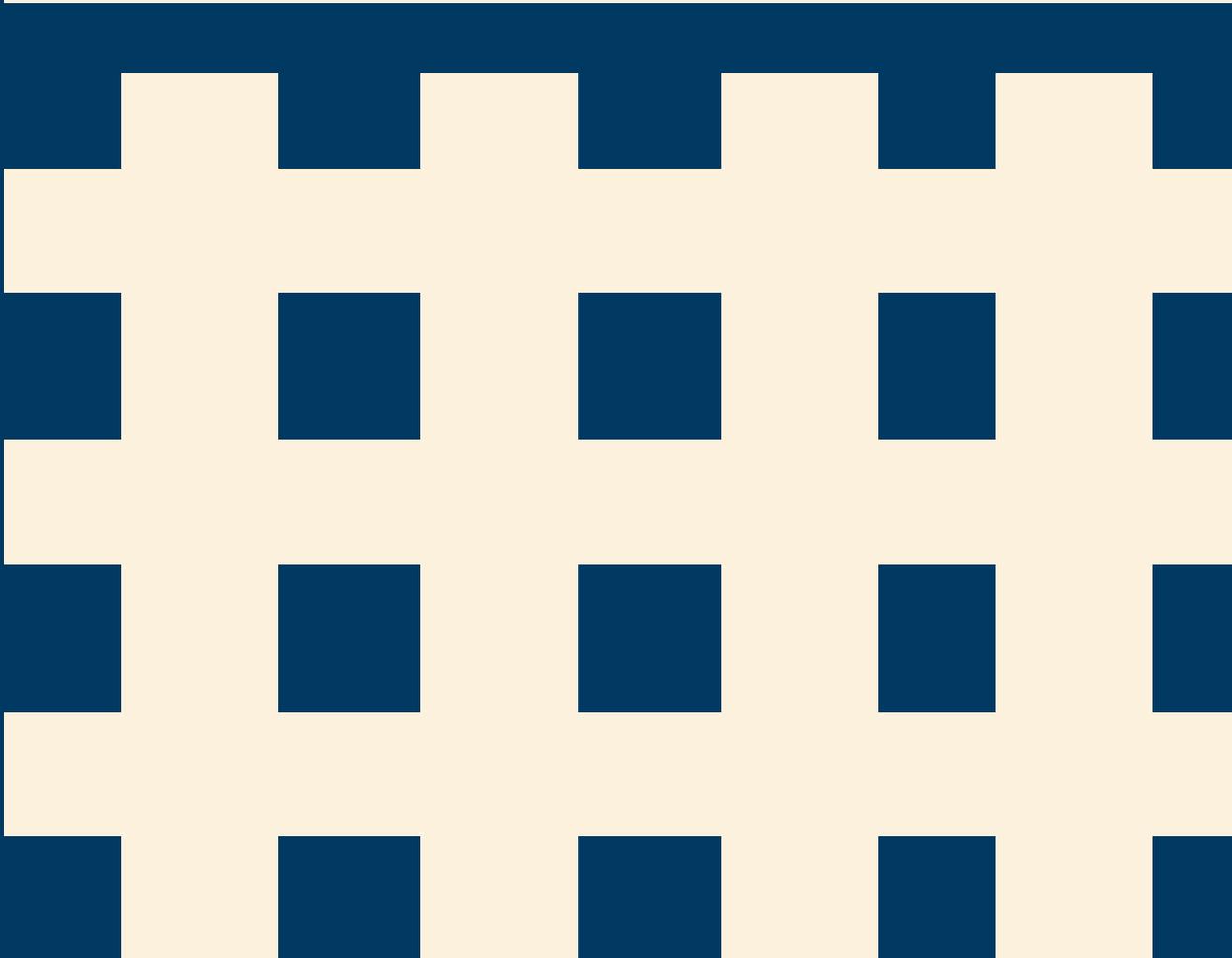


Evaluación del DESARROLLO INSTITUCIONAL DE LOS ACUERDOS DE PAZ SALVADOREÑOS

Mario Antonio Solano Ramírez



Universidad Dr. José Matías Delgado
Instituto de Investigación Jurídica

EVALUACIÓN DEL DESARROLLO INSTITUCIONAL DE LOS ACUERDOS DE PAZ SALVADOREÑOS

Acuerdos de Paz y Constitución

Mario Antonio Solano Ramírez

San Salvador, El Salvador, diciembre de 2012.



Universidad Dr. José Matías Delgado

Dr. David Escobar Galindo
Rector

Dr. Enrique Sorto Campbell
Vicerrector

Instituto de Investigación Jurídica

Dr. René Fortín Magaña
Director

Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Subdirector

**Evaluación del Desarrollo Institucional
de los Acuerdos de Paz Salvadoreños**

Mario Antonio Solano Ramírez

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña
Coordinación de la edición: Iris Hernández Díaz
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la

**Universidad Dr. José Matías Delgado,
Instituto de Investigación Jurídica,**

Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II
(Ed. Nte. 2º. Nivel) Antiguo Cuscatlán, La Libertad,
El Salvador, Centroamérica.

Teléfono: (503) 2278- 1011 Ext. 233

Telefax: (503) 2278- 1011 Ext. 249

E-mail: investigacionjuridica@ujmd.edu.sv

Sitio web: <http://iij.ujmd.edu.sv>

El contenido del libro y las opiniones vertidas en el,
son de exclusiva responsabilidad del autor.
Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido,
por cualquier medio, sin la autorización escrita de la Universidad
o en su caso de su autor.

Hecho el depósito que manda la ley
Derechos Reservados
ISBN: 978-99923-944-7-2

Impreso en El Salvador

Índice

Introducción	11
Prólogo	
Evaluación del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz Salvadoreños.....	13
Plan de la Obra.....	15

PRIMERA PARTE DOCTRINA

TÍTULO I Introducción a la Teoría Constitucional

Capítulo Primero	
La Constitución como Norma	19
A. Concepto de Constitución.....	19
B. Partes de la Constitución.....	23
C. Supremacía Constitucional y Constitución Normativa Derecho Comparado.....	25
D. Efectos Normativos Concretos	27
Capítulo Segundo	
Del Estado Autoritario al Estado de Derecho y a la Constitución Normativa	28
A. El Absolutismo de Thomas Hobbes	28
B. El Individualismo de John Locke.....	29
C. La Transformación del Orden Constitucional.....	31
D. ¿Qué es el Estado de Derecho?.....	32
Bibliografía.....	34

SEGUNDA PARTE HISTORIA

TÍTULO II La Constitución Salvadoreña de 1983 Reformas de 1991. Su Evolución Histórica

Capítulo Primero	
Constitución y Reformas	39
Capítulo Segundo	
Contenidos de la Constitución.....	42
A. Preámbulo.....	42
B. Estructura Normativa	43
C. Inicio de la Constitución	44
D. Constitución Nueva o Constitución Reformada	44
Capítulo Tercero	
Contenido Axiológico de la Constitución	46
A. Preámbulo de la Constitución	46
B. Finalidad de la Constitución	47
C. Arquitectura de la Constitución	51
D. Los Presupuestos Constitucionales.....	51
E. Los Valores Constitucionales.....	51
F. Los Principios Constitucionales	52
G. Los Derechos Fundamentales.....	52
Bibliografía	54

TÍTULO III Evolución del Constitucionalismo en El Salvador Referencia Histórica. El Siglo XIX

Capítulo Primero	
Antecedentes de la Independencia	56
A. Introducción	56
B. Los Protagonistas	57
C. La Memoria de la Patria Centroamericana	58
D. Inicio del Proceso.....	59
E. Causas Externas e Internas de la Independencia	59
F. Factores Económicos	60
G. El llamado Primer Grito.....	61

Capítulo Segundo

Proclamación de la Independencia de Centroamérica.....	67
A. Introducción	67
B. La Sesión del 15 de Septiembre.....	68
C. El Acta de Independencia	69
D. Impacto Histórico	71
E. Creación de la República Federal de Centroamérica	75
F. General Manuel José Arce.....	76
G. Conclusiones	79
Bibliografía.....	80

TÍTULO IV El Inicio del Proceso

Capítulo Único

El Camino de El Salvador.....	82
A. El Inicio del Estado burgués	82
B. La Burguesía criolla	84
C. Proceso Evolutivo del Constitucionalismo	86
D. Acontecimientos de 1932.....	90
E. El Liberalismo y Socialismo	91
F. Génesis de la Violencia	92
G. Tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho.....	93
H. Estado de Derecho y Desarrollo	98
I. Estado de Derecho y la Paz	100
Bibliografía.....	104

TERCERA PARTE EFECTOS DE LOS ACUERDOS DE PAZ

TÍTULO V Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales

Capítulo Único

Los Antecedentes inmediatos de los Acuerdos	109
A. El Movimiento Social. Problemática General.....	109
B. Responsabilidad Estatal.....	112
C. Aparecimiento de la Insurgencia.....	113
D. Historia reciente que precedió a los Acuerdos de Paz	114
E. Fuerza Armada y Policía.....	122
F. Sistema Judicial y Derechos Humanos	124
Bibliografía.....	127

TÍTULO VI

Evaluación de las instituciones resultantes y otros

Capítulo Primero	
Evaluación de los Acuerdos	129
Capítulo Segundo	
El Déficit Político de El Salvador	130
Capítulo Tercero	
Otras Formas de Participación	132
Iniciativa Popular	133
Referéndum.....	134
Capítulo Cuarto	
El Grave Déficit de la Seguridad Ciudadana	136
La Seguridad Ciudadana.....	138
Una Experiencia Socialista.....	139
Su posición pedagógica	139
Capítulo Quinto	
El Déficit Socioeconómico	141
Marco Político y Económico	141
Un Análisis Preocupante	142
Las Reformas Políticas y Económicas	144
Realidades de la Estructura Socioeconómica	144
Deterioro de los recursos naturales y del medioambiente	146
Capítulo Sexto	
Déficit del Consejo Nacional de la Judicatura	146
Capítulo Séptimo	
Las Visiones Pesimistas.....	148
Reflexión sobre este Título.....	150
Bibliografía.....	151

CUARTA PARTE EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

TÍTULO VII Un Nuevo Derecho Constitucional Salvadoreño

Capítulo Primero

Derecho a la Jurisdicción Constitucional.....	155
A. Introducción	155
B. Mecanismo de Protección.....	156
C. Separación de Poderes	156
D. La Organización Política y Social	158
E. La Supremacía Constitucional	159
F. La Supra Legalidad.....	160

Capítulo Segundo

Coyuntura Histórica: Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales	162
A. El Poder de la Reforma.....	162
B. El Poder Constituyente	163
C. Rigidez Absoluta y Relativa	167
D. Las Mutaciones Constitucionales	168
E. La Racionalidad Constitucional de las Reformas	169
F. La Reforma se contradice a sí misma	169
G. Reformas Constitucionales en El Salvador.....	171
H. Cláusulas Pétreas.....	172
I. El futuro de nuestra constitucionalidad	174
J. Constitución y Derecho Internacional	175
K. Obligatoriedad de las Normas Internacionales	177
L. Cláusulas Pétreas en el Derecho Comparado.....	178
Bibliografía.....	181

TÍTULO VIII Jurisdicción Constitucional

Capítulo Primero

Estado de Derecho y Justicia	
A. Introducción	183
B. ¿Por qué instrumentos claves para defender la Constitución?	184
C. El Estado Social y Democrático de Derecho	185
D. Sala de lo Constitucional en El Salvador	186

Capítulo Segundo

Procesos que conoce la Sala de lo Constitucional de El Salvador ..	188
A. Introducción	188
B. Doctrina y Normativa Aplicable. La Configuración de la Jurisdicción Constitucional.....	189
C. Doctrina Aplicable a la Jurisdicción Constitucional	190
D. Estructura y Organización de la Sala de lo Constitucional	192
E. La Sala de lo Constitucional como Tribunal	193
F. El Proceso de Inconstitucionalidad	194
G. Clases de Sentencias Constitucionales	195
H. Cuestiones políticas no justiciables	196

Capítulo Tercero

Proceso de Amparo	199
A. Introducción	199
B. Sentencia en el Proceso de Amparo.....	200
C. El Hábeas Corpus	201
D. Las realidades del Sistema.....	201

Capítulo Cuarto

Análisis de las Sentencias de la Sala de lo Constitucional	204
------------------------------------------------------------------	-----

Capítulo Quinto

Las sentencias de la Sala de lo Constitucional	205
A. Crítica a la Sentencia 61-2009, Inconstitucionalidad	205
B. Crítica a la Sentencia 1 de 2010. Ley del Presupuesto	208
C. Fiscal Amicus Curiae	211
D. Cosa Juzgada. El gran debate Jurídico Constitucional	212
Bibliografía	215

QUINTA PARTE PROPUESTAS Y FINAL

TÍTULO IX

CONCLUSIONES.....	219
GRUPO UNO	221
GRUPO DOS.....	224
GRUPO TRES.....	227
FINAL	230

Introducción

Una de las frases más célebres atribuida a Jorge Santayana es, la de quien desconoce la historia se ve condenado a repetirla. Los salvadoreños hemos padecido de memoria de corto plazo. Los desastres naturales, las coyunturas sociales y políticas nos han hecho perder la visión de otros sucesos dentro de la perspectiva general. La falta de una planificación sistemática de políticas públicas llevó al país a la improvisación y a la inestabilidad, no atajando los problemas nacionales, factores que desencadenaron nuestra cruenta guerra civil. Los Acuerdos de Paz celebrados en el año de 1992 se constituyeron por tanto, en un antes y un después para el desarrollo de nuestra democracia.

La Universidad Dr. José Matías Delgado, a través de su Instituto de Investigación Jurídica ha considerado de la mayor importancia el desarrollo de la investigación al más alto nivel, por lo que en el año de 2011 celebró su “I Certamen de Investigación Jurídica”, en el cual uno de los temas de investigación fue el estudio del desarrollo institucional de los Acuerdos de Paz. El ensayo ganador fue el del Dr. Mario Antonio Solano Ramírez, distinguido jurista y renombrado académico del país, y este premio viene en el momento justo en que como país debemos plantearnos la construcción de un Estado donde se profundicen los alcances de la Democracia.

El ensayo redactado por el Dr. Solano presenta de manera innovadora un acucioso estudio, desde su perspectiva personal, de las causas de nuestra guerra civil, cómo llegamos a los Acuerdos de Paz, el análisis de sus instituciones y, más importante aún, sus propuestas para mantener su vigencia a veinte años de su suscripción. El Dr. Solano recalca la importancia de los Acuerdos como impulsor para alcanzar las transformaciones necesarias del Estado y de la sociedad salvadoreña. De manera sobresaliente el Dr. Solano presenta sus conclusiones como aporte hacia una discusión nacional sobre reforma institucional y desarrollo democrático.

Para el Instituto de Investigación Jurídica es un privilegio poder ofrecer a la comunidad académica universitaria y al público en general esta obra para su discusión, y confía en que sirva para desarrollar un debate a profundidad para el beneficio de nuestra Nación.

Dr. René Fortín Magaña
Director del Instituto de Investigación Jurídica

Antiguo Cuscatlán, 21 de noviembre de 2012.

Prólogo

Evaluación del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz Salvadoreños*

Las ideas que en nuestro país se tienen sobre: Estado y ciencia política; Constitución y Estado de Derecho; Institucionalidad democrática, Derechos Fundamentales, Axiología Jurídica y otros, se debaten jurídicamente en los escasos círculos académicos, jurídicos y culturales existentes, que promueven eventos de esta naturaleza; tal es el caso del “Primer Certamen de Investigación Jurídica de la Universidad “Dr. José Matías Delgado”, en el que privilegiando la perspectiva jurídica, se nos invita a participar en tres importantísimos temas, de los cuales he seleccionado el que se refiere a la “Evaluación del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz Salvadoreños”, el cual será abordado en el contexto histórico, político y constitucional, que comienza con la formación originaria del Estado; el desarrollo logrado desde entonces hasta el presente y las posibilidades reales que tiene para su futura transformación.

Es de reconocer también que algunas organizaciones gremiales, profesionales, fundaciones, también realizan algunas iniciativas como la presente, pero con énfasis en algún tema del momento (elecciones, agentes económicos, crisis internacional, problemas coyunturales y otros); en el ámbito político sí se discute sobre esa temática, pero en general, las opiniones responden más bien a intereses sectoriales y no necesariamente a la verdad que hay sobre cada uno de ellos. Cuando las opiniones o defensas son de carácter oficial, es cuando más alejadas de la verdad aparecen y en el caso de los centros del poder económico, generalmente son interpretaciones orientadas a proteger esos intereses.

El año recién pasado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha conocido y resuelto tres recursos de inconstitucionalidad, sobre estos temas:

* *El presente trabajo ha sido desarrollado a partir del ensayo ganador del Primer Certamen de Investigación Jurídica de la Universidad José Matías Delgado.*

- 1°. Las candidaturas no partidarias y las listas abiertas en las elecciones para diputados;
- 2°. La inconstitucionalidad de los Arts. 2 y 6 de la Ley del Presupuesto y
- 3°. La inconstitucionalidad del inciso 3°. del artículo 191 del Código Penal, que quitan la protección reforzada que tenían los medios de comunicación y sus altos funcionarios, cuando se hiciera uso delictual de la libertad de expresión.

Sin embargo, no hay que caer en la tentación del placer que producen los aplausos y los elogios pasajeros, que ponen en peligro la ecuanimidad e imparcialidad de la judicatura. Más adelante volveremos sobre el tema, e iniciaremos un análisis de las resoluciones.

El resto del sistema judicial constitucional, todavía no tiene el impacto ni la credibilidad que garantice razonablemente la constitucionalidad eficaz; algunos signos observables en la última gestión y en algunos tribunales, tendrían que esperar una evaluación objetiva, técnica e histórica, para saber si los efectos y alcances de las resoluciones, corresponden al encuadramiento de las decisiones con la doctrina en que aparentemente se sustentan; en cambio, una gran mayoría no pasan la prueba de la transparencia, de la constitucionalidad y de la imparcialidad.

Esta convocatoria para la Evaluación jurídica de los Acuerdos de Paz, alienta la esperanza de confiar en que las universidades y en este caso, la Universidad “Dr. José Matías Delgado”, por medio de su Instituto de Investigación Jurídica que patrocina este evento, desean mantener su involucramiento en la investigación jurídica de nuestra realidad social, tan insustancialmente abordada, por instituciones y personas, que al margen de su buena voluntad, arriban a resultados precarios o intrascendentes; asoma la ilusión de que existe un genuino interés en la búsqueda de las causas que están generando el conflicto social, manifestado de un modo irracional, violento, cruel, que se materializa en formas delictuales destructivas de la convivencia, alteración de la paz, que rompen el Estado de Derecho y ponen al desnudo una sociedad polarizada, desde lo opulento hacia lo miserable.

El propósito de esta participación es revelar, desde las posiciones anteriormente relacionadas, si las instituciones y la Constitución que las rige se han modificado sustancialmente, por efecto de los Acuerdos de Paz; si tenemos más Constitución que antes de esos Acuerdos; si hay o no más paz social, porque hay o no más justicia social; si las instituciones resultantes y quienes las dirigen están comprometidas con la evolución y el cambio social,

convencidos de que la Constitución, con las reformas incorporadas producto de los Acuerdos, debe ser cumplida, exigiendo y promoviendo el modelo de desarrollo que supere los hasta hoy frustrados intentos de crecer.

Para alcanzar nuestro propósito de “Evaluar los efectos de los Acuerdos de Paz, evaluar el desarrollo de las Instituciones, desde la perspectiva jurídica y hacerlo a partir de la Constitución reformada, por efecto de los Acuerdos; y además, conocer y evaluar las instituciones resultantes,” requiere un orden y una metodología de investigación que nos permita llegar a la verdad, a la claridad y a la confiabilidad, que un estudio científico en el campo del derecho necesita para ser aceptado, respetado y discutido culturalmente; sin duda, un análisis teórico inicial será el fundamento para la explicación de los hechos pasados y presentes. Para cumplir este propósito se debe estructurar el siguiente:

Plan de la Obra

El trabajo que nos proponemos realizar, atendiendo la convocatoria de la Universidad y de acuerdo con los requerimientos y líneas que constituyen las bases del certamen, comprende la temática que a continuación se expone y que se desarrollará sobre las bases históricas, jurídicas, las reformas constitucionales, realidades positivas y negativas de los Acuerdos y las transformaciones constitucionales que el país demanda:

- 1º Introducción a la Teoría Constitucional: Concepto Constitución, sus partes esenciales, supremacía constitucional, eficacia normativa, etc.;
- 2º Qué y cómo es la Constitución de 1983, sus antecedentes históricos; reformas de 1991; los Acuerdos de Paz; el contenido axiológico;
- 3º Antecedentes históricos del constitucionalismo en El Salvador; el siglo XIX; efectos y alcances jurídicos de la Independencia; liberalismo y socialismo; burguesía, militarismo, oligarquía, movimientos sociales. Crisis social y guerra;
- 4º Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales. Producto de los Acuerdos de Paz. Evaluación de las instituciones resultantes; imperfecciones, retrocesos, fracasos, etc.,
- 5º Crisis nacional. La Reforma pendiente. Un nuevo Acuerdo Nacional;
- 6º La Protección de la Constitución, los cambios estratégicos para un nuevo derecho constitucional.
- 7º Conclusiones.

