

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2011  
PLAN DE ESTUDIOS 1993



LÍMITES DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1983

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE  
**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

Carlos Alfredo Valladares Vaquero

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata  
DOCENTE DIRECTORA DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2011

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO  
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO  
VICERRECTOR ACADÉMICO

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA  
SECRETARÍA GENERAL

LIC. NELSON BOANERGES LÓPEZ CARRILLO  
FISCAL GENERAL INTERINO

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JULIO OLIVO GRANADINO  
DECANO

DR. DONALDO SOSA PREZA  
VICEDECANO

LIC. ÓSCAR ANTONIO RIVERA MORALES  
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA  
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA  
DOCENTE DIRECTORA DE SEMINAR

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a las personas que de forma directa o indirecta colaboraron en la elaboración de este trabajo de investigación.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
<b>CAPÍTULO I. TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE</b>	
1.1 Antecedentes de la tesis del poder constituyente....	1
1.2 Características del poder constituyente .....	7
1.3 Constitución .....	9
1.3.1 Definición de constitución .....	9
1.3.2 Características de la constitución .....	10
1.3.3 Clasificaciones de la constitución .....	12
1.3.3.1 Según la forma jurídica .....	12
1.3.3.1.1 Forma tradicional .....	12
1.3.3.1.2 Forma contemporánea.....	13
1.3.3.2 Según el valor creativo .....	14
1.3.3.3 Según el mayor o menor grado de dificultad para su reforma .....	14
1.3.3.4 Según el contenido ideológico .....	15
1.3.3.5 Según la fuente u origen .....	16
1.3.3.6 Según la concordancia con la realidad que pretenden ordenar.....	17
1.3.3.7 Según la extensión .....	17
1.4 Cambio constitucional .....	18
1.4.1 Tipología del cambio constitucional .....	19
1.4.1.1 Mutación constitucional .....	19
1.4.1.1.1 Definición de mutación constitucional....	19
1.4.2.1.1.1.2 Formas de mutación constitucional .....	20
1.4.2.1.1.1.3 Fundamento de la mutación	

constitucional .....	22
1.4.2.2 Reforma constitucional.....	23
1.4.2.2.1 Definición de reforma constitucional ....	23
1.4.2.2.2 Fundamento de la reforma constitucional .....	24
1.4.2.2.3 Breve descripción del procedimiento de reforma de la Cn .....	25
<b>CAPÍTULO II. ANTECEDENTES Y ASPECTOS GENERALES DE LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL</b>	
2.1 Límites a la reforma constitucional .....	27
2.1.1 Antecedentes históricos .....	27
2.1.1.1 Límites en el constitucionalismo occidental..	28
2.1.1.2 Límites en el constitucionalismo salvadoreño .....	30
2.1.2 Definición de los límites a la reforma constitucional .....	42
2.1.3 Tipología de los límites a la reforma constitucional .....	45
2.1.3.1 Límites autónomos .....	45
2.1.3.2 Límites heterónomos .....	45
2.1.3.3 Límites materiales .....	46
2.1.3.4 Límites formales .....	46
2.1.3.4.1 Límites procedimentales .....	46
2.1.3.4.2 Límites temporales .....	46
2.1.3.5 Límites absolutos .....	47
2.1.3.6 Límites relativos .....	47
2.1.3.7 Límites expresos .....	47
2.1.3.8 Límites implícitos .....	48

2.2	Apreciaciones jusfilosóficas sobre los límites a la reforma constitucional.....	48
2.2.1	Posición jusnaturalista .....	48
2.2.2	Posición juspositivista .....	50
<b>CAPÍTULO III. ALCANCE DE LA CLÁUSULA PÉTREA RELACIONADA A LA FORMA Y SISTEMA DE GOBIERNO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1983</b>		
3.1	Cláusulas pétreas en la Constitución de 1983 .....	53
3.2	Forma de gobierno .....	56
3.2.1	Definición de forma de gobierno .....	56
3.2.2	Tipología de las formas de gobierno .....	58
3.3	Sistema de gobierno .....	61
3.3.1	Definición de sistema de gobierno .....	61
3.3.2	Tipología de los sistemas de gobierno .....	62
3.3.3	Características de los sistema de gobierno .....	64
3.4	Aproximación al concepto de sistema político .....	65
3.5	Distinción entre forma de Estado, sistema político y forma y sistema de gobierno.....	68
3.6	Alcance de la cláusula pétrea referida a la forma y sistema de gobierno .....	69
<b>CAPÍTULO IV. LÍMITES IMPLÍCITOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1983</b>		
4.1	Posturas en la doctrina salvadoreña .....	73
4.2	Límites implícitos en el ordenamiento constitucional salvadoreño .....	79
4.2.1	Los derechos fundamentales .....	79
4.2.1.1	Características de los derechos fundamentales .....	81

4.2.1.2 Derechos fundamentales como límites	
Implicitos .....	83
4.2.2 El marco axiológico .....	89
CONCLUSIONES .....	94
BIBLIOGRAFÍA .....	97

## **ABREVIATURAS**

Cn.: Constitución de la República de El Salvador

Cn. 1962: Constitución Política de El Salvador de 1962

Fusades: Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social

LFRFA: Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

RIAL: Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa



## 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 un interrogante baladí, 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.

Conviene advertir al lector que no encontrará en las siguientes páginas ningún hallazgo inédito. En parte el interés del autor ha sido dar impulso a un tema poco estudiado por los constitucionalistas nacionales. En consecuencia, el desarrollo de la investigación carece de la profundidad que esperaría el lector en la materia.

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 los límites implícitos. Esa es la médula de la investigación.

Antes de emprender el presente proyecto la intuición del autor apuntaba hacia la existencia de límites implícitos, pero aún estaba bajo el influjo del jusnaturalismo 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 implícitos. 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. De aquí surgen elementos relevantes para el análisis posterior. Por su parte, el capítulo dos contiene una escueta relación de los límites 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. 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.

Al final del documento se aventuran unas conclusiones que se someten a consideración del lector.

# CAPÍTULO I

## TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

### 1.1 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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>.

El punto de partida es entonces el siglo XVIII y en concreto el período de la Revolución francesa. Coincide con esta postura Jorge Vanossi<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>.

Es un lugar común considerar la experiencia constitucional de los colonos de Estados Unidos como un antecedente de la doctrina del poder constituyente.

---

<sup>1</sup> Ver **VANOSSI, JORGE REINALDO**, Tomo I, *Teoría constitucional*, primera edición, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 5-121. 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.

<sup>2</sup> La Antigua Grecia es un caso paradigmático.

<sup>3</sup> **VANOSSI, JORGE REINALDO**, ob. cit., p. 6.

<sup>4</sup> **ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE**, *Curso de derecho constitucional*, tercera edición, Tecnos, Madrid, 1999, p. 163.

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?*<sup>5</sup>, 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.

A pesar de ello es posible entresacar de *¿Qué es el tercer estado?* algunas ideas y agruparlas en torno a tres ejes. El primero de estos es la nación,

---

<sup>5</sup> Cabe aclarar que la concepción de Sieyès sobre el poder constituyente no se reduce a lo expuesto en este opúsculo, también hay que incluir su *Ensayo sobre los privilegios* y sus discursos.

quizá la categoría de mayor relieve en el pensamiento de Sieyès. La nación es para el abad francés un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y que son representados por la misma legislatura<sup>6</sup>. Esa definición es políticamente relevante porque excluye a las personas que no viven bajo la ley común, es decir a los privilegiados, a los que gozan de dispensas: la nobleza y el clero. La nación entonces vendría a ser lo que Sieyès denomina *tiers état* o tercer estado: el conjunto de ciudadanos que pertenecen al orden común.

Según este orden de ideas el tercer estado y la nación serían una misma cosa. Pero en el orden común no entra el resto de estratos sociales. Para el escritor español Francisco Ayala<sup>7</sup> la verdadera naturaleza del tercer estado consistiría en ser la clase social en ascenso: la burguesía francesa de la época.

Otro de los ejes que vertebran el planteamiento de Sieyès es su concepción del poder constituyente. El origen del poder, según este autor, radica en las voluntades individuales que estando aisladas deciden unirse y van conformando así la nación<sup>8</sup>.

Sieyès considera a la nación como la fuente del poder constituyente, y por eso es que le asigna su titularidad. Precisamente de esa reflexión se desprende la idea de soberanía como potestad máxima del orden político. Ya no es soberano el rey, sino la nación. A partir de aquí surge la distinción

---

<sup>6</sup> **SIEYÈS, EMMANUEL**, *¿Qué es el tercer estado?*, primera edición, Editorial Americalee, Buenos Aires, 1943, p. 32.

<sup>7</sup> Francisco Ayala es autor del estudio preliminar de la edición de *¿Qué es el tercer estado?* que fue consultada.

<sup>8</sup> **SIEYÈS, EMMANUEL**, ob. cit., pp. 105 y 106.

entre poder constituyente y poder constituido. Sieyès resume así las notas principales de cada uno de ellos:

“En cada parte, la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación”<sup>9</sup>.

Como puede observarse el autor sugiere el carácter secundario del poder constituido y pone de manifiesto, además, la relación de subordinación que este mantiene con el poder constituyente.

La representación política es el tercer eje del pensamiento de Sieyès que interesa destacar aquí. De hecho está estrechamente vinculado con la diferenciación de los poderes constituyente y constituido, y además con el primer eje señalado.

El abad francés parte de un hecho práctico para justificar la figura de la representación. Argumenta que son demasiados los “asociados” en una nación y tan extenso el territorio como para que cada uno ejercite por su cuenta el poder constituyente. Y así concluye que se precisa de un cuerpo de representantes, es decir de una asamblea, que cuente con la facultad de decretar una constitución en nombre de la nación. Las ideas de Sieyès sobre la representación tuvieron en la Revolución francesa el primer ensayo de aplicación. Como señala De Vega<sup>10</sup>, luego se propagarán por buena parte de Europa.

---

<sup>9</sup> SIEYÈS, EMMANUEL, ob. cit., p. 110.

<sup>10</sup> DE VEGA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, primera edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 32.

En Estados Unidos varió sustancialmente la modalidad del poder constituyente en comparación con la Francia revolucionaria. Una diferencia bastante notable es que desde el principio se concibió al pueblo como soberano o titular del poder constituyente, lo que no sucedió en el país europeo. Eso fue posible gracias a la transformación del denominado pacto de la gracia en pacto político. De acuerdo a De Vega<sup>11</sup>, el pacto de la gracia era una vieja idea puritana que determinaba la fundación de una congregación religiosa por medio de un contrato que estatúa las reglas del culto. La incorporación de esa idea –explica De Vega– en la organización de la comunidad política condujo a la elaboración de los *covenants*, los convenios o pactos firmados por los colonos y sus núcleos familiares para establecer los fundamentos de la convivencia.

Sin duda, la peculiar vida comunitaria de los colonos determinó en gran medida el modelo de representación que se instituyó en Estados Unidos. Quizá el hecho decisivo fue que los colonos puritanos asumieran la soberanía como una potestad inalienable e intransferible que tenía como único titular al pueblo, y por ende nadie más estaba habilitado para ejercerla. Eso ocasionó que la delegación o representación careciera de sentido, porque el pueblo directamente aprobaba o rechazaba cualquier proyecto de constitución.

Aunque de la mano de Sieyès vino la separación de los poderes constituyente y constituido, en Estados Unidos esta distinción fue más explícita a causa del imaginario democrático de su población. Esa es una de las razones por las que allí surgieron principios que ahora son comunes en los modernos ordenamientos constitucionales. El de supremacía

---

<sup>11</sup> DE VEGA, PEDRO, ob. cit., pp. 30 y 31.

constitucional es uno de ellos, e ilustra por cierto cómo la soberanía del poder constituyente se transmite a su creación: la constitución.

De una y otra concepción sobre el poder constituyente se desgajan importantes consecuencias prácticas. Acerca de estas merece resaltarse la forma de aprobación de las constituciones.

En Francia y en los países que aplican el modelo de Sieyès, los contratos sociales no son decretados directamente por el pueblo soberano sino por sus mismos personeros, que desde el siglo pasado, tal y como lo destacara Antonio Gramsci, son los modernos príncipes: los partidos políticos. En efecto, la preeminencia de estos actores es hoy por hoy un hecho incontestable.

Por otro lado, la práctica opuesta a las ideas del abate francés, esbozada en Estados Unidos por los colonos puritanos pero ensayada con antelación en la Antigua Grecia, conlleva que sean los ciudadanos quienes sancionen directamente su propia carta magna.

Estas dos concepciones sobre el poder constituyente corresponden respectivamente al ideal de la democracia directa y a la realizable democracia indirecta.



## 1.2 Características del poder constituyente

En el derecho constitucional se estila dividir el poder constituyente en originario y en derivado<sup>12</sup>. Por el primero se entiende la fuerza política capaz de fundar un ordenamiento jurídico y por el segundo se comprende la facultad jurídica de modificar la constitución. Ya se ha visto que esta distinción se encuentra en autores como Sieyès y que su importancia radica tanto en razones metodológicas como prácticas, pues con el deslinde de ambos poderes, por un lado, se mantiene fidelidad a la idea de soberanía popular y, por el otro, se visualizan sus alcances.

