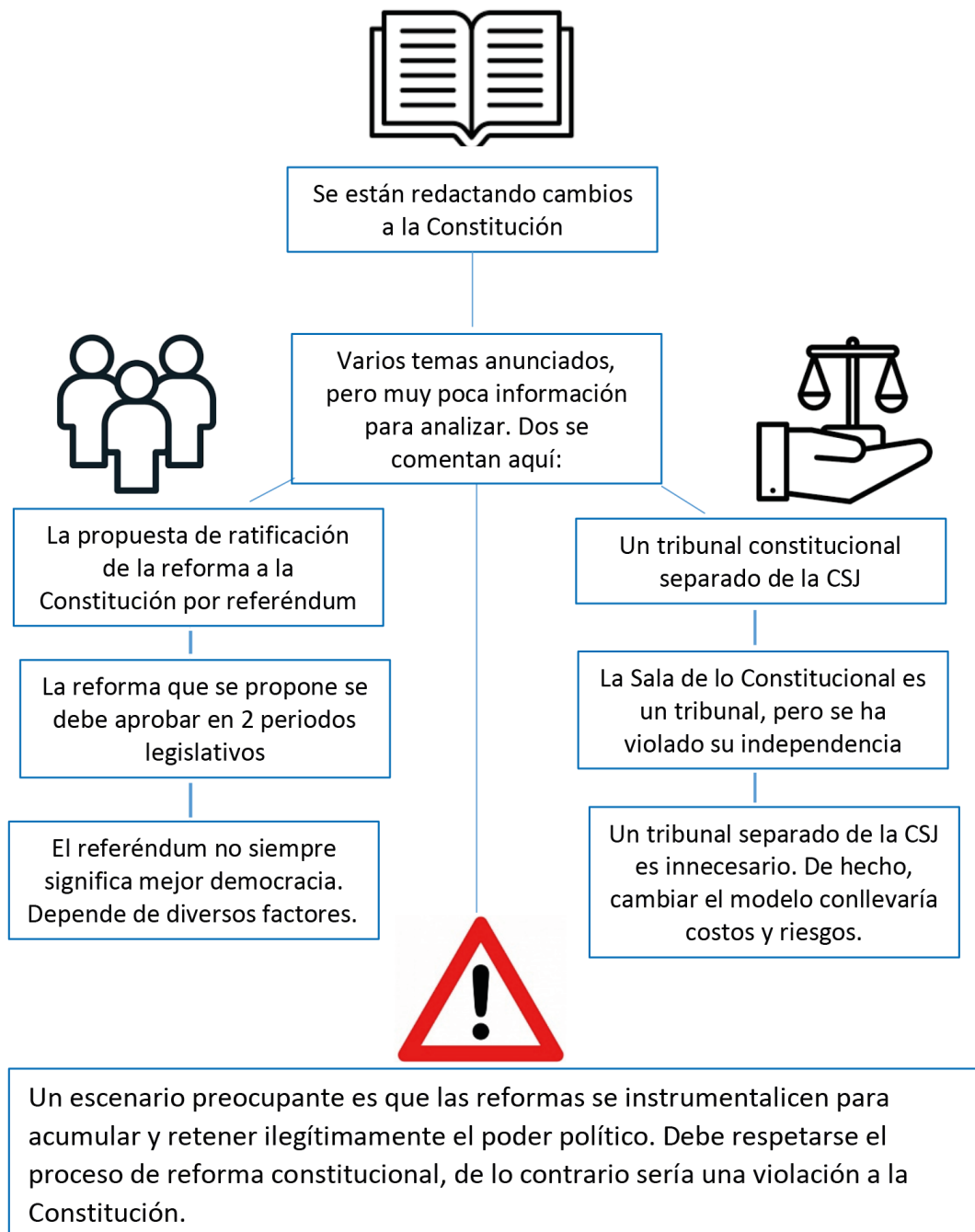


Posición institucional

Escenarios de riesgo para el Estado de derecho en la propuesta de reforma a la Constitución