Primera parte

Doctrina

— TÍTULO I —

Introducción a la Teoría Constitucional

Resumen

No es nuestro objetivo vaciar toda la vida social en la Constitución y convertirla en un instrumento totalizador; no lo debe ser ni para los gobernantes, ni para los poderes fácticos, ni para los partidos políticos, ni para los ciudadanos; sin embargo, es necesario destacar y concederle el valor moral, jurídico y político que tiene para definir los principios, valores y derechos fundamentales, que la informan, y de ese modo situar correctamente los fines del Estado y los deberes de los gobernantes para con la sociedad, y que los ciudadanos conozcan y participen en el control de la distribución y organización del poder, conscientes de los sesgos ideológicos y de los métodos que los políticos emplean para conseguirlo. Esta base teórica y doctrinal es el sustento necesario para construir el estudio que nos proponemos.

Palabras claves: Constitución, concepto, partes, normativa, supremacía, Estado de Derecho.

Capítulo Primero

La Constitución como Norma

A. Concepto de Constitución

En este Título se desarrolla la temática sobre el significado de la Constitución y se responde a la pregunta: ¿Qué es la Constitución, en este momento en que tenemos la pretensión de conformar un Estado Social y Democrático de Derecho?, o sea, la forma de Estado en que la sociedad contemporánea deposita sus esperanzas, para tener el goce de los derechos individuales, es decir, la amplia esfera de libertad del hombre; además, la superación de los obstáculos para el goce de una existencia digna, con el mínimo razonable de bienestar material, pero en un clima de democracia, donde todos los ciudadanos sean partícipes de la vida social de la distribución del poder. El constitucionalismo occidental registra apreciables avances en esta línea y se observan esfuerzos respetables en los países americanos; diversos autores identifican las constituciones como instrumentos claves para ese proceso

evolutivo; en tal sentido, los salvadoreños estamos llamados a crear o a reformular nuestra propia Constitución: ¿Misión imposible?

La Constitución afirma Schneider, “en un sentido funcional, es el estatuto jurídico fundamental para la formación de la unidad política, la asignación del poder estatal y la configuración social de la vida, debe ser, sobre todo, un instrumento democrático de control social en el proceso de consolidación”; y crítica a Schmitt y a Kelsen, al primero por sostener que “la Constitución es un acto de decisión del poder político”, y al segundo, por definir escuetamente la Constitución como “una ley de difícil modificabilidad”.1/.

La conceptualización de Schneider refleja la tendencia contemporánea de que la Constitución, ante todo, es un instrumento jurídico-normativo, que desde esa perspectiva arbitra los procesos sociales, es una función integradora, que requiere para ella misma disponer de sus propios mecanismos de defensa, como lo expondremos oportunamente.

En posición similar, Löwenstein, considera que la Constitución básicamente es un “instrumento normativo”, destinado a ordenar los procesos políticos y no a someterse a ellos, aun cuando reconoce, que la función del poder es la de establecer los mecanismos de control social, a efecto de lograr convivencia y un equilibrio de las distintas fuerzas pluralistas. El poder político tiene que ser limitado, es decir, debe limitar a los detentadores del poder, limitación que nace de los valores sociopolíticos que se practican con el objetivo de garantizar la libertad de los destinatarios del poder. “El tiempo ha ido determinando que la mejor forma de controlar el poder y a los detentadores, es mediante la adopción de reglas fijas –la Constitución– destinadas a limitar el ejercicio del poder; la Constitución se convirtió en un dispositivo especial para el control del proceso del Poder”.2/

El hecho de reconocer que el poder es un componente necesario del Estado y cuya realidad está presente en todas las actividades de los miembros de la sociedad, permite a los autores de derecho constitucional considerar siempre en sus análisis la necesidad de controlarlo, del mismo modo que lo enunció Montesquieu, “que el poder detenga al poder”; la función que Javier Pérez Royo asigna a la Constitución en esa tarea, es semejante a la de Löwenstein, ya relacionada en el apartado que antecede, sostiene que “lo que se propone toda Constitución es convertir un orden político en un orden jurídico, es por lo tanto, la construcción jurídica de un orden político”.3/. Eso estaría pretendiendo la Sala de lo Constitucional con las sentencias

antes mencionadas, inclusive haciendo valer su poder jurídico para moderar y ordenar las decisiones políticas.

La problemática que se deriva de estos conceptos tiene que ver con la eficacia normativa de la Constitución, tal como se concibe en el momento actual, de una constitución democrática en libertad, con gobiernos respetuosos de sus compromisos internos e internacionales, de poderes reales internos innegables, pero con un compromiso con la democracia y los derechos fundamentales, no son simples descripciones convencionales, como diría Lucas Verdú, son precisiones sustantivas del documento más importante en la vida del Estado. Aragón Reyes, García de Enterría, en España; German Bidart Campos, en Argentina y Rubén Hernández Valle, en Costa Rica y otros en América Latina, interpretan que existe “un derecho de la Constitución, sustentada en la eficacia normativa de ésta”.4/.

En ese sentido, es del caso destacar, que independientemente de lo que la Constitución disponga en su texto, es imprescindible que esos contenidos se vean reflejados en la realidad; esto es, que la Ley Fundamental se cumpla, pues el avance del Estado de Derecho será nulo (más bien éste terminará involucionando o retrocediendo) si aquella mucho promete pero poco de ella se concretiza en la dimensión fáctica. Es que realmente, nada se soluciona sólo con normas (y la Constitución lo es), ya que si bien la ley es poderosa, más poderosa es la realidad.

Por último, y para tender el puente hacia el tema que abordaremos a continuación, el vínculo entre Constitución y democracia en el Estado de Derecho es singularmente intenso. Tanto así, que como Aragón Reyes ha afirmado con acierto, «la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica, sino sobre todo, como forma jurídica específica; de tal manera, que sólo a través de ese principio legitimador, la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada calidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas» 4.1/.

Para los efectos de este análisis, el concepto de Constitución está referido entonces, a la norma fundamental con efectos jurídicos plenos (Constitución normativa), esta idea cobrará mayor importancia en la medida en que se considere que uno de los mecanismos de defensa (protección) de la Constitución, son los tribunales constitucionales, en los procesos de Inconstitucionalidad y de Amparo; sin desconocer los antecedentes o componentes fácticos que están presentes y moldean su promulgación, o las concepciones políticas de

constitución, como lo ha sostenido Schmitt al definirla como "...la concreta situación de conjunto de la unidad política" o las circunstancias decisivas de ... "los factores reales de poder, que conforman la constitución real" de Lassalle.

Por el contrario, en la evolución del derecho constitucional, las teorías de Schmitt, Duverger, Lassalle y otros han sido sumamente importantes; no obstante, para los efectos del presente estudio, el concepto que lo fundamental es el de "Constitución normativa, o constitución como norma jurídica", concepto que prevalece hoy y que supone la necesidad de superar el decisionismo, el autoritarismo, etc., para comprender que únicamente la aceptación de la Constitución como norma jurídica, permite enjuiciar desde la perspectiva del derecho y en juicio constitucional, los quebrantamientos constitucionales que se producen por las acciones u omisiones de los otros poderes; de esta forma, se dispone de una concepción jurídica de la Constitución, que facilita la identificación de los mecanismos de defensa que debe tener, para asegurar que el derecho que se produce bajo su imperio, contiene los seguros de validez que le son indispensables.

Así lo expresa Rubio Llorente: "...no es la constitución como identificación de un orden jurídico concreto, sino de la Constitución como aquella parte del ordenamiento que lo conecta con la hipótesis de su validez y asegura su dinamismo, siendo entonces la Constitución la vía para el desarrollo y la renovación del ordenamiento garantizando su unidad. En la Constitución es así la regulación de los modos de producir el derecho". 5/. La teoría kelseniana, expuesta por Llorente, no significa, reiteramos, desconocer las realidades y los factores históricos, políticos y económicos en la producción del derecho, sólo significa que para los efectos de establecer una teoría sobre los mecanismos estructurales y jurídicos para la defensa constitucional, nos parece que partir de una concepción jurídica, ésta nos acerca a una pretensión más científica y alejada en lo posible de factores metajurídicos.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, de la época actual, la Constitución tiene eficacia normativa directa, es una norma jurídica, establece comportamientos de cumplimiento obligatorio, su inobservancia da lugar a los procesos constitucionales que los ciudadanos pueden dinamizar cuando se acude a los tribunales constitucionales. Al reunir estas opiniones que son representativas de un consenso generalizado entre Estados, culturas, sistemas jurídicos, sociedades y otros, que independientes de ideologías mantienen la fe y la esperanza en su Constitución, porque ella ordena el

principio de la libertad y los derechos que de ella se derivan, con los deberes sociales, económicos y culturales que asume el Estado, que se sustenta en la democracia como sistema y forma de gobierno y esencialmente, como forma de vivencia política; si la sociedad se ordena de ese modo, estamos en el mundo de la Constitución normativa, a la que se orientan muchos pueblos, especialmente en Europa occidental, y es la misma a la que algunos pueblos latinoamericanos dedican sus mejores esfuerzos y a la que aun El Salvador se resiste en su propia pereza mental, en su propio egoísmo y en sus alucinaciones sectoriales; no obstante, que la historia y la experiencia nos dicen cada día, cuánto nos falta para crecer como sociedad y como humanidad. Nos parece que esta es la transparencia que debemos construir en El Salvador, no sea que hasta los principios conservadores de la Constitución de 1983, no crezcan lo suficiente y las reformas de los Acuerdos de Paz no terminen de consolidarse, en una sociedad que permite suponer que no está preparada o que carece de vocación, para la convivencia razonable, digna y justa.

B. Partes de la Constitución

El Derecho Constitucional clásico, ha enseñado que la Constitución se divide en dos partes: orgánica y dogmática; tal afirmación no es totalmente aceptada por el derecho constitucional contemporáneo, pues los constitucionalistas prefieren considerar que la Constitución constituye una estructura unificada y que es más conveniente no introducir artificios que puedan producir confusiones. Sin embargo, si se admite, que ambas son complementarias, o que una está en función de la otra, y que no es una antítesis como ha sido sugerida por un constitucionalismo autoritario, que una cosa es el Estado y otra es el derecho. La idea de la parte orgánica y de la dogmática, es para hacernos presente la necesidad de desarrollar y cumplir con el Estado de Derecho, tal como lo expresó el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa: “Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni predeterminada la separación de poderes carece de constitución”. 6/

La primera, se refiere a la parte orgánica, que versa sobre la organización de los poderes públicos, y sus interrelaciones sobre los órganos al servicio de los poderes públicos, modo de producción de las modificaciones de la Constitución misma, etc.; la parte dogmática, contiene la tabla de derechos, libertades básicas de los individuos, de los grupos y las definiciones político sociales que ayudan a interpretar el sentido jurídico político de la Constitución.

A lo anterior, se debe agregar el hecho de que las constituciones contemporáneas no pueden evitar afrontar la problemática socio-económica, que es la que ha dado lugar a la inclusión de un concepto de constitución económica en su parte programática.

Debe anotarse por otra parte, el hecho de que en algunas constituciones no existe una separación determinada o expresa de ambas partes. En este mismo análisis corresponde también anotar que si se acepta la distinción, cuál de ellas es la más importante; y otra, que si es aceptable insistir en tal distinción, y debe considerarse que son más bien razones didácticas, las que hacen que se mantenga la división constitucional, en sus partes orgánica y dogmática, ya que en el constitucionalismo contemporáneo prevalece la tesis de que el poder está al servicio del hombre, que los gobernantes son delegados de los ciudadanos, sin más facultades que las que les da la ley y que la finalidad esencial del Estado es procurar la libertad humana y los derechos inherentes a ella (pro-homini): Un ideal alcanzado en gran medida en algunos países, especialmente europeos; en otros, las dos partes de la Constitución todavía con marcadas tensiones y en los casos más graves, las ansias de poder identifican a los gobernantes con la parte orgánica; es decir, que todavía podemos esperar que existan gobiernos, “autocráticos y democráticos, donde los primeros pueden ser autoritarios o totalitarios”. 7/

Por lo anterior, no se debe incurrir en el error de creer, que el Estado ha alcanzado su más alta expresión como forma social, y que la antinomia poder- ciudadano, está resuelta en beneficio de éste, en que el Estado ideal ya se manifiesta plenamente, lo cual no ocurre ni siquiera en las democracias occidentales más avanzadas, aunque son muchos los progresos, especialmente en materia de derechos humanos, gracias al derecho internacional; aunque el poder no es un fin, es una realidad presente, que ha de considerarse siempre en las relaciones sociales. Alguna vez podremos decir con Estephan Zweig, que las partes de la Constitución son “dos manifestaciones de la misma atmósfera espiritual”.

El profesor Löewenstein sostiene que “...los tres incentivos que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas son: el amor, la fe y el poder y que de algún modo se entrelazan: El poder de la fe mueve montañas y el poder del amor es el vencedor de todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder”. 8/.

C. Supremacía Constitucional y Constitución Normativa

Derecho Comparado

El antecedente histórico más importante de constitución normativa con carácter supremo, está en la Constitución de los Estados Unidos de América, que en su Art. 6 enuncia:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier causa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

“Los Senadores y representantes ya mencionados, los miembros de las distintas legislaturas locales y todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, se obligarán mediante juramento o protesta a sostener esta Constitución; pero nunca se exigirá una declaración religiosa como condición para ocupar ningún empleo o mandato publico de los Estados Unidos”.

Por su parte, la Constitución de la República francesa, del 4 de octubre de 1958, incluye la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, y el Preámbulo de la Constitución de 1946, dice en su Artículo 61: “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigor, serán sometidos al Consejo Constitucional; el cual se pronunciará sobre la conformidad de unas y otros a la Constitución”. En el Artículo 62 dice: “No podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada anticonstitucional. Con el mismo fin se podrán someter las leyes al Consejo, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores”.

En la segunda mitad del siglo XX, se producen innovaciones muy importantes en esta materia y las constituciones europeas reconocen que la Constitución es una norma, pero no es una regla más del ordenamiento, sino que es la superior de todas; es decir, tiene el carácter de supremacía, en el sentido de que todo el ordenamiento está sujeto a sus disposiciones. El principio de supremacía es reconocido y aceptado por todas las constituciones democráticas contemporáneas; y en los Estados federados, además, las

constituciones introducen elementos nuevos, tal como ocurre en Alemania, en donde las constituciones de los Länders, establecen valores consustanciales a la supremacía, que son la dignidad humana y la verdad.

En la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en el Art. 13 dispone: “Los Derechos Fundamentales que se relacionan a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”, evidencia la característica de eficacia normativa directa; dice: “La República Federal de Alemania, es un Estado Federal democrático y social”, “todo poder emana del pueblo” y reconoce la existencia de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial”. Su carácter social está vinculado al cumplimiento de los derechos humanos como sustratum de la dignidad humana (Art. 1), cuyo respeto y protección es deber de todas las autoridades del Estado. El carácter democrático está determinado por que el poder emana del pueblo, quien lo ejerce en las votaciones y elecciones, mediante los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Otras importantes naciones europeas han reconocido el carácter normativo de la constitución y el carácter vinculatorio que para los poderes públicos tienen las constituciones. España, dice en su Constitución de 1978: “España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho” (Art. 1) y en su Art. 10 prescribe los derechos inviolables de la persona. El Art. 9 de la citada Constitución, dice: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Y finalmente, en la Constitución de Austria, en el Art. 2, dice: “Austria es un Estado Federal, de Estados Autónomos”; es una “República Democrática, fundada en la Constitución. El gobierno se compone de tres poderes: Poder Legislativo Federal, Presidente Federal, Jueces”.

Los ejemplos anteriores, demuestran el carácter vinculante que hay entre gobierno, parte orgánica y los derechos fundamentales y parte dogmática, en la que se destaca la Constitución como norma suprema, la sujeción a ella de parte de los gobernantes, la necesidad de que las leyes le estén subordinadas, la división de poderes, entre otros, como mecanismos de defensa de la Constitución, a partir de sus propios postulados, lo cual debe ser exaltado como una garantía para el cumplimiento de los derechos fundamentales, o sea, la misión esencial de la Constitución.

Toda la doctrina anterior expresada en los textos, aunque muy destacada, se aceptaría como parte de la lógica de la tradición occidental y se admiraría como normal; pero cuando este fenómeno se da en países como la Federación Rusa o en los latinoamericanos, cuando en el siglo XX tardío, todavía estaban funcionando dictaduras y formas autoritarias, el giro hacia la democracia significa un hecho esperanzador y es demostrativo del grado de desarrollo que la constitución normativa ha alcanzado. No sólo porque ahora resulta invocable en todos los tribunales, sino porque aun cuando sus disposiciones no hubieren sido desarrolladas en leyes secundarias, se puede iniciar un proceso de control, por la vía del Amparo o de la inconstitucionalidad.*

En la Constitución de la Federación Rusa de 1993 se establece que “la Constitución tiene fuerza jurídica superior, efecto normativo directo y se aplica al conjunto del territorio de la Federación Rusa, las leyes no deben ser contrarias a ella, los órganos y poderes, la administración, los funcionarios, están sometidos a ella y el valor superior lo constituyen el hombre y sus libertades. (Arts. 1, 2 y 15)”.** Puede advertirse que en este concepto está comprendida toda la teoría constitucional moderna en cuanto a supremacía, eficacia directa, jerarquía, control del poder, todo “pro homini”; en igual forma, se expresan la Constitución de Portugal; y, en América, las de la Repúblicas de Colombia y Argentina, con sus reformas de 1994.

D. Efectos Normativos Concretos

El Art. No. 3 de la Ley Fundamental de Alemania, establece que “...los siguientes derechos fundamentales obligan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a título de derecho directamente aplicable”. Los derechos se consagran en los artículos del texto y son los derechos fundamentales de toda Carta. Lo que se quiere destacar en la definición transcrita es la vinculación de los poderes públicos y su efecto normativo; en la Constitución española en el Art. 9: 1.”... se establece que “los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

El Art.1 de la Constitución de El Salvador, establece que “la persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado y que está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común”. “En consecuencia es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República”... (Derechos). Todo lo anterior significa eficacia normativa. Estas

constituciones, con sus diferencias establecen el carácter vinculante de la Constitución y la existencia de unos derechos fundamentales, la diferencia está en la praxis constitucional, cuando es develada la verdadera intención de los preceptos.

Es posible que los Estados y las democracias europeas hayan avanzado en la aplicación real de su teoría, es decir, si la Constitución Real responde a la Constitución formal, como todavía advierten algunos constitucionalistas, ya que no obstante los logros obtenidos, todavía quedan resabios de las constituciones semánticas de las cuales nos advierte Löewenstein.

Capítulo Segundo

Del Estado Autoritario al Estado de Derecho y a la Constitución Normativa

A. El Absolutismo de Thomas Hobbes

En el pensamiento hobbessiano, es obvio que lo más importante del Estado, es la estructura de poder, la organicidad, en consecuencia, la parte orgánica; resabio que se observa en la Constitución de 1983, en la que de conformidad con el Art. 248, esa parte no se puede reformar (cláusula pétrea). Sin embargo, un análisis cuidadoso y objetivo de la sentencia de la Sala de lo Constitucional que reconoce las candidaturas no partidarias, podría haber modificado la cláusula que se refiere al sistema político, en consideración a que un sistema político se refiere al sistema de gobierno; ambos conceptos diferentes al de forma de gobierno. (vid. Arts. 248 y 85 Cn.). El Constituyente salvadoreño, como lo haría un Hobbes contemporáneo, privilegia la parte orgánica, aunque formalmente en el texto, se haya establecido primero la parte dogmática, contrario a lo que ocurría con las constituciones anteriores.