El poder constituyente originario posee las siguientes características, que fundamentalmente le vienen heredadas del concepto de soberanía:

- *Unicidad*: Es único porque no tiene par, no existe un ente o fuerza equiparable dado que es soberano.
- *Ilimitación*: Se dice que es ilimitado porque sus capacidades no tienen cotos legales. Que no tenga ataduras jurídicas no significa que el poder constituyente actúe sin restricciones, pues las hay de tipo lógico y sociales<sup>13</sup>.
- *Extrajuridicidad*: Esta característica significa que el poder constituyente originario está fuera del sistema normativo, es externo

---

<sup>12</sup> Sin embargo hay que aclarar que las discrepancias en torno a esta división son muchas. Jorge Vanossi, por ejemplo, las señala y propone sustituir el término poder constituyente por fuerza o poder fundacional. Ver **VANOSI, JORGE REINALDO**, ob. cit., p. 137.

<sup>13</sup> Estos límites del poder constituyente originario son las fronteras que el derecho no puede traspasar. Por mucho que una constitución declare que el día será noche o viceversa, eso nunca ocurrirá. Las formas de convivencia democrática también pueden ser una importante restricción en sociedades donde verdaderamente los respeten.

al derecho. En otras palabras, es *de facto* y no *de jure*. No obstante, genera consecuencias jurídicas.

- *Fundacional*: Se dice que es fundacional porque erige un nuevo orden constitucional.
- *Extraordinario*: Por último, está el carácter extraordinario. Con él se quiere dar cuenta de la actuación excepcional e inusual del poder constituyente originario.

Las características del poder constituyente derivado son la antítesis de las del poder constituyente originario:

- *Juridicidad*: A diferencia del constituyente originario, la fuente de legitimidad del constituyente derivado está en la constitución. Eso significa que es de derecho y no de hecho.
- *Limitado*: El poder constituyente derivado tiene fronteras fijadas por la norma fundamental, que no puede franquear. En ese sentido es limitado, porque está subordinado a una jerarquía normativa.
- *Ordinario*: Así se caracteriza la actuación regular del poder constituyente derivado, en contraste con las ocasiones excepcionales en que entra en escena el originario.

## 1.3 Constitución

### 1.3.1 Definición de constitución

Existe una multiplicidad de definiciones de constitución que varían de un autor a otro<sup>14</sup>. El término incluso es de larga data. En la Antigua Grecia era corriente su uso, y según Álvarez Conde<sup>15</sup> 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 romano.

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”<sup>16</sup>, reza la mencionada disposición.

El positivismo jurídico moderno contribuyó con una acepción distinta de constitución, libre aparentemente de connotaciones políticas y aceptable 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

---

<sup>14</sup> Esta situación no es ajena a la dispersión de términos que reina en la ciencia del derecho.

<sup>15</sup> **ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE**, ob. cit., p.145.

<sup>16</sup> Citado por **GUASTINI, RICARDO**, *Estudios de teoría constitucional*, primera edición, Fontamara-UNAM, México D. F., 2001, p. 30.

ordenamiento jurídico<sup>17</sup>, entendiéndolo 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.

### 1.3.2 Características de la constitución

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<sup>18</sup>.

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 y su

---

<sup>17</sup> **GUASTINI, RICARDO**, ob. cit., pp. 31-33.

<sup>18</sup> 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<sup>19</sup> 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<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Esta y las siguientes características son utilizadas por **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, *Manual de derecho constitucional salvadoreño* tomo I, primera edición, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, pp. 142-143.

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.

### 1.3.3 Clasificación de la constitución

Tampoco existe acuerdo en la clasificación de las constituciones. Ante la dispersión de opiniones al respecto el *Manual de derecho constitucional salvadoreño*<sup>21</sup> posee el mérito de brindar una organización adecuada y amplia de las distintas clases de constituciones, por eso a continuación se retomarán los criterios empleados en ese libro.

#### 1.3.3.1 Según la forma jurídica<sup>22</sup>

##### 1.3.3.1.1 Forma tradicional

De acuerdo a este punto de vista las constituciones se dividen en consuetudinarias y escritas. Como lo sugiere su misma denominación, las consuetudinarias no constan en un cuerpo normativo ni en ningún otro registro. La práctica inveterada que al paso del tiempo adquiere fuerza obligatoria conforma esta clase de constituciones. Paradigma de ellas es la constitución inglesa.

---

<sup>21</sup> BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros, ob. cit., pp. 109-122.

<sup>22</sup> BETRAND GALINDO, FRANCISCO y otros, ob. cit., p. 109.

Por el contrario, y como revela su misma etiqueta, las constituciones escritas son las consignadas en un documento que reviste cierta solemnidad. Esta clase de constituciones son un producto típico del racionalismo decimonónico aplicado al campo jurídico. García-Pelayo explica que el concepto racional de constitución se caracteriza por expresarse en forma escrita, pues solo así se obtienen garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre, se logra un orden objetivo y permanente y se alcanza cierta precisión y seguridad ante la arbitrariedad de la administración<sup>23</sup>.

#### 1.3.3.1.2 Forma contemporánea

Las denominaciones anteriores (consuetudinarias y escritas) han perdido vigencia después de ser contrastadas con las realidades constitucionales. Los autores del *Manual de derecho constitucional salvadoreño* señalan, valiéndose de Segundo Linares Quintana, que eso se debe a las ambigüedades y equívocos que generan. Para calificar una constitución como escrita, dicen, ya no basta que conste en un documento solemne, además debe incluir los principios y la forma de organización del gobierno, los derechos humanos y sus correspondientes garantías<sup>24</sup>. Con las consuetudinarias ocurren malentendidos también. En algunos ordenamientos jurídicos donde la norma fundamental es consuetudinaria, hay disposiciones escritas que tienen rango constitucional, pero no por ello dejan de ser consuetudinarias. Para abarcar estas realidades el derecho constitucional ha sustituido los términos escrita por codificada y consuetudinaria por dispersa.

---

<sup>23</sup> **GARCÍA-PELAYO, MANUEL**, *Derecho constitucional comparado*, sexta edición, Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 39.

<sup>24</sup> Ver **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., p.110.

### 1.3.3.2 Según el valor creativo<sup>25</sup>

Conforme a este criterio las constituciones son originarias o derivadas. Karl Loewenstein<sup>26</sup> indica que en las primeras se enmarcan las que contienen un principio funcional nuevo, creador y por eso mismo original, relacionado a la formación de la voluntad del Estado. Ejemplo de esta clase son las constituciones de Weimar y de Querétaro. En las segundas caben las constituciones que repiten esquemas o modelos constitucionales de otros países, es decir aquellas que no aportan ninguna novedad. Es evidente que en esta última clase se ubica la mayoría de constituciones, ya que son pocas las que aportan algo nuevo al derecho constitucional.

### 1.3.3.3 Según el mayor o menor grado de dificultad para su reforma<sup>27</sup>

Este criterio parte de la clásica división de James Bryce entre constituciones flexibles y rígidas.

En las flexibles caben las normas fundamentales que no exigen un procedimiento especial para su modificación, es decir, aquellas que para alterar sus disposiciones bastaría con seguir los trámites de reforma de las leyes ordinarias. En este tipo de normas constitucionales no se aprecia la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido. La principal característica que comparten las de este grupo es su naturaleza mudable.

---

<sup>25</sup> **BETRAN GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., p. 112.

<sup>26</sup> **LOEWENSTEIN, KARL**, *Teoría de la constitución*, reimpresión de segunda edición, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 209 y 210.

<sup>27</sup> **BETRAN GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., pp. 111-112



Las rígidas son exactamente la antítesis de las flexibles: precisan de métodos singulares y extraordinarios para ser reformadas. Se subdividen en absolutamente rígidas y en relativamente rígidas. Las primeras no admiten ninguna modificación, son inmutables; las segundas permiten alteraciones en su cuerpo por medio de procedimientos especiales previamente estipulados<sup>28</sup>.

#### 1.3.3.4 Según el contenido ideológico<sup>29</sup>

En su *Teoría de la constitución*, Loewenstein<sup>30</sup> 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 libremente<sup>31</sup>. A este último tipo de normas fundamentales cabe formularles la siguiente crítica. Su pretendida

---

<sup>28</sup> Entre estas se ubica la constitución salvadoreña. Posteriormente se brindará una breve reseña sobre el procedimiento de reforma.

<sup>29</sup> **BETRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., pp. 113-116.

<sup>30</sup> **LOEWENSTEIN, KARL**, ob. cit., pp. 211-213.

<sup>31</sup> **LOEWENSTEIN, KARL**, ob. cit., pp. 211-213

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.

#### 1.3.3.5 Según la fuente u origen<sup>32</sup>

De acuerdo a este criterio las constituciones se subdividen en:

- Otorgadas: Son las que concede por gracia el monarca absoluto, e incluyen algunas garantías o prerrogativas a favor del pueblo o de un sector social.
  
- Pactadas: Estas surgen de los acuerdos bilaterales celebrados entre un órgano del Estado y el pueblo o una organización política. Están inspiradas en la idea contractualista rousseaniana.
  
- Democráticas: Tienen su origen en la voluntad popular, que se verifica por medio de elecciones libres o referéndums.
  
- Pseudodemocráticas: Aparentan ser democráticas pero en el fondo no lo son, porque el mecanismo electoral por medio del que se crearon fue adulterado.
  
- Impuestas: Estas pueden ser las que el monarca debe aceptar cuando el parlamento es el depositario de las mayorías o las que un gobernante autoritario promulga para someter al pueblo.

---

<sup>32</sup> **BETRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., pp. 117-120.

### 1.3.3.6 Según la concordancia con la realidad que pretenden normar y el fin<sup>33</sup>

Esta clasificación es la que Loewenstein denomina ontológica. De acuerdo al presente criterio las constituciones pueden dividirse en normativas, nominales y semánticas por el grado de correspondencia que tengan con la realidad. Se llaman normativas las que sujetan al proceso político, las que lo encauzan efectivamente. En estas hay una coincidencia entre el deber ser y el ser.

Nominales son, al contrario de las anteriores, aquellas normas fundamentales que no se adaptan a la dinámica política. En vez de imperar sobre los procesos políticos, están sometidas a ellos. Un abismo separa sus regulaciones de lo que en efecto se hace o cumple. En ellas existe un marcado divorcio entre el plano normativo y el fáctico.

Por último, semánticas son las constituciones que responden únicamente a los designios del gobernante, quien pretende entronizarse en su cargo por medio de la manipulación de las disposiciones constitucionales. Este tipo falsea el ideal primigenio de la carta magna, que era limitar el ejercicio del poder público. Se dice entonces que son semánticas porque la constitución no corresponde en estos casos a su significación real.

### 1.3.3.7 Según la extensión<sup>34</sup>

En atención a su amplitud las constituciones se dividen en sumarias y en desarrolladas. Las sumarias son las que exponen en forma breve y directa el

---

<sup>33</sup> **BETRAN GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., pp. 120-122.

<sup>34</sup> **BETRAN GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., pp. 122-123.

contenido de la constitución, que abarca solamente los fundamentos de la organización política. En las desarrolladas, además de incluir los mencionados fundamentos, se consideran disposiciones de otras materias (por ejemplo, los derechos y las garantías fundamentales, el preámbulo, etcétera).

#### **1.4 Cambio constitucional**

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 acomodados del derecho constitucional a la realidad solo pueden llevarse a cabo legítimamente por dos medios: la reforma y la mutación constitucionales<sup>35</sup>. 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<sup>36</sup>.

#### 1.4.1 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 formales<sup>37</sup> que, aunque producidas bajo la piel de la norma primaria, sustituyen el orden constitucional.

##### 1.4.1.1 Mutación constitucional

###### 1.4.1.1.1 Definición de mutación constitucional

La mutación constitucional es una modificación no formal de la constitución que se lleva a cabo dentro de sus límites y que no implica variación de su tenor literal<sup>38</sup>. De la definición se desprenden tres características:

---

<sup>35</sup> LOEWENSTEIN, KARL, ob. cit., p. 164.

<sup>36</sup> DA SILVA, JOSÉ ALFONSO, "Mutaciones constitucionales", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [en línea], Nro. 1, julio-diciembre, 1999, s/p. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>

<sup>37</sup> Por modificación formal se comprende las alteraciones de la constitución mediante el procedimiento de reforma consignado en la misma norma primaria. Ahora por modificación no formal se entiende que son las alteraciones que operan en la constitución sin seguir el mecanismo de la reforma. Ver DE VEGA, PEDRO, ob. cit., p. 179.

<sup>38</sup> Ver DA SILVA, JOSÉ ALFONSO, ob. cit., s/p.

modificación no formal, aplicación dentro de los límites e inalterabilidad del texto. La primera significa que la mutación no requiere un procedimiento, es decir no hay un método ni reglas que deban seguirse para ponerla en marcha. Que se aplica dentro de los límites de la misma constitución, por su parte, indica que los cambios se producen en el marco de la norma fundamental. Y la inalterabilidad del texto constitucional no es más que la preservación del tenor literal de la constitución: la mutación no implica cambios en el articulado.