Síntesis del estudio



I. Antecedentes y contexto: Se están redactando las reformas a la Constitución

La posibilidad del pueblo de quitar a los gobernantes que no le gustan, perseguir la corrupción, proteger los derechos más básicos como la libertad, la propiedad, el trabajo y la igualdad, todo parte de la Constitución. Por ello, la reforma a esta norma fundamental es uno de los temas más importantes para una sociedad. **En estos procesos es indispensable la transparencia, la participación ciudadana inclusiva y plural, y un ambiente de diálogo y confianza, pues sin ellos es difícil que un proceso sea legítimo y sostenible.** Igualmente, es preciso el apego a los procedimientos establecidos y el respeto a los contenidos esenciales en cuanto a garantías de derechos y limitación de los excesos y abusos de poder.

La Constitución garantiza los derechos fundamentales y establece los límites al poder político. En septiembre de 2020, mediante decreto ejecutivo, inició un proceso para reformarla y se encargó la tarea de impulsarlo al vicepresidente de la república¹. **Recientemente, ya se revelaron algunos contenidos constitucionales que se pretenden modificar, entre los que se encuentra el proceso de reforma de la Ley Fundamental y la reestructuración de varias instituciones, incluida la creación de un Tribunal Constitucional separado de la Corte Suprema de Justicia.**

Este proceso informal de reforma a la Constitución ha sido ilegítimo desde el principio². Por un lado, lo ha promovido el Órgano Ejecutivo, quien ha violado

1. El Vicepresidente formó un grupo de trabajo que, luego de haber sesionado varias veces y haber creado una página web para recibir opiniones, en junio de 2021 comenzó a escribir las reformas que se buscaría aprobar. Este grupo ha programado la entrega de un proyecto de reforma al presidente de la república en septiembre de este mismo año, cuando El Salvador cumple 200 años de independencia, aunque no se ha publicado con qué propósito.

2. Esto ha sido señalado anteriormente por Fusades. Ver: FUSADES (2021). Informe de Coyuntura Legal e Institucional 2-2020, p. 13-15. [En línea] Disponible en: https://fusades.org/publicaciones/Coyuntura_Legal_feb_2021.pdf

sistemáticamente la Constitución³ y no ha expresado claramente el objeto que persigue con la reforma, sino que ha difundido temas generales a cuentagotas. Por el otro, el grupo de trabajo que lo ha encaminado ha carecido de pluralidad política⁴, pero ha sido este el que ha diseñado y está redactando el contenido, a pesar de que el Órgano Ejecutivo no tiene facultades para realizar los trabajos preparatorios de reforma a la Constitución en El Salvador (art. 248 inciso 3° Cn.). Recordemos que los funcionarios solo tienen las facultades que expresamente les otorgan la Constitución y las leyes (art. 86 Cn.).

Desde el 16 de junio de 2021, cuando se anunció el inicio de la redacción de las reformas, el Equipo ad hoc ha dejado saber, en términos muy generales, algunos temas que se reformarían⁵: La creación de nuevos derechos fundamentales, como el derecho a una muerte digna, al agua, al aire, a la alimentación, a la protección de los pueblos originarios, a la educación democrática laica; agregar nuevas limitaciones al derecho a la propiedad y enfatizar la distribución de la riqueza; aumentar el número de países con los que se promovería la integración económica y poner en la Constitución el voto de los salvadoreños en el exterior; permitir las candidaturas presidenciales no partidarias y la iniciativa ciudadana de ley; así como la incorporación al ordenamiento jurídico del catálogo de derechos fundamentales de los tratados

3. Ver por ejemplo, las sentencias de inconstitucionalidad 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020 del 23-10-2020 y 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020 del 8 de junio de 2020. También: PDDH (2020). "Informe preliminar sobre covid-19 y derechos humanos en El Salvador" [En línea] Disponible en: <https://www.pddh.gob.sv/portal/wp-content/uploads/2020/06/informe-preliminar-junio-2020.pdf>. [Consultado el 12 de julio de 2021].