Thomas Hobbes nació en 1588, en Westport, Inglaterra y estudió en la Universidad de Oxford, en su vida pudo ver el tránsito de la monarquía, al sistema parlamentario, fue testigo aunque no admirador, de la revolución inglesa que se realiza durante todo el siglo XVII. Es obvio que Hobbes defiende el poder absoluto, pues los hombres son malos y egoístas: “El hombre es el lobo del hombre”, dice, al reiterar la sentencia de Plauto, ya que en el Estado, lo que vemos es la manifestación del poder, la política no es sino la lucha. “El mayor de los poderes humanos es el compuesto con

la mayoría de los poderes de los hombres, unificados por el consentimiento en una persona natural o civil, de cuya voluntad depende el uso de todos esos poderes, tal como acontece con el poder de una república...En consecuencia, tener siervos es poder, tener amigos, es poder. Porque se trata de fuerzas unidas. Las riquezas, la sabiduría, la reputación, el buen éxito, también son poder...existe un deseo permanente de poder... la felicidad es un continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior, no es sino camino hacia el siguiente... Por eso mismo sitúo en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte...”. 9/

Hobbes se inclina a pensar que el hombre es malo por naturaleza, que el hombre natural está lleno de deseos de poder: “...en primer lugar coloco como inclinación general del género humano un deseo perpetuo y desasosegado de poder tras poder que solamente cesa con la muerte”. Esta naturaleza hecha de deseo, que encontráramos ya entre los sofistas griegos y principalmente en Caliclés, y que volveremos a encontrar en Nietzsche, conduce a conflictos incesantes. Estos nacen porque el deseo de poder se encuentra en todos los hombres mientras que los objetos de deseo son limitados. Así, en su forma natural, la vida humana es la de una serie incesante de conflictos de deseos, y el hombre, en su estado natural vive en una “guerra de todos contra todos”.

El pensamiento hobbesiano ha impregnado desde siempre a la sociedad salvadoreña y no obstante, la Independencia, las guerras posteriores, incluida la guerra civil del siglo pasado y los Acuerdos de Paz, esa forma de pensar sigue viva, no desaparece totalmente de la sociedad, permanece aun en algunas estructuras del poder económico, político, social, gubernamental, institucional y demás. La amenazante actitud que se advierte entre las gremiales empresariales, en contra de decisiones, posiciones y relaciones del gobierno en el 2010; las mutuas posturas arrogantes de las cúpulas partidarias entre sí y el gobierno; y de este contra sus propios miembros o sectores partidarios de diferentes signos, las deterioradas relaciones entre el poder mediático y el sistema judicial, y otros casos, reflejan el pensamiento de Hobbes, que puede modificarse o atenuarse, aunque no disiparse totalmente.

B. El Individualismo de John Locke

También hay segmentos de la sociedad y personas que tienen su mente, sentimientos y anhelos, centrados en actitudes, esfuerzos y visiones más

humanistas y más coherentes con los predicados de la doctrina y el derecho constitucional e internacional, para abordar los problemas del Estado y tienen entre otros referentes, a John Locke, (1632- 1704).

Locke escribe su obra “Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil” y en el segundo de los tratados, distingue, igual que Montesquieu y otros clásicos, la función legislativa, la ejecutiva y una tercera, la de relación exterior o federativa que influye poderosamente en el desarrollo de la nueva filosofía política de Inglaterra y del resto de Europa; recuérdese que Locke vive en el siglo en que se desarrolla la llamada “revolución gloriosa” en Inglaterra, que dura todo ese siglo, y en su intención de superar los argumentos de Hobbes, para quien el absolutismo en el poder es la única forma racionalmente admisible, por el contrario, Locke se pronunció en el sentido de que “los hombres poseen una serie de derechos innatos e inviolables, inherentes a cada individuo, de los cuales no se despoja cuando se organiza el Estado. Uno de esos derechos es la propiedad privada y la sociedad como el gobierno deben procurar su seguridad y respeto, limitando así el poder de ambos”.

Señala como un defecto de la sociedad natural, que no tiene las instituciones adecuadas para esa protección ni las instancias a las que recurrir en caso de conflicto; en cambio, la nueva sociedad civil tendrá unos poderes: el legislativo y ejecutivo preparados para defender los derechos innatos y expresa: “El hombre, nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural. Tiene derecho entonces, a defenderlo de los ataques que vengan de los otros hombres; pero la sociedad no podría subsistir sin que pueda tener el poder necesario para la defensa de los derechos y menos pretender que cada uno de los hombres haga esa defensa. No cabe entonces otra cosa que la renuncia que cada uno haga de sus derechos y los transfiera a la sociedad en su conjunto. Los hombres que son capaces de realizar este pacto viven en la sociedad civil, tienen un derecho de apelar ante alguien; aquellos que no lo han realizado, siguen viviendo en el estado de naturaleza”.

Continúa: “Nadie puede ser arrancado de su propio estado de naturaleza, pero siendo que todos viven así, es necesario un pacto para crear un poder capaz de defenderlos y permitirles una vida cómoda, para esto es necesario que todos consientan en ese pacto. Cuando esto ocurre todos quedan conjuntados y han entrado a la sociedad política o civil, distinta a la sociedad natural. Su libertad quedará sometida a las leyes y la facultad de imponer castigos, se transfiere a una autoridad. Ésta se encargará de realizar el bien

común”. Locke, inmediatamente concluye que el poder formado se ejerce en tres direcciones: “el que hace la ley, o legislativo; el que la ejecuta, ejecutivo; y el que ejerce el derecho de hacer la guerra y la paz”. 10/.

También, como Hobbes, (vid supra, pág. 28), Locke tiene sus seguidores y lejos de disminuir o reducir su influencia en las sociedades contemporáneas, muchas constituciones se inspiran en sus reflexiones y especialmente en cuanto a la existencia de unos tres poderes para la protección de los derechos fundamentales. De modo que presentar la imagen de estos dos filósofos, responde a la necesidad de tener puntos de referencia de la fenomenología política, que la humanidad ha experimentado desde la formación del Estado, cualesquiera que sea la teoría, que de su origen sustentemos en nuestros planteamientos; sin embargo, es evidente que la sociedad y el Estado contemporáneos, con las excepciones conocidas, se decanta por el respeto a la libertad y a los derechos fundamentales de la persona, sin ningún tipo de opresión, caudillismo o mesianismo, que aparezca; responde a la idea de dar a la sociedad algunos paradigmas y tenerlos como referentes, para explicar lo que ha ocurrido y lo que puede ocurrir.

C. La Transformación del Orden Constitucional

Javier Pérez Royo afirma, según hemos anotado anteriormente, que “el fin de toda Constitución, es transformar un orden político en un orden jurídico”, y que para ello requiere de ciertas garantías o mecanismos que aseguren su cumplimiento y que coadyuven a lograr su principal objetivo: la supremacía constitucional; o sea, que lo político debe transformarse en una categoría jurídica y eso es posible por medio de la Constitución. 11/.

En iguales términos se ha expresado el constitucionalista argentino German Bidart Campos, para quien ningún acto político que se realiza dentro del Estado debe estar al margen de la Constitución, es decir, que los actos de poder deben pasar la prueba de la Constitución; en su opinión, son los mecanismos de defensa más importantes: “la reforma constitucional y el control constitucional, que no puede hacerse por estar a disposición incontrolada del legislador, debe haber un procedimiento agravado, el otro mecanismo según Pérez Royo, es el control de la constitucionalidad, como veremos”. 12/

El Estado Social y Democrático de Derecho, que hace descansar su propia eficacia de “última ratio”, en la vigencia y eficacia de los tribunales constitucionales, ya sea como control difuso (Estados Unidos de América)

o tribunales concentrados como Alemania, España, Portugal, Italia, o los sistemas mixtos de América Luso Hispana, temas que forman parte de este Ensayo, sin desprenderse de la idea de que como instrumento jurídico, encaja en una institución de poder, de máximo poder como es el Estado.

D. ¿Qué es el Estado de Derecho?

Hasta ahora hemos descrito la constitución, conforme las enseñanzas de la doctrina que la sustenta en la época actual, pero toda esta teoría debe encajar en un orden real, concreto que sea capaz de ejecutarla, de llevarla a la realidad, de distribuirla y compartirla con los ciudadanos, ese orden es el Estado de Derecho, garante de la normatividad y de la supremacía constitucional. Estado de derecho, en cualquiera de sus manifestaciones que se han conocido a través de la historia, es aquél en donde sus autoridades se rigen y están sometidas al Derecho, y que se aplica tanto en lo formal como en lo material. Se fundamenta en los principio de legalidad, de seguridad jurídica y debido proceso; está comprometido con la teoría y praxis de los derechos fundamentales y en el marco de una división de poderes, sus tres componentes básicos: “El poder bajo el imperio de la ley, al servicio de los derechos fundamentales con separación de poderes. En la división de poderes está la garantía de una organización del poder que actúa, en un marco de límites y competencias, con funcionarios responsables constitucionalmente”. 13/

El término Estado de Derecho tiene su origen en la doctrina alemana (Rechtsstaat); el primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl; en la tradición anglosajona el término más equivalente en términos conceptuales es el Rule of law, (resoluciones de los tribunales) o como lo afirma Ulrich Karpen, de la Universidad de Hamburgo: “su objetivo es la limitación y la contabilización de la dominación, la fijación de principios y legitimidad de las leyes, división de poderes y los principios de distribución y organización”, estos dos últimos son temas que desarrolla Carl Schmitt, en su Teoría de la Constitución.

Con mucha sencillez pero en forma precisa, Wolfgang Horn manifiesta que desde que la ciencia jurídica alemana incorporó este enunciado: (segunda mitad del siglo XIX), “la idea esencial en este concepto se traduce en la demanda de control jurídico y moderación política para el poder público, además del reclamo de garantías para la libertad personal” Idea que inmediatamente nos recuerda el determinante Art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa. 14/

Sobre este tema, García Pelayo afirma: “La noción del Estado de Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la Ilustración. Una vida tan larga implica que ha pasado por distintas etapas en función de modalidades del pensamiento jurídico y político de cada tiempo, si bien siempre ha considerado como uno de sus supuestos la existencia de una Constitución que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes”.

1. Estado de Derecho, según esta primera formulación de Kant y Humboldt, “es aquel Estado que no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación la formación de la ley, excluyendo por lo tanto, de su ámbito de acción toda actividad administrativa, salvo la beneficencia.” 15/.
2. La segunda etapa del desarrollo del Estado de Derecho se inicia en el segundo tercio del siglo XIX, mantiene la idea de que tanto el Estado como el Derecho se legitiman, por referencia a unos valores que los trascienden. Pero a diferencia de la etapa anterior, entiende que la ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO, “no sólo es un hecho que se impone por sí mismo, “no sólo es un hecho que se impone por sí mismo, sino también una exigencia axiológica que debe satisfacer el Estado, puesto que es una obligación de éste promover la realización de los fines humanos racionales” (prestaciones sociales).
3. La tercera etapa del desarrollo de la idea del Estado de Derecho y que se corresponde con su “identificación plena con el Estado legal de Derecho, tiene lugar a partir del XIX y constituye una proyección sobre nuestro tema del positivismo como un acto de voluntad del Parlamento”. 16/

Kelsen, sin embargo, considera que estado de derecho es una contradicción lógica, es impensable que pueda haber estado fuera del derecho: “Sólo la unidad del orden Totalitario, la persona del Estado Soberano, puede constituir el punto final de la imputación, (El Estado es el centro de imputación del orden jurídico) en función de la cual puede interpretarse una determinada conducta humana como acto de la comunidad. La unidad de los órdenes parciales, en especial, la unidad de ese orden parcial, constitutivo de la llamada persona física, no representa sino puntos provisionales, puntos de tránsito de la imputación, la cual aspira incesantemente hacia una unidad última definitiva”. 17/.

Kelsen, el ilustre jurista austríaco, en una posición que para algunos podría estar fuera de su teoría general, iguala al Estado Autocrático y al Democrático porque según él, ambos son Estado de Derecho porque “es el orden Jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quien debe mandar y quien obedecer, ante esta similitud de conceptos estamos en posibilidad de fundamentar que en sí, el orden jurídico de un Estado lo identifica con el mismo, como una cualidad intrínseca del Estado”.

Por lo tanto, Derecho y Estado son conceptos idénticos, sinónimos. El Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción, y es así coincidentemente con el Derecho. El Derecho positivo; (no la Justicia) es precisamente ese orden coactivo que es el Estado, no acepta la teoría de que “un estado despótico no está gobernado por el derecho, sino por la voluntad arbitraria del déspota” reafirmando que “Negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es sino una ingenuidad o una presunción iusnaturalista”. Así lo expresa Kelsen, de un modo sorprendente y contrario a la inmensa cantidad de autores, que sostienen que el Estado de Derecho es una categoría jurídica, contraria al Estado autoritario.

Bibliografía

- 1/ Hans Peter Schneider. Democracia y Constitución. Prólogo de Luis López Guerra. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, Pág. 42. Esta obra de Schneider, de origen alemán, es un recuento de elementos teóricos y jurisprudenciales de la República Federal de Alemania y es en este punto cuando expone el tema de los derechos fundamentales, abre una esperanza para los juristas del mundo, al reivindicar estos derechos no como simples dádivas del legislador, sino que deben regir la ley fundamental, como derecho fundamental directamente aplicable, es decir con eficacia normativa.
- 2/ Karl Löwenstein, Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, España 1983, Págs. 27 y 149.
La obra según su propio autor, en el prólogo a la edición inglesa, el producto de sus conferencias en la Universidad de Chicago, en 1956, destaca la nueva metodología empleada por él, al abordar en 1956, abordar la problemática político constitucional. ¿Cómo es ejercido el poder político, fundamento de todas las organizaciones políticas? ¿Está el poder concentrado en un detentador u órgano o está distribuido en varios detentadores u órganos? La respuesta es parte de la obra importante que ahora citamos y en línea con la tesis que venimos sustentando de la normativa de la Constitución.

- 3/ Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, Tercera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, Págs. 96 y sigs. Obra ampliamente conocida de este excelente profesor español, de la Universidad de Sevilla: “La Constitución trata de posibilitar la construcción jurídica de un orden político”.
- 4/ German Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, EDIAR 1985, Buenos Aires, Argentina. Págs.19 y 20, Vid. Rubén Hernández Valle, El Derecho de Constitución, Ed. Juriscentro, San José.
 - 4.1/ Manuel ARAGÓN REYES, Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 27.
- 5/ Francisco Rubio Llorente. La Forma del Poder, Centro de Estudios Constitucionales, Rumagraf, S.A. Madrid, España, 1997, Pág. 45.
- 6/ Löewenstein. Obra citada. Pág. 54.
- 7/ *Ibíd.* Pág. 73.
- 8/ *Ibíd.* Pág. 23.
- 9/ XIRAU, Ramón, Introducción a la Historia de la Filosofía, Editorial Universidad Autónoma de México, UNAM, México, 2007, pp. 258-en referencia a la obra de Hobbes, “Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil. Poder de una República Eclesiástica y Civil.” *Leviatán*. La obra de este autor está inspirada en la Biblia, el Libro de Job, especialmente en el Capítulo 41. Vid. “La Biblia de Pueblo”, Ediciones Mensajero S.A.U. II Edición, Bilbao, España, 2006, Pág.1635.
- 10/ John Locke, Ensayo sobre el Gobierno Civil, traducido por Lázaro Ros, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1969, Págs. 66, 73, 74. La obra de Locke, nace con el propósito de rebatir los argumentos de Filmer y en este segundo Ensayo (libro), la teoría de Hobbes, queda entre otros aportes, en que el hombre no pierde su individualidad en el contrato social, la resistencia a la opresión y ser un precursor de la teoría de los tres poderes.
- 11/ Pérez Royo, obra citada, Pág. 150.
- 12/ German Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. EDIAR 1885, Buenos Aires, Argentina. Págs. 22, 23 y 24.
- */ Las citas corresponden la obra “Constituciones de los Estados de la Unión Europea”, Edición a cargo de Francisco Rubio Llorente y otro, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1996.
- **/ Cita de German Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y. 33, ya relacionada, la de Argentina con las reformas.
- 13/ Vid. Entre otros. Georges Bourdeau, Instituciones Políticas y derecho constitucional; Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional.

- 14/ Ulrich Karpen. Profesor titular de derecho Constitucional de la Universidad de Hamburgo, obra citada, *Compilación de Josef Thesing*, Pág. 212, *Estado de Derecho y Democracia*. CIEDLA.
Vid. Wolfgang Horn, *Rasgos Básicos del Estado de derecho según la Ley Fundamental Alemana*, Profesor de la Universidad de Essen. CIEDLA, Obra citada.
- 15/ Manuel García Pelayo, *Obras Completas Vol. III*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid.
Brillante jurista español, presidente del Tribunal constitucional, conocido por muchas generaciones por su brillante obra *Derecho Constitucional Comparado*, 1961.
- 16/ *Ibíd.*
- 17/ Hans Kelsen. Jurista judío, nacido en Praga, pero de nacionalidad austríaca, profesor de Derecho en diferentes Universidades a lo largo de su vida. Vid. *Teoría General del Estado*. México D.F. 1949. El Estado es el ámbito de aplicación del derecho; es el derecho como actividad normativa.

Segunda parte

Historia

— TÍTULO II —

La Constitución Salvadoreña de 1983 Reformas de 1991. Su Evolución Histórica

Resumen

La Constitución de 1983, del Estado de El Salvador, en su forma y contenido debe de ser respetada y cumplida, pero también debe revisarse responsablemente sabiendo que las estructuras rígidas se despedazan, cuando más sólidas aparentan ser; la Constitución debe cumplir su misión de asegurar que la dinámica política, se desarrolle con un mínimo de garantías jurídicas, que promuevan y refuercen el cumplimiento de los derechos fundamentales, la democratización del poder y la mayor cohesión social. Las reformas de 1991, producto de los Acuerdos de Paz, mejoraron su forma y contenido, pero no lo suficiente. De esto trataremos en este trabajo.

Palabras clave: Contenido de la Constitución: Preámbulo, Principios, derechos, valores,

Capítulo Primero

Constitución y Reformas

Se ha sostenido con alguna dosis de verdad, pero no de un modo convincente, conforme con lo expresado por el Art. 1 de la Constitución salvadoreña, y en general por la mayoría de las Constituciones, por el puesto que ocupa la persona humana en ella, por el cambio de lugar que tienen los derechos fundamentales en general, y por la nueva ubicación de la estructura de poder en el texto de la misma, se ha sostenido decimos, que ese ordenamiento constituye un avance enorme en el desarrollo del derecho constitucional.

Es una afirmación exageradamente optimista o ingenua, pues lo que define el efecto normativo de la Constitución del Estado, no es el lugar en que se ordenen sus preceptos, sino en el hecho de que estos tengan concordancia con la realidad donde se aplican; es decir, cuando la Constitución tiene eficacia normativa directa o cuando la constitución formal, rige efectivamente la Constitución real, o para coincidir con Manuel Aragón Reyes, cuando de lo que hablamos es de una constitución normativa, democrática y real, o sea, si “la constitución sirve a las exigencias del presente y está diseñada de tal manera

que pueda durar para servir también, reacomodándose, reinterpretándose para las exigencias del futuro”, situación que todavía está muy lejos de ocurrir. 1/.

Es posible que algo trascendental haya ocurrido en el derecho constitucional salvadoreño, debemos reconocer que la Asamblea Constituyente de 1983 y las reformas de 1991, incoan un proceso de cambios en el ejercicio del poder, sientan las bases para iniciar el proceso de democratización, lo que no nos ha transformado en una democracia, ni al estado ni a los gobiernos; probablemente, el último gobierno sea más responsable y no obstante, todas las formas de crisis que le ha tocado afrontar, el ejercicio del poder lo realiza más conforme con la doctrina y el contexto constitucional; confirmar lo anterior es el objetivo de este Ensayo, pues la Constitución y sus reformas se orientan a proveer certidumbre y eficacia al sistema de garantías, para la protección de derechos fundamentales, en el que tal como veremos se introdujeron instituciones y cambios estratégicos, con los que se pretendía o esperaba tener efectos favorables en Derechos Humanos, Estado de derecho, en la institucionalidad y en el sistema democrático, etc., un cambio integral que supondría transformar la visión constitucional en el sentido, de que especialmente, a partir de las reformas y de los Acuerdos, toda interpretación se fundamentaría en el principio “pro homini” y no “pro stato”, como ha ocurrido con la visión transpersonalista del Estado, superada en gran medida, aunque no de modo irreversible; sin embargo, y al menos teóricamente, es mediante esa visión humanista que pone al hombre como principio y fin de la actividad del Estado.

Lo anterior, lamentablemente no ha servido para rescatar al ser humano de sus ancestrales condiciones de pobreza, incultura, marginación y explotación; al contrario, todavía se advierten posiciones, proyectos y propuestas que promueven modelos excluyentes, donde los beneficios económicos y el fomento al consumo desmesurado, estarían creando una cultura de mercado totalmente opuestos a la filosofía que se dice inspira a esta Constitución. Si esta fuera la filosofía y la dinámica, el derecho que se fundamente en esas tendencias no se encaminará a la paz y menos a solucionar los problemas de justicia, con el propósito de disminuir el conflicto social y después de dieciocho años de los Acuerdos de Paz y de las reformas constitucionales producidas como consecuencia, no habría cambiado la sustancia del Estado a partir de su propia Constitución, como suponía el optimismo político que arropó el fin del conflicto armado.

