN, ya que dicho sistema contradice el carácter libre y directo que debe tener el derecho al sufragio activo según el art. 78 Cn., en la medida en que obliga al ciudadano a votar por partidos políticos, sin que pueda hacerlo por candidatos individualmente considerados.

c. La supuesta inconstitucionalidad del art. 262 inc. 6º del CE (y disposiciones conexas), que establece el sistema de lista cerrada y bloqueada

para elecciones de diputados, ya que en dicho sistema los partidos políticos establecen el orden de los candidatos, lo cual impide a los ciudadanos expresar preferencias entre ellos, contradiciendo así el carácter “libre” y “directo” que debe tener el derecho al sufragio activo según el art. 78 Cn.

2. Esta Sala, a fin de establecer un marco conceptual adecuado para resolver la cuestión de fondo, con base en la doctrina y la jurisprudencia constitucional, comenzará haciendo una breve exposición de los siguientes tópicos: el principio de soberanía popular (III. 1), la representación política (III. 2), el derecho al sufragio activo y pasivo (III. 3 y III. 4) y la función de los partidos políticos en la democracia representativa (III. 5).

Finalizada esta exposición, pasará a resolver las cuestiones de fondo sometidas en esta oportunidad a su conocimiento: primero, si los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE, violan los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. (IV); segundo, si el sistema de lista, establecido en los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, viola el carácter libre y directo del sufragio (V), y tercero, si el sistema de lista cerrada y bloqueada, establecido en el art. 262 inc. 6º del CE (y disposiciones conexas), viola el carácter libre y directo del sufragio (VI); tras lo cual se emitirá el fallo que constitucionalmente corresponda.

III. 1. El principio de soberanía popular se encuentra consagrado en la segunda frase del art. 83 Cn., el cual establece: “La soberanía reside en el pueblo [...]”. Esto significa que pueblo es el titular del poder soberano, en el sentido de que todas las normas jurídicas y cargos públicos que ejercen poder real emanan directa o indirectamente de la voluntad popular.

La soberanía popular implica que la gestión de los asuntos públicos afecta a la generalidad, y en esa medida, tiene interés en la misma. Por ello, el destino de la sociedad debe ser decidido por todos sus integrantes, debiendo reconocerse a cada ciudadano un voto con el mismo valor. En otras palabras: (i) las decisiones generales que afectan el destino colectivo debe tomarlas el pueblo; (ii) todos los cargos que ejercen poder público deben ser

de elección popular o derivados de los cargos de elección popular; y (iii) las decisiones las toma la mayoría, atendiendo a sus intereses, pero con respeto a las minorías.

2. A. En los Estados modernos, con amplios territorios y poblaciones, así como con variados y complejos asuntos a decidir, el ejercicio continuo del poder por parte del pueblo –o democracia directa– es imposible en la práctica, ya que requeriría de una comunicación recíproca perfecta y la actuación simultánea de todos. Esto obliga a recurrir a personas que se dediquen enteramente a ello. Se dice, por tal razón, que la representación política surge de la actuación conjunta del principio democrático y del principio de la división del trabajo. Así, se llega al concepto de democracia representativa (art. 85 incs. 1º y 2º Cn.).

Pero no sólo razones técnicas y sociológicas militan a favor de este modelo de democracia, sino también razones teóricas, a saber: la representación es la que permite que el gobierno pueda armonizar diversos intereses en juego en una sociedad plural, que haya una actividad permanente de integración de la población en el Estado y que se garantice la libertad a través de la separación efectiva entre gobernantes y gobernados.

En todo caso, la democracia representativa no es incompatible con ciertas formas semidirectas, como las consultas populares (referéndum o plebiscito [por ejemplo, el art. 89 inc. 3º Cn.]), en las que el pueblo se manifiesta directamente. Pero –se recalca– la forma ordinaria de ejercicio actual de la soberanía es indirecta: a través de elecciones periódicas en las cuales los ciudadanos eligen representantes, que son los que realmente toman las decisiones sobre los asuntos públicos en nombre de aquéllos.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que los componentes de la democracia representativa son los siguientes: (i) elección libre: que todo aquél que desee ser electo a un cargo público pueda aspirar a serlo, y que todo el que quiera votarlo pueda hacerlo; lo que dota de validez a la representación; (ii) mandato libre: que el representante pueda elegir sin influencia u orientación

alguna entre distintas opciones (sobre este punto se profundizará seguidamente); (iii) regla de la mayoría: prevalece la decisión que cuenta con más apoyos, aunque respetándose los derechos de las minorías; y (iv) imputación: aunque la decisión la tome la mayoría, se atribuye y obliga a la generalidad.

B. La teoría clásica de la representación política postula que los ciudadanos iguales entre sí– eligen con total y absoluta libertad a sus representantes, sin otra guía más que su criterio y en perfecto aislamiento. El Estado no debe interferir en el libre juego de las fuerzas sociales, ni puede permitir que éstas mediaticen las decisiones de los individuos, ya que la voluntad política de éstos es legítima, sólo cuando actúan como ciudadanos.

Algo parecido a lo anterior sucede con los representantes, quienes – según dicho enfoque tradicional de la representación– se dice que no están sometidos a mandato imperativo alguno (primera frase del art. 125 Cn.), sino que resuelven según su criterio, solos y en completa libertad. En otras palabras, ninguna instrucción de los ciudadanos que lo eligieron vincula al representante. Ello porque no se designa a un especialista para darle indicaciones de cómo debe actuar. Además, aunque sólo una parte del pueblo lleve al representante al poder, éste es representante de todos y debe actuar como tal. De lo contrario, la voluntad que se expresa con la representación no sería la voluntad de todo el pueblo.

El representante tampoco está vinculado jurídicamente a las decisiones del partido político que lo postuló. Esto explica que los partidos no puedan despojar a un representante de su mandato, sino sólo excluirlo de la lista de candidatos en futuras elecciones. De esa manera, se pone un límite formal a la tendencia en la práctica de que los representantes obedezcan las decisiones del partido al que pertenecen, garantizándose así de manera formal que decidan libremente y que actúen en forma directa en interés de los electores.

3. Pasemos ahora –según el orden propuesto– a analizar con mayor detalle el derecho al sufragio activo (art. 72 ord. 1º Cn.).

A. El derecho al sufragio descansa sobre tres elementos: el principio de soberanía popular; la democracia como forma de gobierno; y la representación política.

Lo anterior se afirma porque la elección popular de los gobernantes sirve, tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno, como para que los gobernantes ejerzan la calidad de representantes del mismo.

El sufragio también se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política. Así concebido, el sufragio se puede definir como un procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente, a fin de designar a los titulares del poder político (sufragio electoral).

En el cuerpo electoral debemos entender comprendidos a todos los salvadoreños aptos para votar, esto es, los mayores de edad, inscritos en el registro electoral y en el pleno goce de sus derechos políticos (arts. 71-77 Cn.).

B. En la Sentencia de 26-VI-2000, Inc. 16-99, se señaló que el derecho al sufragio tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo.

Según el primero, el sufragio aparece como una facultad del ciudadano (derecho de libertad) garantizada por el ordenamiento jurídico. También son expresión de este sentido subjetivo las facultades de elegir y de presentarse como candidato. Conforme al segundo, el derecho al sufragio es un principio básico del ordenamiento democrático.

Visto como principio, el sufragio tiene una dimensión institucional indiscutible que radica en el hecho de que sin sufragio no hay democracia.

Pero para considerar, además, que el ejercicio del sufragio es democrático, debe garantizarse que éste sea popular, directo, libre, igual y secreto (art. 78 Cn.).

a. Popular (o universal).