4. No ha existido un mecanismo claro para la selección de los miembros del equipo que ha formado el vicepresidente. Está integrado por el vicepresidente y cuatro personas más y, tras la renuncia de varios de sus miembros a lo largo del tiempo, no se conocen tampoco los criterios con los que se han reemplazado.

5. Presidencia de la República de El Salvador (2021). Vicepresidencia de la República-Equipo Ad Hoc. [En línea] Disponible en: <https://www.presidencia.gob.sv/equipo-ad-hoc-poblacion-tambien-tendra-iniciativa-de-ley/> [Consultado el 28 de julio 2021].

internacionales relacionados con los derechos humanos, previa interpretación conforme con la Constitución. Estos temas están enunciados, no desarrollados.

El presente documento no se refiere a todas estas posibles reformas, sino que enumera los elementos que se reformarían según el comunicado más reciente que se ha divulgado⁶, y se comentan dos de ellos: los que se refieren a la modificación del proceso de reforma de la Constitución y a la creación de un Tribunal Constitucional separado de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Debe tenerse en cuenta que este estudio está limitado por el carácter general de la información existente, pues solo se dispone de breves comunicados de prensa. Luego, observando la línea de acción sobre el desmantelamiento de las instituciones de frenos y contrapesos⁷, se trazan escenarios a modo de ejercicio de advertencia sobre los riesgos severos para el Estado de derecho que se pueden materializar.

II. Análisis: lo que se dice, lo que no se informa y posibles riesgos

1. Lo que se ha publicado y lo que se desconoce

El último comunicado del Equipo ad hoc anuncia que se reformarán 196 de los 272 artículos de la Constitución, lo cual, de hecho, es casi cambiar toda la Constitución. Dicho comunicado menciona –pero no detalla– 5 de las reformas:

- **El proceso de reforma de la Constitución**, para incorporar el referéndum como mecanismo de consulta ciudadana para obtener su ratificación.

6. Vicepresidencia de la república (2021). Equipo Ad Hoc: propone modificar el proceso de reforma constitucional dándole atribuciones al pueblo para su ratificación. Comunicado de prensa. [En línea]. Disponible en: <https://www.presidencia.gob.sv/equipo-ad-hoc-propone-modificar-el-proceso-de-reforma-constitucional-dandole-atribuciones-al-pueblo-para-su-ratificacion/> [Consultado el 29 de julio de 2021].

7. En los dos últimos años, se ha militarizado la Asamblea Legislativa para presionarla, se han realizado detenciones masivas e ilegales durante la pandemia, se han desobedecido resoluciones judiciales, se han desmantelado las garantías al derecho de acceso a la información pública, se imponen mayores restricciones a la libertad de expresión, se reduce el acceso a la información sobre las compras públicas y se da el golpe de Estado contra la Sala de lo Constitucional y la Fiscalía General de la República, el 1 de mayo de 2021.

- Un capítulo sobre la **Contraloría Social** que recoge 5 instancias: Contraloría General del Estado, ex Corte de Cuentas de la República; la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos; el Tribunal de Ética Gubernamental; el Instituto de Acceso a la Información Pública y la Defensoría del Consumidor.
- Crear las instituciones de la **democracia directa** como el referéndum, el plebiscito y la revocatoria de mandato.
- **Separación de la función jurisdiccional y la función administrativa** en la Corte Suprema de Justicia.
- Crear un **Tribunal Constitucional** separado de la Corte Suprema de Justicia.

El primer comentario entonces es que se sigue sin tener detalle de lo que se pretende crear. No es lo mismo, por ejemplo, decir que se va a cambiar el nombre a la Corte de Cuentas de la República, que definir si va a tener nuevas facultades, nueva forma de nombrar sus funcionarios, etc. Las mismas deficiencias de información existen con los demás temas institucionales. Aquí se comentan los cambios al proceso de reforma a la Constitución y la creación de un Tribunal Constitucional separado de la Corte Suprema de Justicia.