#### 1.4.1.1.2 Formas de mutación constitucional

Para Da Silva la mutación puede provenir de cualquiera de las siguientes formas: a) de los actos de complementación constitucional, b) de la interpretación y la construcción constitucionales y c) de las prácticas político-sociales<sup>39</sup>.

a) *Actos de complementación constitucional.* Da Silva explica que hay actos del poder público (leyes, decretos ejecutivos, políticas) orientados a complementar la norma constitucional. Cabe recordar que la constitución es programática y deja a la ley secundaria la ampliación de los principios o derechos que consigna de forma general o abstracta. Solo cuando los actos normativos ordinarios extiendan la norma constitucional más allá de lo que literalmente establece se configurará una mutación válida. Si por el contrario la reducen, dice Da Silva, será inválida.

b) *Interpretación y construcción constitucionales.* Esta es quizá la forma de mutación más fecunda. Naturalmente la interpretación que se menciona aquí

---

<sup>39</sup> DA SILVA, JOSÉ ALFONSO, ob. cit, s/p.

es la judicial, que por otra parte es la que cumple una función de primer orden en la adaptación de la constitución a la realidad. Eso se logra, precisamente, por medio de una sentencia que actualiza los conceptos que aparecen en una disposición constitucional. A pesar de sus ventajas, la interpretación constitucional en ningún modo es capaz de provocar la mutación de la totalidad de una constitución. Esta forma posee límites que son impuestos por la misma norma fundamental. Es importante aclarar además que no cualquier interpretación judicial de la constitución puede desembocar en una mutación. Solo los razonamientos del tribunal constitucional, consignados en una sentencia, tienen esa virtud. En la organización jurisdiccional salvadoreña, el órgano competente es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, construcción constitucional es un tipo de interpretación capaz de crear instituciones no previstas en el texto de la constitución. El caso emblemático que trae a cuenta es el del juez Marshall y la institución para el control de la constitucionalidad de las leyes, que surgió de una sentencia judicial dictada por él.

c) *Prácticas político-sociales*. Las mutaciones, de acuerdo a Da Silva, también se originan en la realidad política. Aquí el autor hace referencia a las convenciones constitucionales inglesas, que “son normas extrajurídicas formadas por precedentes políticos que se tornarán prácticas consuetudinarias relativas a las atribuciones y funcionamiento de los poderes”<sup>40</sup>. Loewenstein, por su parte, las designa como las “formas de conducta de los órganos estatales superiores que, basadas en un ejercicio

---

<sup>40</sup> DA SILVA, JOSÉ ALFONSO, ob. cit., s/p.

de hecho –precedentes–, son consideradas en general como obligatorias”<sup>41</sup>. Vale aclarar que la presente forma de mutación es común en Estados regidos por constituciones flexibles y no escritas, como en el citado caso de Inglaterra. Sin embargo en las constituciones codificadas es dable que también operen mutaciones por acción de la costumbre.

#### 1.4.1.1.2 Fundamento de la mutación constitucional

La mutación constitucional ha venido desempeñando un papel clave en el funcionamiento del Estado de derecho. En los ordenamientos jurídicos con constituciones más o menos rígidas se ha convertido en un relevante instrumento de adaptación. Incluso ha llegado al punto de convertirse en una válvula de escape cuando la presión por cambios constitucionales no tiene frutos en el órgano legislativo<sup>42</sup>. Ante los procedimientos gravosos de la reforma, la mutación se muestra práctica y expedita.

Es evidente que la mutación no es omnipotente. Posee límites, es decir hay ámbitos que le están vedados. En primer término, está claro que la mutación no puede ser de tal magnitud que transforme por completo la constitución, por poner un caso extremo; y de igual manera no es admisible que la mutación opere sobre las cláusulas pétreas, porque el constituyente ha decidido proteger esas materias. La realización de este último caso es más probable que el otro y conviene por tanto estar prevenidos de esa importante restricción. Sería aceptable una mutación solo si su finalidad es ampliar la cobertura de tales cláusulas.

---

<sup>41</sup> **LOEWENSTEIN, KARL**, ob. cit., p. 166.

<sup>42</sup> La actual crisis del modelo de representación radica precisamente en el aprovechamiento de los partidos políticos del monopolio que tienen sobre las decisiones políticas. En un contexto como ese la mutación constitucional, dado que está fuera de alcance del legislador, puede ser un instrumento eficaz para fragmentar dicho monopolio.



### 1.4.2.1 Reforma constitucional

#### 1.4.2.1.1 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<sup>43</sup> 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

---

<sup>43</sup> Este es el significado formal al que se refiere Loewenstein cuando explica el concepto de reforma. En palabras breves, el jurista alemán entiende por formal la técnica y el conjunto de procedimientos utilizados para efectuar la modificación constitucional. Ver **LOEWENSTEIN, KARL**, ob. cit., p. 165.

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.

#### 1.4.2.1.2 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<sup>44</sup>, 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.

---

<sup>44</sup> Citado por **CARBONELL, MIGUEL**, *Constitución, reforma del derecho constitucional y fuentes del derecho en México*, primera edición, Universidad Autónoma de México, México D. F., 1998, p. 242.

#### 1.4.2.1.3 Breve descripción del procedimiento de reforma de la Constitución de 1983

El *iter* de la reforma según la constitución salvadoreña es el siguiente.

##### — *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.

##### — *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.

##### — *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.

— *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.

## **CAPÍTULO II**

### **ANTECEDENTES Y ASPECTOS GENERALES DE LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

#### **2.1 Límites a la reforma constitucional**

##### 2.1.1 Antecedentes históricos

El constitucionalismo es un producto occidental. Si bien en la Antigua Grecia el término constitución era usado para nombrar las sucesivas formas de gobierno puestas en práctica<sup>45</sup>, evidentemente no poseía el significado que se le adjudica ahora, sin embargo es un punto de referencia a tener en cuenta.

Desde sus inicios el constitucionalismo ha tenido como mira fundamental la contención del poder estatal. Ese propósito se correspondía con el pensamiento liberal que en aquel entonces estaba en boga. El liberalismo concibe la constitución como un documento que acota los ámbitos de acción del Estado y que salvaguarda al mismo tiempo las libertades ciudadanas, de modo que así se convierte en el dique por antonomasia del aparato estatal.

A pesar de que procesos históricos como la segunda guerra mundial, el alba y el ocaso del régimen soviético han acarreado valiosas incorporaciones al constitucionalismo, la razón de ser original de la constitución sigue siendo la misma. La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos sociales añadidos a las constituciones de forma sistemática en el siglo pasado no han cercenado el significado primigenio apuntado en el párrafo anterior.

---

<sup>45</sup> Al respecto puede leerse de Aristóteles *La constitución de Atenas*.

En vista de que Occidente es la cuna del constitucionalismo, a continuación se presentarán las limitaciones más destacadas al procedimiento de reforma incluidas en dos textos constitucionales europeos.

#### 2.1.1.1 Límites en el constitucionalismo occidental

##### *España*

España es uno de los países que aprobó en la segunda mitad del siglo pasado su texto fundamental, en el año 1978. Después de un rápido examen de su articulado se puede asegurar que no contiene límites materiales. El título correspondiente a la reforma prescinde de cláusulas pétreas y únicamente señala límites formales.

Entre los formales están los procedimentales y los de circunstancias. La Constitución española consigna dos procedimientos para su reforma: el ordinario y el agravado. El ordinario se aplica siempre y cuando la reforma no afecte el título preliminar, la sección primera del título I del capítulo II y el título II; consiste solamente en la aprobación del proyecto de reforma por una mayoría de tres quintos en cada una de las cámaras (Congreso y Senado); el agravado, por su parte, se pone en marcha cuando se proceda a revisar totalmente la constitución y en los casos en que no aplique el trámite ordinario; requiere la aceptación del proyecto de reforma por una mayoría de dos tercios en el Congreso y en el Senado, la disolución de las Cortes y la ratificación de la decisión por parte de las cámaras electas.

Respecto de los límites de circunstancias, la norma primaria española señala en el Art. 169 (relacionado con el 116) la imposibilidad de iniciar el

procedimiento de reforma en tiempos de guerra y durante estados de sitio, de excepción y de alarma.

Un comentario sobre la revisión total es necesario antes de pasar a otro punto. Si se parte de que el Art. 168 numeral 1 de la Constitución española habilita la revisión total, no es difícil comprender la ausencia de cláusulas pétreas. Los derechos fundamentales enlistados podrían ser alterados, pese a que el procedimiento agravado vuelva inviable esa tentativa.

### *Alemania*

La constitución alemana, a diferencia de la española, se decanta por el uso de cláusulas pétreas, bastante amplias por cierto. De entrada el Art. 1 numeral 1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania indica que la dignidad humana es intangible, declaración que por sí sola produce efectos jurídicos.

Esa expresión más que prescriptiva es indicativa de los móviles del constituyente alemán y del basamento axiológico que sostiene a la norma fundamental. El Art. 79 numeral 3 LFRFA establece la prohibición de modificar los principios enunciados desde el Art. 1 (en donde está la referida intangibilidad de la dignidad humana) al Art. 20. No admite la constitución alemana ninguna excepción a esta regla, de manera que configura así una cláusula pétrea. Básicamente la materia que protege con la disposición de intangibilidad son los derechos fundamentales.

Sin embargo no es esa la única cláusula pétrea. La LFRFA incluye otras dos encaminadas a salvaguardar el sistema federal alemán. El mismo Art. 79

numeral 3 preceptúa que la organización federal en *Länder* y el principio de participación de estos en la legislación federal son inmodificables.

Para comprender la anterior limitación es preciso entender qué son los *Länder*. Esta palabra alemana es el plural de *Land*, que significa el territorio del estado federado o el mismo estado federado<sup>46</sup>. Cada *Land* posee una administración, una legislación y tribunales propios pero participa también en tareas comunes con las autoridades federales (Art. 91 A numeral 1 LFRFA). El conjunto de *Länder* conforma una peculiar instancia federal denominada *Bundesrat*, en la que están presentes delegados de cada uno de los Estados y una de sus funciones es precisamente participar en la legislación de la federación alemana junto al *Bundestag*, la institución parlamentaria. La cláusula pétrea está ideada para preservar esta trama federativa.

Aparte de las mencionadas cláusulas la LFRFA establece restricciones procedimentales a las reformas. Estas no precisan de una asamblea constituyente, solo se preceptúa para concretarlas una mayoría de dos tercios de los miembros del *Bundestag* y de dos tercios de votos en el *Bundesrat*, Art. 79 numeral 2 LFRFA.

#### 2.1.1.2 Límites en el constitucionalismo salvadoreño

*Breve relación de los límites a la reforma en el constitucionalismo salvadoreño.*

El punto de partida de la presente relación es la Constitución de 1824, la primera que emitió el país. Para entonces El Salvador integraba junto al

---

<sup>46</sup> En total son dieciséis los estados que conforman la federación alemana: Baden-Wurtemberg, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Sajonia-Anhalt, Sajonia, Schleswig-Holstein y Turingia.



resto de provincias del centro de América una unidad política independiente de la corona española: la turbulenta federación centroamericana. El texto constitucional de 1824 se caracterizó por, entre otros detalles, consignar unos límites al procedimiento de reforma demasiado flexibles. Un examen rápido de su articulado confirmará este aserto.

El primer obstáculo a la reforma era de carácter temporal. En el Art. 80 la Constitución de 1824 autorizaba al Congreso a poner en marcha modificaciones solo hasta después de dos años de iniciada su vigencia. Pero esa habilitación no era absoluta, al final del artículo en referencia aparecía un valladar: la constitución expresamente excluía del ámbito de lo reformable los Arts. 1, 2, 4 y 12.

“Art. 80. Hasta pasados dos años podrá el Congreso reformar o alterar uno u otro artículo de la Constitución del Estado, pero nunca podrá alterarse los dos artículos primeros y el cuarto del capítulo I y el artículo 12 del capítulo III”<sup>47</sup>.

Las materias que así se marginaba versaban sobre la independencia y soberanía del Estado (Art. 1), sobre la declaración de Estado federado adscrito a la República del Centro de América (Art. 2), sobre la composición y límites del territorio (Art. 4) y sobre la división de poderes (Art. 12).

Si bien el Art. 80 apuntaba las citadas exclusiones, el Art. 82 a su vez abría la posibilidad de modificar, precisamente, las materias excluidas, así:

---

<sup>47</sup> **CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DEL SALVADOR DE 1824** en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p.16.

“Art. 82. 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”<sup>48</sup>.

Si se lee con ojo crítico puede apreciarse que el Art. 82 confinaba la eficacia de los límites del Art. 80 a solo ocho años. Porque con la expresión “examinada su totalidad” no dejaba lugar a dudas que aún los Art. 1, 2, 4 y 12 podían ser reformados, a pesar de lo establecido en dicho Art. 80.

