



Análisis Legal e Institucional

1. Contexto: El apoyo legislativo supermayoritario al Ejecutivo

¿Cómo será el ejercicio del poder político a partir del 1 de mayo de 2021, cuando el presidente de la república tenga en la Asamblea Legislativa, por primera vez desde la vigencia de la Constitución, apoyo de la mayoría calificada sin necesidad de negociar con otros partidos políticos? No es posible saberlo con certeza, pero sí es posible establecer, a partir de nuestra Constitución, cómo debería ser. Ese es el propósito del presente trabajo.

Las elecciones legislativas y municipales del 28 de febrero de 2021 han otorgado al partido de gobierno la mayoría calificada en la Asamblea Legislativa y, contando las diputaciones de los partidos que son vistos como afines, incluso la supera. Esto significa que puede, sin negociar con la oposición, aprobar las normas que se necesiten para impulsar las políticas públicas propuestas por el Gobierno, pero también tomar decisiones relativas al diseño de las instituciones democráticas y a las reglas del sistema electoral.

Así, por ejemplo, el partido del presidente puede aprobar el endeudamiento público y el presupuesto de la nación; y más allá de ello, decretar regímenes de excepción de los derechos fundamentales y nombrar a los funcionarios de las instituciones de control del poder político, como la Corte Suprema Justicia (CSJ), la Fiscalía

El ejercicio del poder conforme con la Constitución, 2021-2024

General de la República (FGR), el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) y la Procuraduría General de la República (PGR). **Puede también acordar la reforma de la Constitución; no obstante que, si se apega al proceso jurídicamente configurado, debería esperar hasta la siguiente legislatura para que sea ratificada.**

La novedad de lo que está por ocurrir no es entonces que los apoyos al presidente de la república sean mayorías simples suficientes para reformar leyes secundarias necesarias para llevar a cabo políticas públicas. Esto es algo que ha ocurrido en varias ocasiones, como el famoso caso del PDC en 1985, conocido como la “Aplanadora Verde”, o las mayorías logradas por ARENA con el apoyo del PCN, o del FMLN con el respaldo de GANA y/o PCN (Artiga-González, 2015, págs. 149 y 213). Lo que no se ha experimentado es que los apoyos legislativos al presidente de la república, en este caso Nuevas Ideas y GANA, sean suficientes para nombrar a los titulares de las instituciones de control sin necesidad de deliberar, y que la vigilancia que le corresponde a la Asamblea Legislativa sobre el Ejecutivo no se espere que funcione, en la medida que la oposición no alcanza un tamaño trascendente en la aritmética legislativa.



La Constitución establece una serie de mecanismos pensados para que las decisiones políticas no se concentren en una sola persona, ni siquiera en una sola institución, sino que, por el contrario, esas decisiones estén sometidas a controles. La participación de los partidos políticos provoca que, sin importar la institución en la que se encuentran los funcionarios, por ejemplo, en el Ejecutivo o el Legislativo, respondan al plan e intereses del partido, creando una grieta en el sistema de frenos y contrapesos, de tal modo que los controles que el Legislativo ejerce sobre el Ejecutivo son, en realidad, los controles que la oposición en la Asamblea ejerce sobre el Ejecutivo (Velasco, 2018). En un escenario en el que el partido de gobierno alcanza las mayorías legislativas, se desvanecen los controles de esta sobre aquel.

La Constitución previó que las mayorías políticas coyunturales no pudieran disponer sobre elementos estructurales del sistema democrático sin deliberar con otros sectores, y, por tal razón, en algunos casos exige mayorías calificadas de 2/3 e incluso 3/4 de los diputados electos para decidir. Estos porcentajes tienen sentido, pues si hubiera requerido unanimidad o mayorías todavía más elevadas, se contraría el elemento de la democracia que consiste en la regla de las mayorías, otorgando poder de veto a la minoría en contra de la voluntad mayoritaria. Más allá del requerimiento de esas mayorías reforzadas, no hay mecanismos institucionalizados de control expresamente regulados para los grupos parlamentarios minoritarios en la Asamblea Legislativa; como, por ejemplo, sí se regula en el art. 114 de la Constitución de Portugal, en cuanto al derecho de estos de ser informados regular y directamente de las actividades del gobierno.

Ahora bien, las mayorías otorgadas en la última elección deben entenderse como un mandato para un gobierno eficiente y para administrar el poder dentro del marco

jurídico, no como una autorización incondicionada para que un solo partido político, sin consideración del pluralismo, refunde el Estado en una versión menos democrática o para que actúe en contra del orden constitucional. El pueblo no puede negar su propia soberanía transfiriéndola a representantes elegidos.

Sabemos que la Constitución prevé un proceso claro para su reforma, señalando cláusulas que no pueden cambiarse y estableciendo que determinadas funciones solo pueden ser realizadas por instituciones y personas independientes de los partidos políticos. La Constitución también prevé la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas, incluso las minorías políticas. **Todo esto debe ser respetado, de tal modo que el ejercicio del poder no implique la transformación del sistema para impedir el libre ejercicio de los derechos políticos, las libertades de asociación y expresión y demás libertades civiles, y, en general, para anular la posibilidad de alternancia en el ejercicio del poder.**

2. El ejercicio del poder político en relación con los derechos fundamentales

La Constitución de El Salvador inicia su texto consagrando los derechos fundamentales de la persona humana, tanto los individuales y los sociales como los políticos. En realidad, todo su contenido gira en torno a ello, pues como el art. 1 lo prescribe, el origen y el fin de la actividad del Estado es la persona humana. Como puede suponerse, el respeto, la garantía y la promoción de los derechos fundamentales son esenciales para la democracia y la democracia es el sistema donde más posible es que se hagan efectivos. Durante 2020, la PDDH (PDDH, 2020) y la Sala de lo Constitucional (por ej. resolución de habeas corpus 148-2020 del 15-4-2020) dieron resoluciones en las que se verifica la existencia de violaciones a estos derechos,

y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha otorgado medidas cautelares a favor de periodistas y medios de comunicación en El Salvador (CIDH, 2021).