Significa que el derecho al sufragio se reconoce a todos los miembros del cuerpo electoral, sin que pueda hacerse ninguna distinción por razón de raza, sexo, religión o cualquier otro motivo de diferenciación arbitraria. Son

compatibles con el carácter universal del sufragio las regulaciones o restricciones a su ejercicio que atiendan a circunstancias objetivas, tales como: la inscripción en el registro electoral, la edad, la capacidad o el pleno goce de los derechos políticos.

b. Directo (o de primer grado).

Implica que los ciudadanos eligen a sus representantes (a la mayoría, por lo menos) sin intermediación alguna. Se contrapone al voto indirecto (o de segundo grado), en el cual los ciudadanos eligen a un colegio electoral, que determina finalmente la elección de los representantes (en la que podrían haber más de dos grados). El carácter indirecto del voto podría ser formal (la decisión de los electores primarios vincula al colegio electoral) o material (la decisión de los electores primarios no vincula al colegio electoral).

c. Libre.

Supone que los ciudadanos votan sin que intervenga recompensa, castigo o presión alguna por el sentido de su voto y con plena capacidad de opción (votar sí o no, en caso de referéndum; por uno u otro candidato, en caso de elecciones; y abstenerse o votar en blanco, en cualquier caso). Pero para hablar de elecciones libres se requiere de otras condiciones, tales como: un sistema de derechos fundamentales (libertad de expresión e ideológica, derechos de asociación, información, reunión y manifestación, etc.), pluralismo político, acceso abierto al proceso electoral, partidos en competición, libre presentación y concurrencia entre las candidaturas, libre desarrollo de la campaña electoral y la posibilidad real de decidir sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público.

d. Igual.

Postula que el voto de todos los ciudadanos tiene la misma influencia ("igualdad cuantitativa"). Se opone al voto de clase (subdivisión del electorado en grupos de desigual composición que eligen números fijos de representantes) y al voto plural (otorgamiento a una persona de más de un voto en razón de su pertenencia a un grupo).

La igualdad tiene incidencia en la organización electoral, específicamente en lo relativo al tamaño de las circunscripciones electorales. Como regla general, para garantizar la igualdad del voto, las circunscripciones deben distribuirse de tal forma que se logre una relación entre la decisión del electorado y el número de representantes que se asignan a cada circunscripción territorial, tomando como base la población.

e. Secreto.

Mediante esta garantía se hace efectiva la libertad del voto, y consiste en que bajo ninguna circunstancia debe revelarse el sentido del voto de nadie. Esta característica se opone a toda forma de voto abierto (por escrito) o público (cantado o a mano alzada). Se asegura mediante la utilización de papeletas oficiales, cabinas oscuras, urnas selladas, etc., y su violación también se encuentra penada (art. 295 letra h] del Código Penal).

4. Habiéndonos referido a la dimensión activa del derecho al sufragio, se procede ahora a examinar su dimensión pasiva.

El derecho al sufragio pasivo o derecho a optar a cargos públicos se encuentra formulado de una manera amplia en el art. 72 ord. 3º Cn., por lo que –como se dijo en la Sentencia de 20-VIII-2009, Amp. 535-2004 (Considerando II.3.A.a) habrá de entenderse como “cargos públicos”, tanto los que deben ocuparse por decisión directa del cuerpo electoral, como los de elección secundaria o indirecta a través del órgano competente.

Enfocado en los cargos de elección popular, el derecho al sufragio pasivo consiste en el derecho a ser elegible. Ahora bien, como para ser elegible es necesario ser proclamado candidato, el derecho en análisis supone primeramente el derecho a presentarse como candidato en las elecciones.

En todo caso, el aspecto central del sufragio pasivo y que lo hace democrático – al igual que en el sufragio activo– es que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, tengan la oportunidad de ejercerlo. Ello no es incompatible con el cumplimiento de determinados requisitos de origen constitucional o legal. Pero, obviamente, tanto los requisitos a cumplir como la

forma de acceder a los cargos varían, dependiendo del tipo de funciones a desempeñar en cada caso.

Establecido lo anterior, puede decirse que el reconocimiento constitucional del derecho al sufragio pasivo va encaminado a la protección, por un lado, de la oportunidad de todo ciudadano a participar en la gestión democrática de los asuntos públicos, y por otro lado, indirectamente, a la protección de la regularidad de los procesos electorales.

5. De acuerdo con el orden propuesto, el último punto a abordar dentro del marco conceptual es el de la función de los partidos políticos en la democracia representativa.

A. Como punto de partida, podemos definir a los partidos políticos como una asociación de individuos unidos por la defensa de unos intereses, organizada internamente mediante una estructura jerárquica y de reparto de funciones, con vocación de permanencia y cuya finalidad es la de alcanzar el poder, ejercerlo y desarrollar un programa político.

En Teoría Política existe consenso de que los partidos políticos son necesarios para el funcionamiento de la democracia en las condiciones actuales de las sociedades.

Primero, porque obviamente los partidos en general no pueden dejar de existir, pues siempre habrá partidarios de opciones diversas de las distintas corrientes de pensamiento, que se asocian y coordinan. Segundo, porque –en las sociedades de hoy– los individuos no pueden influir en el poder ni ejercerlo aisladamente; para ello es necesario contar con una organización homogénea de personas que actúan con cierta unidad, al menos en el nivel donde se toman las decisiones.

Por lo anterior, puede afirmarse que los partidos políticos son instrumentos cualificados de la representación política, en el sentido de que sirven para recoger las demandas de los individuos y grupos sociales y presentarlas a toda la población, para que ésta vote a favor o en contra. Esto

explica por qué las Constituciones democráticas reconocen a los partidos políticos.

B. Entonces, los partidos políticos son necesarios en las sociedades contemporáneas para que el pueblo pueda manifestar su voluntad dentro de un proceso organizativo, que formalmente se realiza a través del Derecho Electoral y materialmente a través de la acción de los partidos políticos. Éstos concretan el principio democrático realizando las siguientes funciones específicas:

a. Agrupan las propuestas de solución sobre la problemática nacional que vienen de toda la población; sólo así es posible elegir entre dichas propuestas.

b. Canalizan las aspiraciones y pretensiones de los ciudadanos y de los distintos sectores sociales, dándoles la forma de un programa político coherente y realizable.

Además, provocan actitudes y participación políticas en la población.

c. Formulan programas políticos que compiten con otros y tienen por objeto, tanto darles más criterios a los ciudadanos para analizar los problemas sociales – formando así opinión pública– como inspirar las acciones del Estado desde el gobierno o la oposición. Además, los programas sirven para armonizar los intereses parciales de los distintos sectores, reduciendo así la fragmentación social que puede generar rupturas en el sistema político.

d. Elaboran listas de candidatos, de las cuales saldrán los futuros representantes, seleccionando y formando así a las élites del sistema político. Además, la presentación de candidaturas facilita la elección, en cuanto permite conocer la ideología de los partidos y los distintos candidatos.

e. Informan comprensiblemente a la población sobre los complejos asuntos nacionales y advierten a la ciudadanía sobre la conveniencia o no de determinadas acciones de gobierno; todo a fin de que el voto sea más racional.

f. Ofrecen al electorado su capacidad organizativa, lo cual permite que los deseos de la población se realicen en mayor medida y en proporción a los resultados electorales.

g. Todos los partidos, sean de gobierno o de oposición, refuerzan el sistema político, haciéndolo estable y garantizando de esa manera su propia supervivencia.

h. Propician la defensa del sistema democrático pluralista y representativo.