En segundo lugar, es pertinente señalar que cuando las propuestas de reforma vienen de gobiernos con claras tendencias antidemocráticas, suelen tener como propósito acumular y retener el poder indebidamente. Naturalmente, esa no es la forma en que se presenta públicamente, sino que, para ganar apoyos, se anuncian mejoras de los derechos, modernización del Estado, desarrollo económico y reivindicación de determinados sectores. Todo esto, por supuesto, de nada sirve cuando las instituciones desaparecen y el poder se concentra, pues no existen mecanismos para hacerlo exigible, aunque se haya puesto en la Constitución.

2. Reforma al proceso de reforma a la Constitución

La ciudadanía participa en el proceso de reforma a la Constitución, tal como está estructurado actualmente.

Esto debe ser así, pues es el verdadero soberano y no puede haber proceso de reforma sin participación. De acuerdo con el art. 248 Cn., la reforma a la Constitución se aprueba en dos momentos: una primera Asamblea Legislativa que lo hace con 43 votos, y una segunda lo ratifica con 56. De este modo, la ciudadanía participa cuando se elige a la Asamblea Legislativa que es quien aprueba el acuerdo, pero más importante, cuando se elige a los diputados de la Asamblea Legislativa que les corresponde ratificar una reforma a la Constitución.

La Sala de lo Constitucional ha señalado (incs. 7-2012 del 16-12-2013 y 33-2015 del 24-12-2017) que la ciudadanía debe conocer la opinión de los candidatos que aspiran a ser diputados, sobre los acuerdos de reforma constitucional que les correspondería ratificar. Esto se ha llamado etapa informativa del proceso de reforma a la Constitución, y tiene un fin referendario, es decir, supone una forma de control ciudadano de las decisiones de modificación o supresión de una parte del texto constitucional.

Esta forma de participar es natural y propia del sistema político salvadoreño, que es una democracia representativa. Dicho sea de paso, ese sistema es irreformable regresivamente aun mediante cambios a la Constitución, y todavía no es un tema resuelto si es posible añadir casos de democracia directa no considerados ya en la Ley Fundamental, como sucede en el supuesto de reconstrucción de la República de Centroamérica (art. 89 Cn.). **Crear mecanismos de democracia directa como el referéndum no siempre es sinónimo de más y mejor democracia**, pues el debate sobre la eficacia democrática de estos, tiene que ver sobre todo con los temas que pueden ser sometidos a este tipo de mecanismos, las condiciones para que se apruebe su ejercicio, su origen, es decir, si el mecanismo es solicitado por los ciudadanos

o por el gobierno de turno, y con los requisitos para que el mandato que resulte de la consulta sea vinculante o no. Nada de esto se desarrolla en el comunicado.

Es importante reiterar que, si a pesar de la polémica sobre su posible afectación a los principios de democracia representativa se pretendiera cambiar el mecanismo de reforma a la Constitución sustituyendo la ratificación legislativa por el referéndum, este no podría aplicar, bajo ninguna circunstancia, al proceso que actualmente se está impulsando. La modificación al proceso de reforma, como cualquier otra, se debe hacer conforme con el derecho vigente, esto es, mediante dos Asambleas Legislativas (art. 248 Cn.).

3. Creación de un Tribunal Constitucional

En El Salvador existe un Tribunal Constitucional, y es la Sala de lo Constitucional, cuyas funciones son completamente diferentes a las de la CSJ (art. 183 Cn.). Desde esta perspectiva, la creación del tribunal anunciado es innecesaria⁸. Existe más de un modelo de justicia constitucional, pero en El Salvador -similar a Costa Rica y Paraguay- se optó por uno en el que el tribunal se encuentra dentro de la CSJ, pero con competencia plena para defender la Constitución.