El profesor italiano Luigi Ferrajoli señala que “lo que la democracia política no puede comprimir, aunque se apoye en la unanimidad de las voluntades, son precisamente los derechos fundamentales, que son, pues, contra la mayoría al estar establecidos —como inviolables e inalienables— frente a todos los poderes y para tutela de todos”. (Ferrajoli, 2013, pág. 49). Agrega también que “... el requisito formal y procedimental de las decisiones por mayoría, si bien es necesario para anclar, aun indirectamente, el poder político en sus destinatarios, no es suficiente para definir la democracia. **Para que un sistema sea democrático se exige al menos que la mayoría no tenga el poder de suprimir la posibilidad de que las minorías se conviertan en mayoría.** Más aún: se exige que ésta se halle vinculada a aquellos poderes «de todos» que forman la soberanía popular y en los que reside el valor democrático de todos los derechos fundamentales”. (Ferrajoli, 2013, pág. 15). Por último, es oportuno relacionar su planteamiento contundente cuando señala que “[...] los derechos de libertad, al igual que todos los demás derechos fundamentales, incluso los de autonomía privada, son inatacables e indisponibles, estando sustraídos tanto a la política y a los poderes públicos como al mercado y a los poderes privados”. (Ferrajoli, 2013b), pág. 710). Los derechos fundamentales entonces, pueden ampliarse, como cuando se reconocen unos nuevos (fuerza expansiva), pero no desmejorarse o suprimirse.

La jurisprudencia constitucional coincide con estos planteamientos teóricos; es decir, la indisponibilidad de los derechos fundamentales, aun por las mayorías, se encuentra incorporado en fuentes del derecho salvadoreño. Así por ejemplo, en la inconstitucionalidad 1-2017/25-2017, del 26-7-2017, la Sala de lo Constitucional ha señalado que **“existe una prohibición a los poderes públicos de emitir**

actuaciones que desmejoren o vuelvan nugatorio el goce o ejercicio de un derecho fundamental” y ha agregado que **“dado que el Estado está obligado a brindar protección a los derechos fundamentales y, por ello, a mejorar su situación, simultáneamente asume la prohibición de suprimir los derechos existentes o sus niveles de protección”**. Ha tenido en cuenta, sin embargo, que, dado que algunos derechos pueden entrar en conflicto con otros, “cualquier medida política o normativa deliberadamente regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente con referencia a la totalidad de los derechos fundamentales”; eso sí, respetando el núcleo fundamental de cada derecho, sujeto al principio de proporcionalidad y naturalmente, al control judicial.

En todo caso, ha dejado claro que la prohibición de que se desmejoren los derechos fundamentales está ligada al principio de constitucionalidad y, más ampliamente, al valor de la Constitución como límite normativo al poder, agregando que todo esto también tiene fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Este último aspecto también es de gran importancia, pues El Salvador ha firmado numerosos tratados sobre la protección de derechos fundamentales, y en tal sentido, es responsable ante organismos y cortes internacionales.

Los retrocesos en materia de derechos fundamentales no son posibles ni siquiera mediante reformas constitucionales. En la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, del 16-12-2013, se resolvió un caso sobre un acuerdo de reforma constitucional. En ella se señala que el mencionado acuerdo “es una actuación normativa regresiva, en la medida en que suprime un derecho fundamental que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y mejorado en su contenido esencial y en la forma de su ejercicio”. **“Nuestro sistema político democrático se caracteriza porque los derechos**



fundamentales establecidos en la Constitución y/o concretados en la jurisprudencia constitucional están sustraídos de las mayorías parlamentarias coyunturales”. En la doctrina jurídica local se ha dicho que la Sala de lo Constitucional “ha vinculado el sistema democrático que proclama el artículo 83 de la Constitución con el sistema de derechos fundamentales y su prohibición de regresividad, por cuanto un derecho reconocido textualmente en la Constitución o por la vía de la interpretación, es un derecho que entra en el catálogo de los derechos fundamentales, y no puede ser modificado vía reforma constitucional” (Cardona, 2020).

Como puede observarse, el texto de la Constitución, autores de renombre y la jurisprudencia constitucional, coinciden en la prohibición de que se desmejoren los derechos fundamentales. Ahora bien, las actuaciones que afectan los derechos fundamentales, pueden ser reformas al contenido normativo de estos, pero eso no es lo más usual; por el contrario, aun los sistemas autocráticos tienen constituciones con abundante contenido de derechos. **Lo que sin duda es más probable, son las legislaciones que dificultan o condicionan el ejercicio de determinados derechos, dejándolos a la arbitrariedad del Gobierno; las actuaciones u omisiones que dificultan o niegan el goce de los derechos fundamentales en la práctica; y los regímenes de excepción injustificados.**

Así, cuando se busca observar si un sistema está desmejorando el goce de los derechos fundamentales, se debe estar atento al surgimiento de acciones –algunas normativas, pero muchas otras, totalmente factuales– como la utilización del aparato estatal para sacar ventaja electoral indebida, incluso con maniobras ilegales como negar la entrega del financiamiento público a los partidos; intimidación y persecución de opositores; trabas burocráticas en la conformación y operación de asociaciones y fundaciones; barreras legales a la obtención

de recursos para las organizaciones de la sociedad civil; restricciones a la operación de medios de comunicación; acoso y persecución de las instituciones que de manera independiente deben garantizar el goce de los derechos fundamentales, incluidas las autoridades jurisdiccionales, etc. Sobre todo esto deberían actuar las instituciones de control y, por ello, la importancia de su independencia.