C. Las Constituciones democráticas contemplan la figura de los partidos políticos desde dos perspectivas:

Por un lado, como una concreción del derecho fundamental a asociarse (art. 72 ord. 2º Cn.), que se ejerce con la finalidad de colaborar en la formación de la voluntad política, con base en una tendencia ideológica o un conjunto de creencias sobre aspectos políticos y socioeconómicos –entre otros–, que aspiran a influir en la formación de la voluntad estatal (Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004 [Considerando VII.2.A]). En tal derecho se aprecian dos vertientes: una individual, relativa al derecho de cada persona aisladamente considerada, y otra colectiva, que implica el libre desenvolvimiento de la asociación como persona jurídica dentro de la licitud de sus fines. Ello hace de los partidos políticos asociaciones con restricciones en cuanto a sus objetivos, pero también con ventajas (por ejemplo, monopolio para la presentación de ciertas candidaturas [art. 151 Cn.], subvención para campañas electorales [art. 210 Cn.], etc.)

Por otro lado, el partido se mira como un componente esencial del sistema democrático, cuya finalidad es la de contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo. Como se expresó en la Inc. 11-2004 citada (Considerando VII.3), cuando el art. 85 inc. 2º Cn. señala que los partidos políticos “son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”, ello implica que son los medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad

del poder estatal. Además, los partidos políticos son los que, por su condición de mediadores, llevan el pluralismo político hacia las instituciones.

Desde luego, la regulación constitucional de los partidos políticos también es objeto de desarrollo legal, el cual, con mayor o menor detalle, se ocupa de los derechos y obligaciones de los partidos políticos, las relaciones entre afiliados y partido y la conformación de sus órganos de gobierno.

Pues bien, la regulación tanto constitucional como legal de los partidos políticos conforma su estatus de libertad externa e interna. El primer estatus se refiere a la autonomía de los partidos políticos frente al Estado y a los demás partidos en cuanto a su creación, existencia y actividades. El segundo estatus alude a que un proceso genuinamente democrático debe ser libre desde su origen (frase 2ª del inc. 2º del art. 85 Cn.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los partidos políticos, se ha dicho que son órganos que cumplen una función constitucional (la de contribuir a formar la voluntad política del pueblo), pero no son órganos del Estado. Son, más bien, grupos libremente formados que enraízan en la esfera sociopolítica, llamados, por ello, a cooperar en la formación de la voluntad política del pueblo y a incidir en la estatalidad institucionalizada. Debe recalcarse que, para que los partidos cumplan su función, es importante que se asienten sobre los valores de un orden democrático, libre y pluralista.

IV. Habiendo establecido las anteriores premisas normativas, jurisprudenciales y doctrinales, se pasará ahora a resolver la primera cuestión de fondo: si los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE son inconstitucionales, en la medida en que, para elecciones a diputados de la Asamblea Legislativa y el PARLACEN, exigen más requisitos que los establecidos en los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.

1. El ciudadano Ulloa fundamenta la supuesta inconstitucionalidad de las disposiciones legales antedichas –entre otros– en los siguientes argumentos: (i) la Constitución, en sus arts. 72 ord. 3º y 126, no exige estar afiliado o ser postulado por un partido político para ser candidato a diputado

de la Asamblea Legislativa y el PARLACEN, ni faculta al legislador secundario a adicionar más requisitos que los que ella misma establece; (ii) mientras que para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República la Constitución previó expresamente el requisito de estar afiliado a un partido político (art. 151 Cn.), para el cargo de diputado no lo hizo (art. 126 Cn.); (iii) debido a su concepción presidencialista, el constituyente utiliza en el art. 85 inc. 2º Cn. el término “gobierno” como sinónimo de Órgano Ejecutivo, y (iv) el art. 23 de la CADH no permite reglamentar el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por razón de afiliación partidaria.

Conforme al examen de las confrontaciones internormativas propuestas por el actor, se estudiará también cada uno de los anteriores argumentos.

2. Se comenzará por analizar el contenido normativo de la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., en virtud de que éste se integra con las disposiciones constitucionales invocadas como parámetro de control.

A. La disposición precitada establece que: “[e]l sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”. Aquí el término “gobierno” se utiliza, no en un sentido restrictivo, relativo a la actividad institucional del Órgano Ejecutivo –como sostiene el ciudadano Ulloa–, sino en un sentido amplio, como “el aparato de dirección jurídica y política del Estado en sus instancias de decisión, acción y sanción, en el que confluyen el conjunto de órganos o individuos investidos de autoridad a los fines del cumplimiento de la actividad del Estado” (Inc.16-99 citada [Considerando V.1]). Igualmente, el art. 86 inc. 2º Cn. emplea el vocablo “gobierno” en dicho sentido amplio, en lo que sí coincide el actor. No es, por lo tanto, una identificación de “gobierno” con Ejecutivo lo que explica que el constituyente únicamente haya contemplado el requisito de afiliación partidaria para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República.

B. El siguiente aspecto a dilucidar, entonces, sería porqué el constituyente contempló expresamente el requisito de la afiliación partidaria

para el cargo de Presidente de la República en el art. 151 Cn. y guardó silencio con respecto al cargo de diputado en el art. 126 Cn.

Tal circunstancia no obedece –como ya se descartó– a que el art. 85 inc. 2º frase

1ª Cn. se refiera exclusivamente al Órgano Ejecutivo. Cuando en el IUCEPC se dice que el requisito de afiliación contemplado en el art. 151 Cn. “está en consonancia” con lo dispuesto en el art. 85 Cn., se pone en evidencia que éste es más general, que no se refiere sólo al cargo de Presidente de la República.

En realidad, el requisito de afiliación establecido en el art. 151 Cn. se explica porque –como el propio actor manifiesta– el constituyente consideró que, dado que el Presidente de la República “ejerce una alta representación popular”, debía “pertenecer a un partido político cuya ideología, finalidades y programas” conociera el pueblo (IUCEPC). Esa preocupación explicaría la especificidad del art. 151 Cn. respecto a la previsión más general del art. 85 inc. 2º frase 1ª Cn.

3. Hechas las anteriores aclaraciones, corresponde determinar el contenido de las disposiciones propuestas como parámetro de control: los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.

A. El art. 72 ord. 3º Cn. dispone: “Los derechos políticos del ciudadano son: [...] optar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias”. Esto implica que “todo ciudadano, siempre que cumpla con los requisitos que para tal efecto se hayan prescrito, se puede presentar como candidato a ocupar un cargo público”, y “presentarse como candidato conlleva el cumplimiento de otros requisitos que previamente se señalan ya sea por la Constitución o por la leyes” (Inc. 16-99 citada Considerando IV.1).

Estamos ante un derecho de carácter general, en el sentido de que los derechos específicos de optar a otros cargos consagrados en otras disposiciones constitucionales– son manifestaciones de aquél. Tal es el caso

del derecho a optar al cargo de diputado, adscrito al art. 126 Cn.; lo cual significa que, aun cuando esta disposición establece ciertos requisitos, ello no obsta para que el legislador secundario regule otros –como le autoriza el art. 72 ord. 3º Cn.

B. Ahora bien, el derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn.) y el derecho a optar al cargo de diputado (art. 126 Cn.) como concreción de él, al ser configurados por el legislador, deben tomar en cuenta lo establecido en la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., en cuanto a que “los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”.

Según la última norma citada, los partidos políticos deben cumplir su función mediadora cuando se trate de cargos públicos representativos como el de diputado–, pero no prescribe medios específicos. La finalidad de dicha exigencia, desde un punto de vista objetivo, podemos decir que es la mejor organización del proceso electoral y la propia representación, lo que refuerza a los partidos políticos, por considerárseles instrumentos fundamentales de la democracia representativa.