Un Tribunal Constitucional es un modelo diferente, sobre el cual se señalan algunas ventajas como que deslinda el trabajo administrativo de la función propia de impartir justicia, pero de todas formas eso se está previendo en las reformas para toda la CSJ y requiere un análisis separado. **No se ha informado claramente sobre el diseño que tendría, ni sus facultades, garantías de independencia e interrelaciones con la Corte Suprema de Justicia, pero es lógico que requeriría su propia burocracia de base, infraestructura y presupuesto propio, aumentando los costos. Actualmente, por Constitución (art. 172),**

8. En el comunicado no se especifica si la Sala de lo Constitucional desaparecerá y este tribunal la sustituirá, o si ambos coexistirán.

el Órgano Judicial tiene una partida presupuestaria definida con un porcentaje mínimo de 6% de los ingresos corrientes del Estado, lo que permite evitar presiones en su independencia mediante la asignación del presupuesto, una característica que no se sabe si el nuevo tribunal tendría.

Las garantías de independencia de la justicia constitucional, ya sea una sala de la CSJ o un tribunal separado, son la clave para lograr su cometido de protección de derechos y limitar el abuso de poder. **Ya se ha dicho que hacer el cambio de uno por otro es innecesario, pues de nada sirve que se cree un Tribunal Constitucional si no se respeta su independencia, tal como se ha observado con la destitución inconstitucional de magistrados de la Sala de lo Constitucional.**

4. Preocupaciones para el Estado de derecho: escenarios

La Constitución de 2008 de Ecuador permitía la reelección para dos periodos presidenciales, pero cuando estos no le parecieron suficientes al entonces presidente Rafael Correa, decidió cambiar las reglas. Como ha dicho un estudio: “ante la incertidumbre electoral, la crisis económica y el desgaste de su popularidad, introdujo una disposición transitoria para aplicar la reelección indefinida de forma diferida por una sola vez. Esto significaba que Correa podía reelegirse sin limitaciones a partir de las elecciones generales de 2021”⁹. Aunque por vaivenes políticos esto no llegó a consumarse, ejemplifica la instrumentalización de la reforma constitucional para concentrar poder en una sola persona. **Las reformas y las Asambleas Constituyentes para crear nuevas constituciones que permitan la reelección presidencial y acumulación de poder, también han sido utilizadas en las últimas décadas en Bolivia, Venezuela y Nicaragua, donde, además, para que sean posibles,**

se instrumentalizó la justicia constitucional cuya independencia se había deteriorado¹⁰.

Teniendo en cuenta estas experiencias, un escenario preocupante es que las reformas que actualmente se discuten, se instrumentalicen para acumular y retener el poder. Debe dejarse claro que la propuesta que salga de este equipo puede ser cambiada por la Asamblea Legislativa para incorporar temas hasta ahora no considerados.

Existen elementos en la Constitución actual que no pueden cambiarse para desmejorar: la forma de gobierno (república presidencialista), el sistema de gobierno (democrático y representativo), lo relativo al territorio de la república y a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia. Tampoco pueden establecerse normas que retrocedan en el alcance de los derechos fundamentales. A pesar de ello, en la experiencia comparada se ha visto en muchos casos que los gobiernos autoritarios reescriben las reglas para permitir la reelección presidencial, establecen contenidos que debilitan la separación de poderes y cambian las reglas electorales para competir con ventajas indebidas. **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**¹¹.

Otra preocupación es que no se respete el procedimiento que la Constitución ordena para su reforma, y que se utilicen mecanismos contrarios a la misma, incluida la derogación de la Constitución actual y la creación de una nueva que sirva a un proyecto político para acumular y retener poder. El

10. Ídem.