Especial atención merecen los regímenes de excepción de los derechos fundamentales, regulados en los arts. 29 al 31 Cn. Sobre este tema, FUSADES (2020) ha sostenido que es una medida extrema, cuya declaratoria debe ser siempre el último recurso y que no solo basta contar con la mayoría legislativa respectiva para aprobarlos, sino que debe estar sujeta a las exigencias del principio de proporcionalidad. Esto último se refiere a que dicha declaratoria debe ser idónea para el propósito que se pretende lograr, no existir otra alternativa menos gravosa para alcanzar el fin propuesto y que la intensidad de la afectación a los derechos sea proporcional a la importancia del fin constitucional perseguido.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado detalladamente la situación al declarar la inconstitucionalidad de los regímenes de excepción decretados en 2020 (inc. 21-2020 y acumulados, del 8-6-2020), acotando, entre muchos otros aspectos, que deben ser adoptados por la Asamblea Legislativa y siguiendo el proceso requerido, de modo que el Consejo de Ministros solo los puede adoptar el caso que a la Asamblea Legislativa le resulte imposible reunirse; se debe justificar la existencia de las condiciones de aplicación –guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público–; las medidas deben respetar el mencionado principio de proporcionalidad y la declaratoria está sujeta a control constitucional.

De modo pues, que las declaratorias de excepción deben incluir los derechos que van a limitarse, cuáles de sus manifestaciones son las que no podrán ejercerse, por cuánto tiempo y en qué zonas del territorio. **Como lo ha dicho la Sala de lo Constitucional en la citada sentencia 21-2020 y acumulados, los derechos fundamentales “solo deben ser suspendidos en el grado estrictamente requerido para buscar el retorno a la normalidad y en relación de conexidad con las causas que originaron el régimen de excepción” y este “no puede suponer jamás la suspensión temporal del Estado de Derecho o la autorización para que los gobernantes pasen por alto la legalidad constitucional a la que en todo momento deben ceñirse”.**

El ejercicio del poder político en un contexto en el que los apoyos legislativos al presidente de la república superan la mayoría calificada, encuentra entonces un límite en los derechos fundamentales que deben garantizarse a todas las personas y sobre los cuales no pueden regularse desmejoras aun con el apoyo de las mayorías. Este freno tiene, por un lado, una dimensión ética, en la medida que los derechos fundamentales son expresión y requisito de la dignidad humana, y, por lo tanto, los atentados contra ellos son moralmente reprochables. **Por otro lado, este límite al ejercicio del poder tiene una naturaleza jurídica exigible nacional e internacionalmente.** Naturalmente, el Órgano Judicial es el principal garante institucional de estos derechos, pero también otras instituciones de control como la FGR, lo cual se constituye en razón también para que el ejercicio del poder encuentre límites en el respeto a la institucionalidad de control, como se expone en los siguientes apartados.

3. El ejercicio del poder político en relación con las instituciones de control

En El Salvador, además de los tradicionales 3 poderes del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, la Constitución

configura varias otras instituciones con sus propias atribuciones y con zonas de reserva de competencia, independientes de los demás poderes del Estado. Así, por ejemplo, ocurre con la FGR, la PDDH, la PGR, el CNJ, la Corte de Cuentas de la República (CCR) y el Tribunal Supremo Electoral (TSE), por mencionar algunas. Esto muestra que los arreglos institucionales en los Estados modernos han aumentado en número y han consagrado instancias de coordinación y de control mutuo, para así evitar la concentración del poder (Velasco, 2018, pág. 463). A la nueva Asamblea Legislativa le corresponderá nombrar a los titulares de varias de estas instituciones, iniciando por magistrados de la CSJ, consejeros del CNJ y fiscal general.

La jurisprudencia constitucional de la última década ha establecido que en los arreglos institucionales previstos en la Constitución de El Salvador, existe la categoría de *“instituciones públicas que tienen funciones constitucionales de control sobre el ejercicio del poder político”* o en corto, *“instituciones de control institucional”* (por ejemplo, la sentencia de inc. 56-2016, del 25-11-2016; la 18-2014, del 13-6-2014; y la 122-2014, del 28-4-2015). Al respecto, ha establecido que en tal categoría se agrupan los órganos y cargos públicos cuyas potestades impliquen: *“(i) la finalidad o una relación instrumental objetiva e inmediata de protección de los derechos fundamentales de las personas o de los principios constitucionales inherentes al Estado Constitucional de Derecho, frente al ejercicio del poder político; y (ii) la utilización de normas jurídicas como parámetros para evaluar, calificar, fiscalizar, contrapesar, vigilar o limitar – directamente o por medio de la activación de la sociedad civil– el ejercicio del poder o las funciones públicas de otros órganos estatales”*(inc. 56-2016, del 25-11-2016).

Como resultado de las características antes mencionadas, **la función de la Asamblea Legislativa de nombrar a los titulares de las instituciones de control institucional, no es un mero asunto de alcanzar el número de votos establecidos en la Constitución**

para ello. En primer lugar, es indispensable que “los funcionarios electos en tales entidades no posean afiliación partidaria o cualquier tipo de vínculo jurídico o material con partidos políticos antes o después del acceso al cargo, para garantizar su independencia, imparcialidad y transparencia, evitando así nexos de dependencia político-ideológica” (incs. 56-2016, del 25-11-2016; 7-2011, del 13-5-2011; y 77-2013/97-2013, del 14-10-2013; entre otras). Esta interpretación se deduce del art. 218 Cn. que establece que los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada, que aplica a todas estas instituciones, pero para aquellas que ejercen jurisdicción también se deriva del art. 172 inc. 3° Cn. sobre la independencia judicial.