Ahora bien, la norma referida, que exige que los partidos políticos cumplan su función mediadora en elecciones de diputados, no tiene carácter absoluto, ya que admite excepciones en virtud del propio texto constitucional. Ese carácter relativo, además, permite darle recepción a otra excepción proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contenida en el art. 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

a. Respecto de la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., es pertinente recordar el

IUCEPC, en el cual se expresa: “El pluralismo político, propiamente dicho, consiste en la multiplicidad de instituciones que sin formar parte de la estructura gubernamental, influyen la formulación de las decisiones políticas. Estos grupos, generalmente, están organizados para la defensa de

sus propios intereses y defienden o propugnan la ideología más conveniente para los mismos. Así, forman parte del sistema pluralista las asociaciones profesionales, gremiales, sindicales y políticas. [...] Los excesos de un pluralismo político pueden inclusive llevar a concepciones totalitarias como la de los Estados corporativistas que surgieron en la década de 1930. Por eso es que en el proyecto se califica y se limita este concepto. El sistema político no es sólo pluralista, es democrático y además representativo. Pero hay algo más, para la defensa del sistema democrático y, conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental” (resaltado nuestro).

Teniendo en cuenta lo expresado en dicho informe el cual, según el art. 268 Cn., tiene el valor de “documento fidedigno” para la interpretación de la Constitución—, se concluye que la intención de la norma que prescribe la mediación de los partidos políticos en la representación política estatuida en la 1ª frase del inc. 2º del art. 85 Cn., actualmente, es la de excluir que grupos, asociaciones, organizaciones o cualquier otro tipo de entidades colectivas que de hecho posean o se hayan constituido jurídicamente con una finalidad diferente a la de los partidos políticos que es la de alcanzar el poder político, ejercerlo y desarrollar un programa político, sean utilizados como instrumentos para el ejercicio de la representación política. Y es que como se dijo en la Inc. 16-99 citada (Considerando VI.3) “cualquier asociación, trátase de partidos políticos o de otro tipo, deben cumplir con los estatutos o finalidades que antes de surgir a la vida jurídica sus integrantes acordaron desarrollar, esto es, el giro o mejor, la finalidad— que deseaban les fuera autorizada por la autoridad correspondiente”.

Sin embargo, la 1ª frase del inc. 2º del art. 85 Cn. de ninguna manera excluye que los ciudadanos como tales, ya sea individualmente (candidaturas

independientes) o colectivamente (movimientos cívicos), puedan optar al cargo de diputado sin la mediación de los partidos políticos.

Primero, porque en tales casos la finalidad de dichos ciudadanos coincide plenamente con la de los partidos políticos. Segundo, porque la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn. excluye que otras entidades diferentes a los partidos políticos medien entre los ciudadanos y sus representantes; pero, cuando los ciudadanos ejercen su derecho al sufragio pasivo directamente, no existe mediación alguna.

El fundamento de esta apertura descansa en que el ciudadano y su participación en la vida pública constituyen la esencia de la democracia, por encima de los partidos políticos y de grupos con intereses particulares. Además, la Constitución asegura también la participación de los ciudadanos que no se sienten representados por los partidos políticos.

b. Por otro lado, es necesario examinar cómo se encuentra regulado el derecho al sufragio pasivo en el sistema interamericano de derechos humanos.

El derecho mencionado lo contempla el art. 23.1.b de la CADH: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...] de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. Y en su párrafo 2 añade: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado las anteriores disposiciones diciendo que: “No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos

políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes...” Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23-VI-2005, Serie C No. 127, párr. 215] resaltados nuestros).

Agrega el tribunal internacional que: “La participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos [...] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación” (Caso Yatama vs. Nicaragua citado, párr. 217).

Respecto a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno, esta Sala, en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003 (Considerando V.3), explicó que los tratados de derechos humanos y el catálogo de derechos fundamentales guardan entre sí una relación que no es de jerarquía, sino de compatibilidad o como en una decisión posterior se precisó– de “coordinación” (Auto de 18-XI-2009, Inc. 47-2007 [Considerando II.1.B]). Ello significa que los derechos fundamentales y los tratados internacionales de derechos humanos se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación conforme a una finalidad común: realizar la concepción humanista del Estado y de la sociedad.

Recapitulando, entonces: Si hemos dicho que el derecho a optar a cargos públicos de elección popular (art. 72 ord. 3º Cn.), que se integra con la norma que prescribe la mediación de los partidos políticos (frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn.), incluye el derecho de todo ciudadano a postularse, individualmente o asociado con otros, como candidato independiente, también, en virtud de la recepción del art. 23.1.b de la CADH en el Derecho interno salvadoreño, los miembros de grupos específicos de la sociedad, a quienes la propia exigencia de la mediación de los partidos políticos puede

excluir de la participación política, tienen derecho a postularse como candidatos, conforme a la ley, sin la mediación de los partidos políticos.

4. Habiendo determinado el contenido de las disposiciones propuestas como parámetro de control, procede examinar la confrontación advertida por el actor entre los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE y aquéllas.

De acuerdo con éstos, se exige a los candidatos a diputado del PARLACEN la postulación por un partido político (art. 211 inc. 1º CE) y a los candidatos a diputado de la Asamblea Legislativa, además de la postulación por un partido político (art. 215 inc. 2º núm. 3 CE), la afiliación a éste (art. 215 inc. 2º núm. 5 CE).

Puesto que la postulación y la afiliación son diferentes como se verá, se analizarán por separado, primero, las inconstitucionalidades atribuidas a los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, que exigen postulación (A); y luego, la inconstitucionalidad atribuida al art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE, que exige afiliación (B).

A. a. Para comprender este punto, es necesario mencionar la diferencia que existe entre postulación y afiliación, tal como se explicó en la Inc. 16-99 citada: “la postulación no es sinónimo de afiliación. Postulación [...] es un concepto que está relacionado con la presentación de una persona para un cargo público, es decir, hacer la propuesta para que alguien en el ejercicio pleno de sus derechos políticos alcance un cargo público Diputado de la Asamblea Legislativa; en tanto que afiliación a un partido político es un acto formal [...] de la que se derivará la relación jurídica entre el partido, persona jurídica, y un ciudadano, persona natural. La afiliación no es sino un acto formal meramente declarativo y no constitutivo...” (Considerando VI.2.A).

Así, se puede aseverar que, en el contexto de la mediación de los partidos políticos en la representación política, la postulación supone el grado de mediación más leve entre electores y representantes; mientras que la afiliación supone el grado más intenso de mediación.

b. Pues bien, hemos dicho que el derecho a optar al cargo de diputado (art. 126

Cn.), como concreción del derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn.), es un derecho de configuración legal, en el sentido de que el constituyente encomienda al legislador regular las condiciones para su ejercicio.

En virtud de lo anterior, es necesario apartarse del criterio sostenido en la Inc. 16-99 citada (Considerando VI.2), en cuanto a que la exigencia de postulación contemplada en los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE constituye un límite externo al derecho a optar al cargo de diputado (art. 126 Cn.). En realidad, tal exigencia es una mera configuración del derecho en cuestión por parte del legislador, en ejercicio de la competencia que le confiere el art. 72 ord. 3º Cn, integrado con la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn.

El argumento de que los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE contradicen el art. 23.2 de la CADH tampoco es válido, pues mientras aquéllos como hemos dicho sólo configuran el derecho a optar al cargo de diputado, es decir, establecen condiciones para su ejercicio, la norma internacional citada se refiere a limitaciones a los derechos políticos de difícil o imposible superación (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, condena penal); por lo que estamos ante diferentes supuestos.

El anterior planteamiento coincide en lo esencial con la postura adoptada por la

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. En lo pertinente, ese tribunal manifiesta en los párrafos 156, 157 y 161: Para que los derechos políticos puedan “ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo

1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención). Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el art. 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado. Como se desprende de lo anterior, la

Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana” (resaltados nuestros).