La Constitución del Estado de 1983, en su forma y contenido debe de ser respetada y cumplida, pero también debe revisarse responsablemente,

sabiendo que las estructuras rígidas se despedazan, cuando más sólidas aparentan ser; la Constitución debe cumplir su misión de asegurar que la dinámica política, se desarrolle con un mínimo de garantías jurídicas, que promuevan y refuercen el cumplimiento de los derechos fundamentales, la democratización del poder y la mayor cohesión social.

De este modo, la protección constitucional, es decir, su defensa, estaría sustentada en sus propias disposiciones, en su condición de norma suprema, en su eficacia normativa directa, en el, entendido de que la Constitución, si bien es un instrumento político, fundamentalmente es un instrumento jurídico. De esta característica aceptada por todos sus destinatarios dimana esa eficacia, que acerca a los seres humanos a una vida digna; todo lo demás han sido concesiones, imposiciones, decisionismo, autoritarismo y en el peor de los casos, totalitarismo.

¿Por qué hacer esta reflexión al principio de este trabajo? Creemos - insistimos en lo expresado al iniciar el Título Primero-, que es necesario hacerlo para identificar los fines, objetivos y propósitos de la Constitución y definida su teleología y su misión, abrir el rumbo que se necesita para la transformación nacional, a partir de la Constitución misma; verificar si la estructura política o sistema político es el estrado correcto para la forma de gobierno republicano, democrático y representativo, si no lo fuere, proceder a su modificación antes que la dinámica social termine arrasándolo. Muchos dudaron de que el conflicto social y político nacional tuviera en la paz el instrumento idóneo, para dar paso a la reforma constitucional y plantear un sistema político sostenido por los partidos políticos.

Después de veintisiete años de vigencia de la Constitución de 1983, es lo que debe ser revisado antes de que nuevas interpretaciones (como la sentencia de la Sala de lo Constitucional sobre candidaturas no partidarias) lo resquebrajen o los intereses y sus defensores, recurran a maniobras que provoquen la regresión.

Se afirma que los Acuerdos de Paz constituyen el esfuerzo más importante, después de la Independencia patria, para que la República se sustente en la democracia, en la paz y en la libertad; en efecto, los puntos y temas acordados por las partes en conflicto crearon expectativas favorables para ello. No obstante, la realidad existencial no corresponde en todo a ese optimismo, pero vale la pena considerar que el período de transición, acomodado por la burocracia partidaria para beneficio de sus propios intereses, en el año 2010, ha sufrido un cambio esencial, con la decisión de la Sala de lo

Constitucional, que sienta nueva doctrina sobre el voto libre y directo y sobre las candidaturas no partidarias, algo impensable que ocurriría, de tal manera que podemos afirmar que la decisión ha conmocionado a la sociedad entera y que crea expectativas superiores a las que se tuvieron en el 2009, con el cambio de gobierno, porque en nuestra opinión particular, se ha modificado la Constitución en puntos demasiado sensibles, tema que será abordado más adelante, dentro de las posibilidades de espacio.

La forma en que dicha sentencia será cumplida, tendrá repercusiones importantes en la vida del Estado, por lo que los intentos de detener el cambio propuesto por la Sala de lo Constitucional puede ser o cumplido o mediatizado; o a esta fecha, se esté cumpliendo o definitivamente se llegue a la conclusión, después de un análisis de derecho constitucional, que la sentencia o no puede aplicarse, o en su caso, los hechos detienen lo resuelto; esto no se puede definir al escribir estas líneas y sólo pueden adelantarse posibles escenarios.

El análisis riguroso de la interpretación que hace la Sala al apostarle al cambio, y si los apoyos reales en los que parece que se sustenta no cambian de postura ante el apareamiento de nuevos eventos en la dinámica social, tendríamos el escenario constitucional impulsado desde nuestro tribunal constitucional; de esto se tratará en las conclusiones de este trabajo. El esfuerzo que se haga en la Asamblea por los diputados de las distintas corrientes podría semejarse, al que en su momento hicieron las cortes españolas, cuando discutieron y aprobaron su propia Constitución, es decir, aceptar que “la Constitución es una fórmula de consenso y de compromiso, que es un pacto que orientó a los constituyentes, única forma para que la constitución se acepte y cuando se modifique, no sea violentándola, pues en tal caso no estaríamos en un acto modificador sino de ruptura” 2/.

Capítulo Segundo

Contenidos de la Constitución

A. Preámbulo

Cuando se promulga una nueva Constitución –y estamos hablando de una nueva-, cuando el texto que se adopta responde a la necesidad de un cambio normativo, axiológico, ideológico, etc., es decir cuando se produce un rompimiento con el modelo anterior, el nuevo documento constitucional

debe expresar la doctrina que inspira ese documento; esa sería la función del preámbulo como dice Fernández Segado, “el punto de referencia ilustrativo respecto al sistema que sustituye; el preámbulo subsume un conjunto de ideas (valores y principios) que se hayan plasmadas en el texto constitucional como normas dispositivas”. 3/.

Es una declaración abreviada de lo que queremos que el Estado y sus gobernantes hagan con las disposiciones, es un elemento valorativo, que servirá mucho en la interpretación constitucional especialmente el tribunal constitucional, en nuestro caso la Sala de lo Constitucional.

Decreto No 38

“Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados con el ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.

Decretamos, sancionamos y proclamamos, la siguiente Constitución”:

¿Qué quiso decir el Constituyente? Léase despacio, con suma atención y se podrá apreciar que las frases que la componen son de difícil inteligencia, probablemente porque se quiso iluminar desde ahí, la forma y el sustento filosófico que caracterizaría la nueva constitución.

B. Estructura Normativa

La Constitución tiene, como se dijo antes, una parte dogmática y una parte orgánica; la primera está relacionada con los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos, es la única razón válida para la organización del Estado; la parte orgánica, está a ese servicio, también única razón válida; entre mayor autoritarismo hay en el Estado, es decir, entre menos Estado de Derecho, la parte orgánica estaría definida en razón de la “gloria del Estado”. Actualmente, la antinomia es –en muchos Estados- más aparente que real, debido a que en las constituciones democráticas, la función de la parte orgánica es más bien mediadora entre los fines, bienes, derechos y valores que el Estado debe situar y proteger en beneficio de los ciudadanos.

Políticamente el principio descrito debe significar que la convivencia humana, además de social es política, por ello reclama el respeto a la dignidad de la persona humana, por ser componentes y requisitos de ésta, el ser espiritual e intelectual del hombre, las cosas inherentes a la ciencia y a la conciencia de cada quien, o sea, “la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”, (Sentencia de la Sala de lo Constitucional de 26-VIII-1998; Inc. 4-97) y sólo en el respeto fundado en los más variados atributos de la dignidad humana, es que se puede hablar válidamente de convivencia, pues sin esa interpretación, convivir equivaldría a vegetar, a obedecer, a callar, ajenos a la libertad, alejados de la contienda, resignados a la condición de súbditos, una forma sofisticada de esclavitud.

C. Inicio de la Constitución

En marzo de 1982 se eligió la Asamblea Constituyente, que formuló la Constitución y que además, resolvió la situación del Gobierno, al elegir como Presidente de la República al doctor Álvaro Magaña, destacado jurista, quien ejerció el cargo hasta el 31 de mayo de 1984. La Asamblea Constituyente, mediante el Decreto No. 38, de 15 de diciembre de 1983, aprobó la Constitución, publicada en el Diario Oficial al siguiente día 16 de diciembre y se determinó su vigencia para el día 20 del mismo mes y año.

D. Constitución Nueva o Constitución Reformada

El Derecho Constitucional reconoce que la modificación constitucional puede ser por vía de reforma o por vía de revisión; la reforma constitucional hace referencia a los cambios parciales o puntuales que se hacen al texto constitucional y que por lo general, se hacen mediante mecanismos o procedimientos establecidos en la misma Constitución, con procedimientos un tanto más complicados que los de las leyes secundarias. El Art. 248 de esta Constitución fijó ese mecanismo. El término revisión constitucional, está reservado para cambios en la estructura misma de la Constitución, ya sea para cambiar el sistema de gobierno o un nuevo giro que se diera en el tratamiento de los derechos fundamentales, o bien para un cambio total de la Constitución; tal es el caso de los Arts. 168 y 187 de la Constitución española y del mismo Art. 248 de la Constitución salvadoreña, pero ésta no señaló el procedimiento que se debe seguir en el caso de revisión o reforma de las cláusulas intangibles.

Al menos formalmente, en el caso salvadoreño, debe entenderse que al decretarse la constitución de 1983, se trata de una reforma total o cambio

de Constitución debido a que la anterior Constitución de 1962, promulgada por Decreto No.6 de fecha 8 de enero de 1962, publicada en el Diario Oficial No, 110, de fecha 16 del mismo mes y año y que fue adoptada por Decreto Constituyente No. 3, quedó derogada conforme el Art. 249 de la nueva Constitución; pero ésta es una cuestión formal, porque lo nuevo que puede apreciarse de la Constitución de 1983, no reúne los elementos necesarios para decir que hay una nueva Constitución; sin embargo, al ser promulgada así, como un nuevo texto constitucional, debe aceptarse como tal.

Un documento de investigación sobre esta materia realizado en la Universidad Centroamericana Doctor José Simeón Cañas, de El Salvador, dice: "Se quiere con la reforma, frenar la explosión social, y una vez frenada, que los detonantes que la originaron no vengan con una fuerza mayor a colapsar la estructura estatal. Recordemos en este punto algunos señalamientos que presentaban a la Constitución de 1983, como una Constitución de guerra." 4/; en efecto, la Constitución de 1983, muy luego requirió ser reformada por no haber incorporado condiciones o mecanismos que permitieran los reajustes propios de una estructura social muy dinámica, o sea, que la Constitución de 1983, más que una nueva constitución es la Constitución de 1962, reformada. De las reformas que se introdujeron en 1991, como aporte por la inminente realización de los Acuerdos de Paz, debe hacerse un exhaustivo análisis.

En El Salvador, la Constitución de 1983 y especialmente después de las reformas de 1991/92 y el incipiente desarrollo político, orientado a la democracia, nos permiten pensar que asistimos al inicio de un proceso que con sus luces y sombras, puede significar el impulso más relevante, con potencial aceptable, por el cual la Constitución podría y debería convertirse en el eje alrededor del cual gire la actividad política, social, económica y jurídica del Estado salvadoreño; para ello, será necesario iniciar y desarrollar nuestra propia cultura constitucional, de la que hemos carecido. El Estado y sus constituciones, no han superado la hegemonía de las élites y de las cúpulas, ya sea económicas, sociales, políticas u otras, que no adelantan un proyecto realmente participativo de la sociedad, el progreso y desarrollo para su eficaz desempeño, que dé lugar a un teórico Estado liberal de derecho o el modelo intervencionista sucesorio.

Dicho lo anterior, no se puede ignorar el avance teórico doctrinario del constitucionalismo salvadoreño, en materia de derechos fundamentales. La

Constitución ha incorporado los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad de las comunicaciones, para ponerse en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Interamericano de Derechos Humanos (Pacto de San José).

En materia de derechos sociales se mantiene el catálogo de derechos establecidos en las anteriores constituciones; aunque el desarrollo de éste es muy precario, dado que su eficacia corresponde a obligaciones por hacer de parte del estado, que no ha podido o querido diseñar el modo de desarrollo, que le permita llevar a la realidad lo dispuesto constitucionalmente.

Esta hipótesis requiere además, que la Constitución sea un instrumento respetable y prestigioso, que estimule a gobernantes y gobernados a procurar su cumplimiento; como Constitución normativa debe contener los mecanismos que garanticen su eficacia y observancia, un sistema de protección para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lo que es más importante, que logre el desarrollo y la evolución de sus propias disposiciones.

Nuestra constitución tiene algunos de estas disposiciones; no obstante, los detentadores del poder, todavía no tienen el conocimiento y la capacidad de comprensión suficiente, para generar un sentimiento y compromiso de respeto a la Constitución; por el contrario, lo que se advierte son precisamente prácticas contrarias a ella, como ha podido verse durante los más de veinticinco años de su vigencia. Aunque está consagrado el principio de Supremacía (Art. 246), concepto necesario para hablar de defensa constitucional, todavía no existe como idea esencial entre sus destinatarios. Esto sería labor de una amplia cultura constitucional, de la cual por ahora no disponemos y a la que este Ensayo, aunque sea en mínima parte pretende abonar.

Capítulo Tercero

Contenido Axiológico de la Constitución

A. Preámbulo de la Constitución

Entre otras cosas, la Constitución expresa su “deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana”, ideal que debe interpretarse como la respuesta al

examen, de que hasta entonces, la convivencia no se había lograda plenamente porque faltó el respeto a la persona humana; o sea, que el ideal expresado no es una mera fórmula o cláusula declarativa, sino que es una conclusión extraída de la realidad social e histórica y que veinticinco años después de su reconocimiento, todavía quedan resistencias palpables, con poder de influencia, para hacer difícil el propósito del Constituyente.

Es importante tener un preámbulo en la Constitución, en él se describe “la fórmula promulgadora, indica la sede del poder constituyente y a veces refleja su definición ideológica; excepcionalmente como la Constitución francesa, incluye declaración de derechos, discutiéndose si es derecho positivo aplicable o si es un conjunto de afirmaciones políticas, incluso retóricas que solo posee valor interpretativo de la parte estrictamente dispositiva “. 5/

B. Finalidad de la Constitución

El constitucionalismo occidental actual, que incluye Europa y algunos países americanos, rechaza que las constituciones sean cartas otorgadas por las élites de poder o pactos entre el rey y el pueblo. Los Estados Unidos de América y Francia en su momento, plasmaron en sus documentos constitucionales que las constituciones las dan los pueblos, tal como lo dice el Art.1 de la Constitución norteamericana y la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa, que en su Art. 16, afirma que “donde no hay respeto a los derechos fundamentales ni división de poderes se carece de constitución”, dogma indispensable para toda Constitución democrática y de derecho.

Como afirma García de Enterría, lamentablemente esta idea fundamental de Constitución , sufrió “el embate de la derecha y de la izquierda; de la primera, resultaron las monarquías posteriores a Napoleón Bonaparte, que intentaron restaurar los pactos entre la corona y el pueblo o las cartas otorgadas por la monarquía; de parte de la izquierda, el pensamiento de Ferdinando Lassalle, entre otros, para quien la Constitución tiene dos formas de expresión, la formal y la material; ésta, se conforma por los factores reales de poder y la formal es la simple “hoja de papel”. Esto impregnó todo el pensamiento de la izquierda que consideró que las constituciones y el derecho, no son sino los mandatos de la clase dominante. 6/

“Cualquier Estado se determina por su base económica y social. Si la sociedad se apoya en la propiedad privada, en la explotación de los pobres por los ricos, este Estado se convierte inevitablemente, en un instrumento

de la minoría para consolidar su posición dominante”.^{7/} Este concepto de inspiración marxista reitera la tesis materialista, de que el Estado es un instrumento de clase; niega la tesis contractualista dominante en occidente, que sostiene la idea de un contrato social que sustituye la sociedad natural; sin embargo, los marxistas no niegan que el estado sea un instrumento de poder, solamente objetan la tesis contractual en cuanto al origen y los fines del Estado. ^{8/}

En el llamado “eclipse del derecho constitucional” en el siglo pasado, especialmente en el período de entreguerras y antes de las Constituciones de Alemania y España, durante el período franquista, se ha advertido la minusvalía de la Constitución, pues autores como Carl Schmitt, en su crítica al sistema parlamentario, que privilegió la decisión sobre la discusión, la orden por el debate, y a lo que él denominó peyorativamente el Estado burgués de derecho, por una parte, y por otra, el reduccionismo, que se produce especialmente en Francia, con Duverger, que cambió la ciencia del derecho constitucional por el derecho de las ciencias políticas, que indica la crisis por la que ha tenido que pasar el concepto de Constitución y el derecho constitucional en la forma apuntada, hasta lograr en el momento actual, su ubicación como ciencia normativa y la Constitución, con eficacia normativa directa, vinculante para todos los ciudadanos y los poderes públicos.

Mauricio Duverger afirma que el derecho constitucional, es cada vez menos el derecho de la Constitución, para convertirse en el derecho de las instituciones políticas. “El Derecho constitucional, es la parte del derecho que regula las instituciones políticas del Estado; su estudio se dirige a estudiar esas instituciones desde el punto de vista jurídico; es conocido que las normas institucionales al sistematizarse y estructurarse en una Constitución, sólo que dejaron su carácter disperso y no todas llegaron a ser constitución; es más, algunos países no estructuraron un solo cuerpo que se llame Constitución, tal es el caso de Inglaterra, pero tienen derecho constitucional.” ^{9/}

De igual manera, Carl Schmitt, en su crítica a la Constitución de Weimar, ha afirmado que la Constitución es la “Concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto estado. (Primera significación). Si ésta se convierte en una manera especial de ordenación, si se refiere al modo especial de supra y subordinación, se refiere al modelo de gobierno: monarquía, aristocracia, democracia. (Segunda significación). Constitución es el principio del devenir dinámico de la unidad política.

(Tercera significación). La Constitución es un sistema de normas, un simple deber ser. (Cuarta significación)” 10/.

En cuanto a las formas de control y a partir de la Constitución, este autor, es sumamente escéptico y plantea, como lo hizo Cicerón, (De, officiis I-10-33) en su momento, de que “Summun ius summum injuriae”, o sea mucho derecho, mucha injusticia y en cuanto a los tribunales constitucionales, de que “no podrán judicializar la política y al contrario van a politizar la justicia.” Como puede advertirse, el elemento político de la Constitución prevalece en estos autores; adviértase que en Schmitt, el elemento normativo aparece como una forma de entender la Constitución, pero sólo en cuanto se agrega a una cosa con existencia concreta, pues una simple norma válida no puede ser soberana; estos autores no consideran la Constitución y el derecho constitucional, como instrumentos jurídicos, autónomos, con métodos, fines y objetivos propios; es decir, que no son instrumentos definitorios de la política, de la ciencia política o de la teoría del estado; no obstante las constituciones actuales tienen una función normativa, son esencialmente ciencia jurídica, la más elevada y suprema de las ciencias jurídicas, esta es la tendencia, el propósito y el valor.

Durante mucho tiempo dice, García de Enterría, “las constituciones definieron lo que no eran, dejaron de ser entendidas como normas y como creaciones del pueblo, no tenían contenidos determinados y dejaron de ser invocadas en los tribunales, pues su carácter normativo no era considerado; se concibieron como unidades del ordenamiento político, o el derecho de las instituciones o la situación de conjunto de la unidad política. Esto principalmente ocurre, después de la restauración de las monarquías en el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX.” 11/.

“El Pueblo decide: 1º. Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función. 2º. Pero a la vez, en esa estructura ha de participar predominantemente, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas de poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). El poder ha de aparecer más bien como una construcción de la sociedad o del pueblo, en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca, ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento”. 12/

En El Salvador, un exacerbado deseo de control del poder por élites dominantes ha otorgado innecesaria e inmerecidamente a los partidos políticos, la función de ser “el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo”, en el marco de la democracia representativa, lo cual es una miseria política, que secuestra e impide la verdadera participación del pueblo en la toma de decisiones, circunstancia agravada porque esta aberración está consignada como cláusula pétrea, que por de pronto es inamovible. ¡Un peligro para la estabilidad social y política del Estado!

La sentencia de la Sala de lo Constitucional, que avala las candidaturas no partidarias, introduce un cambio al incluir a los ciudadanos a la par de los partidos. Un análisis de esta sentencia, sobre su validez, efectos y alcances, disiparía la confusión que se advierte en distintos sectores, aunque el beneplácito por su contenido es innegable, pero no es conveniente resolver los conflictos constitucionales, por los impactos que causan en función de lo agradable y lo desagradable, sino lo que corresponde en el marco de la supremacía constitucional.

En el momento actual, la Constitución como instrumento jurídico debe aplicarse con gran sentido de responsabilidad, debe “de expresar, precisamente el principio de autodeterminación política comunitaria, que es el presupuesto originario y no derivado de Constitución, así como el principio de la limitación del poder, ambos esenciales, con la matización de la división de poderes como técnica necesaria para su limitación.” 13/

La Constitución, dice Manuel Aragón Reyes, “ha pretendido siempre ser la encarnación de una determinada racionalidad. El establecimiento de una Constitución, no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de estado congruente con ese orden que se considera modélico o al menos preferible... por ello es que son impropias las expresiones como constitución real o constitución sociológica, con las que se pretende evidenciar distanciamientos entre realidades socio-políticas y la Constitución, olvidando, que una pretensión de ésta es legitimar esas realidades.” 14/

Es obvio que éstas y las siguientes categorías relacionadas en la Constitución, con carácter normativo, deben sustentarse en los datos sociológicos y económicos que las hagan necesarias y lógicamente admisibles, o sea, que los destinatarios del sistema normativo “consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica;

conforme a eso se define también la relación de principio entre el derecho y la economía”.15/

Esta es la contradicción que se advierte en una sociedad como la salvadoreña, en la cual el sistema de oligarquías autoritarias que han prevalecido, no tienen interés en que esa correlación se produzca y legislan al margen de ello, es por tal razón, el derecho constitucional - pues las otras formas de derecho no lo perciben todavía-, debe investigar “el recto sentido de sus preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, demarcado de alguna manera; debe investigar las situaciones de hecho subsumidas en esos preceptos y el modo de subsumisión”. 16/

C. Arquitectura de la Constitución

Se conoce con este nombre, el conjunto de elementos necesarios para elaborar, formular o construir un documento constitucional; son aquellos componentes que no pueden faltar. Se conoce con este nombre, el conjunto de elementos necesarios para elaborar, formular o construir un documento constitucional; son aquellos componentes que no pueden faltar y si de hecho llegaren a hacerlo, el documento deviene en otra cosa, que no es Constitución. Estos elementos son:

D. Los Presupuestos Constitucionales

Son aquellos elementos imprescindibles en el inicio del documento; nadie que se precie de Estadista puede iniciar su propuesta o ejercicio constitucional si no tiene presente que la base de toda la arquitectura, la conforman el estado de Libertad y la condición de Igualdad: sobre ambos conceptos hay enormes consideraciones en libros, documentos, historia, bibliotecas y otros.