Los límites consignados en la Constitución de 1824 eran flexibles porque al fin de cuentas consistían solamente en límites temporales, que por su propia naturaleza son superables con el simple paso del tiempo. Por mucho que declarara el constituyente en el Art. 80 que eran inmodificables ciertas disposiciones, eso quedaba sin ninguna fuerza ante la desafortunada locución “examinada en su totalidad”, una especie de llave para cambiar de raíz la constitución.

En 1841 cobra vigencia la primera constitución de El Salvador en tanto Estado unitario y republicano. Esta señalaba límites a su reforma parcial y las materias que protegía eran los derechos y garantías individuales y la división de poderes. Dejaba al arbitrio de la opinión pública el llamado a una reforma total de la constitución, para lo que se requería convocar una Asamblea Constituyente.

“Art. 94. Las reformas parciales de esta constitución cuando sean propuestas por la cuarta parte de representantes en cualquiera de las cámaras podrán acordarlas por los dos tercios de votos de los electos

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 16.

y con sanción del ejecutivo; mas cuando la opinión pública lo exija para su totalidad, propuesta y acordada en los términos referidos se convocará una asamblea constituyente para que la dicte. Las reformas parciales sobre garantías jamás se podrán acordar sino es ampliando las existentes. Tampoco podrá alterarse la división de poderes”<sup>49</sup>.

Es fácil advertir lo débiles y contradictorios que eran los límites en esta constitución. Por un lado se hablaba de reformas parciales y de la imposibilidad de modificar las garantías y la división de poderes; y por otro se mencionaba que la reforma total era realizable cuando así lo exigiera la opinión pública.

Sus falencias saltan pues a la vista. De nada servían los límites a la reforma si a la vez se habilitaba legalmente la sustitución de la constitución. Los autores de esta norma fundamental incurrieron en el error (bastante común durante la época) de amalgamar el poder de reforma con el poder constituyente, hecho que se observa en la igualdad de procedimientos para reformar y cambiar la constitución.

La siguiente constitución que rigió el país fue la de 1864. En ella se estipulaba que los representantes de las cámaras de diputados y de senadores tenían facultades irrestrictas para modificar las disposiciones constitucionales, sin embargo para que adquirieran vigencia las reformas

---

<sup>49</sup> **CONSTITUCIÓN DEL SALVADOR DE 1841**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p. 39. Obsérvese que el término «reforma total» envuelve una contradicción. La modificación completa de una constitución no es una reforma, sino una permuta: una sustitución por otra; en consonancia, la expresión «reforma parcial» a su vez implica no una contradicción sino una tautología. Al respecto, **DE VEGA, PEDRO**, ob. cit., p.p. 219-223, apunta unas precisiones conceptuales que aclaran el desacierto anterior.

debían ser aprobadas por la próxima legislatura. Este era el único coto al procedimiento de reforma que establecía la Constitución de 1864.

Sin embargo, un caso especial era el de las últimas líneas del Art. 102, en donde la Constitución de 1864 preveía la reforma de las instituciones del Estado. Para llevarla a cabo requería, en primer lugar, la aquiescencia de la opinión pública y, en segundo lugar, que el bienestar general la exigiera<sup>50</sup>. No recaía en el congreso la responsabilidad de decretar la reforma, pero sí le correspondía convocar una representación nacional constituyente.

El contenido del Art. 102 es el siguiente:

“Art. 102. Las reformas parciales de la Constitución solo podrán acordarse por los tercios de votos de representantes electos, en cada cámara.

Esta resolución se publicará por la prensa; y no se tendrá por ley sino después de aprobada de la misma manera en la próxima Legislatura. Cuando la opinión pública y el bienestar general exijan otras instituciones, se hará por una Representación Nacional Constituyente, cuya convocatoria debe ser acordada por la Legislatura ordinaria en los términos expresados en este artículo”<sup>51</sup>.

Al cabo de siete años la Constitución de 1864 es reemplazada. La nueva norma fundamental estipulaba un procedimiento de reforma más minucioso

---

<sup>50</sup> Igual que la Constitución de 1841 con la opinión pública, en la de 1864 no se precisó en qué forma sería cognoscible y objetivable el bienestar general. Generalmente estas declaraciones abstractas dejaban las puertas abiertas para manipular el texto constitucional.

<sup>51</sup> **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR DE 1864**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p.43.

que el de la anterior. Establecía que la modificación constitucional debía ser acordada por dos tercios de votos de los representantes electos en las cámaras de diputados y de senadores. Esa resolución era publicada por la prensa nacional y ratificada por la siguiente legislatura, que además convocaba la Asamblea Constituyente que se encargaría de decretar las reformas. Al igual que su predecesora, la Constitución de 1871 no consignaba cláusulas pétreas sino solamente señalaba límites temporales y procesales en el Art. 127, que decía así:

“Art. 127. La reforma de esta Constitución solo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los representantes electos á cada Cámara. Esta resolución se publicará por la prensa y volverá a tomarse en consideración en la próxima Lejislatura. Si ésta la ratifica se convocará una Asamblea Constituyente para que decrete las reformas; pero no se propondrá dichas reformas sino hasta pasados seis años de promulgada esta Constitución”<sup>52</sup>.

La constitución de 1871 experimenta en los años 1872 y 1880 variaciones que dejan prácticamente intacto el artículo que regula el procedimiento de reforma. En estas modificaciones no se añadió ninguna cláusula pétrea<sup>53</sup>.

En 1883 se decreta una nueva constitución que deroga la vigente desde 1880. Cambian ciertas disposiciones, pero en lo fundamental sigue siendo el mismo texto. El artículo referente al procedimiento de reforma, por ejemplo,

---

<sup>52</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR DE 1871**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p.97.

<sup>53</sup> Ver **CONSTITUCIÓN DE 1872, REFORMANDO LA EMITIDA EL DÍA 16 DE OCTUBRE DE 1871**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p. 131 y **CONSTITUCIÓN DE 1880. REFORMANDO LA EMITIDA EL DÍA 9 DE NOVIEMBRE DE 1872**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p. 137.

es idéntico al de la Constitución de 1880. Se omite la transcripción del texto por resultar innecesario<sup>54</sup>.

Con el despliegue del proyecto liberal viene la Constitución de 1886, que marca un punto de inflexión en el constitucionalismo salvadoreño. Hay varias razones que explican el porqué de esta afirmación. En lo que a la investigación atañe cabe decir únicamente que este texto fue el primero en consignar una cláusula pétrea que prohibía la reelección del presidente y del vicepresidente de la república y la ampliación del período presidencial<sup>55</sup>.

El artículo que consignaba la citada cláusula es el siguiente:

“Art. 148. La reforma de esta Constitución solo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los Representantes electos a la Asamblea, debiendo puntualizarse el artículo o artículos que hayan de

---

<sup>54</sup> En cambio, es válido traer a cuenta el proyecto de constitución de 1885, que nunca vio luz. Aportaba novedades, aunque escasas. Repetía además algunas líneas del artículo que regulaba el procedimiento de reforma en las constituciones de 1871 y 1883. Los únicos avances palpables se circunscribían a los límites formales. Por ejemplo, el proyecto de constitución prohibía la reelección de los diputados y senadores que formaban parte de la legislatura que acordaba la reforma constitucional y, además, vedaba categóricamente la reforma por cualquier medio distinto al establecido. Los artículos decían literalmente así:

“Art. 145. La reforma de esta Constitución solo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los Representantes electos a cada Cámara y por votación secreta, debiendo puntualizarse el artículo o artículos que hayan de reformarse. Esta resolución se publicará en el periódico oficial y volverá a tomarse en consideración en la Legislatura del año siguiente. Si ésta ratifica, se convocará una Asamblea Constituyente, compuesta por dos Representantes por cada Departamento, para que si lo tuviese a bien decrete las reformas. Para esta Asamblea Constituyente no podrán ser electos los Diputados o Senadores que formaron parte de la Legislatura que hubiesen acordado las reformas, ni éstas tendrán fuerza de ley sino hasta el siguiente período presidencial.” (**GALLARDO, RICARDO** (comp.), *Las constituciones de El Salvador*, vol. II, primera edición, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1961).

“Art. 147. Cualquier otro medio de reforma distinto de lo establecido en los artículos anteriores es ilegal y nulo.” (**GALLARDO, RICARDO** (comp.), *Las constituciones de El Salvador*, vol. II, primera edición, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1961).

<sup>55</sup> Resulta digno de atención que desde las constituciones de 1824 y 1841 no se había contemplado ningún límite material a la reforma.

reformarse. Esta resolución se publicará en el periódico oficial y volverá a tomarse en consideración en la Legislatura del año siguiente. Si ésta ratifica, se convocará una Asamblea Constituyente compuesta de tres representantes por cada departamento para que, si lo tuviere a bien, decrete las reformas. Pero se estatuye que en ningún caso podrán reformarse los artículos 80, 81 y 82 que tratan de la prohibición de la reelección del Presidente, Vice-presidente y Designados y de la duración del período presidencial”<sup>56</sup>.

Por otro lado, la Constitución de 1886 también consignaba un artículo idéntico al del proyecto de constitución de 1885 que prohibía la reforma por otro medio que no fuese el procedimiento señalado en el texto constitucional. Como puede observarse esta constitución incluyó una protección bastante integral. En parte eso explica que su vigencia haya sido de cinco décadas, aunque las razones de fondo realmente son otras<sup>57</sup>. Hasta el día de hoy es la más longeva de las normas fundamentales salvadoreñas.

La Constitución de 1939 relevó a la anterior de 1886 e introdujo el mismo vicio de otras normas primarias: mezcló el poder constituyente con el poder de reforma. El Art. 188 de la referida constitución evidencia la falta de distinción entre uno y otro poder, en los términos siguientes:

“Art. 188. La reforma de esta Constitución podrá hacerse:

---

<sup>56</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1886**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p. 228.

<sup>57</sup> Un análisis en profundidad debe considerar la expansión del capitalismo en El Salvador durante ese contexto y la emergencia de nuevos actores económicos.

1º Por una Constituyente convocada por acuerdo en actas plebiscitarias autorizadas por los dos tercios, por lo 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 este caso y en el anterior, no tendrá ninguna limitación de facultades.

3º Por dos Asambleas Legislativas consecutivas; pero en este caso, la primera, con no menos de dos tercios de votos de los Diputados electos, deberá señalar concretamente el artículo o artículos que han de suprimirse o reformarse, publicándose tal resolución en el Diario Oficial; y la segunda con igual número de votos, si ratifica lo resuelto por la anterior, decretará las reformas, las que, para entrar en vigencia deberán ser publicadas en el mismo órgano oficial. Se estatuye que en esta forma no podrán alterarse de ninguna manera los artículos comprendidos en los Títulos I, V, VII, VIII y XII, y en este mismo Título XV, los que sólo podrán ser reformados por una Asamblea Constituyente”<sup>58</sup>.

El numeral segundo del artículo transcrito señalaba que la reforma podía hacerla una Asamblea Constituyente con facultades ilimitadas, ya fuera convocada por actas plebiscitarias (en el caso del numeral primero) o por el transcurso de un período de veinticinco años, eso sin embargo resultaba incongruente con las cláusulas pétreas del numeral tercero. Al señalar la

---

<sup>58</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1939**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p. 188. Los títulos protegidos por la cláusula pétrea versaban sobre la nación y la forma de gobierno (título I); los derechos y las garantías, la familia y el trabajo (título V); el Poder Ejecutivo (título VII); el Poder Judicial (título VIII); la hacienda pública (título XII) y la reforma de la constitución y de las leyes constitutivas (título XV).



constitución que la Asamblea Constituyente poseía facultades ilimitadas abría la posibilidad no solo de una reforma cualquiera sino de su misma sustitución. Así se producía una evidente inconsistencia, pues las cláusulas pétreas carecían de sentido si una Asamblea Constituyente convocada por actas plebiscitarias podía pasar sobre ellas.

Esta norma fundamental presentaba además no ya un vicio sino una verdadera aberración. Producto de una maniobra política se incluyó en el inciso tercero del Art. 91 una excepción que permitió soslayar dos claras prohibiciones, inmodificables según la cláusula pétrea del Art. 188 N° 3. El Art. 91 expresaba:

Art. 91. "El Poder Ejecutivo será ejercido por un ciudadano que recibirá el título de Presidente de la República, con los respectivos ministros.

El Presidente de la República será electo por voto directo y público de los ciudadanos salvadoreños conforme la ley; pero cuando del escrutinio que practique la Asamblea Nacional no resulte mayoría absoluta de votos, ésta lo elegirá por votación pública entre los ciudadanos que hayan obtenido mayor número de sufragios.

*Excepcionalmente, y por exigirlo así los intereses nacionales, el ciudadano que habrá de ejercer la Presidencia de la República del primero de marzo del corriente año hasta el primero de enero de 1945, según esta Constitución, será electo por los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, sin que por esta única vez tengan aplicación las incapacidades a que se refiere el Art. 94.*<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Las cursivas han sido añadidas.