Por todas las razones anteriores, se concluye que los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE admiten una interpretación conforme con los arts. 72 ord. 3º y 126

Cn., en el sentido de que: (i) la mención expresa del partido político postulante o la certificación del punto de acta en el que conste la postulación por el partido político correspondiente sólo se exigirán a los candidatos a diputado de la Asamblea

Legislativa y del PARLACEN que opten por presentar su candidatura a través de un partido político; y (ii) los candidatos a diputado de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN también pueden presentarse en su condición de ciudadanos, individualmente (“candidatos independientes”) o asociados con otros (movimientos cívicos), o, tratándose de miembros de grupos específicos de la sociedad, pueden presentarse como candidatos sin la mediación de los partidos políticos, conforme lo establezca la ley. En consecuencia, los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, interpretados de la forma expuesta, no son inconstitucionales, y así deberá declararse en esta sentencia.

Ahora bien, se ha insistido que el derecho al sufragio pasivo y el derecho a optar al cargo de diputado como concreción de él son derechos de configuración legal. Por tal razón, la Asamblea Legislativa deberá reformar los arts. 211 y 215 del CE, a fin de permitir que, en las elecciones a diputados de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN, los ciudadanos puedan presentar candidaturas independientes o que bajo las condiciones antes mencionadas puedan prescindir de la mediación de los partidos políticos. Para tal efecto entre otras cosas, deberá regularse por ley: (i) un determinado número de firmas (basándose, por ejemplo, en cierto porcentaje de los votos válidos de la anterior elección de diputados en la circunscripción territorial respectiva) que apoyen las candidaturas referidas, para asegurar su representatividad; y (ii) mecanismos de control, supervisión y rendición de cuentas que garanticen que los recursos de las campañas tengan un origen y uso lícito, lo cual también es aplicable a los partidos políticos.

B. Se analiza ahora el supuesto diferente del art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE, que exige la afiliación del candidato a diputado al partido político correspondiente.

En este punto es necesario recordar lo que esta Sala sostuvo en la Inc. 16-99 citada (adecuado al criterio que ahora se establece): “el señalamiento de violación al derecho de libertad de asociación es impropio si se confunde [la postulación] con la afiliación” [...] “La exigencia de afiliación va más allá de la atribución [...] concedida a los partidos políticos para la presentación de candidaturas, ya que [ésta] no impediría desde todo punto de vista la inclusión de candidaturas independientes o de otro tipo, mientras que la exigencia de afiliación partidista sí lo impediría. Con lo cual la afiliación a un partido político es un requisito criticable en la medida que establece el monopolio absoluto de los partidos sobre la vida política democrática, lo cual es llevar a sus límites la idea del Estado de partidos. Y es que la exigencia de afiliación a un partido político trasciende hasta un ámbito que limita la no prohibición de mandato para el diputado, pues en este caso, prácticamente se estaría aceptando que

el cargo de Diputado es del partido y no del ciudadano, lo cual es inaceptable en el conjunto de unidad de la Constitución” (Considerando VI.2.A).

Admitido, pues, que la exigencia de afiliación partidaria limita el derecho de asociación en su vertiente negativa (art. 7 Cn.), elimina el derecho a participar en las elecciones de diputados sin la mediación de los partidos políticos (arts. 72 ord. 3º, frase 1ª del inc. 2º del 85 y 126 Cn.), y limita la efectividad de la prohibición de mandato imperativo (art. 125 Cn.), se concluye que el art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE es inconstitucional por contener una violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

Con respecto a la anterior conclusión, debe aclararse que el fallo se limitará a declarar la inconstitucionalidad del art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE por violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., manteniendo así la congruencia con la pretensión planteada.

Sin embargo, también se ha afirmado que la afiliación partidaria obligatoria para postularse como candidato a elecciones de diputados limita el derecho de asociación en su vertiente negativa (art. 7 Cn.) y la prohibición de mandato imperativo (art. 125 Cn.).

Tales aseveraciones se retoman de la Inc. 16-99 citada (Considerando VI.2.A) y se hacen con base en el siguiente criterio jurisprudencial: “La congruencia [...] no debe entenderse como plena pasividad o abdicación de la Sala de lo Constitucional ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales; ya que la congruencia, en los procesos constitucionales, presenta perfiles más amplios que en los procesos comunes, a tal grado que como ha señalado reiterada jurisprudencia constitucional del país ella no impide que la Sala pueda ‘hacer consideraciones o análisis de disposiciones constitucionales que son un complemento necesario de los formulados por el quejoso, o van implícitos dentro del mismo’; y esto es así porque las normas constitucionales no pueden ser interpretadas aisladamente, sino en armonía

con el resto del texto constitucional” (Sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95 [Considerando II.3]).

V. El ciudadano Ulloa ha impugnado también los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, que establecen el sistema de lista para elecciones de diputados, por considerar que este sistema viola el carácter libre y directo del derecho al sufragio activo (art. 78 Cn.).

Según lo antes expuesto, el sistema de lista –como forma de candidatura es una consecuencia lógica de la postulación de los candidatos a diputado de la Asamblea Legislativa por parte de los partidos políticos, exigencia que constituye una regulación constitucionalmente admisible de los arts. 72 ord. 3º, 85 inc. 2º frase 1ª y 126 Cn., como se vio anteriormente.

En sistemas como el nuestro que, por un lado, consagran el sistema de representación proporcional (art. 79 inc. 2º Cn.), y por otro lado, contemplan entre otras formas de participación la mediación de los partidos políticos en la representación política (art. 85 inc. 2º frase 1ª Cn.), el sistema que el Derecho Electoral comparado para tales efectos ofrece es el de lista o planilla.

En virtud de lo anterior, se puede aseverar que los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE no limitan, sino que configuran el derecho al sufragio activo, es decir que, lejos de afectarlo negativamente, lo que hacen es posibilitar su realización. Y es que, en virtud del derecho al sufragio activo, el ciudadano tiene la potencialidad de producir ciertos efectos jurídicos con respecto al Estado, mediante el acto de votar; pero además tiene derecho a que el

Estado, por medio de la legislación ordinaria, facilite los procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal.

Nuevamente, recordamos la postura adoptada por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos citado, ya que coincide con la interpretación que aquí sostenemos

del derecho al sufragio. En lo atinente, dicho tribunal internacional sostiene párr. 159 que: “En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar [del Estado] resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado, los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. [...]”

Si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, etc. para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza”.

Por las razones anteriores, se concluye que los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE no son inconstitucionales, en cuanto a la supuesta violación al art. 78 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

No obstante, en virtud de la interpretación de los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º

núm. 3 del CE conforme con los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. que esta Sala ha efectuado supra en el Considerando IV.4.A de esta sentencia, la Asamblea Legislativa deberá reformar los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 238, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, a fin de armonizar el sistema de lista con el derecho de los ciudadanos de presentar candidaturas sin la mediación de los partidos políticos.

VI. El último asunto de fondo a dilucidar es si la forma de candidatura para elecciones de diputados de lista cerrada y bloqueada, que establece el art. 262 inc. 6º del CE, viola el carácter “libre” y “directo” del sufragio (art. 78 Cn.). Dado que estas dos características del sufragio como se vio anteriormente tienen distinto significado, se analizarán por separado en orden de sencillez: primero la violación al carácter directo del sufragio (VI.1), y luego la violación a su carácter libre (VI.2).

1. El ciudadano Félix Ulloa considera que el sistema de lista cerrada y bloqueada, en la medida en que impide a los electores marcar preferencias entre los candidatos, viola el carácter “directo” que el derecho al sufragio activo debe tener, de acuerdo con el art. 78 Cn.