E. Los Valores Constitucionales

Los valores son esencias emocionales puras, “que conservan independencia de los objetos que acompañan”, en tal sentido, los valores son cualidades irreales agregadas a los objetos reales, físicos o psicológicos; la belleza de un cuadro, un acto valiente, la sentencia injusta, el acto bueno, etc., se presentan como valores positivos o negativos o antivalores; Scheler, citado por Fernández, dice que “los valores son esencias no unidas a significaciones, son ilógicas, irracionales, son extratemporales y tienen carácter apriorístico” 17/

“Los valores llenan una triple función: a) constituyen la meta ideal a que aspira todo lo jurídico, b) son el término obligado de comparación de todos los juicios valorativos que se formulan en la esfera jurídica y c) representan una protección ontológica de los objetos jurídicos, en la medida que estos realizan aquellas ideas arqueotipadas”. 18/

Cuando hablamos de los valores constitucionales y siguiendo esta corriente de pensamiento, nos referimos al bien común, la seguridad jurídica, a la justicia, que son los valores enunciados por nuestra Constitución; estaríamos por descubrir otros valores que no aparecen expresamente, pero que se encuentran en el contexto de ella misma, tales son la verdad, (Art. 55, conocer la realidad), la paz (Art. 168, 3º) y la dignidad (preámbulo) y que tienen mucho que ver con el tema que tratamos.

F. Los Principios Constitucionales

Toda disciplina que se refiere a cuestiones sociales tiene unos principios que le sirven de marco filosófico; el derecho constitucional tiene sus principios autónomos y otros le llegan de disciplinas afines. A riesgo de no ser muy exacto “los principios serían los fundamentos y el marco filosófico de un texto constitucional; las ideas sobre las que se basa la organización política del Estado, son las ideas básicas sobre las que se articulan las instituciones y que vienen a constituir el alma, el espíritu de éstas; se refieren a la validez del contenido y al sustento de la norma constitucional cuya pretensión esencial es el control del poder”. 19/

G. Los Derechos Fundamentales

“Los derechos de los ciudadanos son fundamentales no sólo porque sin ellos, no serían ciudadanos, es decir hombres libres, ni el pueblo soberano, es decir pueblo libre, sino además porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es en la propia Constitución. La consecuencia de ello es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales, su aplicación directa por los jueces y la inaplicación de la ley o el acto de los poderes públicos que los vulneren”. 20/

Una definición muy completa, en la que se destaca la libertad como presupuesto de todo orden constitucional, tanto en relación con los ciudadanos como con el titular del poder. El reconocimiento de los mismos en la Constitución, con eficacia normativa directa y con mecanismos de defensa constitucional, en caso de vulneración de parte del poder público. Cabe

agregar además, que los derechos fundamentales ya ni se predicán únicamente en favor de los ciudadanos de un estado, sino que de toda persona, es ésta la destinataria de la razón de ser y el fin de la consagración de estos derechos en la Constitución democrática.

En la misma línea, pero en un enfoque más cercano al clasicismo contractualista, Carl Schmitt, dice que “son derechos fundamentales aquellos que pueden hacerse valer como anteriores y superiores al Estado; aquellos que el Estado, no es que otorgue conforme a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, no son bienes jurídicos sino esferas de libertad”, de raigambre liberal y principio de derecho natural; el anterior concepto impregnó muchas constituciones de corte liberal, incluidas algunas en nuestro país que reconocían derechos anteriores y superiores al derecho positivo; (vid. Constitución salvadoreña de 1886): “no son derechos que el Estado reconoce y protege conforme a sus leyes, sino derechos que son anteriores a él; no son según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de libertad de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa” 21/.

Con mucha propiedad la destacada jurista salvadoreña, Ivette Cardona, afirma: “Los derechos individuales contemplan un derecho general de libertad que requiere una no intromisión en su esfera de protección individual, por lo que, su satisfacción estriba en una abstención de incidencia en su ámbito vital; los derechos sociales son calificados como derechos de prestación, se caracterizan por la realización de ciertas acciones positivas o actividades que potencian su satisfacción exigibles por antonomasia al poder público, a través de las políticas o instrumentos necesarios que viabilicen su cumplimiento, v.g. El derecho a la salud exige la existencia de centros de asistencia médica”. 22/.

No hay duda que Schmitt hace esta referencia con énfasis en los derechos fundamentales, pero en su ámbito de libertad, aplicándole su propio principio de distribución, en el sentido de que tales derechos “corresponden a la amplia esfera de libertad del individuo, se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada, mensurable y controlable, en principio”. 23/.

Bibliografía

- 1/ Manuel Aragón Reyes, Estudios de Derecho Constitucional, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, Pág. 60.
- 2/ *Ibíd.* Pág. 67.
- 3/ Francisco Fernández Segado, El Sistema Constitucional Español, Ed Dickinson , Madrid, España, 1997.
- 4/ Documentos y material de apoyo de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
- 5/ Paul Lucas Verdú, Curso de Derecho Político Vol. II Editorial Tecnos Madrid, España, 3ª edic. 1976, Pág. 429.
- 6/ Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial. Civitas, S.A., 1994, Tercera reimpresión, Pág. 42. La crítica de Enterría a las posiciones marxistas, se extiende hasta la consideración de que los supuestos beneficios de las utopías socialistas, no sólo no han resuelto los problemas sociales sino que han terminado por suprimir las libertades individuales.
- 7/ G. Belov. ¿Qué es el Estado? Editorial Progreso, Moscú. 1987. Pág. 20. Traducción del ruso por Aurelio Villa y redacción literaria de José Antonio Vergel.-Es una pequeña obra de inspiración de José Antonio Vergel, marxista leninista, del origen del Estado, que hace la teoría contractualista es un engaño.
- 8/ Obra y autor citados. Págs. 5 a 7.
- 9/ Mauricio Duverger, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, con prólogo de Paul Lucas Verdú, Editorial Ariel, Barcelona, 1978. Pág. 24. Duverger, es profesor de la Sorbona Universidad de París. La obra es una combinación de ciencia política y derecho constitucional, de ahí su intención de explicar éste, a través de las instituciones políticas, lo cual se ha considerado como una desustancialización de la ciencia constitucional, especialmente de la teoría actualmente predominante de la eficacia normativa directa de la Constitución. La discrepancia, en ningún momento significa una devaluación de la obra de este importante autor. Por otro lado, es altamente pedagógica la forma en que su obra está diseñada.
- 10/ Carl Schmitt. Teoría de la Constitución. Alianza Editorial, Madrid, España, 1983, presentación de Francisco Ayala págs. 30, 31, 32,33. La obra de Schmitt es controversial, el hecho de haber sido escrita entre guerras y considerar en ella que ninguna ley vale por sí misma sino por la decisión política que la respalda, cuando nace de un poder constituyente que es fuerza y voluntad política que la origina; así como por haber sido sustentada

previo a la 2ª. Guerra mundial, abre una gama de opiniones en pro y en contra, lo que no le resta calidad política y jurídica. Vid. Epílogo de la obra, por Manuel García Pelayo y Alonso.

- 11/ García de Enterría. Obra citada. Pág. 42.
- 12/ *Ibíd.* Pág. 45.
- 13/ *Ibíd.* Pág. 45.
- 14/ Manuel Aragón Reyes. Estudios de Derecho Constitucional. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España. 1998. Págs. 86 y 87.
- 15/ Max Weber, Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, segunda edición en español, 1964, Pág. 251.
- 16/ *Ibíd.*
- 17/ Julio Fausto Fernández, Los Valores y el Derecho, Ensayos, Tomo II, Pág. 47, Colección publicada por la Corte Suprema de Justicia, en homenaje a su autor, 27 de septiembre de 2002.
- 18/ Julio Fausto Fernández, Ensayo Constitucional, Colección citada de la Corte Suprema de Justicia.
- 19/ Francisco Rubio Llorente. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1995, Prólogo XIII, XIV y XV.
- 20/ Manuel Aragón Reyes, obra citada, Pág. 148.
- 21/ Carl Schmitt, Obra citada, Pág. 169.
- 22/ Ivette Cardona Amaya, La Figura del Amparo Constitucional en España y El Salvador, publicada por la Corte Suprema de Justicia, 2009, Pág. 336.
- 23/ Carl Schmitt, obra citada.

— TÍTULO III —

Evolución del Constitucionalismo en El Salvador Referencia Histórica. El siglo XIX

“Lo esencial del hombre es que es puente, no fin” Nietzsche.

Resumen

Así es también la historia, el puente indefinido que une las generaciones, los hombres y las almas, a veces para crear, otras para destruir y otras para unir los fragmentos de la humanidad que son las comunidades, las sociedades, los Estados. En ese constante fluir de acciones, de errores y de triunfos los seres humanos, somos protagonistas y artesanos de la parte del puente que nos toca construir, en el brevísimo tiempo que vivimos: somos parte del puente que tendieron nuestros antecesores y en el paso, encontramos, amalgamados, los sedimentos del bien y del mal de que estamos hechos; ¿Debemos cambiar a Nietzsche, por Kant y moldear una nueva patria, en la “que el hombre sea un fin y no un medio”? .- Quizá sí, quizá no; en la historia, a veces somos fines, otras veces, somos puentes, o las dos cosas.

Palabras clave: Independencia, próceres, criollos, primer grito, Acta de Independencia.

Capítulo Primero

Antecedentes de la Independencia

A. Introducción

En nuestro país se ha llegado al consenso, como un concepto nacional de trabajo, que lo que ocurre en el momento que vivimos, ya sea en lo social, político, económico, cultural, etc., sea positivo o negativo, favorable o desfavorable, etc., es parte de un proceso, de nuestro proceso; es una visión optimista a pesar de la corta y moderada evolución alcanzada en todos los campos; nada está aislado de ese proceso, de tal manera que con optimismo esperanzador, lo que vemos o sentimos, lo que nos alegra o nos daña, afirmamos que es parte del proceso; todos sabemos quién es el gestor de esa actitud.

La cuestión política y su elemento normativo, la Constitución, no están fuera de esa lógica, en tal sentido, se puede afirmar que nuestro grado de desarrollo en esa materia, es el estado actual del proceso. En esa línea debemos proyectar este análisis, partiendo de nuestra independencia, hasta el momento en que desde la Constitución misma, se lanza una señal dramática de parte de sus máximos intérpretes: los magistrados de la Sala de lo Constitucional: dos puntos de referencia que se unen no como el trazo de la línea recta, sino como las manos que se tocan a pesar de las angustias, sufrimientos, retrocesos y fracasos.

“Los países independientes que hoy se conocen genéricamente como América Latina, fueron colonias de dos grandes imperios: el español y el portugués, si bien con características y modalidades distintas. Esto se inició en el siglo XV con el descubrimiento de América, por parte de Cristóbal Colón en 1492, que hoy los estudiosos prefieren recordar como “encuentro de dos mundos” (ya que valdría la pena preguntar quién descubrió a quién). Pero con motivo de la invasión napoleónica a la península ibérica en 1808, se sucedieron una serie de hechos políticos, que repercutieron en las colonias hispanoamericanas, lo cual precipitó la independencia política de todos ellos, lo que se dio entre 1810 y 1824, quedaron sólo dependientes de la Corona española las islas de Cuba y Puerto Rico, y así fue hasta 1898”.

“Pues bien, las dos grandes influencias que tuvieron los jóvenes países independizados en Hispanoamérica fueron la francesa y la norteamericana. La francesa influenció mucho en el aspecto político, y sobre todo, en lo concerniente a los Derechos del Hombre, así como en la literatura de la época, en especial, los textos de la Ilustración. Y Estados Unidos era un ejemplo muy cercano y modélico y en cierto sentido, afín a los nuevos países, pues se había liberado de la tutela de un gran imperio, como era el inglés. De este ejemplo llegó, sobre todo, la forma presidencial de gobierno, así como el modelo federal, que muchos adoptaron en el siglo XIX, y que aun hoy mantienen los países más extensos y poblados (que son México, Venezuela, Brasil y Argentina)”. 1/

B. Los Protagonistas

Aquella señal, probablemente fue vista hace ya casi doscientos años, cuando los próceres de la independencia hicieron sus propias manifestaciones, también dramáticas para iniciar el proceso, del cual existencialmente somos parte. El trabajo de los próceres de la independencia centroamericana, especialmente de los salvadoreños que en ella intervinieron, ha tenido

diversas interpretaciones y sus más reconocidas figuras han sido acusadas de pertenencia a “altas clases”, o “criollos con sus intereses”, “defensores de sus negocios o fincas”, como las que se mencionan de Delgado y Arce y otros. Este trabajo no es un ensayo de depuración histórica o de defensa de los principales actores de aquellos acontecimientos, pero sí, intenta ubicar la actividad de los próceres en el contexto de la objetividad más razonable, a partir de los documentos y de las investigaciones que se han encontrado para evitar los sesgos ideológicos en que algunos comentaristas incurrían.

Según Cardenal, “Al proclamar la independencia, los criollos pretendían gozar de las ventajas y los privilegios económicos y sociales sin la molesta presencia de los representantes de la monarquía española; en otras palabras, se apoderaron de la independencia para defender sus intereses, sólo después se habló de libertad, república y democracia, conceptos que les sirvieron para encubrir sus verdaderos intereses. En todo caso. La libertad que buscaban era aquella que les permitiera obtener las ventajas económicas, sociales y políticas de la nueva república, sin ninguna interferencia o restricción. Estos criollos comprometieron la independencia no por ignorancia política, sino porque sabían muy bien el significado liberal de la república”. 1a/

No obstante, el hecho de ser propietarios, criollos con recursos propios o al servicio de la “familia criolla” o de los “nobletes”, o el hecho de ser académicos, no debería ser un estigma que descalifique las acciones políticas que ellos realizaron; con todo y que hay comentaristas muy respetables, pero nos parece muy simplista desvalorizar el movimiento separatista, por la posición social o económica que en ese momento tenían sus protagonistas, quienes por lo demás, según comenta Domínguez Sosa, al contrario, puede advertirse que “Arce, muere casi en la pobreza y que Delgado y los hermanos Aguilar, se vieron obligados a seguir estudios académicos para sobrevivir”. Los criollos ocupan un escalón debajo de los nobletes, estos de la nobleza criolla terrateniente, controlaban el poder económico “pues eran latifundistas y además monopolizaban el comercio exterior, eran los prestamistas del istmo, pues eran los únicos que poseían capitales, al residir en la capital del reino, tuvieron gran influencia en el control de las autoridades; los criollos en escala menor gozaban de privilegios similares”. 2/

C. La Memoria de la Patria Centroamericana

Hasta el 15 de septiembre de 1821, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Costa Rica formaban parte del antiguo reino de Guatemala,

que comprendía también el Estado de Chiapas, que ahora es parte de la federación mexicana. Para entender la conformación republicana del Estado de El Salvador, es necesario hacer alguna referencia, aunque breve, de los acontecimientos históricos, económicos, religiosos, etc., que precedieron primero la de la república centroamericana y después, el establecimiento de nuestro Estado.

D. Inicio del Proceso

Los historiadores han investigado que la independencia de los países centroamericanos y en consecuencia, su separación de España está precedida de una serie de acontecimientos que debilitaron el reino español, disminuyendo su capacidad de dominación en las regiones de ultramar, lo cual favoreció condiciones para la separación o independencia de éstas.

Los criollos, o sea, los españoles nacidos en América y sus seguidores resentían el trato que recibían de las autoridades de la monarquía española; conocían de las nuevas ideas, los ideales de libertad, igualdad y fraternidad de la revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos y las declaraciones de derechos, que se produjeron durante la revolución inglesa, los tres acontecimientos que dejarían su impronta en la lucha de las colonias españolas, lo que dio impulso a sus ansias libertarias. Según el historiador Carlos Meléndez, los criollos aparecen como clase dominante en el proceso quienes consideraron que era “necesario modificar radicalmente las condiciones políticas y económicas a que estaban sometidos y que se oponían a su desenvolvimiento en todo terreno”. 3/

En los primeros años del siglo XIX, se empezaron a gestar movimientos insurreccionales en Centroamérica y el resto del continente. En El Salvador, el 5 de noviembre de 1811 el padre Dr. José Matías Delgado, llamó a la insurrección, un movimiento que fracasó; sin embargo, se considera como “el primer grito de independencia”, (vid. Infra: D) que precedió a otros intentos y al formalmente definitivo del 15 de septiembre de 1821.

E. Causas Externas e Internas de la Independencia

El tratamiento político desigual entre peninsulares y criollos, el descuido de los gobiernos coloniales en relación con los habitantes, lo que produjo la natural aversión hacia las autoridades, el desgaste de éstas y su impopularidad creciente, pues el reino español no empleaba criollos conocidos para que dirigieran el gobierno de las colonias y prefería enviar desde España, a

funcionarios que desconocían las necesidades de las colonias, algo similar a lo que ocurrió entre Estados Unidos e Inglaterra. Los criollos reclamaban iguales derechos y los indios hacían lo mismo, resentidos por los fuertes impuestos que pagaban; exigían que la iglesia no debía ligarse al gobierno, que los Estados debían gobernarse por una Constitución y se proclama el principio de la división de poderes; estas razones se han considerado como causas internas que favorecieron la independencia.

En cuanto a las causas externas, se ha considerado que los ejemplos de los tres movimientos libertarios relacionados anteriormente, las ideas surgidas en Europa y Estados Unidos de América, que pregonaban la libertad y el principio de que todos los seres humanos son iguales ante la ley; la invasión napoleónica de España en el año 1808, debilitó a la monarquía española, que favoreció los movimientos libertarios en América. No es posible ni conveniente generalizar estas clasificaciones, porque se trata de cuestiones relativas, lo que para unos pueden ser causas internas, para otros no, lo que debe advertirse es que hay una combinación de factores que no pueden verse como influencias separadas.

F. Factores Económicos

El tema económico es crucial en todos los movimientos sociales, lo fue en la época del rey “Juan sin Tierra”, cuando los Barones ingleses le reclamaron el exceso de los tributos, lo obligaron a que los tuviera como representantes de ellos mismos; es decir, que se autonombraron como tales y el rey los tuvo que aceptar; lo fue en el caso de la revolución francesa y en la independencia de los Estados Unidos. Si algo unifica las posiciones más encontradas es cuando se afectan sus intereses económicos; de tal manera, que Centroamérica, no puede ser la excepción.

Los tratados celebrados entre España y Francia llevaron a España a declararle la guerra a Inglaterra en 1796, y ésta, interrumpió el comercio internacional. Entre 1798 y 1802 la cosecha de añil en El Salvador quedó embodegada, por lo cual durante cuatro años no existió ningún tipo de pago de esas exportaciones. Inglaterra, por su parte, para dañar económicamente al Imperio Español, patrocinó ataques de corsarios a la península ibérica y sus colonias. El Rey Carlos IV buscó apoyo económico en las colonias, para financiar las guerras en Europa, por lo cual implementó dos medidas: las “contribuciones patrióticas” y la consolidación de deudas de la Iglesia Católica.