En segundo lugar, en las mismas sentencias se concluye que la Asamblea debe documentar y motivar la elección, esto es, ser capaz de acreditar que los candidatos elegidos para un cargo son objetiva y comprobadamente idóneos para desempeñarlo, por contar con la cualificación técnica, profesional y personal requeridas. Además, es obligatorio que, en el correspondiente dictamen sobre la elección, dicha información sea valorada y se justifique por qué se estima que una determinada persona reúne los requisitos esenciales para ejercer un cargo público y en qué se sustenta tal conclusión.

En tercer lugar, sobre los funcionarios que ya están nombrados, debe entenderse que existe para ellos estabilidad en el cargo, lo que se manifiesta como inamovilidad por todo el período de su elección, salvo las causas legales previamente establecidas y una vez seguido el debido proceso. Esta garantía, en el caso de las instituciones del Ministerio Público –FGR, PGR y PDDH– está consignada en el art. 192 Cn. y desarrollada en el art. 25 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, en el art. 9 de la Ley Orgánica de la PGR y en el art. 8 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Para la Corte de Cuentas de la República dicha garantía de estabilidad está en el art. 196 inc. 3° Cn. En el caso del CNJ está garantizada en el art. 187 Cn. y para los magistrados del TSE ni siquiera está prevista su destitución, pero es oportuno señalar que desempeñan funciones jurisdiccionales (inc. 19-2016, del 10-6-2019), por lo que les son atribuibles las características de estabilidad propias de quienes las ejercen, pues como lo ha dicho la Sala en esa sentencia “la función jurisdiccional es [...] un concepto constitucional vinculado a jueces independientes, inamovibles y sometidos únicamente al derecho positivo”.

La garantía de estabilidad en el cargo en cuanto a los magistrados de la CSJ es indudable. El art. 186 Cn. establece que “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un periodo de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovarían por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para la elección como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos”.

Sobre este tema ya se ha decidido, por ejemplo, que en el caso de la Sala de lo Constitucional que son electos por la Asamblea Legislativa para los nueve años en esa Sala específica, a diferencia de los magistrados de las demás salas que son nombrados para la CSJ en general y es la misma CSJ la que cada año los distribuye entre las salas. **Además de ser electos los magistrados de la Sala de lo Constitucional de ese modo, está prohibido que los trasladen a otras salas (inc. 19-2012, del 5-6-2012), precisamente porque sería considerado una violación a su estabilidad, indispensable para la independencia e imparcialidad de quienes ejercen jurisdicción.**

Queda sin embargo un tema muy importante que amerita un comentario. Se trata de determinar si están

o no establecidas las causales legales de destitución de magistrados de la CSJ. **La verdad es que, aunque el art. 2 de la Ley de la Carrera Judicial establece que esta ley es aplicable a los magistrados de la CSJ mientras ejercen el cargo, no pueden aplicárseles las causales de destitución que esta considera para el resto de miembros de la Carrera Judicial. Los magistrados de la CSJ son diferentes por la forma en la que son nombrados, el grado de su investidura y la autoridad que puede destituirlos. La Ley de la Carrera Judicial no autoriza a la Asamblea Legislativa para aplicar dicha ley (arts. 6 y 57).** El régimen disciplinario está legislado para ser aplicado por el mismo Órgano Judicial, así, por ejemplo, en el art 55 de la Ley de la Carrera Judicial que es el que considera las causales de remoción, se establece que “Si fueren removidos funcionarios o empleados que necesitan autorización de la Corte Suprema de Justicia o de alguna de sus salas, para el desempeño del cargo, la remoción de ellos producirá la revocatoria de la autorización respectiva”. Hasta ese nivel llega la previsión de facultades de aplicación de las sanciones, nunca a la Asamblea Legislativa, que es un órgano diferente.

Entonces, las causales y el procedimiento no están regulados, pero pueden establecerse. Estas normas deberían respetar el núcleo fundamental de las disposiciones constitucionales. La Asamblea puede determinar causales justificadas de destitución, pero no puede afectar el núcleo fundamental de los principios de imparcialidad e independencia judicial, consagrado en el art. 172 de la Cn. **Esto implica que no puede establecer causales amplias que den lugar a actuaciones arbitrarias o meramente políticas que solo buscan interferir en el actuar judicial.** Ejemplos de causales viables de destitución son la condena por cualquier delito, la pérdida de facultades mentales, ejercer el cargo sin cumplir los requisitos y abandono de sus labores por un periodo determinado y sin explicación.

Por lo tanto, el ejercicio del poder político por una Asamblea Legislativa en la que la mayoría calificada está a disposición de un solo partido, no exime de la responsabilidad de elegir funcionarios sobre la base de la idoneidad y el mérito, no les habilita a destituir arbitrariamente a los funcionarios que ejercen los cargos, ya que quienes dirijan estas instituciones no son instrumentos de un proyecto político sino de control jurídico sobre los abusos de poder. Naturalmente, tampoco le habilita para el hostigamiento personal y el acoso, para desprestigiar injustificadamente y, mucho menos, a usar herramientas ilegales e inconstitucionales para someter la independencia de estos, como serían casos penales fabricados artificialmente o la negativa de consignación de las asignaciones presupuestarias. Esto último es algo que ya ha ocurrido durante 2020, cuando se ha retrasado la entrega de las asignaciones presupuestarias al Órgano Judicial y a la Asamblea Legislativa (Calderón & Chávez, 2020).