11. FUSADES (2021). El ejercicio del poder conforme con la Constitución, 2021-2024. Análisis Legal e Institucional No. 212. En línea] Disponible en: http://fusades.org/publicaciones/ALI_DEL_EI%20ejercicio%20del%20poder%20conforme%20con%20la%20Constituci%C3%B3n,%202021-2024.pdf [Consultado el 26 de julio de 2021]

9. Grijalva Jiménez, A. and Castro Moreno, J. (2020). La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia. Estudios constitucionales, [En línea] 18(1). Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002020000100009&lang=pt#aff1 [Consultado el 28 de julio de 2021].

vicepresidente de la república ha señalado recientemente que la iniciativa actual es de reformas y se respetaría el proceso vigente, requiriéndose una segunda legislatura para ratificarlas¹², pero ya ha mencionado la posibilidad de recurrir a una Asamblea Constituyente, para lo cual no existe sustento constitucional¹³. También se han conocido varias opiniones, incluidas las de funcionarios públicos, que plantean la posibilidad de crear una nueva Constitución¹⁴, lo que implicaría un proceso completamente inconstitucional.

Igualmente es preocupante que haya cambios a la Constitución mediante mutaciones constitucionales en la jurisprudencia (que, en un determinado proceso presentado ante la Sala, esta resuelva casos de forma que lo que sostenga sobre la Constitución no sean interpretaciones de esta, sino verdaderas reformas o mutaciones).

III. Reflexiones sobre la reforma constitucional que se está impulsando

- La población continúa sin acceder a los detalles de lo que se pretende cambiar en la Constitución. Se han enunciado -no desarrollado- algunos contenidos que se pretenden cambiar, entre los que se encuentra el proceso de reforma de la Ley Fundamental y la reestructuración de varias instituciones, incluida la creación de un Tribunal Constitucional separado de la Corte Suprema de Justicia.
- Sobre el cambio para que la ratificación de las reformas a la Constitución ya no sea por la Asamblea Legislativa sino mediante referéndum, se debe tener en cuenta

que este no siempre es sinónimo de más y mejor democracia, pues la efectividad de este mecanismo depende de las condiciones para que se apruebe su ejercicio, el origen (si lo propone la ciudadanía o el gobierno), los requisitos para que el mandato que resulte de la consulta sea vinculante o no, etc., nada de lo cual se ha revelado todavía.

- La reforma que se discute actualmente necesariamente debe pasar por el proceso vigente que incluye la ratificación por la siguiente Asamblea Legislativa.
- La creación de un Tribunal Constitucional separado de la CSJ, es innecesario. Es un modelo que requeriría burocracia de base, infraestructura y presupuesto propio. Aunque no se han dado detalles de su diseño, en principio quedaría fuera de la independencia presupuestaria que la Constitución garantiza al Órgano Judicial.
- Debe saberse que la Sala de lo Constitucional, en la Constitución vigente está diseñada como un tribunal con plenas capacidades para defender la Constitución, y que, si actualmente carece de independencia es porque esta se ha vulnerado, no porque su diseño sea equivocado.
- Un escenario preocupante es que las reformas que actualmente se discuten se instrumentalicen para acumular y retener el poder político con ventajas indebidas.
- A pesar de que se ha dicho lo contrario, a partir de lo observado, otra preocupación es que no se respete el procedimiento que la Constitución ordena para su reforma.

12. Magaña, Y. (26-7-2021). El referéndum estará vigente si lo ratifica otra legislatura: Ulloa. Diario El Mundo, p. 3.

13. Presidencia de la república (2020). Vicepresidente Ulloa: Interés político-económico rechaza debatir la actualización de la Constitución. [En línea] Disponible en: <https://www.presidencia.gob.sv/vicepresidente-ulloa-interes-politico-economico-rechaza-debatir-la-actualizacion-de-la-constitucion/> [Consultado el 26 de julio de 2021]

14. Ver por ejemplo: @romeoauerbach (2021) "El Salvador necesita construir una nueva CONSTITUCIÓN más justa más humana moderna más social más equitativa" (sic). 25 de junio de 2021 [Twitter]. Disponible en: <https://twitter.com/romeoauerbach/status/1408577073908756494> (Consultado el 12 de julio de 2021).