Con el último inciso se logró que el postulante a la presidencia (en ese entonces Maximiliano Hernández Martínez, quien ejercía como presidente) no fuera elegido por los ciudadanos en votación directa sino por la asamblea nacional constituyente, y se suspendió la prohibición de reelección del Art. 94. De ese modo se consumó lo que en derecho constitucional es conocido como fraude a la constitución.

En 1944 se promulgaron reformas que no afectaron la integridad del Art. 188 de la Constitución de 1939. Al siguiente año se emite una nueva norma fundamental, producto de las circunstancias políticas del momento<sup>60</sup>. A diferencia de la derogada, la nueva consignaba un único mecanismo de reforma y una verdadera cláusula pétrea. Las enmiendas solo podía decretarlas la Asamblea Constituyente. Eso sí, antes la Asamblea Legislativa debía acordarlas y la siguiente legislatura ratificarlas. El proyecto de enmienda, sin embargo, no era vinculante para la Asamblea Constituyente.

La Constitución de 1945 protegió de forma atinada las disposiciones referentes a la prohibición de reelección del presidente, vicepresidente y designados y a la duración del período presidencial. Por ello hay que decir que los autores de esta norma primaria deslindaron correctamente las competencias del poder de reforma de las del poder constituyente. Es así que en ningún caso las mencionadas disposiciones podían ser reformadas. El artículo en cuestión decía así:

“Art. 171. La reforma de esta Constitución sólo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los Representantes electos a la Asamblea, debiendo puntualizarse el artículo o artículos que hayan de reformarse. Esta resolución se publicará en el periódico oficial y

---

<sup>60</sup> En realidad esta constitución fue una reedición de la Constitución de 1886.

volverá a tomarse en consideración en la Legislatura del año siguiente. Si ésta la ratifica se convocará una Asamblea Constituyente compuesta de tres Representantes por cada departamento para que, si lo tuviera a bien, decrete las reformas. Pero se estatuye que en ningún caso podrán reformarse los artículos 80, 81 y 82 que tratan de la prohibición de la reelección del Presidente, Vice-Presidente y Designados y de la duración del período presidencial”<sup>61</sup>.

La Constitución de 1950 es, junto con la de 1886, una de las más innovadoras. Sin embargo en lo que respecta a la técnica de reforma no ofreció ningún avance, nada que no haya sido considerado en otras normas primarias. Es más, no consignó ningún límite explícito (cláusula pétrea) a su reforma, por lo que se deduce que no había restricciones de ese tipo a la hora de modificarla. La redacción del artículo que establecía el procedimiento de revisión es similar al de la Constitución de 1945 con la diferencia que en esta última se agregó una cláusula pétrea. La disposición de la Constitución de 1950 es la siguiente:

“Art. 223. La reforma de esta Constitución sólo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los representantes electos a la Asamblea Legislativa. En la resolución que se adopte, se puntualizará el artículo o artículos que hayan de reformarse y se incluirá el proyecto correspondiente. La resolución y proyecto de reformas se publicarán en el Diario Oficial y volverán a tomarse en consideración en la Asamblea Legislativa siguiente. Si ésta lo ratifica, se convocará una

---

<sup>61</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886 CON LAS ENMIENDAS INTRODUCIDAS POR LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE POR DECRETO NÚMERO 251 DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 1945**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, pp. 351 y 352.

Asamblea Constituyente para que, si lo tuviera a bien, decreta las reformas<sup>62</sup>.

Por último, la norma fundamental de 1962 repite en líneas generales el contenido de la Constitución de 1950. Pero el artículo referente al procedimiento reportó importantes cambios: implementó la aprobación de reformas por dos asambleas legislativas consecutivas y la sanción de estas por una asamblea constituyente.

### 2.1.2 Definición de límites a la reforma constitucional

Antes de entrar en definiciones conviene indicar los presupuestos teóricos que permiten hablar de límites a la reforma constitucional.

La cuestión de los límites a la reforma constitucional solo cobra sentido cuando se tiene en cuenta que existe un poder constituyente y un poder de reforma (o si se quiere poder constituyente originario y poder constituyente derivado). Sin el conocimiento previo de por qué es necesaria esa distinción la discusión sobre los límites no podrá ser provechosa y mucho menos se comprenderá cual es su utilidad (metajurídica incluso).

La separación de los referidos poderes es impuesta por la lógica del Estado constitucional de derecho y por el principio de soberanía popular. En todo Estado constitucional la fuente suprema del ordenamiento jurídico es la constitución, no lo es ninguna autoridad ni entidad constituida. El funcionamiento de este tipo de Estado implica subsumir la producción

---

<sup>62</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR DE 1950**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p. 410.

jurídica en normas superiores, y en fin de cuentas en la norma primaria, dado que es la cúspide del sistema normativo. Al no existir una fuente normativa superior que la constitución, una fuerza extra jurídica denominada poder constituyente la crea, le provee juridicidad, vacía sus características en ella y desaparece para dejarla como máximo referente del sistema. Hasta este punto hay relativo acuerdo en la teoría constitucional.

El esquema anterior se opaca cuando se trata de la reforma de la norma primaria y cuando se inquiere por el ente que debe llevarla a cabo. Al respecto la concepción clásica del poder constituyente aseguraba que correspondía hacer la reforma al mismo poder constituyente originario, y deudora de esa idea fue la expresión “reforma total” insertada en varias constituciones de la época (siglo XIX y aproximadamente mediados del XX). Aunque poco afortunada, la locución era coherente con la naturaleza ilimitada del poder constituyente. Es así como bajo esa lógica era concebible cambiar por completo la constitución.

La concepción clásica incurrió en el error de mantener el poder constituyente dentro del sistema normativo, ya que fabricó así una falsa paridad entre dicho poder y el poder de reforma<sup>63</sup>. Por un lado, que el poder constituyente permaneciera activo dentro de la misma constitución (es decir, al mismo nivel que los órganos constituidos) era incongruente con su naturaleza; y por otro lado, que sus facultades estuvieran depositadas en los denominados representantes del pueblo era una invitación a la usurpación de la soberanía popular.

---

<sup>63</sup> Para una crítica completa de la concepción clásica del poder constituyente léase **DE VEGA, PEDRO**, ob. cit., p.p. 219-240.

Después de esa pequeña digresión es visible el verdadero sentido de los límites. Solo es posible hablar de límites para el poder de reforma, que es el que está sometido a los dictados de la constitución, y no para el poder constituyente, que en teoría no posee más restricciones que las que a sí mismo se imponga<sup>64</sup>.

Allanado el camino es posible decir entonces que los límites son vallas que la constitución levanta para impedir la mutilación o la supresión de ciertos contenidos o principios comprendidos en su cuerpo, impedimentos que incluso sirven para evitar su transformación fraudulenta.

La definición anterior converge con lo que Schmitt ha dicho sobre la facultad de reformar la constitución. Para el autor alemán esa facultad solo "... significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: la facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional"<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> La aseveración anterior hay que matizarla. Restricciones legales, por lo menos en el plano interno, no las puede tener el poder constituyente originario, pero de orden externo (convenciones y normas internacionales, el *jus cogens*) sí. Además están los derechos fundamentales, que según la perspectiva con que se vean podrían erigirse en límites. Fuera de toda consideración jurídicista, cabe indicar que el poder constituyente originario se encuentra sujeto siempre a las coordenadas de la época, al tipo de cultura y a los valores prevalecientes en la sociedad.

<sup>65</sup> Carl Schmitt citado por **NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO**, "Poder constituyente y reforma constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno" en **HÄBERLE**,

### 2.1.3 Tipología de los límites a la reforma

De la amplia variedad de tipos se han escogido los límites de mayor utilidad y relevancia.

#### 2.1.3.1 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.

#### 2.1.3.2 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<sup>66</sup>. 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 *jus cogens*.

---

**PETER Y GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO (co.),** *El control del poder. Homenaje a D. Valadés*, Tomo II, primera edición, UNAM, 2011, p. 469.

<sup>66</sup> **DE VEGA, PEDRO**, ob. cit., p. 241.

### 2.1.3.3 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.

### 2.1.3.4 Límites formales

#### 2.1.3.4.1 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.

#### 2.1.3.4.2 Límites temporales

Los límites temporales consisten en el plazo (un número equis de años) que debe transcurrir para que la reforma de ciertos tramos de la constitución sea legal. Si bien en épocas pasadas era bastante común en las normas primarias (verbigracia las constituciones salvadoreñas hasta mediados del siglo XX), hoy por hoy esta cláusula ha caído en desuso. Se comprendió que, en vez de ser un seguro, puede convertirse en un lastre cuando los acontecimientos políticos se precipitan y es necesario adecuar con urgencia



la constitución. No existen límites de este tipo en la constitución nacional vigente.

#### 2.1.3.5 Límites absolutos

Así como lo indica su apelativo, estos límites son aquellos que de ninguna manera, ni en circunstancias especiales, ni aplicando el procedimiento de reforma, es factible superarlos. En cierta medida porque protegen los principales baluartes del ordenamiento constitucional. Abarcan tanto las cláusulas pétreas (en El Salvador, la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia, la irreductibilidad del territorio y la forma y sistema de gobierno) como las cláusulas implícitas.

#### 2.1.3.6 Límites relativos

En contraposición con los absolutos, los límites relativos sí pueden ser superados. Diseñados para agravar el proceso de reforma, los referidos límites pretenden que la modificación de la constitución no sea tan simple como aprobar o derogar una ley secundaria. Generalmente están compuestos por aspectos formales y procedimentales como por ejemplo el número de votos que se requiere para aprobar una propuesta de reforma, el órgano encargado de avalarla, las circunstancias y el plazo en que no procede cambiar la constitución.

#### 2.1.3.7 Límites expresos

Los límites expresos o explícitos, también conocidos como cláusulas pétreas textuales, son prohibiciones que buscan preservar los contenidos esenciales de la constitución. Aparecen de forma manifiesta en el texto constitucional y

evidentemente su principal característica es la intangibilidad. Estos son los límites que mayor divulgación han alcanzado y a los que la teoría constitucional ha dedicado abundantes páginas. Es imposible mencionar qué materias deben ser parte de las cláusulas pétreas porque depende de la naturaleza de la sociedad y de su cultura, sin embargo hay que convenir que los derechos fundamentales y los principios afines a estos deben gozar de una protección especial como la que provee la cláusula pétrea.

#### 2.1.3.8 Límites implícitos

Quizá uno de los límites más cuestionados sean los implícitos, o también conocidos como inmanentes. Por estos se entiende aquellas barreras que se deducen de la estructura de la constitución y que impiden una transformación radical de su texto. Su principal característica es que no aparecen de forma literal, hecho que motiva opiniones contrarias a su existencia (sobre todo de los juspositivistas dogmáticos). Como ejemplos de límites implícitos se menciona generalmente a los derechos fundamentales, a los principios que sustentan el orden constitucional, al *jus cogens*.

## **2.2 Apreciaciones jusfilosóficas sobre los límites a la reforma constitucional**

### 2.2.1 Posición jusnaturalista

Los jusnaturalistas 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 juspositivistas. 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 jusnaturalista que se abreve.

La postura anterior es coherente con el dualismo<sup>67</sup> propio del derecho natural. Uno de los postulados jusnaturalistas 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 jusnaturalistas 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 jusnaturalistas: 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 sujetas 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

---

<sup>67</sup> Como lo señala Bobbio citado por **VITALE, ERMANNNO**, “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo” en **DE CABO, ANTONIO Y PISARELLO GERARDO** (comps.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 273.

considerarlos, porque de lo contrario el derecho positivo creado podría ser tachado de derecho injusto<sup>68</sup>.

Actualmente el jusnaturalismo 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.

### 2.2.2 Posición juspositivista

Así como existe diversidad de perspectivas jusnaturalistas las hay tantas o más en el positivismo jurídico, y dependiendo de cual 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 versiones<sup>69</sup>. Más bien se intentará explicar la perspectiva juspositivista contemporánea que mayores prestaciones puede ofrecer al intérprete.

No cabe ninguna duda de que Luigi Ferrajoli, con su influyente teoría del garantismo<sup>70</sup>, es hoy en día uno de los pensadores del derecho de mayor relevancia. Una breve aproximación a algunos textos suyos<sup>71</sup> es por eso en

---

<sup>68</sup> Así lo sería para Radbruch si se antepone al valor justicia el de seguridad jurídica que propugna el positivismo jurídico. **RADBRUCH, GUSTAV**, "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes" en **RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA** (comp.), *Derecho injusto y derecho nulo*, primera edición, Aguilar, Madrid, 1971, p. 3-22.

<sup>69</sup> Las corrientes juspositivistas son muy variadas. Hay quienes incluyen al realismo jurídico dentro de ellas.

<sup>70</sup> Cabe aclarar que la teoría del garantismo no se circunscribe al ámbito penal. Es más bien una propuesta sugerente de teoría del derecho.