4. El ejercicio del poder en relación con la autoridad de las resoluciones judiciales

Muchas de las violaciones a la Constitución y a los elementos que caracterizan a un sistema democrático, no se dan en la toma de decisiones políticas, sino en la ejecución de estas, es decir, no en los textos legales, sino en la mala aplicación del derecho, o actuando totalmente al margen de este. La principal garantía de estas actuaciones deben ser los jueces. Sin embargo, para que esto sea posible, debe haber, por un lado, eficiencia, independencia e imparcialidad, y por el otro, respeto y acatamiento de sus resoluciones o capacidad de hacerlas cumplir. En 2020, ocurrieron varias desobediencias a resoluciones judiciales (FUSADES, 2021, pág. 10)

El art. 186 de la Constitución establece que “Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”. Por jurisdicción, la Sala de lo Constitucional ha entendido “[...] un concepto constitucional vinculado a jueces independientes, inamovibles y sometidos únicamente al derecho positivo. Así, puede afirmarse que consiste en la aplicación irrevocable del [D]erecho, en lo relativo a la protección de los derechos subjetivos, imposición de sanciones y control de legalidad y constitucionalidad, mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados, realizada por jueces independientes e imparciales” (inc. 8-97, del 23-3-2001, retomada en la inc. 19-2016, del 10-6-2019).

La Sala de lo Constitucional ha establecido que la independencia se refiere a la libre decisión de los asuntos por los tribunales de la república, sin interferencias o injerencias de órganos externos al Judicial, de otros tribunales o de las partes, y que tal “libertad” debe entenderse como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la Constitución y la ley (inc. 77-2013/97-2013, del 14-10-2013). Se ha dicho también que “si el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de Gobierno, la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes (inc. 2-2005, del 28-3-2006).

La imparcialidad supone independencia y el sometimiento solo a la Constitución y a las leyes. Sobre esto se ha establecido que “En cuanto al *principio de imparcialidad*, si bien en materia penal la doctrina lo enfoca principalmente hacia la separación entre juez y acusación, también supone un alejamiento del juez respecto de los intereses del imputado”. “La imparcialidad del juez respecto de los fines

perseguidos por las partes -la tutela frente a los delitos, representada por la acusación, y la tutela frente a los castigos arbitrarios, representada por la defensa- debe ser tanto personal como institucional”. (Inc. 2-2005, del 28-3-2006).

Los funcionarios están sometidos a las leyes y a la Constitución, y no tienen más facultades que las que en ellas les son otorgadas. Así, las decisiones judiciales que son aplicación de aquellas les son obligatorias y el art. 172 Cn. les otorga la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, de manera exclusiva (es decir, no tienen esa función otros órganos), y el Código Penal, en el art. 313 sanciona el delito de desobediencia a mandato judicial y en el art. 322, el de desobediencia a las sentencias.

El ejercicio mayoritario del poder político no exime del respeto de las decisiones judiciales, aun cuando sean contramayoritarias. Es más, el papel de los jueces es precisamente defender los derechos de quien esté en posición de abusar de ellos. En definitiva, la función jurisdiccional no es un área de influencia legítima del poder político. La desobediencia a resoluciones judiciales de cualquier nivel, la instrumentalización de las fuerzas de seguridad para impedir la ejecución de las resoluciones judiciales contra funcionarios, la negación del apoyo de la fuerza pública para hacer ejecutar lo juzgado, el acoso y desprestigio de jueces, las influencias indebidas para el nombramiento de jueces incapaces o partidistas, los intentos de destituir a funcionarios que dan resoluciones contra decisiones del Gobierno, la reestructuración o creación de tribunales con el fin de controlarlos, serían muestras claras de abuso de poder, en detrimento de los derechos fundamentales que esos funcionarios están llamados a defender.