La familia de los Aycinena terminó siendo propietaria de grandes haciendas en Guatemala y en territorios de la Intendencia de San Salvador, “dominando el comercio del añil y al final del siglo XVIII, llegó a contactar con familias de Lima, México, Cádiz, Jamaica y Londres; su máximo poder lo alcanzó al comprar el título de Marqués (Fernando) de Aycinena. Al concluir el siglo XVIII, la Casa de Aycinena controlaba un décimo de todo el añil de la Audiencia y en el siglo XIX, un sexto; los nuevos capitalistas se unieron al capital santiagueño en Guatemala, que luego se traslada a El Salvador creando condiciones de antipatía hacia lo español y europeo, pero ese hecho fue inevitable y los inmigrantes siguieron llegando y adquiriendo más poder, factor que posteriormente incidirá en las guerras post independencia. Los Aycinena, compraron grandes haciendas en San Miguel, incrementando su poder económico, que les sirvió durante la independencia y posteriormente, para influir en la anexión al imperio de Iturbide y en la República Federal de Centroamérica”. 4/

Para aliviar el problema de los exportadores, las autoridades coloniales autorizaron el comercio con países que eran neutrales en relación con los conflictos europeos, principalmente los Estados Unidos de América. Significa que los poderes económicos de las provincias eran tan importantes como los de la península. Esto evidencia pérdida del poder de parte de la monarquía, debido a que el dominio de las rutas comerciales marítimas, de parte de Inglaterra, y el debilitamiento económico y militar fue aprovechado por los intelectuales criollos, para promover los movimientos de independencia “apoyándose en las masas centroamericanas que desesperadas por las condiciones económicas favorecieron los movimientos e intentos separatistas y fundar la república centroamericana”.5/

G. El llamado Primer Grito

Es en este contexto que cobra importancia el movimiento de San Salvador en 1811. La Intendencia de San Salvador, que había acusado más estragos con la crisis económica, fue la primera en rebelarse de forma abierta en ese mismo año. Un grupo de criollos se empezó a reunir en San Salvador, en la casa de los hermanos Nicolás, Vicente y Manuel Aguilar, reuniones de conspiración a las que asistían también: José Matías Delgado, Bernardo y Manuel José Arce, Juan Manuel Rodríguez y Pedro Pablo Castillo. Fue la noche del 4 de noviembre en la que un grupo de ciudadanos se presentó ante el Intendente Gutiérrez de Ulloa, protestando por la detención de Manuel Aguilar, en Guatemala; los tres hermanos corrían peligro y se rumoraba un atentado contra José Matías Delgado; a pesar de que las protestas fueron

acalladas por los dirigentes criollos, el incidente denota el apoyo popular que tenían los rebeldes.

Lo que se conoce como “Primer Grito de Independencia”, no fue un hecho aislado, sino más bien, un acontecimiento muy divulgado, por el hecho de haberse realizado en la capital, y en una serie de levantamientos realizados el 4, 5 y 6 de noviembre de 1811 en San Salvador, San Pedro Grande y Santiago Nonualco; el día 17, en Usulután, Chalatenango y Tejutla; el 20 en Santa Ana, el 24 y el 30 en Metapán y Cojutepeque y el último, el 20 de diciembre en Sensuntepeque. Numerosos próceres desconocidos fueron capturados y encarcelados por el régimen español, sin que podamos siquiera conocer sus nombres para la posteridad.

En ocasión del levantamiento en San Salvador, el 5 de noviembre, fue cuando el padre José Matías Delgado hizo sonar las campanas de la Iglesia de La Merced, para levantar al pueblo; una acción que no tiene comprobación histórica, pero que la tradición acepta como un emblema de la insurrección; al General Manuel José Arce, fundador del Ejército salvadoreño, se le atribuye la frase: “No hay ni rey ni Capitán General, solo debemos obediencia a nuestros alcaldes”.

Este momento clave para San Salvador es explicado por el historiador salvadoreño Carlos Cañas Dinarte, en artículo periodístico, del cual transcribimos únicamente aquellos párrafos que interesan al presente estudio, aunque para información general, todo lo relatado por Cañas Dinarte es de suma importancia: [Cita larga]

“Era la madrugada del martes 5 de noviembre de 1811”. Hacía pocos momentos, los serenos habían terminado de cantar las salves a la Virgen María en casi todas las esquinas de aquella localidad colonial, aún envuelta en la niebla y el sueño. La ciudad de San Salvador fue despertada por las campanas de las iglesias que llamaban a la primera misa del día. Desde luego, la del templo de La Merced también repicó por esa causa, como lo había venido haciendo desde mucho tiempo atrás. Nada extraordinario. Nada inusual.

Pocas horas más tarde, otro sonido de bronce campanero invitaba a la población para una reunión en el Cabildo, al sur de la Plaza del Rey o de Armas, ahora llamada Plaza Libertad. A las ocho horas y subido en un taburete, el joven Manuel José Arce le resumió al pueblo

sansalvadoreño el ideario de esa reunión y de los líderes emancipadores que la convocaban: “No hay Rey, ni Intendente, ni Capitán General: sólo debemos obedecer a nuestros alcaldes...”. El primer llamado por la Libertad Centroamericana fue lanzado con esas palabras y con las acciones de los patriotas san salvadoreños, quienes invitaron a otros ayuntamientos de la Intendencia, del resto del Reino y Capitanía General de Guatemala, a sumarse a este primer movimiento a favor de la emancipación.

Mientras pronunciaba estas palabras, al lado de Arce se encontraban otros de los implicados en este primer movimiento criollo de emancipación: su padre Bernardo José Arce y León, sus tíos maternos José Matías, Juan Miguel y Francisco Delgado, los presbíteros Manuel, Nicolás y Vicente Aguilar, Juan Manuel Rodríguez, los hermanos Domingo y Aguilar, Mariano Antonio de Lara, Leandro Fagoaga, Juan y Pedro Aranzamendi, Carlos Fajardo, Fulgencio Morales, Antonio Campos, Eusebio Mena, Pedro Pablo Castillo y muchos más.

Con el paso de las horas, el tumulto se acrecienta frente al antiguo Cabildo sansalvadoreño. El pueblo vocifera y amenaza a los españoles europeos, mientras aquel grupo patriota intenta calmar los ánimos exacerbados.

Por aclamación popular, Manuel José Arce es escogido como el negociador frente al gobernador intendente de San Salvador, Antonio Gutiérrez y Ulloa, a quien luego deponen de su cargo. Al mismo tiempo, son saltadas las Cajas Reales y la Sala de Armas de la ciudad, donde los patriotas y el populacho enardecido se apoderan de los fusiles.

Al frente del gobierno fue designado Leandro Fagoaga, quien junto con Manuel José Arce y Juan Manuel Rodríguez establecieron su despacho en la casa de Bernardo Arce y León, desde donde dirigieron convocatorias por la libertad a varios ayuntamientos de la Intendencia, así como al de la ciudad de León, Nicaragua.

La presencia de algunas de estas personas en el gobierno de la ciudad puso en evidencia, las características fundamentales del movimiento independentista: no sólo eran parte de la dirigencia criolla vinculada con los alcaldes de los barrios sansalvadoreños, sino que también estaban vinculados por lazos de sangre.

De modo que el alcalde Leandro Fagoaga era cuñado de Bernardo Arce, de quien también eran primos Juan Delgado y Manuel Morales. Por su parte, otro de los conspiradores, Rafael de Aguilar, pertenecía no sólo a la familia de los presbíteros Aguilar, sino que era cuñado de Bernardo y tío de Fernando Palomo. Aunque nunca se han tenido claros sus vínculos familiares, por haber sido bautizado como hijo ilegítimo de Josefa Rodríguez, el prócer y secretario Juan Manuel Rodríguez, también tenía relación de parentesco con los Delgado, aunque se afirmaba que era hijo de Pedro Delgado, progenitor de José Matías.

En el nuevo gobierno de San Salvador, el sector criollo más beneficiado fue el de los moderados y no se le concedió ningún cargo de relevancia a los líderes comunales o de barrios. Para fines de esa misma semana, el tono de los discursos y propuestas de gobierno de aquellos primeros patriotas ha cambiado algunos grados: de los afanes incendiarios han pasado a esgrimir las armas de la tolerancia y el bienestar común, donde se solicita poder local, pero se le rinde vasallaje al rey Fernando VII, a las Cortes españolas y a las leyes municipales.

La acción iniciada en la madrugada del 5 de noviembre de 1811 era un movimiento enmarcado en una corriente autonomista americana, que en lo profundo de su ser criollo, aspiraba a seguir leal a la monarquía y guardaba la esperanza de que se le concediera un sistema constitucional de gobierno y grandes cuotas de libertad comercial.

Con el paso de las horas y los días, aquel nuevo gobierno de San Salvador tuvo que enfrentarse a varios problemas que requerían urgentes respuestas: obtener legitimidad y apoyo político, no solo de sus ciudadanos, sino también de otros ayuntamientos de la Intendencia y del resto del Reino, Real Audiencia y Capitanía General; mantener el control pacífico de San Salvador y canalizar las demandas económicas de la población.

Los escribientes Juan Cisneros, Francisco Lozano, Joaquín Chávez, Atanasio Najarro y Bonifacio Paniagua se dieron a la tarea de copiar una misiva elaborada por Manuel José Arce y el escribiente Damián Cisneros. Esas comunicaciones fueron remitidas a varias poblaciones del interior de la intendencia de San Salvador, por medio de las cuales se les solicitaba se sumaran al movimiento insurreccional y a su nueva

forma de gobierno local. Al mismo tiempo, los patriotas buscaron ganar adeptos en el ayuntamiento de la capital guatemalteca, con el fin de evitar alguna incursión armada.

Este último era un tema preocupante, por lo que se había dado orden de utilizar más de cuatro mil pesos de las Cajas Reales, en armar y organizar a 300 hombres que vigilaran la ciudad alzada, a la vez que algunas patrullas se encargaban de desarmar a los españoles y de vigilar la frontera con Guatemala, por entonces ubicada más cerca de San Salvador, debido a que los actuales departamentos de Ahuachapán y Sonsonate no se incorporaron a El Salvador sino hasta 1823”.

Es comprensible y corresponde a los hechos históricos que se dan ante un evento como el descrito, que las autoridades constituidas reaccionarían tratando de mantener el “statu quo”, como en efecto ocurrió, emplearon todos los recursos de que disponían para detener la insurrección y se producen según el historiador Dinarte, los acontecimientos que se describen.

“Aunque la represión militar para las acciones insurrectas era sugerida por muchos españoles de toda la Capitanía General de Guatemala, Bustamante y Guerra se decidió mejor por una salida pacífica y negociada para la insurrección sansalvadoreña, mediante un “sistema de conciliación prudencial”. En acuerdo con el ayuntamiento guatemalteco, en la tarde del sábado 16 de noviembre nombró una comisión compuesta por los criollos, regidores y doctores José María Peinado y Pezonarte y José de Aycinena, este último investido como corregidor intendente de armas de la provincia de San Salvador.”

“Por la falta de apoyo externo para su causa libertaria, los patriotas sansalvadoreños se desmotivaron y comenzaron a descontrolarse y ceder. El Alcalde Fagoaga renunció nueve días después de haber asumido el cargo, ante los oficios del destituido intendente Gutiérrez y Ulloa –oculto con su familia en el convento de Santo Domingo (hoy Catedral de San Salvador)-, con quien se marchó a caballo hacia Santa Ana. El movimiento emancipador evidenciaba así sus grandes fracturas de pensamiento y acción”.

“Debido a lo crítico de su situación, Juan Manuel Rodríguez, los Arce, Nicolás Aguilar y otros más realizaron una junta cívica, en la parroquia de la cercana población de Mejicanos. Tras el debate suscitado en ella,

decidieron recibir en paz a los regidores enviados por las autoridades reales guatemaltecas, quizá para que la posición negociadora de los criollos frenara a las voces radicales, que hablaban de emboscar a esos altos emisarios y reducirlos a prisión”.

“El coronel y doctor de Aycinena y su colega Peinado y Pezonarte ingresaron a San Salvador el 3 de diciembre, acompañados por tropas y frailes guatemaltecos encargados de poner orden en los aspectos materiales y espirituales de la población, que secundó el primer alzamiento emancipador centroamericano”.

“Acudió a recibirlo a Nejapa, una delegación encabezada por el presbítero y doctor José Matías Delgado. En la cercana Quezaltepeque, Manuel José Arce también formaba parte de una comitiva que vio frustrado su cometido de recibir a las nuevas autoridades. Para ese momento, Aycinena y Peinado habían enviado y recibido cartas desde su residencia temporal en Santa Ana, con el fin de informarse sobre los ánimos sansalvadoreños, en cuanto a su inminente arribo a la ciudad y a las condiciones mínimas para su seguridad y para comenzar su mandato”.

“Mediante un bando hecho público el día 5 de diciembre, de Aycinena planteó a la población, que si se mostraba arrepentimiento y aceptaba al nuevo intendente no se tomarían represalias, se buscaría un indulto general y se trataría de gobernar en concordancia con los distinguidos vecinos criollos. A cambio, los líderes insurrectos y sus aliados del populacho debían prometer no efectuar juntas clandestinas, alborotos y demás desórdenes que afectaran la paz y la concordia”. [Fin de la cita]

“Fieles a la palabra empeñada, el doctor Delgado y los demás patriotas se adherieron a las disposiciones pacíficas del nuevo intendente. De la misma manera, el nuevo ayuntamiento de San Salvador fue encabezado otra vez por Leandro Fagoaga, acompañado como alcalde segundo por José Miguel Bustamante, un funcionario leal a la monarquía española.” 5.1/

Entre este relato y la opinión de algunos críticos, como Rodolfo Cardenal, existe una diferencia sustancial en la interpretación de los hechos, pues en tanto la descripción que antecede relaciona hechos que orientan a considerar un esfuerzo real, honorable y pragmático, como lo podrían exigir condiciones de desigualdad de recursos; en el siguiente párrafo se advierte una exigencia crítica que induce a considerar pretensiones o motivos deleznable, de parte de los Próceres.

“El papel de los próceres que aparecen como los dirigentes del movimiento insurreccional, fue más bien de tratar de canalizar y apaciguar los ánimos de las turbas capitalinas, ante la posibilidad de obtener ciertas concesiones de la Corte de Cádiz, que había convocado a las colonias españolas ante el asedio de que estaba siendo objeto España por parte de los ejércitos napoleónicos. Este movimiento y el de 1814 tienen importancia en los acontecimientos posteriores aunque, ya que en el momento en que se dieron, los datos históricos hacen relaciones muy confusas, tal se desprende del relato que Cardenal, pero lo que sí se puede sacar en claro es que los verdaderos ganadores de ello fueron los criollos y la familia Aycinena.” 6/

“El 24 de enero de 1814 se dio un segundo intento insurreccional en San Salvador, dirigido por Pedro Pablo Castillo, luego de que fueron anuladas dos elecciones municipales ganadas por los anticolonialistas para Intendente de Colonias para la Provincia de San Salvador, estas elecciones se habían realizado bajo prescripciones de la Constitución de Cádiz de 1812”. 7/

Capítulo Segundo

Proclamación de la Independencia de Centroamérica

A. Introducción

El 15 de septiembre de 1821, una junta de notables, convocada la diputación provincial y el ayuntamiento, a la usanza de la época, se reunió en la capital -hoy es la ciudad de Guatemala- y declaró la independencia de España. El panorama que se presentaba era semejante al de otros lugares: una autoridad errática que había perdido sus vínculos con la metrópoli; el alto clero y funcionarios españoles fieles hasta el final a la Corona; y la presión popular, por la independencia expresada a través de improvisados tributos emergentes de la clase media.

En estos acontecimientos participaron José Matías Delgado y Delgado y Manuel José Arce -primer presidente de la Federación centroamericana-, Miguel de Larreynaga, distinguido jurista nicaragüense; y el guatemalteco Pedro Molina, director del primer periódico de la región, “El Editor Constitucional”, que surge al calor de los acontecimientos. Algunos de los insurgentes, graduados de la Universidad de San Carlos de Guatemala, fundada en 1676, de las primeras en América después de la de México y el Perú.

“La confrontación entre los partidarios y los adversarios de la independencia, es salvada por el hondureño José del Valle, el mejor intelectual de la época, de los mejores ilustrados de la América Española, quien redacta el acta en forma condicional, para permitir que las provincias manifestaron su voluntad”. 8/

B. La Sesión del 15 de Septiembre

El Acta de Independencia proclamada en la sesión del 15 de septiembre, es un documento de transacción. Se declara la independencia, pero sujeta a la condición de que un congreso decidiera en definitiva, una asamblea con representación de todas las provincias; no se hace alteración en las autoridades, incluso del Jefe Político español Gabino Gaínza; pero se crea una Junta Provisional. Se trataba, como Valle apuntó en el Acta, de “prevenir las consecuencias que serían temibles en el caso que la proclamase de hecho el mismo pueblo...”, el que presionaba a la Junta desde las calles aledañas a la reunión. Las mujeres centroamericanas empiezan a participar en asuntos cívicos y políticos: Dolores Bedoya, la esposa de Pedro Molina, es una de las precursoras de la presencia de género, una de las activistas más importantes ese día.

La junta se inició sin mayor retraso; el ambiente era tenso ante la importancia de lo que se habría de tratar y resolver. La reunión fue a puerta abierta, en el Real Palacio, estaban alrededor de 50 personas en salón, pero en la antesala y en el corredor se reunieron cada vez más personas, lo mismo que en el patio, portales exteriores y en la plaza misma.

Se transcribe lo esencial del texto del Acta, pues al contrario de lo que expresan algunos historiadores y críticos, para los propósitos de este estudio, encontramos que en cada uno de los puntos resueltos, existen decisiones que afectarían al futuro constitucional de los pueblos liberados; no se puede negar que el Acta, recoge acontecimientos concurrentes a las acciones formales que se realizaban al interior del palacio, revelando entre otros: “que existe un clamor popular, que sería de imprevisibles consecuencias si la hace el propio pueblo, hay una convocatoria a las provincias para que nombren sus representantes, que se espera su reunión para decidir la forma de gobierno, fijar un tiempo prudencial para reunirse, mantener temporalmente a las mismas autoridades, el mantenimiento de la religión católica, que sólo confirma que no hubo en ese acto separación de Iglesia y Estado, lo cual se haría posteriormente”.

C. El Acta de Independencia

“Palacio Nacional de Guatemala, quince de Septiembre de mil ochocientos veintiuno. Siendo públicos e indudables los deseos de independencia del Gobierno Español, que por escrito y de palabra ha manifestado el pueblo de esta capital: recibidos por el último correo diversos oficios de los Ayuntamientos Constitucionales de Ciudad Real, Comitan y Tuxtla, en que comunican haber proclamado y jurado dicha independencia y excitan á que se haga lo mismo en esta ciudad: y oído el clamor de Viva la Independencia, que repetía de continuo el pueblo que se veía reunido en las calles, plaza, patio, corredores y antesala de este palacio, se acordó por esta Diputación e individuos del Excmo. Ayuntamiento:

- 1º Que siendo la independencia del Gobierno Español la voluntad general del pueblo de Guatemala, y sin perjuicio de lo que determine sobre ella el Congreso que debe formarse, el Sr. Jefe Político lo mande publicar para prevenir las consecuencias, que serian temibles en el caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo.**
- 2º Que desde luego se circulen oficios a las provincias, por correos extraordinarios, para que sin demora alguna se sirvan proceder á elegir Diputados ó Representantes suyos y estos concurren a esta capital, a formar el Congreso que debe decidir el punto de independencia general y absoluta, y fijar en caso de acordarla, la forma de gobierno y ley fundamental que deba regir.**
- 3º Que para facilitar el nombramiento de Diputados, se sirva hacerlo las mismas juntas electorales de provincia, que hicieron o debieron hacer las elecciones de los últimos Diputados á Cortes.**
- 4º Que el número de éstos Diputados sea en proporción de una por cada quince mil individuos, sin excluir de la ciudadanía a los originarios de África.**
- 5º Que las mismas juntas electorales de provincia, teniendo presentes los últimos censos, se sirvan determinar, según esta base, el número de Diputados ó Representantes que deban elegir.**
- 6º Que en atención á la gravedad y urgencia del asunto se sirvan hacer las elecciones de modo que el día primero de Marzo del año próximo de 1822 estén reunidos en esta capital todos los Diputados.**
- 7º Que entre tanto, no haciéndose novedad en las autoridades establecidas, sigan éstas ejerciendo sus atribuciones respectivas,**

- con arreglo a la Constitución, decretos y leyes hasta que el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico.*
- 8° Que el Señor Jefe Político, Brigadier Don Gabino Gansa, continúe con el gobierno superior político y militar; y para que este tenga el carácter que parece propio de las circunstancias, se forme una Junta Provisional Consultiva, compuesta de los Señores individuos actuales de esta Diputación Provincial y de los señores....*
 - 9° Que esta Junta provisional consulte al Señor Jefe Político en todos los asuntos económicos y gubernativos dignos de su atención.*
 - 10° Que la religión católica, que hemos profesado en los siglos anteriores y profesaremos en los siglos sucesivos, se conserve pura e inalterable, manteniendo vivo el espíritu de religiosidad que ha distinguido siempre a Guatemala, respetando á los ministros eclesiásticos seculares y regulares, y protegiéndoles en sus personas y propiedades.*
 - 11° Que se pase oficio á los dignos Prelados de las comunidades religiosas para que cooperando á la paz y sosiego, que es la primera necesidad de los pueblos cuando pasan de un gobierno á otro, dispongan que sus individuos exhorten á la fraternidad y concordia á los que están unidos en el sentimiento general de la independencia, deben estarlo también en lo demás, sofocando pasiones individuales, que dividen los ánimos y producen funestas consecuencias.*
 - 12° Que el Excelentísimo Ayuntamiento, a quien corresponde la conservación del orden y la tranquilidad, tome las medidas más activas para mantenerle imperturbable en toda esta capital y pueblos inmediatos.*
 - 13° Que el Sr. Jefe Político publique un manifiesto haciendo notorios á la faz de todos los sentimientos generales del pueblo, la opinión de las autoridades y corporaciones, las medidas de este Gobierno, las causas y circunstancias que lo decidieron á prestar en manos del Sr. Alcalde 1°, a pedimento del pueblo, el juramento de independencia y fidelidad al Gobierno Americano que se establezca.*
 - 14° Que igual juramento preste la Junta Provisional, el Excelentísimo Ayuntamiento, el Ilustrísimo Sr. Arzobispo, los Tribunales, Jefes políticos y militares, los Prelados regulares, sus comunidades religiosas, Jefes y empleados en las rentas, autoridades, corporaciones y tropas de las respectivas guarniciones.*

- 15° Que el Sr. Jefe Político, de acuerdo con el Excelentísimo Ayuntamiento, disponga la solemnidad y señale el día en que el pueblo deba hacer la proclamación y juramento expresado de independencia.**
- 16° Que el Excelentísimo Ayuntamiento acuerde la acuñación de una medalla, que perpetúe en los siglos la memoria del día QUINCE DE SEPTIEMBRE DE MIL OCHOCIENTOS VEINTIUNO, en que se proclamó su feliz independencia.**
- 17° Que imprimiéndose esta acta y el manifiesto expresado, se circule a los Excelentísimos Diputados Provinciales, Ayuntamientos Constitucionales y demás autoridades eclesiásticas regulares, seculares y militar, para que siendo acordes en los mismos sentimientos que ha manifestado este pueblo, se sirvan obrar con arreglo á todo lo expuesto.**
- 18° Que se cante, el día que designe el Sr. Jefe Político, una misa solemne de gracias, con asistencia de la Junta Provisional, de todas las autoridades, corporaciones y jefes, haciéndose salvas de artillería y tres días de iluminación.**

Palacio nacional de Guatemala, Setiembre 15 de 1821. 9/

Próceres de la independencia:

(FIRMAN) GABINO GAINZA - MARIANO DE BELTRANENA – JOSE MARIANO CALDERON - JOSE MATÍAS DELGADO - ANTONIO DE RIVERA - JOSE ANTONIO DE LARRAVE - ISIDORO DE VALLE Y CASTRICIONES - MARIANO DE AYCINENA - LORENZO DE ROMAÑA, SECRETARIO - DOMINGO DIEGUEZ, SECRETARIO”.