<sup>71</sup> Textos del autor consultados: **FERRAJOLI, LUIGI**, en **DE CABO, ANTONIO Y PISARELLO GERARDO** (comps.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*,

este punto indispensable. De acuerdo con la valiosa distinción del autor italiano, hay un juspositivismo dogmático y un juspositivismo 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 característico del juspositivismo 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 juspositivismo 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 juspositivismo dogmático, entre vigencia y validez. Bajo la perspectiva juspositivista crítica analizada es posible precisar que

---

segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005; **FERRAJOLI, LUIGI**, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, primera edición, Editorial Trotta, Madrid, 1999; **FERRAJOLI, LUIGI**, "Positivismo crítico, derechos y democracia", en *Isonomía*, nro. 16, abril, 2002.

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 juspositivismo 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 indecible.

## **CAPÍTULO III**

# **ALCANCE DE LA CLÁUSULA PÉTREA RELACIONADA A LA FORMA Y SISTEMA DE GOBIERNO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1983**

### **3.1 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<sup>72</sup> 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

---

<sup>72</sup> 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.



### *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<sup>73</sup>.

### *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<sup>74</sup>. 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

---

<sup>73</sup> Algunas de ellas son la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya del año 1992 y las normas de derecho internacional.

<sup>74</sup> 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.

### *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.

## **3.2 Forma de gobierno**

### 3.2.1 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<sup>75</sup>. Jiménez de Parga<sup>76</sup>, por su parte, indica de modo sucinto que la forma de gobierno está determinada por la posición que ocupan los diversos órganos del Estado y la relación que estos guardan entre sí. Y Bertrand Galindo y otros<sup>77</sup> explican que por ella comprenden el modo como se encuentran constituidos los órganos esenciales del gobierno y la manera como están distribuidas las funciones del poder estatal, como son sus relaciones, sus controles y sus límites.

---

<sup>75</sup> Bobbio brinda esta consideración al distinguir forma de gobierno de lo que es forma de Estado, en **BOBBIO, NORBERTO**, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2009, p. 144.

<sup>76</sup> **JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL**, *Los regímenes políticos contemporáneos*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1983, p. 129.

<sup>77</sup> **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., p.1020.

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<sup>78</sup>. 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<sup>79</sup>.

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.

### 3.2.2 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.

#### a) *Formas puras:*

Numéricas:

---

<sup>78</sup> Así lo señala también **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO**, ob. cit., p. 1050.

<sup>79</sup> **COMISIÓN DE ESTUDIO DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 1983**, *Exposición de motivos de la Constitución de 1983*, s.ed.,1983, s/p. Disponible en <http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/305364d9d949871586256d48006fa206/22f1c39318b44646062570a5005da814?OpenDocument>

- Aristóteles<sup>80</sup>: 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<sup>81</sup>.

- 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<sup>82</sup>, 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<sup>83</sup>: 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).

Según el modo de producción jurídica:

- Hans Kelsen<sup>84</sup>: Toma distancia de los tipos tradicionales y elabora una clasificación propia con base en la forma de producción jurídica. Según

---

<sup>80</sup> Debe aclararse que Aristóteles reflexionó sobre las formas mixtas, e incluso llegó a opinar que estas son las mejores formas de todas. Ver **BOBBIO, NORBERTO**, *Estado, gobierno y sociedad...*, ob. cit., p. 155.

<sup>81</sup> **BOBBIO, NORBERTO**, *Estado, gobierno...*, ob. cit., p. 144.

<sup>82</sup> **BOBBIO, NORBERTO**, *Estado, gobierno...*, ob. cit., p. 145.

<sup>83</sup> **BOBBIO, NORBERTO**, *Estado, gobierno...*, ob. cit., p. 145.

<sup>84</sup> Según Bobbio, Kelsen es consciente de que en la práctica nunca hay formas puras sino mixtas.

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.

- Polibio<sup>85</sup>: 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.

---

<sup>85</sup> **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, p. 51.

### 3.3 Sistema de gobierno

#### 3.3.1 Definición de sistema de gobierno

Sistema de gobierno es un concepto usado en la ciencia política<sup>86</sup> 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<sup>87</sup> 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.

---

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Los autores del *Manual de derecho constitucional salvadoreño* también dedican un tratamiento especial a la noción de sistema de gobierno. Ver **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., tomo II, p. 1058 y siguientes.

En definitiva el sistema de gobierno expresa lo que modernamente son las modalidades de relación y de composición de los órganos fundamentales del gobierno.

### 3.3.2 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<sup>88</sup> respectivamente.

a) Sistema de gobierno presidencialista. Este es un sistema dualista<sup>89</sup> 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.

---

<sup>88</sup> La clasificación que se sigue es la utilizada por **AGUILERA DE PRAT, C.R. Y MARTÍNEZ, RAFAEL**, *Sistemas de gobierno, partidos y territorios*, primera edición, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 73-79.

<sup>89</sup> El sistema presidencialista es dualista porque en él hay dos momentos distintos en que se manifiesta la voluntad de la ciudadanía por medio de procesos electorales en los que se elige el presidente y el parlamento.



a.1) Sistema de gobierno semipresidencialista o sistema de gobierno mixto o de ejecutivo dual<sup>90</sup>. 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<sup>91</sup> 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.

b) 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<sup>92</sup> 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.

---

<sup>90</sup> Este término fue acuñado por Duverger, según **AGUILERA DE PRAT, C.R. Y MARTÍNEZ, RAFAEL**, ob. cit., p. 106, y ha sido retomado por relevantes autores como el italiano Giovanni Sartori.

<sup>91</sup> **AGUILERA DE PRAT, C.R.**, ob. cit., p. 115.

<sup>92</sup> 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.

b.1) 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.

### 3.3.3 Características<sup>93</sup>

#### Sistemas de gobierno

<i>Parlamentario</i>	<i>Presidencial</i>	<i>Semiparlamentario</i>	<i>Semipresidencial</i>
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

<sup>93</sup> Cuadro elaborado con base en las características de Verney citadas por **AGUILERA DE PRAT, C.R.**, ob. cit., pp. 73 y 74.

Primer ministro designa a sus ministros	Presidente nombra a sus ministros	Primer ministro nombra a sus ministros	Primer ministro nombra a sus ministros
Ministros conforman órgano colegiado	Presidente es electo directamente por la ciudadanía	Primer ministro y parlamento electos por la ciudadanía	Primer ministro es designado por el presidente de la república dado que concentra la titularidad del gobierno
Generalmente los ministros son parlamentarios	Cargo de ministro es incompatible con el de parlamentario		
Gobierno es responsable directamente ante el parlamento	Ejecutivo es directamente responsable ante la ciudadanía	Primer ministro y parlamento son directamente responsables ante el electorado. Pero el parlamento puede destituir al primer ministro y este disolver el parlamento	Presidente de la república es directamente responsable ante la ciudadanía y primer ministro ante el presidente
Parlamento es el centro del sistema político	Existe una relación de equilibrio expresada en controles recíprocos entre el parlamento y el ejecutivo	El parlamento tiene cierta preeminencia en el sistema político	No existe una relación de ascendencia entre el ejecutivo y el legislativo, sin embargo el presidente posee notables facultades desconocidas en un sistema parlamentario

### 3.4 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 omnicomprendivo. Giuliani Urbani indica, por ejemplo, que “En su acepción más general, la expresión ‘sistema político’ se refiere a cualquier

conjunto de instituciones, de grupos y de procesos políticos caracterizados por un cierto grado de interdependencia recíproca”<sup>94</sup>.

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 porqué 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”<sup>95</sup>. 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 constituyen *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.

---

<sup>94</sup> Giuliani Urbani en **BOBBIO, NORBERTO, MATTEUCI, NICOLA Y PASQUINO, GIANFRANCO** (dirs), *Diccionario de política*, Vol II. De la l a la z, duodécima edición, Siglo Veintiuno Editores, México D. F., 2000.

<sup>95</sup> **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., p. 1070.

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 son 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.

### **3.5 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 haber 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 es el propósito del concepto sistema de gobierno, y es lo que hace la distinción fundamental con el consanguíneo forma de gobierno.

### **3.6 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<sup>96</sup> 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. 2º 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.

---

<sup>96</sup> **SOLANO, MARIO**, *Reforma constitucional*, primera edición, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001, en [http://www.csj.gob.sv/BJ/consulta/ss\\_lib.htm](http://www.csj.gob.sv/BJ/consulta/ss_lib.htm)



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.

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.

## CAPÍTULO IV

### LOS LÍMITES IMPLÍCITOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1983

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

Mario Solano, constitucionalista salvadoreño y exmagistrado 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*<sup>97</sup>, 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<sup>98</sup>, 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.

---

<sup>97</sup> SOLANO, MARIO, ob. cit., en [http://www.csj.gob.sv/BJ/consulta/ss\\_lib.htm](http://www.csj.gob.sv/BJ/consulta/ss_lib.htm)

<sup>98</sup> A diferencia de Solano, en la investigación no se considera al derecho natural como límite a la reforma constitucional. Pero si por derecho natural el autor citado comprende los valores y principios, pues seguramente habrá un punto de convergencia con la tesis que se sostiene en el presente documento.

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<sup>99</sup>. 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

---

<sup>99</sup> BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros, ob. cit., p. 194.

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 menudo 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 —equivocamente— liquida cualquier intento de agregar cambios fundamentales en la constitución<sup>100</sup>, 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<sup>101</sup>. En seguida se verá por qué una cosa no se traduce necesariamente en otra.

---

<sup>100</sup> **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., p. 193.

<sup>101</sup> **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO** y otros, ob. cit., p. 193. En realidad este es un argumento entresacado de Jorge Reinaldo Vanossi, *Estudios de teoría constitucional*, primera edición, UNAM, 2002, p. 256, quien a su vez lo toma de Biscaretti di Ruffia.

La disolución del Estado es perfectamente posible, sí, sin embargo es inadmisibles 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 son presa 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<sup>102</sup>, 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<sup>103</sup> 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<sup>104</sup>. 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<sup>105</sup>.

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

---

<sup>102</sup> **FUSADES**, “Reformas a la Constitución y cláusulas pétreas”, en *Boletín de Estudios Legales*, no. 99, marzo, 2009, p. 7.

<sup>103</sup> Data del mes y año de la elección presidencial que ganó la coalición de izquierdas encabezada por el actual presidente de la república Mauricio Funes.

<sup>104</sup> **FUSADES**, ob. cit., p. 7.

<sup>105</sup> No es exagerado decir que las más importantes modificaciones de la Constitución salvadoreña desde el Acuerdo de Paz de 1992 han sido realizadas por la actual Sala de lo Constitucional.

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 en un esclarecedor pie de página<sup>106</sup> 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.

---

<sup>106</sup> **FUSADES**, ob. cit., p. 7.



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.

## **4.2 Límites implícitos en el ordenamiento constitucional salvadoreño**

### 4.2.1 Los derechos fundamentales

#### 4.2.1.1 Breve aproximación a los derechos fundamentales

En las líneas que siguen no se pretende entrar en la discusión sobre los derechos fundamentales. Únicamente se busca una breve aproximación a estos para luego entender por qué deben considerarse cláusulas pétreas implícitas de la Constitución salvadoreña.

Conviene comenzar por referirse a la relación entre derechos fundamentales y derechos humanos, a menudo fuente de discrepancias y confusiones. Según una opinión la diferencia entre unos y otros no solo es nominal: los derechos fundamentales se caracterizarían por estar siempre positivados en una constitución, esa sería su nota definitoria; los derechos humanos, por el contrario, no precisarían de positivación para afirmar su existencia, de manera que así se asemejarían al derecho natural, lo que no impide que su contenido a menudo coincida con los derechos fundamentales.

Otra opinión no ve diferencias de fondo. Así piensa el español Pablo Pérez Tremps<sup>107</sup>, para quien los derechos humanos y los derechos fundamentales comparten un mismo objeto, de tal modo que el uso de uno u otro término depende más bien de la perspectiva con que se analicen: técnicamente se reserva derechos fundamentales para designar el conjunto de derechos constitucionalizados en un ordenamiento jurídico concreto y se habla de derechos humanos en disciplinas como la filosofía del derecho y el derecho internacional. Según este punto de vista los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados<sup>108</sup>.

Para Luigi Ferrajoli los derechos humanos son una de las cuatro subclases en que se dividen los derechos fundamentales<sup>109</sup>; los derechos públicos, los derechos civiles y los derechos políticos completan la clasificación. Los derechos humanos constituyen, de acuerdo al jurista italiano, los derechos primarios de las personas y corresponden a todos los seres humanos sin distinciones, ejemplos de ellos son los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad de conciencia<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> **PÉREZ TREMP, PABLO**, “Los derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña”, en *Revista Justicia de Paz*, vol. III, año II, septiembre-diciembre, 1999, p. 179.

<sup>108</sup> **PÉREZ TREMP, PABLO**, ob. cit., p.179.