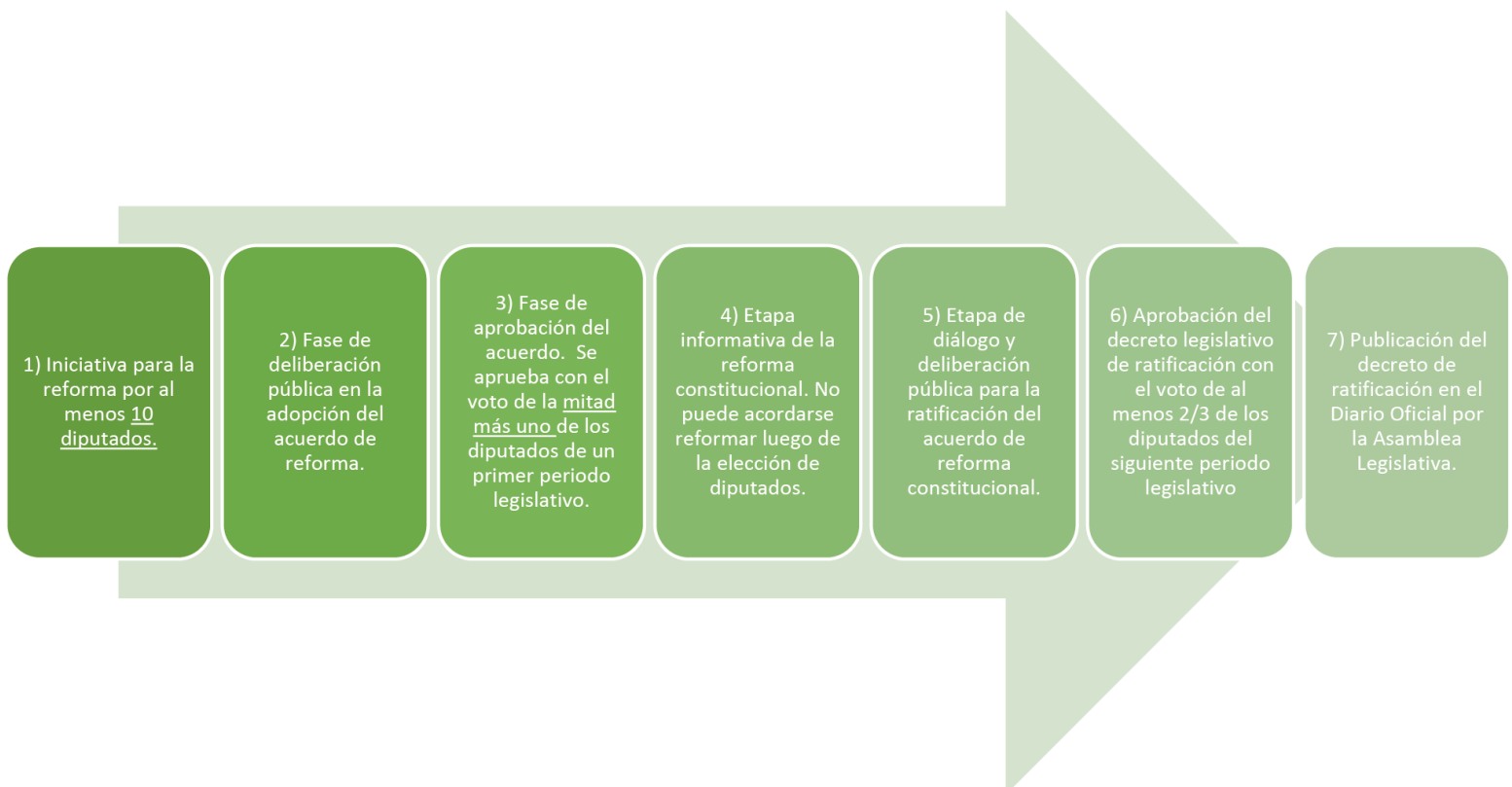
5. El ejercicio del poder en relación con la reforma de la Constitución

Pocas cosas son más serias para la organización de un Estado que la reforma a la Constitución. Es por ello que, a nivel jurídico, se debe respetar el proceso formal establecido para su reforma, y en cuanto a su contenido, no se pueden reformar elementos esenciales, las llamadas cláusulas pétreas. Actualmente, la Presidencia de la República está impulsando un proceso de reforma constitucional, y aunque en este acápite no se analiza en detalle dicho proceso, ya se ha mencionado que, por la forma y las circunstancias, es un riesgo para la democracia¹.

En cuanto al proceso de reforma de la Constitución, esto solo puede hacerse conforme con lo que ella misma establece. Su característica principal es que es más rígido que el de reforma de una ley. A partir del art. 248 Cn. y la inc. 33-2015, del 24-11-2017, las etapas para la reforma se muestran en la ilustración 1.

1. Un comentario sobre el proceso impulsado por el presidente de la república a través del vicepresidente, puede ser observado en el Informe de Coyuntura Legal e Institucional 2-2020 (FUSADES, 2021)

Ilustración 1. Fases del proceso de reforma constitucional



Fuente: FUSADES (2021). Informe de Coyuntura Legal e Institucional 2-2020.

Este proceso debe ser respetado, pues está pensado para que la ciudadanía participe por medio de sus representantes, y que lo haga en dos momentos legislativos, a fin de evitar reformas acordadas por mayorías políticas coyunturales. Por ello, en cuanto al proceso, se deben evitar mecanismos de reforma no contemplados, alteración del proceso existente o desconocimiento del control de la Sala sobre los acuerdos de reforma. La Sala de lo Constitucional está facultada para declarar inconstitucionales los acuerdos de reforma por vicios en su proceso de formación (por ejemplo, inc. 33-2015 antes citada), pero también los decretos de ratificación.

En lo relativo a los contenidos de la Constitución, se ha dicho que *“Constitución es, en definitiva, un conjunto normativo que determina una forma democrática de la organización política que, a partir de la soberanía popular y mediante la consagración de los derechos fundamentales de las personas y la distribución y control del poder, dispone tanto la estructura básica como las condiciones esenciales y límites para el ejercicio democrático del poder”* (Anaya Barraza, 2020). Nótese que **las constituciones son tales porque consagran en ellas democracia, derechos fundamentales y límites al poder y por ello, estos elementos no son reformables regresivamente en la Constitución de El Salvador (art. 248 Cn.)**, sin importar las mayorías que se logren en la Asamblea Legislativa, pues esta es un poder constituido y, por lo tanto, sometida a la Constitución.

La Constitución de El Salvador tiene cláusulas irreformables, las llamadas cláusulas pétreas, que el legislador constituyente consideró que sin ellas ya no se podría hablar de la misma Constitución democrática que instauró. Nominalmente son 4: “No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta

Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”. **A esto se deben agregar las reformas regresivas en materia de derechos fundamentales, ya referidas en el apartado 2 de este análisis. Sobre las cláusulas pétreas debe tenerse en cuenta que la prohibición de reformar es amplia, y no se refiere a artículos específicos, sino a todas aquellas disposiciones que se relacionan con el núcleo esencial de esos principios.**

Cuando la Constitución dice que no se podrá reformar la “forma y sistema de gobierno”, podemos convenir que se refiere a dos temas diferentes. Por un lado, alude a lo que Karl Loewenstein (1979, pág. 32) llama sistema político, entendiéndolo como tal al fundamento ideológico que en nuestra Constitución es de respeto a la voluntad popular y limitación del poder. Por el otro lado, la expresión forma de gobierno se refiere a la particular forma de organizar las instituciones; por ejemplo, parlamentarismo, presidencialismo, Gobierno de Asamblea, etc., que en El Salvador se trata de una república presidencialista. La Sala de lo Constitucional, en la inc. 7-2012, del 16-12-2013, aclara dicha terminología, señalando que con la expresión forma y sistema de gobierno se refiere en realidad al sistema político y a la forma de gobierno.