El carácter directo del voto tal como se explicó supra Considerando III.3.B.b– consiste en que el ciudadano vota sin intermediarios a sus gobernantes o representantes, es decir que éstos resultan ganadores en las elecciones respectivas por el conteo de los votos de los ciudadanos.

El voto directo se dijo se contraponen a aquél mediante el cual el pueblo elige compromisarios, quienes, a su vez, realizan una elección, de la que surgen finalmente los representantes electos. Aquí, entonces, existen intermediarios entre el elector y el representante; no son los votos de los ciudadanos los que se cuentan para determinar a los ganadores.

De acuerdo con el art. 80 Cn., en relación con el art. 78 Cn., las elecciones para diputados son “directas”, o sea, se deciden por el voto de los ciudadanos, sin necesidad de procedimiento ulterior alguno.

El Código Electoral ha respetado por completo el voto directo en su art. 13. La forma de la candidatura (lista cerrada y bloqueada) no afecta al voto directo, puesto que no introduce la participación de compromisarios para la elección de diputados; los resultados se siguen definiendo por el voto de los ciudadanos, sin más.

Por la anterior razón, se concluye que no existe la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 6º del CE por la supuesta violación al art. 78 Cn. (voto directo), en los términos planteados en la demanda, y así deberá declararse en esta sentencia.

Consecuentemente, en virtud de su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, tampoco existe la inconstitucionalidad de los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del CE por la supuesta violación al art. 78 Cn. (voto directo), y así se deberá declarar también.

2. No obstante, corresponde ahora analizar si el sistema de lista cerrada y bloqueada, establecido en el art. 262 inc. 6º del CE, en la medida en que impide que los ciudadanos expresen preferencias por los candidatos, viola el carácter “libre” del derecho al sufragio activo (art. 78 Cn.)

A. Previo a resolver el fondo de la cuestión, es necesario aclarar concretamente qué se entiende por “lista cerrada y bloqueada”.

En el caso de las elecciones de diputados, los votos tienen que convertirse en escaños para determinar cuáles de los candidatos votados son elegidos. Para ello existen dos sistemas: el mayoritario, donde sólo se asigna un escaño por circunscripción y lo consigue obviamente el partido que obtuvo más votos; y el sistema proporcional, donde hay varios escaños en cada circunscripción y se adjudican en proporción a los resultados.

Asimismo, las candidaturas pueden adoptar dos formas: la candidatura unipersonal o la lista de candidatos. Mientras que la primera forma es la utilizada para el sistema mayoritario (por ejemplo, en nuestro país, para elecciones de Presidente de la

República); la segunda es la que se suele emplear para elecciones de diputados bajo sistema de representación proporcional (como es también el caso de nuestro país).

Las listas pueden a ser a su vez, según lo establezca la ley, de tres tipos: cerradas bloqueadas, cerradas desbloqueadas y abiertas.

a. En la lista cerrada y bloqueada –sistema adoptado por el legislador secundario salvadoreño (art. 262 inc. 6º CE) el partido político decide el orden de los candidatos y éstos van obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. Esto significa que el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo “en bloque” por un partido político.

b. En cambio, en la lista cerrada y desbloqueada los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de candidatos propuestos por un partido, ya sea mediante el voto preferencial (a favor de uno o más

candidatos), tachando algunos nombres o colocando un orden numérico en los nombres de los candidatos.

c. Por último, en la lista abierta el elector puede escoger candidatos de diferentes partidos políticos y determinar el orden de preferencia entre ellos. Es decir, el elector configura su propia lista, pudiendo apartarse por completo de las propuestas de los partidos políticos.

Habiendo explicado los tres tipos de listas, se puede deducir con facilidad que la opción por uno u otro tipo afectan la relación entre elector y candidato, así como la relación entre el candidato y el partido político que lo propuso.

En los sistemas de lista cerrada y bloqueada los candidatos se vuelven más dependientes de sus partidos, pero se alejan de los electores. Por su parte, en los sistemas de lista cerrada y desbloqueada los candidatos dependen menos de sus partidos, ya que cuentan con el respaldo directo de los electores, con quienes la relación se hace más cercana.

B. a. El análisis respecto del art. 262 inc. 6º del CE consistirá en determinar si la norma jurídica contenida en tal disposición contradice la garantía del sufragio libre estatuida en el art. 78 Cn.

El anterior contraste internormativo y en este punto se sigue el planteamiento del demandante se puede examinar desde la perspectiva de una intervención en un derecho fundamental.

Del art. 262 inc. 6º del CE se deduce que para elecciones de diputados: (i) los partidos políticos establecen el orden de sus respectivos candidatos en las listas; y (ii) los candidatos van obteniendo un escaño en ese orden a medida que el partido político al que pertenecen acumula votos. Ello se traduce, en términos electorales, en la forma de candidatura conocida como “lista cerrada y bloqueada”.

Dicha regulación implica en el entender del actor una intervención en el derecho de todo ciudadano a ejercer el sufragio libremente que se extrae del

art. 78 Cn. ya que ello le impide expresar preferencias por los candidatos de manera individualizada.

Admitido, pues, que el contraste internormativo planteado es susceptible de ser analizado como una intervención en un derecho fundamental, procede efectuar un juicio de proporcionalidad. Concretamente, esta Sala debe verificar si las ventajas que se obtienen con la norma prevista en el art. 262 inc. 6° del CE, compensan los sacrificios que dicha norma implica para el derecho de todo ciudadano a ejercer el sufragio libremente.

b. El examen de constitucionalidad debe comenzar por determinar cuál es el fin de la medida impugnada. Tal extremo no se puede inferir de la propia disposición ni de los considerandos del Código Electoral. Es necesario, entonces, remitirse al informe que el Órgano Legislativo rindió, conforme al art. 7 L. Pr. Cn., para justificar desde el punto de vista constitucional el precepto controvertido.

De dicho informe se puede colegir que el fin que el legislador tuvo en cuenta para adoptar la medida cuestionada fue permitir a los partidos políticos planificar la futura composición de su fracción en la Asamblea Legislativa. Podríamos decir que éste es el fin inmediato de la medida, y es un fin legítimo, ya que no está prohibido por la Constitución.

Pero dicho fin, a su vez como también se desprende del informe del Legislativo, persigue la realización de una norma constitucional estatuida en la frase

1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., en virtud de la cual los partidos políticos son “el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno”. Según la jurisprudencia de esta Sala (Incs. 16-99 y 11-2004 citadas), dicha norma constitucional atribuye a los partidos políticos una función mediadora o articuladora en la representación política. Los partidos, en tanto que medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad de los actos estatales, cumplen una función auxiliar; son sólo instrumentos de la democracia.

Es decir, la democracia tiene como sujetos tanto a los ciudadanos como a los partidos y a otros actores.

Entonces, a partir de lo expresado por la Asamblea Legislativa en su informe y el contenido atribuido al art. 85 Cn. por la jurisprudencia constitucional, este Tribunal interpreta que el fin mediato de la medida impugnada es el fortalecimiento de los partidos políticos entes jurídicos reconocidos constitucionalmente en su función de mediadores en la representación política:

(i) Establecidos sus presupuestos, corresponde ahora realizar el juicio de proporcionalidad, siendo lo primero a analizar la idoneidad de la medida impugnada para contribuir a la realización de su fin inmediato. Traducido al caso sub iudice, esta Sala deberá determinar si el sistema de lista cerrada y bloqueada, como forma de las candidaturas para las elecciones de diputados, es idóneo para que los partidos políticos puedan planificar la composición de su fracción parlamentaria.

En este punto es pertinente señalar que el juicio de idoneidad que realizan los tribunales constitucionales debe ser respetuoso con la libertad de configuración del legislador. Por ello, dichos tribunales sólo pueden llegar a la conclusión de que la medida impugnada no es idónea si ella no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato.