<sup>109</sup> **FERRAJOLI, LUIGI**, “Los derechos fundamentales”, en **DE CABO, ANTONIO Y PISARELLO GERARDO** (comps.), ob. cit., pp. 22 y 23.,

<sup>110</sup> Para completar la clasificación es justo especificar las otras clases: *derechos públicos* son los derechos primarios reconocidos solo a los ciudadanos, ejemplos de ellos son el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, el derecho de reunión, el derecho al trabajo; *derechos civiles* son derechos secundarios asignados a las personas con capacidad de obrar en los que se pone de manifiesto la potestad del sujeto activo y la autonomía privada, ejemplos son la libertad de empresa, la libertad contractual, la potestad negocial; *derechos políticos* son los derechos secundarios reservados a los ciudadanos con capacidad de obrar en los que se manifiesta la autonomía política y se funda la democracia participativa, tales como el derecho de voto, el derecho a acceder a cargos públicos. Ver **FERRAJOLI, LUIGI**, “Los derechos fundamentales”, ob. cit., pp. 22 y 23.

Tras la clasificación de Ferrajoli hay una definición de derechos fundamentales que merece ser acotada, siquiera brevemente. Dice el autor de *Derecho y razón*:

“[...] son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”<sup>111</sup>.

La proposición se destaca por su carácter formal o estructural, lo que según su autor la haría válida para cualquier ordenamiento jurídico e independiente de los derechos que efectivamente se positivicen en una constitución o en leyes ordinarias, si fuere el caso, y de los bienes o necesidades que los justifiquen. En tal sentido no es una definición dogmática sino teórica, confeccionada bajo las premisas del positivismo jurídico crítico o garantismo. No dice nada sobre cuáles son los derechos fundamentales ni sobre cuáles deberían ser, al contrario indica solamente qué son. Así, quedan fuera de ella elementos axiológicos, jusnaturalistas o de otra índole.

#### 4.2.1.1.1 Características de los derechos fundamentales

En la definición de Ferrajoli hay cuatro elementos que conviene resaltar:

---

<sup>111</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p.19.

- Universalidad: Es la característica más importante de los derechos fundamentales. Se refiere a que estos se adscriben a una clase indeterminada de sujetos, es decir la cuantificación de sus titulares es universal. Se oponen de esa manera a los derechos patrimoniales, que están destinados a clases singulares de sujetos.

- Indisponibilidad: Es deducción de la universalidad, pues el que sean disponibles, transables o renunciables transgrediría la característica anterior que significa que todos los seres humanos (en tanto cuentan con el status de persona, de persona con capacidad de obrar o de ciudadano) son titulares de derechos fundamentales. Que sea posible desprenderse de uno de ellos contradiría la alegada universalidad. La idea de considerarlos fundamentales radica en que así se sustraen a las transacciones del mercado y también a las decisiones políticas.

- Positividad: Significa que los derechos fundamentales se encuentran consignados en una norma jurídica que normalmente es la constitución, pero podrían estar igualmente en alguna ley ordinaria (un ejemplo visto en otro capítulo es el de Inglaterra, en donde contenidos constitucionales están dispersos en normas infraconstitucionales).

- *Status*: Se refiere a las calidades que según Ferrajoli asumen los seres humanos: persona, persona capaz de obrar y ciudadano. Es persona cualquier humano independientemente de su sexo y edad, personas con capacidad de obrar son los mayores de edad que no padecen enajenación mental y ciudadanos quienes pertenezcan a una colectividad política. A partir de esos *status* Ferrajoli elabora la clasificación de derechos fundamentales mencionada anteriormente:

Derechos fundamentales	<i>Status</i>
Derechos humanos (primarios)	Persona
Derechos públicos (primarios)	Ciudadano <sup>112</sup>
Derechos civiles (secundarios)	Persona con capacidad de obrar
Derechos políticos (secundarios)	Ciudadano

#### 4.2.1.2 Derechos fundamentales como límites implícitos

En el apartado anterior se revisó brevemente algunas opiniones sobre los derechos fundamentales. De lo que se trata ahora es de ver si es posible que estos se conviertan en límites implícitos o cláusulas pétreas tácitas.

Antes de entrar de lleno en el tema hay que dar un pequeño rodeo y referirse a los fundamentos de los derechos fundamentales, que es igual a preguntarse por su razón de ser, asunto que corresponde dilucidar a la filosofía del derecho.

Los derechos fundamentales existen porque tutelan ciertos bienes o valores que son considerados indispensables para la convivencia humana (por ejemplo: la vida, la libertad, la integridad física). Para Ferrajoli el fundamento axiológico de los derechos fundamentales no reside en su universalidad sino en los fines que intentan alcanzar y para los que constituyen los medios, de

---

<sup>112</sup> Por ciudadano Ferrajoli comprende a quienes la Constitución salvadoreña denomina nacionales.

acuerdo con él tales fines son: la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil<sup>113</sup>.

Si se retoma esa idea los derechos fundamentales fungen como medios para realizar los valores que la Constitución salvadoreña estipula en su Art. 1: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. ¿De qué otra manera podrían realizarse estos si faltasen aquellos derechos? Sin derechos fundamentales los valores indicados no estarían garantizados para todas las personas, sino para quienes poseen las capacidades o los medios políticos o económicos que harían posible su materialización, o como diría Ferrajoli para los más fuertes<sup>114</sup>. Así lo demostró la prehistoria del constitucionalismo e igualmente se evidencia en sociedades donde tales derechos no existen.

¿Qué razones en concreto determinan entonces que los derechos fundamentales consignados en la Constitución salvadoreña se conviertan en límites implícitos a la reforma si el constituyente no lo estableció así en el Art 248 Cn?

Al respecto las respuestas son de tres tipos: jurídico-dogmática, jurídico-axiológica y teórica. A continuación se exponen.

### *Jurídico-axiológico*

1. Los derechos fundamentales normativizan los valores y principios depositados en la Constitución salvadoreña, lo que significa que su

---

<sup>113</sup> **FERRAJOLI, LUIGI**, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 317.

<sup>114</sup> La concepción de Ferrajoli del derecho como ley del más débil expresa una ética y un pensamiento político de inequívoca factura progresista. Es un pensamiento opuesto a la ley del más fuerte de Calicles, al respecto puede leerse el ensayo “El derecho natural en la época de Sócrates” de **GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO**, *Ensayos filosófico-jurídicos*, primera edición, Universidad Veracruzana, Xalapa (México), 1959, pp. 102-107.

supresión o disminución por parte del poder de reforma volvería inalcanzables e inaplicables los valores y principios constitucionales (la justicia, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, etcétera), es decir estos serían una simple declaración de buenas intenciones.

### *Jurídico-dogmático*

2. De forma tácita el constituyente insinúa que la modificación radical de los derechos fundamentales le está vedada al poder de reforma. Así se deduce de la lectura del Art. 89 Cn, que para mayor comodidad se cita textualmente:

“El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismos con funciones supranacionales.

También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los *derechos individuales y sociales* de sus habitantes.

*El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular*<sup>115</sup>.

Es sabido que si la reconstrucción de la república de Centro América se efectúa en forma unitaria o federal implicaría la extinción del Estado salvadoreño como tal y con él desaparecería la constitución y por supuesto los derechos fundamentales. Por eso es que el constituyente condiciona la

---

<sup>115</sup> Nota: las cursivas han sido agregadas.

creación de la nueva unidad política al respeto de los principios democráticos y republicanos y a los derechos individuales y sociales, es decir a los derechos fundamentales primarios de la Constitución salvadoreña<sup>116</sup>. Además, la supresión del ordenamiento jurídico no le correspondería al poder de reforma porque no se menciona el procedimiento del Art. 248, queda en manos del cuerpo electoral (en otras palabras el poder constituyente) tomar la decisión en una consulta popular.

¿Por qué no estableció el constituyente originario el procedimiento de reforma del Art. 248 Cn para este caso y dejó, al contrario, en manos del cuerpo electoral la decisión? Antes de contestar es pertinente recordar el argumento que Vanossi empuña contra la existencia de las cláusulas pétreas implícitas.

El autor argentino, siguiendo a Biscaretti di Ruffia, dice que así como el Estado puede modificarse sustancialmente con la anexión o fusión a una entidad soberana, de igual manera está facultado para transformar la constitución<sup>117</sup>. Ese argumento es refutado por la moderna teoría constitucional, que para la creación de un nuevo ordenamiento exige la intervención del poder constituyente, y del mismo modo es rechazado por la dogmática constitucional, ya que se vio como el citado artículo traslada la decisión al poder constituyente que se expresa en una consulta popular.

---

<sup>116</sup> Sobre la pertenencia de los derechos individuales y sociales a los derechos fundamentales es clara la Constitución salvadoreña y enfática la Sala de lo Constitucional: “No existe una diferencia estructural entre los derechos individuales y sociales, al contrario, se consideran verdaderos derechos fundamentales ejercitables ante los poderes públicos”, **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de amparo constitucional “Monterrosa contra juez de Primera Instancia de Atiquizaya y Cámara Primero de lo Laboral”, con referencia nro. 438-2007, en *Revista de Derecho Constitucional*, nro. 70, tomo II, enero-marzo, 2009, pp.457-469.

<sup>117</sup> **VANOSSI, JORGE REINALDO**, ob. cit., p. 256.



No remite el constituyente al Art. 248 porque está consciente de que la supresión del ordenamiento es una decisión que no compete a los poderes constituidos. Es interesante observar como el constituyente reconoce en los derechos individuales y sociales una categoría jurídica equiparable a los principios democráticos y republicanos, que son salvaguardados en las cláusulas pétreas referentes a la forma y sistema de gobierno y a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia, ambas indicadas en el Art. 248 Cn. Si se toma en cuenta esta equivalencia se convendrá que tanto los derechos fundamentales como los principios democráticos y republicanos comparten un mismo estatuto constitucional, es decir un mismo nivel dentro de la Constitución salvadoreña.

Que el constituyente no haya considerado los derechos fundamentales como cláusula pétrea no es un argumento convincente para negarlos como límites implícitos, ya que de esa manera se reduce el estatuto o jerarquía que tienen en la constitución. Dos razones probables motivaron la omisión del constituyente: la inexistencia de la reforma total y la imprevisión.

La exclusión de la reforma total del ordenamiento constitucional es garantía de que no habrá una transformación radical de la norma primaria y, por tanto, del respeto de los derechos fundamentales. Por eso habrá considerado el constituyente que estos no corrían peligro de ser extirpados. Por otro lado, el constituyente no previó que gobiernos autoritarios pueden justificar la abrogación de los derechos fundamentales a falta de estipulación de estos en las cláusulas intangibles del Art. 248 Cn.

## *Teórico*

3- El cambio de unos artículos es capaz de transformar una constitución. Hay evidencia empírica que respalda esa afirmación. La Constitución Política de El Salvador de 1962 sirvió al constituyente de 1983 para confeccionar la actual norma fundamental: muchas de las disposiciones de aquella se mantienen aunque se agregaron, modificaron y trasladaron artículos de unas secciones a otras. A pesar de que buena cantidad de disposiciones se conservaron en la norma primaria vigente, eso no significa que esta es la misma Constitución de 1962, porque sin duda alguna es radicalmente distinta.

¿En qué reside la diferencia entre una y otra? En la concepción personalista implantada en la Constitución de 1983<sup>118</sup>, gracias a la cual los derechos individuales, sociales y de la ciudadanía de la Constitución de 1962 se juntan y conforman los derechos fundamentales de la persona y asimismo se incardinan valores como la justicia y el bien común y principios de primer orden como el de dignidad humana. Eso se logró con el traslado de los derechos individuales y sociales a la primera parte de la constitución<sup>119</sup>, con la supresión de otros y con la adición de un preámbulo y de disposiciones como el Art. 1 que establece que la persona es el principio y fin de la actividad del Estado. ¿Qué pasaría entonces si los contenidos que hacen de

---

<sup>118</sup> Al respecto la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dice: “La máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un Estado y una Constitución personalista, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad; es una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad de la persona, como el único mecanismo para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa”, **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad [...], con referencia nro. 52-2003, de fecha 1 de abril de 2004.

<sup>119</sup> Cabe recordar que en la Cn 1962 los derechos individuales y sociales no yacían en la primera parte sino en la medianía del texto, síntoma de la importancia que les asignaba el constituyente y de su concepción jusfilosófica.

la Constitución de 1983 una norma distinta de la de 1962 son sustituidos o suprimidos, como por ejemplo los mismos derechos fundamentales? ¿No se estaría ante otra constitución?

La carencia de límites al poder de reforma haría realidad lo que solo es una posibilidad. Y téngase en cuenta que de cambiar (en el sentido de una disminución o de una sustitución) tales contenidos ya no operaría una simple reforma sino una transformación radical de la constitución, facultad que escapa de la competencia del poder de reforma y que es exclusiva del poder constituyente.

#### 4.2.2 El marco axiológico de la constitución

##### 4.2.2.1 Breve aproximación a la axiología

La axiología es la disciplina filosófica que se encarga de estudiar los valores. Aquellos de índole jurídica (tales como la justicia, la libertad, la igualdad) son investigados por la filosofía del derecho en la rama correspondiente: la axiología jurídica. Este es un tema de orden jusfilosófico pero estrechamente relacionado con la dogmática y la teoría constitucional, como se observará adelante.