En cuanto a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia, se ha interpretado en el sentido que deben transcurrir al menos 10 años entre el momento que un mismo ciudadano termina un periodo presidencial y aquel momento en que puede iniciar otro (inc. 163-2013, del 25-6-2014, reiterado en sentencia 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020, del 23-10-2020), por lo que la reforma que disminuya ese periodo podría considerarse violatoria de la mencionada cláusula pétrea.

Así, sin importar las mayorías legislativas, no es posible omitir el proceso de reforma a la Constitución ni cambiar sus contenidos para desmejorar los derechos fundamentales o afectar el núcleo esencial de los principios salvaguardados en las cláusulas pétreas.

6. El ejercicio del poder en relación con la representación democrática establecida en la Constitución

En El Salvador opera una democracia representativa (arts. 85, 79 y 125 Cn.), es decir, que el pueblo soberano no actúa de manera directa en la toma de las decisiones políticas, sino a través de un cuerpo de representantes. La Asamblea Legislativa es la institución principal de la representación, pues a diferencia del presidente de la república que también es elegido popularmente y también se le atribuye un carácter representativo, en ella se espera una representación proporcional, y, por lo tanto, plural en cuanto a los distintos sectores ideológicos del país. La forma de designar a esos representantes es mediante elecciones, las cuales deben ser limpias, libres y equitativas.

Las elecciones no son suficientes para definir la existencia de representación política, pero son una condición indispensable. Giovanni Sartori (1992, pág. 231) exponía que no puede existir representación [en el sentido político] si a los representantes no se les ofrece el modo de expresarse y protegerse, pues si se hiciera diferente, los representados estarían expuestos ante sus presuntos representantes, y como la representación política solo está protegida por una salvaguardia electoral, no puede existir representación sin elección.

Por su parte, la Sala de lo Constitucional ha sostenido, a partir del art. 125 Cn., que quienes son elegidos como representantes del pueblo no actúan en nombre o a favor

de grupos de poder o de sectores sino de todos y cada uno de los miembros de la sociedad salvadoreña, por lo que deben tomar en cuenta la voluntad y los intereses de la totalidad de sus representados; y agrega que este sistema se da a través de las elecciones que posibilitan que los ciudadanos ejerzan un control sobre los actos de sus representantes y reduzcan las posibilidades de que estos procedan en forma arbitraria (incs. 7-2011, del 13-5-2011 y 39-2016, del 1-3-2017). Nótese que, **a nivel jurídico, los diputados no representan al partido político por el que fueron elegidos, sino al pueblo entero, por lo que su función no es solo perseguir una agenda partidaria, sino que deben valorarla en términos de conveniencia para toda la sociedad y de respeto a la Constitución.** Si bien deben mantenerse en el programa político de su partido (prohibición de transfuguismo), no deben apoyar medidas dañinas para el país, o que son contrarias a la Constitución o a las leyes.

Más aún, debe tenerse en cuenta que, desde la perspectiva jurídica, todos los funcionarios son responsables penal y patrimonialmente por los daños que causaren o los delitos que cometieren. De acuerdo con el art. 245 Cn. "Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución" y la Ley de Procedimientos Administrativos contempla la forma en la que esta puede hacerse efectiva (art. 60). Por su parte, los arts. 236 y 38 Cn. refieren las posibilidades procesales en cuanto a que determinados funcionarios incurrieren en delitos penales.

La jurisprudencia constitucional hace ya varios años ha señalado que "en el ejercicio democrático del poder es indispensable el sometimiento a la Constitución, que es la que contiene las decisiones básicas adoptadas por el titular

del poder constituyente y envuelve todo el modelo estatal de democracia” (Inc. 29-2004/1-2005, del 21-12-2007). Incluso antes, ya había señalado que “las formas y procedimientos institucionales deben ser observados estrictamente en las luchas políticas y en los debates ideológicos. Por el contrario, el peligro del totalitarismo empieza cuando emerge el menosprecio oficial a las opiniones disidentes, o cuando se descalifica a los pareceres divergentes”. “Efectivamente, la legitimidad democrática de las decisiones no descansa en el simple hecho de posiciones u opiniones dominantes o mayoritarias, sino que se basa en la participación libre e igualitaria en el proceso de adopción de las mismas, incluso de aquellos que no las comparten”. (inc. 11-2004, del 25-4-2006). **La Sala ha dejado claro que el trabajo de la Asamblea Legislativa no se limita a un mero asunto aritmético, sino que se debe regir por el principio de representación, el principio de deliberación, la regla de las mayorías para la adopción de las decisiones y la publicidad de los actos (Controversia 5-2020, del 7-10-2020, entre otras).**

Teniendo estos elementos en consideración, el ejercicio mayoritario del poder no habilita a manipular las

normas sobre el sistema electoral, a fin de generar ventajas indebidas para quienes coyunturalmente gozan de las mayorías. Esto implica las reformas legales o incluso constitucionales, en cuyo extremo más burdo se ubicaría el establecimiento de un partido único, prohibido actualmente; pero también en las acciones de ventajismo oficial, cuando se utiliza el Estado para facilitar el triunfo del partido de gobierno y obstaculizar la participación de la oposición, como cuando se deniega la entrega del financiamiento público a los partidos, cuando se usan los fondos del Estado para realizar campaña, atacando ilegalmente o persiguiendo injustificadamente a los oponentes, etc. Cuando se manipulan los mecanismos de participación electoral, ya sea de hecho o de derecho, se rompe el vínculo representativo, en la medida que la voluntad del pueblo ya no tiene verdaderos medios de protección frente al que seguramente todavía se hace llamar su representante, pero que ya ha bloqueado los medios ciudadanos de exigirle cuentas en las urnas.