El sistema de lista cerrada y bloqueada, considerado en abstracto, puede contribuir de alguna forma a que los partidos políticos planifiquen la integración de su grupo parlamentario, ya que estimando aproximadamente el número de escaños que van a conseguir (con base en encuestas, sondeos de opinión, etc.), pueden ubicar en los primeros lugares de las listas de las diferentes circunscripciones a aquellos candidatos que más les interesa que ganen una diputación, por distintos motivos: mejor preparación académica, más experiencia política, representación de alguna minoría (mujeres, personas con capacidades especiales, grupos étnicos, etc.) o de algún sector,

gremio o grupo de presión, especialidad en algún tema complejo, trayectoria más larga en el partido político correspondiente, etc.

Como se dijo, basta que la medida impugnada fomente de alguna manera el fin inmediato que persigue para estimar satisfecho el juicio de idoneidad; por lo que, siendo así en el presente caso, se proseguirá con el siguiente paso del juicio de proporcionalidad.

(ii) Establecida la idoneidad de la medida impugnada, debe pasarse a comprobar si la misma era la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido.

Aplicado lo anterior al presente proceso, se trataría de suponer otras medidas alternativas al sistema de lista cerrada y bloqueada que tuvieran, por lo menos, una idoneidad equivalente a dicho sistema para que los partidos políticos pudieran planificar la composición de su grupo parlamentario y que interviniera con menor intensidad en el derecho a sufragar libremente.

De igual manera que en el juicio de idoneidad, el reconocimiento de un margen de apreciación al Órgano Legislativo supone que los Tribunales Constitucionales deben auto restringirse en esta parte del test. Por ello, el juicio de necesidad no podría concluir en la inconstitucionalidad de la medida si existiera un medio menos lesivo que el impugnado, pero que ostentara una menor idoneidad para lograr el fin propuesto; ello implicaría que el tribunal constitucional efectuara una suerte de juicio de perfección.

Pues bien, en el asunto sub examine los sujetos intervinientes en el proceso no han alegado ningún medio alternativo al impugnado. Este Tribunal tampoco imagina alguna medida que, con mayor o igual idoneidad que el sistema de lista cerrada y bloqueada, permita que los partidos políticos planifiquen (con el obvio margen de error propio de todo evento electoral) la composición de su fracción.

Si la lista se desbloquea o, peor aún, si se abre que son los medios alternos en cuanto a formas de candidatura que ofrece el Derecho Electoral

comparado en la actualidad, la dirigencia del partido perdería el control en cuanto a la integración concreta que desea lograr en el Parlamento. Los sistemas de lista cerrada desbloqueada y de lista abierta tienen precisamente el efecto contrario: la composición del grupo parlamentario depende de las preferencias de los electores, no de la cúpula partidaria.

Por lo anterior, se concluye que la medida impugnada era necesaria para la obtención del fin propuesto; circunstancia que hace procedente verificar el cumplimiento del último sub principio del juicio de proporcionalidad.

(iii) Habiendo admitido que la medida es idónea y necesaria, este Tribunal debe evaluar ahora si ella es proporcionada (en sentido estricto), es decir, si la importancia de la realización del fin mediato perseguido por la medida justificaba la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente.

Ahora bien, que sea posible una comparación entre la realización de un fin y la intervención en un derecho es dudoso. Por ello, la ponderación consiste en la comparación de la intensidad de la medida respecto del fin legítimo que ella persigue. Como consecuencia del principio pro homine, que se deduce del Preámbulo y del art. 1 Cn. (Inc. 52-2003 citada [Considerando V.3]), en la ponderación existe una carga argumentativa a favor de los derechos fundamentales. Por ello, cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la intensidad con que se realiza el fin perseguido por la medida impugnada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que son leves las ventajas que el sistema de lista cerrada y bloqueada supone para el fortalecimiento de los partidos políticos en su función de mediadores en la representación política, de acuerdo con el contenido que la jurisprudencia constitucional le ha atribuido al art. 85 inc. 2º Cn. (supra VI.2.B.b). En efecto, la disposición precitada se ha interpretado como atributiva a los partidos políticos de una función mediadora en la representación política. Esto significa que los partidos políticos tienen un

carácter instrumental: están al servicio de los ciudadanos, quienes son los sujetos fundamentales de la democracia.

Por ello, si bien los partidos políticos son entes reconocidos constitucionalmente, su naturaleza instrumental explica que la determinación del orden de las candidaturas que hacen los partidos en las listas tiene una importancia leve para el fortalecimiento de su papel en el gobierno representativo, que acoge el art. 85 inc. 1º Cn. En otras palabras, su naturaleza instrumental no es realmente afectada si no pueden decidir el orden de las candidaturas en las elecciones, delimitada aquélla naturaleza desde el punto de vista de su función constitucional: contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo.

En cambio, la intensidad de la afectación al derecho a ejercer el sufragio libremente que provoca el sistema de lista cerrada y bloqueada, es intermedia. A esta conclusión se llega por varias razones:

En primer lugar, recordemos que una de las exigencias constitucionales para considerar plenamente democrático al sufragio es su ejercicio en libertad (supra III.3.B.c). Tal requisito implica que el ciudadano pueda votar sin presión alguna y que el sentido de su decisión no sea objeto de castigo o premio. Nada de esto lo afectan las listas cerradas bloqueadas.

Pero el voto libre también implica que el ciudadano tenga plena capacidad de opción a la hora de votar, o sea, que pueda elegir entre uno u otro candidato. Esta dimensión del derecho se ve claramente anulada con la lista bloqueada, ya que el ciudadano no puede expresar preferencia o rechazo alguno por los candidatos, sino que está obligado a votar por las listas, tal como las ordenan los partidos políticos.

En segundo lugar, mientras el voto genuinamente libre (con plena capacidad de opción) da a los electores la posibilidad de expresar preferencias y potencia la autonomía de los individuos, el voto parcialmente libre (como el que supone el sistema de lista cerrada y bloqueada) anula esas propiedades de los electores.

Además, el sufragio como derecho fundamental contribuye a la preservación de un ámbito libre de intervenciones de terceros en este caso, los partidos políticos—propio de una comunidad política que parte de la libertad de los individuos, en la que toda limitación es la excepción y, por ello, debe estar justificada.

En tercer lugar, entre las funciones del derecho al sufragio encontramos la de producir representación, es decir, garantizar procedimentalmente la representación política, y la de legitimar al Estado. Para el cumplimiento de ambas funciones es de vital importancia el reconocimiento del derecho al sufragio con plena capacidad de opción. No podemos hablar de verdadera representación política si el sufragio no se ejerce democráticamente, es decir, de manera libre y directa. Y, por otro lado, la afirmación de que la soberanía reside en el pueblo (art. 83 Cn.) se hace realidad en la medida en que se garantiza el derecho al sufragio genuinamente libre.

En cuarto lugar, el derecho al sufragio libre (con plena capacidad de opción) contribuye a la realización de otros principios constitucionales: (i) principio democrático (art. 83 Cn.), pues asegura mejor que los cargos públicos emanen directamente de la voluntad popular; (ii) democracia interna de los partidos políticos (frase 2ª del inc. 2º del art. 85 Cn.), ya que impide que las cúpulas de los partidos decidan verticalmente e impongan a sus afiliados y bases qué candidatos deben tener prioridad en la asignación de escaños; y (iii) respeto y promoción del mandato representativo (art. 125 frase 1ª Cn.), ya que, al gozar los candidatos del apoyo personal y directo de los electores, su vinculación con el partido político disminuye y, por ende, pueden tomar sus decisiones con mayor libertad.