D. Impacto Histórico

Esta decisión tomada en un momento crucial tuvo, tiene y seguirá teniendo un impacto integral en las generaciones que han sobrevenido y en consecuencia, las visiones que de ella se tienen producen comentarios diversos, casi en su mayoría pronunciadas por personajes muy respetables, coincidentes en algunos casos y contradictorios en otros, pero todo ello es parte de la cultura cívica e histórica centroamericanas, que en el caso de este Ensayo, abona a nuestro interés de encontrar los soportes más acreditados, para seguir en la búsqueda de nuestra propia identidad política y constitucional.

Afirma Cardenal: “Según esta declaración inicial la independencia fue proclamada en nombre del pueblo y para que éste no la proclamase

por sí mismo, pues de haberlo hecho, las consecuencias habrían sido terribles para los criollos y los grandes comerciantes”.10/

En tanto, Dagoberto Gutiérrez, afirma que: “El numeral 1 del documento revela pues, una distancia confrontativa entre los intereses del pueblo independentista y los firmantes del documento que buscaban culminar su maniobra, por supuesto que el texto es excesivamente perverso, por franco y cínico, porque nos muestra todo lo antipopular que escondió la reunión de Guatemala, en estos meses de septiembre”.

“Normalmente se entiende que una independencia de una colonia imperial pasa por el trapiche popular y es el pueblo el artífice de la libertad pero sin embargo aquí se trató, en el palacio nacional de Guatemala de evitar la participación del pueblo, para que este no frustrara la independencia palaciega que se cocinaba a fuego lento”- 11/

El crítico no acepta un hecho, que en materia constitucional parece muy razonable, como es la convocatoria a los miembros de un parlamento, congreso o asamblea, para tomar decisiones; en este caso, estaba en juego el futuro político de las provincias; aunque posteriormente Gutiérrez, matiza su posición en el sentido de que la convocatoria lo que propugnaba, no era la conformación de una Asamblea para definir el nuevo status, sino que su propósito era la anexión a la Nueva España.

“Los numerales 8 y 9 son los que muestran y demuestran que no se trató de ningún acto independentista ni de ninguna gesta de ese tipo, porque en el numero 8 se resuelve que el gobierno continúe siendo dirigido y controlado y manejado por el mismo Brigadier Gabino Gaínza, el mismo que recientemente había sido nombrado como jefe de la capitanía general, por los poderes de la metrópoli; pues bien, en una demostración elocuente de que aquí no ha pasado nada y que los mismos siguen mandando y que los mismos siguen siendo mandados, Gaínza sigue siendo el que controla el poder. Si alguien llama a esto independencia, tendrá que esforzarse mucho para demostrarlo.” 12/

Debido a las dificultades en materia de comunicaciones de la época y a la relativa lentitud de los correos extraordinarios que se designaron para anunciar al resto de las provincias centroamericanas, la firma del Acta de Independencia de Centroamérica, fue imposible conocer en el momento la realización de este magno acontecimiento. En El Salvador, el 21 de septiembre de 1821 se firmó el Acta de Independencia de San Salvador,

como una ratificación de lo firmado en Guatemala siete días antes. Al concretarse la independencia centroamericana, solamente le quedaban tres opciones a la naciente unión de provincias: primero, conservar la unidad de las provincias; segundo, independizarse en naciones bien definidas; y tercero, anexarse al Imperio mexicano de Agustín de Iturbide.

Casi inmediatamente después de la declaratoria de independencia, los conservadores empezaron a presionar para conseguir una anexión con México, ante lo cual los Liberales se opusieron al principio, pero terminaron aceptando; Gabino Gainza concretó la anexión con México el 5 de enero de 1822 y duró hasta el 1º de julio de 1823. La única oposición se dio cuando en El Salvador, San Vicente no quiso aceptar la anexión, por lo que fueron enviadas fuerzas mejicanas y guatemaltecas para aplacar la insubordinación. En febrero de 1823 fueron derrotadas las fuerzas salvadoreñas y coincidentemente, ese mismo mes fue derrocado el gobernante mejicano, Agustín de Iturbide, por lo que la anexión marchó a su fracaso.

Tres meses antes, exactamente el 22 de diciembre de 1822, un grupo de liberales encabezados por el padre José Matías Delgado, propusieron a la Asamblea Legislativa la anexión de El Salvador con los Estados Unidos de Norteamérica, después de lo cual, salieron cinco prominentes liberales hacia Washington, pero ante la derrota del ejército salvadoreño y el derrocamiento de Iturbide, desistieron del intento a pesar de haber permanecido cerca de cuatro meses en la capital norteamericana.

El congreso constituyente se reunió finalmente y en 1824, promulgó la Constitución Federal de Centroamérica, que creó la Federación que existió hasta 1839, cuando se inicia la dispersión, fracasó el intento unionista que pretendió mantener la integridad de la estructura colonial en una nueva organización republicana y se inició la constitución de las pequeñas provincias en estados independientes.

Dos cosas importantes surgen después de la independencia, “el malestar en el resto de Centroamérica por la designación de Guatemala como capital y luego la anexión al imperio mexicano, lo que no fue aceptado entre otros, por el padre Delgado. Roque Dalton, advierte “que los anexionistas buscaban su propia seguridad y afirma que después de la independencia, la aristocracia colonialista empezó a poner en práctica la segunda parte del plan: Anexar a Centroamérica al imperio mexicano de Iturbide, para poner sus intereses bajo su alero protector y destruir el creciente movimiento republicano y liberal”. 13/

Según Alastair White, aquí aparecieron los intereses particulares de “aquellos que no querían perder sus privilegios y abogaban por lograr la protección de México, (no olvidemos la presencia de la Casa de Aycinena) otros consideraron de los intentos de anexarse a Inglaterra y Estados Unidos. 14/

Las dudas resultan razonables si se considera que los intelectuales que trabajaron la independencia, los más relevantes, eran miembros de la burguesía criolla y deben haber tenido el justo temor, de quienes serían los destinatarios y depositarios del nuevo poder, que surgiría como consecuencia de la independencia, cuestión que corresponde a situaciones humanas muy explicables; los fenómenos políticos en todas las épocas tienen explicaciones y fundamentos de toda clase: no hay nada que esté fuera del hacer político, por algo son cosas vinculadas al poder: Por eso Séneca dijo: “Soy humano y nada de lo humano me es ajeno”, así ocurre con el poder, nada debe extrañarnos.

Sobre este punto, el Padre José María Tojeira expresa esta dura crítica: “El 15 de Septiembre de 1821, reunidos un amplio grupo de notables guatemaltecos en el Palacio Nacional de la Capitanía discutieron la oportunidad de proclamar la independencia. Las razones a favor fueron muy diversas. Otros países y regiones ya lo habían hecho. Pero además, según frase textual del acta de la Independencia, los notables reunidos escuchaban, y con fuerza, “el clamor de ¡Viva la Independencia!, que repetía de continuo el pueblo que se veía reunido en las calles, plaza, patio, corredores y antecorredores del palacio”.

“Ante eso, los notables, muchos de ellos hasta hacía poco partidarios de la unidad con España, deciden proclamar la Independencia. Y no vacilan al insistir de nuevo en el acta en que se proclame la Independencia “para prevenir las consecuencias que serían temibles, en el caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo”. Todo un ejemplo del miedo profundo al pueblo de aquellos funcionarios del reino español, algunos incluso con títulos nobiliarios comprados a la realeza. ¿Independentistas? Probablemente no. Simplemente cobardes que no querían perder sus privilegios”. 15/

Esta clase de fenómenos políticos, ampliamente conocidos en la historia, tienen otra clase de explicaciones, y los filósofos, políticos o historiadores, los analizan con mayor objetividad, librándose de los apasionamientos propios de los seres humanos, cuando analizan los temas de esta naturaleza y que de algún modo, tocan fibras sensibles, ya sea por herencia cultural o histórica. Maquiavelo lo explica de este modo:

“Dónde estará más segura la guarda de la libertad, en las manos de los nobles o en las del pueblo, y quienes serán los que den más motivos de desorden los que quieren conservarlo o los que quieren obtenerlo. Habiendo en todas las repúblicas una clase pudiente y otra popular se ha dudado a quien entregarle la guardia de la libertad. Lacedemonia y Venecia, prefirieron la nobleza; los romanos la pusieron en manos de la plebe”. 16/

E. Creación de la República Federal de Centroamérica

Fragmento del Decreto “Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente 1 de julio de 1823.

Después de examinar, con todo el detenimiento y madurez que exigen la naturaleza y entidad de los objetos con que somos congregados.

Después de traer a la vista todos los datos necesarios para conocerle estado de la población, su riqueza, recursos, situación local, extensión y demás circunstancias de los pueblos que ocupan el territorio antes llamado Reino de Guatemala.

Habiendo discutido la materia: oído el informe de las diversas comisiones que han trabajado para acumular y presentar a esta Asamblea todas las luces posibles acerca de los puntos indicados: Y considerando - Que la Independencia del Gobierno Español ha sido y es necesario en las circunstancias de aquella Nación y las de toda la América que era y es justa en sí misma y esencialmente conforme a los derechos sagrados de la naturaleza:

Que la experiencia de más de trescientos años manifestó a la América que su felicidad era del todo incompatible con la nulidad a que la reducían la triste condición de colonia de una pequeña parte de Europa.

Que la arbitrariedad con que fue gobernada por la Nación española y la conducta que ésta observó constantemente desde la conquista, excitaron en los pueblos el más ardiente deseo de revocar sus derechos usurpados.

Que la incorporación de estas Provincias al extinguido imperio Mexicano, verificada, SOLO DE HECHO en fines de arrancada por medios vacíos e ilegales, jamás la aceptó expresamente, ni pudo con derecho aceptarla y que las providencias que acerca de unión dictó y expidió D. Agustín de Iturbide, fueron nulas, exigen que las Provincias del Antiguo Reino de Guatemala se constituyan por sí mismas con separación del Estado Mexicano.

Nosotros, por tanto, los representantes de dichas provincias, en su nombre, con la autoridad y conforme en todo con sus votos, declaramos solemnemente:

Que las expresadas Provincias representadas en esta Asamblea, son libres e independientes de la antigua España, de México o de cualquiera otra potencia.

En consecuencia, son y forman Nación Soberana con derechos y que las Provincias sobre dichas, representadas en esta Asamblea, y las demás que espontáneamente se agreguen de las que componían el antiguo Reino de Guatemala se llamarán por ahora, sin perjuicio de lo que se resuelva en la Constitución que ha de formarse.

“PROVINCIAS UNIDAS DEL CENTRO DE AMÉRICA” Y mandamos que esta declaratoria y la Acta de nuestra instalación se publique con la debida solemnidad en este pueblo de Guatemala, y en todos y cada uno de los que se hallan representados en esta Asamblea; que se impriman y circulen; que se comuniquen las Provincias de León, Granada, Costa Rica y Chiapas; y que en la forma y modo que se acordara oportunamente, se comunique también a los Gobiernos de España, México y de todos los demás Estados independientes de ambas Américas.

Dado en Guatemala, a primero de julio de mil ochocientos veintitrés. José Matías Delgado, Presidente.-Juan Francisco Soza, Diputado Secretario.- Mariano Gálvez, Diputado Secretario.- Al Supremo Poder Ejecutivo.

Por tanto; mandamos se guarde, cumpla y ejecute en todas sus partes.

Lo tendrá entendido el Secretario del Despacho, y hará se imprima, publique y circule.

Palacio Nacional de Guatemala, julio 11 de 1823. Pedro Molina, Presidente.- Juan Vicente Villacorta.-Antonio Rivera”.

F. General Manuel José Arce

Inicio del Estado Federal

El General Manuel José de Arce y Fagoaga, (El Salvador, 1 de enero de 1787/14 de diciembre de 1847) fue un militar y político de El Salvador y

primer Presidente de la República Federal de Centroamérica. Fue hijo de Bernardo José de Arce y Antonia Fagoaga. Casó con Felipa de Aranzamendi y Aguilar. Era descendiente de Sancho de Barahona “El Viejo”, uno de los conquistadores que estaba con Hernán Cortez en Tenochtitlán y luego con Pedro de Alvarado. Se graduó de Bachiller en Filosofía en Guatemala.

Participó desde fecha temprana en las actividades independentistas, entre ellas el primer Grito de Independencia dado en su ciudad natal, el 5 de noviembre de 1811. Sufrió prisión por motivos políticos de 1815 a 1818. Adversó enconadamente la idea de la anexión de El Salvador al Primer Imperio Mexicano establecido por Don Agustín de Iturbide y participó en la misión enviada a los Estados Unidos de América, para tratar de lograr que El Salvador pasara a formar parte de ese país.

Formó parte de los gobiernos provisionales centroamericanos que rigieron de 1823 a 1825. Para las elecciones presidenciales centroamericanas de 1825, aunque la mayoría numérica correspondió al conservador hondureño José Cecilio del Valle, la fracción liberal del Congreso federal decidió que no había habido mayoría absoluta y escogió a Manuel José de Arce y Fagoaga, como Presidente para el período 1825-1829. Esto hizo que su administración fuese polémica desde el principio.

A pesar de ser liberal y haber sido apoyado por los liberales, pronto se distanciaron de él y desde 1826 ni el Congreso ni el Senado federal volvió a sesionar. Arce obtuvo entonces apoyo en el clero y en el partido conservador, pero también tuvo dificultades con el gobierno del Estado de Guatemala; para 1827, gran parte de Centro América estaba en guerra civil.

En 1827, el General Manuel José de Arce y Fagoaga, como Presidente de la República Federal de Centroamérica envió al Coronel José Justo Milla, ex vice Jefe de Estado de Honduras, bajo la comandancia del Segundo Batallón Federal a Santa Rosa de “Los Llanos”, hoy Santa Rosa de Copán, con la misión de custodiar la Factoría de Tabacos; pero en realidad, el propósito calculable era el de colocar un ejército satélite y fiable para derrocar el Gobierno de Dionisio de Herrera. El pueblo de “Los Llanos”, leales a Honduras, no brindó la cooperación al Coronel Milla y se incorporaron al ejército del General Francisco Morazán.

Lo anterior podría ser la hoja de ruta militar para el fracaso del primer gobierno federal; pero eso es sólo es una consecuencia de la falta de organización de los Estados federados y la poca o nula coordinación con el Estado federal;

debe considerarse que no es lo mismo el paso y la evolución que siguieron los países europeos, para pasar de la sociedad y estado feudal al Estado Nacional; en Centroamérica, esa evolución no podía haberse dado, ya que estas eran intendencias del Reino de Guatemala, que carecían de organización, gobiernos, recursos, ejércitos propios, que le dieran el carácter de Estados, con alguna autonomía; se trataba de regiones que no podrían conformarse dentro de la estructura y estrategia política necesarias para llegar a ser un Estado nacional, e inclusive el modo de producción que es propio del Estado nacional, como es el industrialismo y el mercantilismo, todavía no estaban desarrollados en Centroamérica; es decir, un elemento básico en la conformación de los estados nacionales, no se daba todavía en Centroamérica.

En 1828, Arce llamó temporalmente a ejercer la presidencia al Vicepresidente Mariano Beltranena y Llano y cuando quiso reasumirla, Beltranena se negó a entregársela. A pesar de ello, cuando en abril de 1829, Francisco Morazán Quesada tomó el poder por la fuerza de las armas y se designó a José Francisco Barrundia y Cepeda como Presidente provisional, Arce fue perseguido y exiliado. Residió primero en los Estados Unidos y después se estableció en México; regresó a El Salvador en 1842.

“En esas condiciones la gran dificultad del Nuevo Estado centroamericano consistió en que no pudo hacer funcionar armónicamente, un poder federal y cinco voluntades estatales que estaban en proceso de conformación. En efecto, mientras el Art. 10 de la Constitución establece que cada uno de los Estados es libre en su gobierno interior, pero en lo que no contrariare a gobierno federal; además, el Congreso federal puede crear las leyes estatales inclusive el código penal de los Estados; el Estado nació burocratizado, poderes en los estados y el gobierno federal, pero sin recursos; esta ambigüedad de poderes hizo crisis en el gobierno”.

“Adoptaron el sistema proporcional en la representación, pero eso sólo trajo envidias y diferencias entre los Estados, pues Guatemala tenía la mayoría de representantes. Imposible que funcione un Estado federal donde los estados que lo componen no tienen la fortaleza tanto económica, como militar y jurídica. El Estado Federal fue un invento que lo llevó a la anarquía y desorganización. El poder de la burguesía incipiente no fue capaz de hegemonizar la federación, pues no pudo dar la cohesión y fácilmente cayeron en los errores, que aun en el siglo XXI, se manifiestan en el sentido de que las oligarquías locales asumieron el control de la economía y del resto de

los poderes. Lo que se ha afirmado arriba de que las condiciones para la conformación del estado nacional no estaban dadas, se confirman aún más al no haber territorios definidos, vacíos en el Atlántico, economías insuficientes sin capacidad de producción, ejércitos desorganizados, localismos irreconciliables, viejos resentimientos.” 17/

Esto es el principio del fin de la efímera federación: deudas, contradicciones políticas, debilidad de las economías, deuda externa, presiones imperialistas, todos son factores que impidieron el avance del proyecto de la federación.

G. Conclusiones

Centroamérica inició sus relaciones internacionales en 1823, con el fin principal de lograr el reconocimiento de su Independencia, en medio de una crítica situación económica y financiera que le impedía tener un ejército adecuado para defenderla.

Era vital, en primer lugar, obtener el asentimiento de México y España; en cuanto al primero, esto se logró hasta en agosto de 1824, España, sin embargo, no aceptó nuestra decisión soberana, sino hasta cuando la República Federal había dejado de existir, y más bien, intentó anular a nuestra Emancipación por medio de una invasión armada en julio de 1829. Las relaciones con los países de la América del Sur se llevaron a cabo en el contexto de las ideas panamericanistas de Valle, Bolívar y Morazán.