Los valores de los sistemas jurídicos son depositados en la constitución. Esta no ha sido sin embargo una práctica constante, y en el país mucho menos<sup>120</sup>. Es con la conversión al Estado constitucional de derecho que la incardinación de valores en las cartas magnas se volvió corriente, porque

---

<sup>120</sup> Álvaro Magaña indica que las únicas constituciones salvadoreñas que hacen referencia expresa de valores y principios son la de 1841, la de 1939 y la vigente. **MAGAÑA, ÁLVARO**, *Derechos fundamentales y constitución*, primera edición, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, p. 69.

supuso romper con el paradigma de que la constitución es letra muerta y la instauración de uno nuevo: el de su aplicación directa. La norma fundamental deja de ser floritura para asumir un papel activo en la confección del derecho.

Con la constitucionalización de los valores la discusión sobre su intelección en el mundo jurídico queda resuelta: solo es posible conocerlos a posteriori, una vez estén positivados en el sistema normativo por el constituyente. La otra forma de conocimiento es el apriorismo, que conduce al plano de las esencias y en los dominios del derecho al derecho natural. Así, se da por descontado que el jusnaturalismo no es un argumento válido para petrificar el marco axiológico. Solventado el problema gnoseológico son otros los que la filosofía jurídica de los valores debe afrontar: uno de ellos es, por ejemplo, el de ordenar y jerarquizar los valores resguardados por la constitución.

El resultado de la inclinación del constituyente por unos valores u otros es una tabla o marco axiológico que desempeña tareas de enorme importancia dentro del sistema normativo; entre ellas orientar y ajustar la producción de normas jurídicas, constituirse en insoslayables instrumentos de interpretación<sup>121</sup>, resolver conflictos y lagunas normativas, conferir identidad y unidad al sistema y configurarse como fines del derecho positivo.

---

<sup>121</sup> Así lo dice la Sala de lo Constitucional: “La justicia —que incluye la libertad e igualdad—, la seguridad jurídica y el bien común, son los valores que con propiedad se les puede acuñar la calificación de valores constitucionales y son, desde el punto de vista de la interpretación, criterios de ineludible referencia a la hora de interpretar la misma Constitución, así como al conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico-positivo”, **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de amparo constitucional “Monterrosa contra juez de Primera Instancia de Atiquizaya y Cámara Primero de lo Laboral”, ob. cit., pp.457-469.

¿En el ordenamiento salvadoreño cómo está conformada la referida tabla o marco axiológico? En un primer plano por la justicia, la seguridad jurídica y el bien común señalados en el Art. 1 Cn.; en un segundo plano por la dignidad humana y la democracia emplazados en el preámbulo de la constitución. Se considera la libertad e igualdad dentro del valor justicia, tal y como los entiende la Sala de lo Constitucional en la cita anotada en el pie de página anterior, aunque nada obsta a que se separen e interpreten como valores relativamente independientes. Y tampoco esos son los únicos, pues muchos de ellos suponen la realización de otros: por ejemplo el valor paz se lograría con la aplicación de una recta justicia que, por otro lado, implica todas sus dimensiones (justicia distributiva, justicia retributiva). Por eso es que a veces se habla de un sistema de valores más que de una tabla o marco.

#### 4.2.2.2 Los valores como límites implícitos a la reforma

Ahora hay que pronunciarse sobre las razones por las que los valores constituyen límites implícitos de la reforma o cláusulas pétreas tácitas.

Antes es pertinente aclarar un equívoco en el que incurre Vanossi cuando pretende confutar la opinión favorable a tales cláusulas<sup>122</sup>. Señala el autor argentino que él se declara en contra de la existencia de esas disposiciones que se asumen irreformables por supuesta afectación del “espíritu” de la constitución. El yerro que comete Vanossi es inmiscuir al derecho natural en el asunto de las cláusulas pétreas implícitas, porque es esta una cuestión absolutamente de derecho positivo. Un argumento tan vago como el espíritu de la constitución, o en otros casos la naturaleza de las cosas, es sin duda

---

<sup>122</sup> **VANOSSI, JORGE REINALDO**, *Estudios...*, ob. cit., p. 256.

una invocación al jusnaturalismo, lo que está lejos de las tesis que se plantean aquí.

1. Los valores son instrumentos de interpretación de la constitución y de todo el ordenamiento jurídico. En tanto consignados en artículos poseen “proyección normativa”<sup>123</sup> y se convierten en referencia ineludible para el intérprete, el juez y el legislador incluso. Eso significa que la producción normativa secundaria ha sido creada en pos de los valores del ordenamiento, parte de su validez sustancial (que no formal) o si se quiere de su legitimidad la obtiene gracias a su conformidad con ellos. La unidad del sistema jurídico se logra entonces con el despliegue normativo en torno a los valores nucleares de la constitución. Una fractura de estos provocaría cuando menos la distorsión de todo el ordenamiento.

2. Si se va más lejos, y en tono similar al segundo razonamiento apuntado para los derechos fundamentales, la sola modificación de artículos donde reposan valores principales generaría una transformación radical de la constitución. Piénsese que el legislador en uso del poder de reforma se dispone a suprimir la declaración de la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado del Art. 1 Cn. Solo el cambio de esa disposición en el sentido mencionado bastaría para vaciar a la norma primaria salvadoreña de la concepción personalista, que es su nota constitutiva. De modo que se estaría entonces ante un nuevo texto constitucional.

3. Por eso mismo los valores son contenidos materiales de la constitución. Estos y los derechos fundamentales integrarían la superlegalidad

---

<sup>123</sup> **MAGAÑA, ÁLVARO**, ob. cit., p. 71.

constitucional en sentido positivista y no jusnaturalista, es decir son límites empíricos y no supraempíricos.

## CONCLUSIONES

Ahora ha llegado el momento de hacer un balance. No se pretendió en esta investigación descubrir verdades inéditas ni mucho menos obtener hallazgos originales. Las pretensiones han sido modestas desde el principio. Al cabo de la indagación que el lector tiene en las manos se apuntan las conclusiones siguientes.

1. La modalidad constituyente implementada en los prolegómenos de la república estadounidense encarnó el ideal de la democracia directa, en cambio la manifestación del poder constituyente en la Francia revolucionaria se acerca al más realista modelo de la democracia indirecta o por representación. Estas diferencias implican consecuencias de orden práctico al sancionar las constituciones.
2. El cambio constitucional solamente es concebible si se produce dentro de los márgenes de la constitución. Eso vale tanto para la reforma como para la mutación.
3. 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.
4. 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: la actual norma



fundamental y la de 1886. Ciertamente hubo constituciones que incluyeron cláusulas pétreas, pero estas no fueron eficaces porque además se incorporaba la revisión total (norma que la inhabilitaba) y se crearon mecanismos fraudulentos para suspender sus efectos, como por ejemplo el de la Constitución de 1939.

5. Los jusnaturalistas concuerdan con la idea de límites a la reforma de la constitución aunque con una importante salvedad: solo cuando el derecho positivo sea reflejo exacto del derecho natural. Porque en caso contrario habría razón para abrogar el orden constitucional bastardo.

6. La perspectiva jusnaturalista crítica ofrece herramientas para comprender que los contenidos materiales de la constitución deben sustraerse al vaivén político y protegerse de las decisiones de las contingentes mayorías.

7. El sentido de las cláusulas pétreas es permitir la reproducción de un orden social aceptado por una sociedad, o garantizar su continuidad.

8. Aunque la Constitución de 1983 no declare cual es el sistema de gobierno salvadoreño y en cambio sí diga cual es la forma de gobierno, en el fondo existe una tenue demarcación entre ambos. Para el constituyente son dos ámbitos distintos.

9. Sobre los alcances de la cláusula pétrea referida a la forma y sistema de gobierno se concluye: a) existen casos en que la activación de la cláusula depende del tipo de reforma que se implementará, y de ahí que sea necesario un examen *a priori* de constitucionalidad, b) no es correcto señalar que la cláusula cubre toda la parte orgánica de la constitución, c) las normas relativas a los fundamentos del sistema de gobierno presidencialista y de la

forma de gobierno republicana y democrática no pueden ser modificadas: ni para ampliarlas ni para disminuirlas ni mucho menos para suprimirlas.

10. Los derechos fundamentales son límites a la reforma de la Constitución de 1983 porque: a) normativizan los valores depositados en la carta magna, es decir los realizan, b) comparten el mismo estatuto que los principios protegidos por la cláusula pétrea referente a la forma democrática y republicana de gobierno y c) la supresión o disminución de estos derechos transformaría radicalmente la constitución, lo que es una operación de competencia exclusiva del poder constituyente.

11. Por su parte el marco axiológico constituye un límite a la reforma de la Constitución de 1983 porque: a) son instrumentos normativos de interpretación del derecho salvadoreño, b) el ordenamiento jurídico ha sido creado en pos de los valores incardinados en la constitución, c) proveen, por tanto, unidad al ordenamiento jurídico y d) su modificación equivaldría también a una transformación constitucional de raíz.

12. Los valores y los derechos fundamentales son límites empíricos, es decir pueden reconocerse en la experiencia jurídica. No son por tanto esencias. Y por ser límites insuperables para los poderes constituidos configuran un estatuto constitucional especial, solo suprimible o reducible por el poder constituyente, que es decir por la ciudadanía.

## **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, MATTEUCI, NICOLA Y PASQUINO, GIANFRANCO (dirs), “**Diccionario de política**”, Vol. II. De la l a la z, duodécima edición, Siglo Veintiuno Editores, México D. F., 2000.

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 en México**”, primera edición, Universidad Autónoma de México, México D. F., 1998.

DE VEGA, PEDRO, “**La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**”, primera edición, Tecnos, Madrid, 1988.

FERRAJOLI, LUIGI, “**Derechos y garantías. La ley del más débil**”, primera edición, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, LUIGI, “**Positivismos crítico, derechos y democracia**”, en *Isonomía*, nro. 16, abril, 2002.

FERRAJOLI, LUIGI, en DE CABO, ANTONIO Y PISARELLO GERARDO (comps.), “**Los fundamentos de los derechos fundamentales**”, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

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.

JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL, “**Los regímenes políticos contemporáneos**”, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1983.

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.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “**Poder constituyente y reforma constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno**”, en HÄBERLE, PETER Y GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO (co.), *El control del poder. Homenaje a D. Valadés*, Tomo II, primera edición, UNAM, 2011.

RADBRUCH, GUSTAV, “**Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes**”, en RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA (comp.), *Derecho injusto y derecho nulo*, primera edición, Aguilar, Madrid, 1971.

SIEYÈS, EMMANUEL, “**¿Qué es el tercer estado?**”, primera edición, Editorial Americalee, Buenos Aires, 1943.

SOLANO, MARIO, “**Reforma constitucional**”, primera edición, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001, en [http://www.csj.gob.sv/BJ/consulta/ss\\_lib.htm](http://www.csj.gob.sv/BJ/consulta/ss_lib.htm)

VANOSSI, JORGE REINALDO, “**Estudios de teoría constitucional**”, primera edición, UNAM, 2002.

VANOSI, JORGE REINALDO, “**Teoría constitucional**”, Tomo I, primera edición, Depalma, Buenos Aires, 1975.

VITALE, ERMANNNO, “**Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo**” en DE CABO, ANTONIO Y PISARELLO GERARDO (comps.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

#### **REVISTAS:**

DA SILVA, JOSÉ ALFONSO, “**Mutaciones constitucionales**”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [en línea], Nro. 1, julio-diciembre, 1999. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>

PÉREZ TREMP, PABLO, “**Los derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña**”, en *Revista Justicia de Paz*, vol. III, año II, septiembre-diciembre, 1999.

#### **LEGISLACIÓN:**

Constitución de El Salvador de 1983.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949.

Constitución de España de 1978.

## **JURISPRUDENCIA:**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, **Sentencia definitiva de amparo constitucional “Monterrosa contra juez de Primera Instancia de Atiquizaya y Cámara Primero de lo Laboral”**, con referencia nro. 438-2007, en *Revista de Derecho Constitucional*, nro. 70, tomo II, enero-marzo, 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, **“Sentencia de inconstitucionalidad”**, con referencia nro. 52-2003, de fecha 1 de abril de 2004.

## **FUENTES HISTÓRICAS:**

COMISIÓN DE ESTUDIO DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 1983, **“Exposición de motivos de la Constitución de 1983”**, s.ed.,1983. Disponible en página web de la Corte Suprema de Justicia: <http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/305364d9d949871586256d48006fa206/22f1c39318b44646062570a5005da814?OpenDocument>

**“Constitución del Estado del Salvador de 1824”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución del Salvador de 1841”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución de la república del Salvador de 1864”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución Política de El Salvador de 1871”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993, p.97.

**“Constitución de 1872, reformando la emitida el día 16 de octubre de 1871”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución de 1880, reformando la emitida el día 9 de noviembre de 1872”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución política de la república de El Salvador de 1886”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución política de la república de El Salvador de 1939”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.

**“Constitución política de 1886 con las enmiendas introducidas por la honorable Asamblea Nacional Constituyente por decreto número 251 de fecha 29 de noviembre de 1945”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.



**“Constitución política de El Salvador de 1950”**, en *Las constituciones de la república de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, primera edición, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, 1993.