Por todo lo anterior, se concluye que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada produce en el derecho a sufragar libremente es intermedia, mientras que la contribución que dicho sistema hace al fortalecimiento de los partidos políticos, en su función de mediadores en la representación política, es leve.

Según el juicio de ponderación, la realización leve de un fin no justifica una afectación intermedia en un derecho fundamental. En consecuencia, la intervención que el art. 262 inc. 6º del CE ocasiona en el derecho fundamental consagrado en el art. 78 Cn. es desproporcionada y, por ende, inconstitucional; debiendo así declararse en esta sentencia.

Debido a su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, se concluye que los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del CE también son inconstitucionales por violar el art. 78 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

Además, tal como se dijo en la Inc. 52-2003 citada (Considerando IX.6): “como excepción al principio de congruencia, la inconstitucionalidad por conexión o derivada tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de la decisión adoptada”. Se añade en el mismo precedente que: “[t]al consecuencia, puede darse [...] en caso que la supervivencia de las disposiciones, hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria, y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad, o por constituir disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional.”

Con base en lo anterior, este Tribunal somete a control constitucional los arts.

238 y 253-C inc. 3º del CE (este último adicionado al Código Electoral mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de 1-XI-2005).

El primero dispone que: “[L]os ciudadanos emitirán su voto por medio de papeletas oficiales, que las respectivas Juntas Receptoras de Votos pondrán a su disposición en el momento de votar, marcando en ellas el espacio correspondiente al Partido Político o Coalición por el cual emiten el voto”.

Por su parte, el segundo artículo dispone que: “[S]e entenderán como votos válidos a favor de cada Partido Político o Coalición contendiente, los que reúnan los requisitos de la ley y que la voluntad del votante esté claramente determinada por cualquier marca sobre la bandera de cada Partido Político o Coalición”.

Por tanto, las normas contenidas en estas disposiciones constituyen regulaciones complementarias del art. 262 inc. 6º del CE, que establece el sistema de lista cerrada y bloqueada. En consecuencia, se concluye que los arts. 238 y 253-C inc. 3º del CE, debido a su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, también violan el art. 78 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

Las anteriores declaratorias de inconstitucionalidad tendrán como consecuencia jurídica la invalidación de las disposiciones impugnadas, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico salvadoreño. Por tal razón, a fin de evitar un vacío legal y respetando esta Sala la libertad de configuración de la Asamblea Legislativa, este Órgano del Estado deberá emitir una nueva legislación, en la que la forma de la candidatura para elecciones de diputados asegure el derecho al sufragio activo con plena capacidad de opción. Para tal efecto entre otros aspectos, las papeletas de votación deberán diseñarse de tal forma que permitan a los electores identificar claramente a los candidatos de cada partido político y a los candidatos independientes, y les permitan manifestar su preferencia o rechazo por uno o varios de los candidatos de los diferentes partidos políticos y candidatos independientes.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y arts. 72 ord. 3º, 78, 85 y 126 de la Constitución y arts. 9, 10, 11 y 31 ord. 3º de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárase que el art. 215 inc. 2º núm. 5 del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 502, de 6- XII-2007, publicado en el Diario Oficial n° 1, tomo 378, de 3-I-2008, es inconstitucional por violar los arts. 72 ord. 3º y 126 de la Constitución, ya que la exigencia de afiliación a un partido político al candidato a diputado limita el derecho de todos los ciudadanos a optar a dicho cargo.

2. Declárase que el art. 262 inc. 6º del Código Electoral es inconstitucional por violar el art. 78 de la Constitución, ya que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada ocasiona en el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo libremente, con plena capacidad de opción, es desproporcionada.

3. Declárase que los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del Código Electoral únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada son inconstitucionales por violar el art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de aquellas disposiciones con el art. 262 inc. 6º del Código Electoral.

4. Declárase que los arts. 238 y 253-C inc. 3º del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de 1-XI-2005 –únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada– son inconstitucionales por violar el art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de aquéllas disposiciones con el art. 262 inc. 6º del Código Electoral.

5. Declárase que en los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del Código Electoral no existe la inconstitucionalidad alegada, pues aquéllos admiten una interpretación conforme con los arts. 72 ord. 3º y 126 de la Constitución, en el sentido de que la acreditación de postulación partidaria sólo es exigible a los candidatos que opten por esa vía, pero éstos también podrán presentarse como candidatos independientes o, en otros supuestos especificados en esta

sentencia, presentarse sin necesidad de la intermediación de un partido político.

6. Declárase que en los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc.1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del Código Electoral no existe la inconstitucionalidad alegada, consistente en la supuesta violación al art. 78 de la Constitución, ya que el sistema de lista establecido en aquéllos facilita la realización del derecho al sufragio activo en el marco de la organización electoral.

7. Declárase que en el art. 262 inc. 6º del Código Electoral en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada no existe la inconstitucionalidad alegada, consistente en la supuesta violación al art. 78 de la Constitución, ya que los ciudadanos ejercen el derecho al sufragio activo directamente, como la disposición constitucional prescribe.

8. Declárase que en los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del Código Electoral en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada no existe la inconstitucionalidad alegada, consistente en la supuesta violación al art. 78 de la Constitución (sufragio directo), en virtud de la conexión material de aquellas disposiciones con el art. 262 inc. 6º del Código Electoral.

9. Sobreséese el presente proceso respecto de la inconstitucionalidad del art. 211 inc. 2º del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 417, de 14- XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25- I-1993, y reformado mediante el Decreto Legislativo n° 666, de 29-IX-1993, publicado en el Diario Oficial n° 183, tomo 321, de 1-X-1993, por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., ya que el objeto de control no es idóneo para efectuar el examen de constitucionalidad.

10. Sobresé ese el presente proceso respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 1º, inc. 2º núms. 1, 2 y 4 e inc. 3º, 218 inc. 2º y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 855, de 21-IV-1994, publicado en el Diario Oficial n° 74, tomo 323, de 22- IV-1994 y Decreto Legislativo n° 669, de 22-VII-1999, publicado en el Diario

Oficial n° 158, tomo 344, de 27-VIII-1999 en lo relativo al sistema de lista, por la supuesta violación al art. 78 Cn., ya que el objeto de control no es idóneo para efectuar el examen de constitucionalidad.

11. Sobresé ese el presente proceso respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 215, 216, 218 y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del Código Electoral en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada, por la supuesta violación al art. 78 Cn., ya que el objeto de control no es idóneo para efectuar el examen de constitucionalidad.

12. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.

13. 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.

Meses	Febrero/2016				Marzo/2016				Abril/2016				Mayo/2016				Junio/2016				Julio/2016				Agosto/2016				Septiembre 2016			
Semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Actividades																																
Reuniones Generales Con el Coordinador del proceso de graduación																																
Inscripción del Proceso de Graduación																																
Elaboración del perfil de investigación																																
Elaboración del Protocolo de Investigación																																
Ejecución de la Investigación																																
Tabulación, Análisis e interpretación de los datos																																
Redacción del Informe Final																																
Entrega del Informe Final																																
Exposición de resultados y defensas del Informe final de Investigación																																

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES. INICIO DEL PROCESO EN EL MES DE FEBRERO, NO OBSTANTE QUE LA JUNTA TARDO EN APROBAR ACUERDO.

Entrevista al **Lic.** Edward Sidney Blanco.

Cargo: Magistrado de la Sala de lo Constitución de la Corte Suprema de Justicia.

Fecha: Domingo 16 de Mayo del 2016



Entrevista al Lic. José Albino Tinetti

Cargo: Catedrático de la Universidad de Economía (ESEN)

Fecha: 13-05-2016