En definitiva, los resultados electorales legitiman el origen del ejercicio del poder político, pero es el respeto a la Constitución el que legitima su ejercicio.

7. Resumen de los límites que deben respetar las mayorías legislativas en el Estado de derecho



Fuente: elaboración propia.



8. Conclusiones

El ejercicio del poder político en un contexto en el que los apoyos legislativos al presidente de la república superan la mayoría calificada, encuentra un límite en los derechos fundamentales que deben garantizarse a todas las personas y sobre los cuales no pueden regularse desmejoras aun con el apoyo de las mayorías. Esto incluye la prohibición de regímenes de excepción injustificados o desproporcionados.

La existencia de mayoría calificada en manos de un solo partido, tampoco exime de la responsabilidad de elegir funcionarios en las instituciones de control sobre la base de la idoneidad y el mérito y que estén desvinculados de cualquier partido político. Tampoco les habilita a destituir arbitrariamente a los funcionarios que ejercen los cargos ni a realizar otro tipo de maniobras de presión en contra de su independencia.

Sin importar las mayorías legislativas, no es posible omitir el proceso de reforma a la Constitución establecido en esta, ni cambiar contenidos para afectar regresivamente los derechos fundamentales, las disposiciones sobre el territorio nacional o modificar el sistema político democrático, la forma de gobierno republicana y presidencialista, o cambiar el alcance de la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia.

El ejercicio mayoritario del poder político no exime del respeto de las decisiones judiciales, aun cuando sean contramayoritarias. Es más, el papel de los jueces es precisamente defender los derechos de quien esté en posición de abusar de ellos. En definitiva, la función jurisdiccional no es un área de influencia legítima del poder político.

El ejercicio mayoritario del poder no habilita a manipular las normas sobre el sistema electoral, a fin de generar ventajas indebidas para quienes coyunturalmente gozan de las mayorías.

El apoyo de la mayoría parlamentaria que tendrá el Ejecutivo debería entenderse como un mandato para la eficiencia del Estado y para tener el respaldo legislativo que sirva de base para impulsar las leyes que den base a las políticas públicas que implemente el Gobierno, dentro de los márgenes de acción y límites que establece el marco jurídico; y no como la oportunidad de cooptar las instituciones democráticas y ejercer el poder en contra del orden constitucional. Las actuaciones en contra de la ley y la Constitución acarrearán responsabilidades individuales para los funcionarios que las realicen.

Referencias

- Anaya Barraza, S. E. (2020). Nociones básicas sobre el concepto de constitución. *En Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti* (págs. 1-48). San Salvador: Corte Suprema de Justicia.
- Artiga-González, Á. (2015). *El sistema político salvadoreño*. San Salvador: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD. Obtenido de http://www.redicces.org.sv/jspui/bitstream/10972/2292/1/EL_SISTEMAPOLITICOSALVADORE%c3%91O.pdf
- Calderón, B., & Chávez, É. (25 de septiembre de 2020). Bukele cumple amenaza y para fondos a Legislativo y Judicial: "Su revanchismo político está haciendo un caos económico a empleados". *La Prensa Gráfica*. Recuperado el 7 de abril de 2021, de <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Bukele-cumple-amenaza-y-para-transferencias-a-organos-Legislativo-y-Judicial-Su-revanchismo-politico-esta-haciendo-un-caos-economico-a-todos-los-empleados-20200925-0018.html>
- Cardona, I. (2020). La actualidad de la Constitución. Los mecanismos de transformación y su incidencia en los derechos fundamentales. *En Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*. (págs. 538-613). San Salvador: Corte Suprema de Justicia.
- CIDH. (4 de Febrero de 2021). *La CIDH otorga medidas cautelares a favor de 34 miembros identificados del Periódico Digital El Faro de El Salvador*. Recuperado el 30 de Marzo de 2021, de <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/023.asp>
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. (Vol. 2 Teoría del derecho y de la democracia). (P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, & A. Ruiz Miguel, Trads.) Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. (Vol. 1. Teoría del derecho). (P. A. Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, & A. Ruiz Miguel, Trads.) Madrid: Trotta.
- FUSADES. (2020). *El régimen de excepción siempre debe ser el último recurso*. Antiguo Cuscatlán. Recuperado el 12 de abril de 2021, de <http://fusades.org/publicaciones/regimen%20de%20excepci%C3%B3n.pdf>
- FUSADES. (2021). *Informe de coyuntura legal e institucional 2-2020*. Antiguo Cuscatlán: FUSADES. Recuperado el 26 de marzo de 2021, de http://fusades.org/publicaciones/Coyuntura_Legal_feb_2021.pdf
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona - Caracas - México: ARIEL.
- PDDH. (2020). *Informe preliminar sobre covid-19 y derechos humanos en el salvador*. San Salvador. Recuperado el 30 de marzo de 2021, de <https://www.pddh.gob.sv/portal/wp-content/uploads/2020/06/informe-preliminar-junio-2020.pdf>
- Sartori, G. (1992). *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza.
- Velasco, S. S. (2018). La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 449-480.