El primer país que reconoció nuestra Soberanía fue Estados Unidos, de quien, con base en la Doctrina Monroe, se abrigaba la esperanza que cooperaría “en caso de que nuestra Independencia fuera amenazada por las potencias europeas”. Se le solicitó un préstamo por hasta tres millones de pesos, parte del cual se destinaría a la adquisición de unos 20,000 fusiles. Por la importancia geopolítica y económica del resto de Europa, también establecimos relaciones con Gran Bretaña, Francia y los Países Bajos, potencias todas que igual que Estados Unidos, ambicionaban nuestro territorio para la apertura de un Canal Interoceánico.

Por las dificultades económicas y financieras que afrontaba Centroamérica, fue hasta en mayo de 1826 en que pudimos enviar nuestro primer representante ante Gran Bretaña, el señor Marcial Zebadúa. Las necesidades de financiamiento nos obligaron a contratar un empréstito con súbditos ingleses, que ocasionó muchos problemas desde que comenzó a utilizarse y más tarde a reembolsarse.

Después de España, los principales problemas en relación con la soberanía se tuvieron con Gran Bretaña, que desde muy antes de la Independencia había usurpado mayor territorio del que le concedió España, mediante un Tratado para una concesión maderera.

Tales problemas fueron especialmente severos durante las administraciones de Francisco Morazán, que siempre encontró oposición del Cónsul inglés Federico Chatfield, quien constantemente acudió a la amenaza de enviar navíos de guerra a ambas costas de nuestro territorio, para hacer prevalecer sus exigencias, una de las cuales se relacionó con la deuda contratada y bonificada con los súbditos ingleses.

Los problemas con Gran Bretaña continuaron mientras Morazán estuvo en el exilio voluntario y después que él regresó a liberar a Costa Rica. Para presionarlo, dicho país exigió a Costa Rica el pago inmediato de su deuda, que ascendía a unos dos mil quinientos pesos, y acudió como siempre a la amenaza de la invasión armada. A pesar de todo lo mencionado, los demás Estados centroamericanos se confabularon contra Morazán, como consecuencia del fino trabajo divisionista realizado por Gran Bretaña. 18/

Bibliografía

- 1/ Domingo García Belaúnde, Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica. Los tribunales constitucionales en América Latina Versión HTML del archivo <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/Domingocia.pdf>.
- 1a/ Rodolfo Cardenal, Manual de Historia de Centroamérica, UCA editores, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 8ª. reimpresión, 2008, San Salvador, Pág. 221.
- 2/ Julio Alberto Domínguez Sosa, "Independencia de Centroamérica". El Salvador Historia General, Oscar Martínez Peñate, Editorial "Nuevo Enfoque", El Salvador 2008, Pág. 45. Ap. Postal 01-197 San Salvador, El Salvador.
- 3/ Carlos Meléndez, Textos fundamentales de la Independencia de Centroamérica, EDUCA, Editorial Universitaria, 1ª Edición, Pág. 85.
- 4/ Rodolfo Cardenal, obra citada, Pág.164.
- 5/ Liliam Jiménez. Imagen sociopolítica de El Salvador, México, 1ª. Edición 1996. Pág. 97.
- 5.1/ Carlos Cañas Dinarte, Diario El Mundo, "Hacia la verdad en torno al 5 de noviembre de 1811", 4/11/2009. No más leyendas, infundios,

- mitos y tradiciones orales. Hay que celebrar y festejar, pero con datos fidedignos y con una profunda reflexión. El párrafo corresponde a fojas 61-65.
- 6/ Rodolfo Cardenal, obra citada, pág. 2117...Wikilibros
“http://es.wikibooks.org/wiki/Historia_de_El_Salvador/El_proceso_de_Independencia”Categoría: Historia de El Salvador.
 - 7/ Ibíd.
 - 8/ Ibíd.
 - 9/ Historia y Símbolos Patrios de El Salvador; Publicaciones e Departamento de Relaciones Públicas de Casa Presidencial, Págs. 3-16; El Salvador, Noviembre de 1964.
 - 10/ Cardenal, obra citada.
 - 11/ Dagoberto Gutiérrez, El acta de septiembre de 1821, parte I, Diario Colatino
 - 12/ Ibíd.
 - 13/ Horacio Trujillo, La formación del Estado de El Salvador, Silvia Dutrenit, Textos de la Historia de Centroamérica y El Caribe, Instituto de investigaciones Dr. Luis Mora, México, 1ª edición 1987; vid. Sobre este mismo punto: Roque Dalton, El Salvador Monografía, UCA Editores, 1ª. Edición, 1989, Pág.51.
 - 14/ Alastair White, El Salvador, traducido por UCA, Editores, 2ª Edición, Pág. 73.
 - 15/ José M.Tojeira, El miedo y la independencia. Diario Colatino. 2010.
 - 16/ Nicolás Maquiavelo, Discursos sobre Tito Livio, El Ateneo Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1957, Pág. 71. Vid. Capítulo V de la obra para ampliar estos conceptos.
 - 17/ Rodolfo Cardenal, obra citada, Pág. 234.
 - 18/ Miguel Cálix Suazo, Presidente del Instituto Morazánico. Documentos del VII Congreso Centroamericano de Historia, Tegucigalpa, Honduras, 9 al 23 de julio de 2004.

— TÍTULO IV —

El Inicio del Proceso

Capítulo Único

El Camino de El Salvador

Resumen

No somos la mejor patria; quienes la fundaron, probablemente no eligieron el rumbo más acertado; como hombres, no somos el cristal y como sociedad, somos partícipes activos o pasivos de un modelo injusto; nuestros antecesores, no fueron santos, nosotros tampoco; por generaciones, entre el tener y el ser, hemos elegido el primero; el Acta inicial de nuestra identidad, adoptó la religión católica, estipulando que debía de mantenerse pura e inalterable; la misma que ahora nos perturba con los actos perversos de los curas pederastas y los secretos del Vaticano; creímos más en la guerra que en la paz y la última que hemos tenido, ya no fue entre las provincias, sino que entre nosotros mismos; pero las dominaciones no han terminado, ni las ansias libertarias, ni los reclamos de justicia; aunque ahora proclamamos, ojalá que sinceramente, que la paz es el camino; no sólo hemos cultivado errores, también creamos confusión y por eso vivimos en el caos; ese ha sido el sendero, es hora de cambiarlo.

Palabras clave: burguesía; Estado liberal; efectos sociales; la insurrección; modelo económico.

A. El Inicio del Estado burgués

Antes, durante y después de la independencia, una nueva clase social -“los criollos”- reivindica su protagonismo y en contra del poder de la nobleza española; sin los títulos nobiliarios ni los privilegios de la burocracia peninsular; con intereses concretos o no; alejados del pueblo o no; con objetivos y fines egoístas o no, los criollos, asumieron el papel, que durante ese período de la historia le estaba reservado a la burguesía; la participación de sectores populares, mestizos, indígenas, africanos, etc., es un dato que no ha sido suficientemente estudiado; cuando ocurra tendremos la historia completa; mientras tanto, no se adelanta un tramo con desprestigiar la

participación, de la denominada burguesía criolla, pues como decía Voltaire, “la historia es testigo, no adulatora”, tampoco es para envilecer, agregamos.

Las acciones humanas que la historia registra, no son trajes a la medida, son como objetivamente se han dado. ¿Qué había ocurrido treinta o cuarenta años antes, en Francia y en Estados Unidos de América? ¿Qué ocurrió durante todo el siglo XVIII en Inglaterra?: El ascenso de la burguesía al poder, es decir, una nueva clase social, reclama lo que se le había negado durante todo el período absolutista y en el caso de los Estados Unidos de América, lo que Inglaterra como potencia también le había negado. La historia reserva momentos para los pueblos, para las masas populares, o sea, al proletariado le llegará el suyo. (Vid. *Infra*: 3.2).

En Francia, después de la Revolución, según Sieyès: “El Tercer Estado consiguió variar su status jurídico, a medida que la burguesía fue adquiriendo fuerza. En el siglo XVIII, Francia adquirió toda su fuerza política al convocarse los Estados Generales (1788) y pronto se llegó a la identificación ideológica, entre Tercer Estado y nación, como un mito político eficaz contra las fuerzas del Antiguo Régimen. Los grupos burgueses tomaron la dirección del Tercer Estado y se constituyeron en su conciencia histórica, a la vez que se ganaron al campesinado con una decisiva reforma agraria”.

1°. ¿Qué es el Estado llano? Todo. 2° ¿Que ha sido hasta el presente en el orden político? Nada. 3° ¿Qué pide? Llegar a ser algo. ¿Quién osaría decir que el estado llano no contiene en sí todo lo necesario, para formar una nación completa? Es un hombre fuerte y robusto, que tiene aún un brazo encadenado... ¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representada por una misma legislatura. 1/

“El absolutismo es una expresión política monárquica caracterizada por el poder omnímodo del rey. Este poder es distinto de la tiranía clásica y posterior, del poder personal y de las formas totalitarias contemporáneas, en la medida que estas últimas son manifestaciones postdemocráticas, nacidas en el período de entreguerras. Como sostiene Emile Lousse, (citado por Lucas Verdú), el absolutismo es una forma de monarquía estamental en la cual las diferencias sociales no se han derogado y tampoco se consulta a sus representados. Trátese de la monarquía estamental. 2/

El estado absoluto teorizado por Hobbes (vid *supra*, Título I, Cap. Segundo pág. 26) y Bodino, descansaba en la omnipotencia del soberano real, sin frenos jurídicos relevantes, puesto que las limitaciones del derecho divino y

natural y aun de las leyes fundamentales del reino, “que el rey era feliz por mantener”, fueron simbólicas. Sólo las grandes distancias, las malas comunicaciones, la estructura social estamental y las bases económicas no desarrolladas, constituyeron obstáculos técnicos que mitigaron el despotismo. Las teorías del derecho natural individualista, que en el caso de Hobbes, significa renuncia del hombre a sus principales deseos y su interés de establecer un contrato social, con poder soberano, el cual debe recaer en una sola persona. Esto es el antecedente de una monarquía absoluta, donde el rey adquiere sus poderes no de dios, sino del contrato social, sin embargo, instrumentado por Hobbes para fundamentar el absolutismo.

B. La Burguesía criolla

Los criollos centroamericanos encarnarían la burguesía como clase social, que tendría una relevante actividad no sólo en el campo insurreccional, sino en la creación de la nueva entidad política o sea la “Concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado”. 3/

El proceso constitucional del país, como se ha descrito, se inicia en 1824, con las Constituciones federal y estatal de ese mismo año; la influencia liberal fue determinante para la estructura federal que tomó la República centroamericana y la Constitución promulgada el 22 de noviembre de 1824; antes, el 12 de junio de ese mismo año, En El Salvador se había promulgado su Constitución estatal, que teóricamente, en nada debería afectar la República Federal que se organizaba, de acuerdo con el patrón de la Constitución de los Estados Unidos.

La naciente Constitución estatal, con todo y la falta de tradición constitucional, la inexperiencia, los primeros pasos de la nueva república y otros, dio pasos enormes encaminados al proceso de construcción del nuevo Estado: En efecto, “orientó a la organización del gobierno (Art. 3), ratificó la independencia (Art. 1), reconoció la Federación centroamericana (Art. 2), definió el territorio, proclamó la libertad y la igualdad, como presupuestos y como valores; al establecer los deberes de los ciudadanos, los condiciona a que el Estado los proteja con leyes sabias y justas y sólo entonces, los ciudadanos tienen el deber de vivir sujetos a la Constitución, respetar y obedecer a las autoridades, contribuir, servir y defender a la patria”; planteó esta Constitución, la posibilidad de su reforma, que más adelante abordaremos. Sobre el poder Judicial, estableció:

“Artículo 46.- El Poder Judicial es independiente de los otros dos; Artículo 47. Habrá una Corte Superior de Justicia compuesta de cinco Jueces a lo más, y tres a lo menos elegidos popularmente; Artículo 48. A los dos años se renovarán los dos últimos Jueces y los otros tres a los seis años, sin embargo de que unos mismos podrán ser siempre reelegidos; Artículo 50. La Corte Superior será el tribunal de última instancia y conocerá en los recursos de nulidad; Artículo 53. Por acción popular podrá intentarse la deposición de los Jueces Magistrados notados de cohecho, soborno o prevaricación; Artículo 78. Todo empleado civil, militar o eclesiástico al tomar posesión de su destino prestará juramento de guardar la Constitución del Estado y desempeñar debidamente su cargo; Artículo 79. Todo salvadoreño puede representar al Congreso, al jefe supremo y al Consejo para reclamar la observancia de la Constitución”.

Estos dos últimos artículos sugieren la existencia desde entonces, de mecanismos de protección de la supremacía constitucional; qué interesante resulta, especialmente si contrastamos con el sistema actual, sujeto a manipulaciones políticas, la forma en que la Constitución de 1824 previó el escrutinio popular para esa importante función. Sobre reforma constitucional, dijo: “Artículo 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; Artículo 81. Las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias continuarán en su fuerza y vigor, menos las que directa o indirectamente se opongan a la Constitución federal y del Estado, y a los decretos y leyes que expidiere el Congreso; Artículo 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”. 4/

Puede observarse en las anteriores disposiciones, tan claras, no sujetas a interpretaciones inventadas, que el Art. 80 establece como cláusulas pétreas, el sistema republicano, vigentes en el actual constitucionalismo europeo; el Art 81, establece desde entonces la supremacía constitucional, como en 1802 lo había revelado al mundo jurídico, el juez Marshall, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, (caso Marbury vs. Madison), que las leyes preconstitucionales no tienen ningún valor; el Art. 82 reguló la revisión constitucional y reforma total, lo que la Constitución actual ha ignorado y que puede ser motivo de futuras controversias y riesgos políticos y sociales.

C. Proceso Evolutivo del Constitucionalismo

Se inicia entonces, en 1824, la presencia de la filosofía liberal como fundamento racional del naciente constitucionalismo, consolidándose en las sucesivas constituciones y alcanzando su máximo brillo en la Constitución de 1886. El Liberalismo político conformó un régimen de libertades, a partir de las concepciones del derecho natural en el que obviamente la vida, la libre expresión del pensamiento, el libre ejercicio de las religiones, el debido proceso como garante de la libertad y fundamentalmente, el derecho de propiedad, etc., figuraron en aquella Constitución y que aún se conserva en la actual.

1. Efectos sociales de la Independencia

¿Qué ocurre en la vida nacional? ¿Cómo impactó el proceso en la sociedad común y concretamente en los sectores campesinos, obreros, etc.? Tal como se ha descrito en el capítulo respectivo, después de la independencia de España de los países centroamericanos, en 1821, se formó una federación (1824), que tuvo una difícil existencia. Los encuentros entre liberales y conservadores, entre los caudillos locales, la falta de recursos y una organización precaria, entre otros, eran caldo de cultivo de violencia a lo largo y lo ancho del istmo.

“La necesidad de llevar recursos al Estado obligaba a aplicar una serie de medidas económicas que eran de total desagrado a las mayorías, entre ellas los tributos y expropiaciones. Esta última, especialmente, golpeaba a los llamados indígenas que durante la época colonial al menos tenían asegurada una parcela de tierra. Así, este grupo, que ya desde los primeros años de la llegada de los españoles se encontraba en desventaja dentro de la organización social, lo estaba aún más debido a la agitación de los primeros años de independencia”. 5/

“El gobierno de El Salvador tuvo que implementar medidas antipopulares en 1832, tales como una contribución directa sobre la propiedad inmueble y sobre la renta. También el constante reclutamiento forzoso era de desagrado general. El descontento se desató. La proliferación de alzamientos populares y asaltos a cuarteles eran frecuentes, el principal de ellos fue en San Miguel. Hubo otros intentos en Chalatenango, Izalco y Sonsonate que fueron controlados”. 6/

La misma estructura social protagonista del proceso, con todo y los reconocimientos que la historia puede darle, también la misma historia, que objetivamente es la que describe las realidades por las que los pueblos transitan, es la que se encarga de develar el proyecto excluyente, que posteriormente desembocaría en un sistema social, político y económico, que conformó un modelo agroexportador de tipo dependiente; en aquel momento inicial, la exclusión y el despojo de que fueron víctimas los indígenas y los mestizos, trabajadores de la ciudad y del campo, sufrieron los efectos económicos de la nueva estructura social y del Estado, que se conformaría por los nuevos detentadores del poder político. En efecto, los terratenientes favorecidos por la Independencia se apoderaron de las tierras comunales, amparados en un decreto que legalizaba la expropiación.

2. Anastasio Aquino

Lo anterior, provocó levantamientos en diversos pueblos de El Salvador, uno de los más importantes fue el de Anastasio Aquino, a quien por mucho tiempo se le etiquetó como un “asesino protervo”, iguales calificativos que se han dado a líderes o caudillos, que se han rebelado en contra de los detentadores del poder de los Estados y de sus instituciones, o bien de las estructuras sociales, desarrolladas antes de que el Estado adquiriera la conformación que hoy tiene y que se identifica como Estado Nacional. “Fue en Santiago Nonualco el sitio donde se realizó el principal alzamiento a los comienzos de 1833. Allí Aquino exhortaba a desobedecer al gobierno. A finales de enero logró reunir un ejército de proporciones suficientes para dar batalla, es probable que reuniera 3,000 hombres”.^{7/} “El comandante de la vecina ciudad de San Vicente, (J.J. Guzmán) recibió órdenes de sofocar la rebelión, pero en el primer intento terminó emboscado. Otro ataque realizado el 5 de febrero, también fracasó. Al tener noticia de esta última derrota, el comandante Guzmán huyó”.^{8/}

“Mientras tanto, en la ciudad capital de San Salvador, el jefe político Mariano Prado, al verse incapaz de sostener la situación depositó el poder en el Vice-Jefe Joaquín San Martín. Ante este nombramiento hubo descontento entre las filas militares, por lo que la tropa abandonó la ciudad; ésta quedó sumida en el caos y el mismo San Martín tuvo que resguardarse para salvar su vida. Aquino no supo de este desorden que reinaba en la capital, de saberlo, la ocupación no hubiera sido difícil”.^{9/}

Con Zacatecoluca tomada, decidió partir a la vecina San Vicente el día 14 de febrero, los vecinos de la ciudad se apresuraron a resguardar todo objeto de valor. Con dos tropas —una al mando de su hermano y otra de un amigo— arribó la madrugada del día 15, bajo condiciones amigables, pues los habitantes preferían no enfrentarlo

En Tepetitán fue proclamado “Comandante General de las Armas Libertadoras” y proclamó su Decreto de Tepetitán el 16 de febrero. En él regulaba a duras penas el homicidio, robo y vagancia, entre otros; además, tenía un apartado para la protección de las mujeres casadas o recogidas, apartado destacable por la situación de desventaja en que se encontraba la mujer en esa época. 10/ Mientras tanto, el Gobierno trató de llegar a un acercamiento con el sublevado, para que depusiera sus armas por medio de dos sacerdotes; sólo uno de ellos, padre J. Navarro, tuvo contacto con él, pero no obtuvo resultados.

Al fin, las autoridades lograron reunir un ejército para enfrentar a Aquino, a quienes se agregaron habitantes de San Vicente para vengar el saqueo. Uno de los comandantes —Mayor C. Cuéllar— quiso enfrentar por sí solo al rebelde, pero salió derrotado; de acuerdo con el folclore, Aquino se le abalanzó al grito de “treinta arriba, treinta abajo, y adentro Santiagueños”, que probablemente se refería al lugar que ocupaban sus tropas al momento del ataque. 11/

En la mañana del 29 de febrero se libró la batalla decisiva en Santiago Nonualco; al mismo tiempo, aparentemente los sublevados estaban diezmados por una enfermedad. Así, que aprovechando esto, el coronel J. López mandó un ataque general que dispersó a los insurrectos. La rebelión terminó con la muerte de Aquino, pero su protesta, ha cobrado vigencia, especialmente con los movimientos sociales y ha estado en el pensamiento de los salvadoreños, especialmente aquellos que han tenido en él, un referente de lucha por lograr mayor justicia social y especialmente, por los que trabajaron con realismo y eficacia por hacer la reforma agraria.

La efímera y fracasada rebelión, que no puede explicarse detalladamente, dada la naturaleza de este trabajo, nos sirve de prueba sobre cómo se avanzaría en la historia social y política salvadoreña, pues cada vez el poder del Estado se consolidaría en los estratos de la burguesía, en los resabios de la aristocracia, en el clero, en el ejército, etc.; es decir, los factores reales de poder locales, que harían propia, aquella reflexión de Maquiavelo de que

“el primer deber del Príncipe es conservar el poder y la integridad de sus Estados, se considerará honroso y le alabarán todos, porque el vulgo se deja guiar por las apariencias y sólo juzga por los acontecimientos; y como casi todo el mundo es vulgo, la opinión de los pocos que no forman parte de él, sólo se tienen en cuenta cuando falta base a la opinión vulgar” 12/

No obstante, y a pesar de la estructuración de poder en esa forma, también hubo líderes y dirigentes, que por su parte, dejaron su impronta para determinar que en la sociedades de todos los tiempos han existido y existirán, personas que a costa de su propia integridad física y moral, luchan y se sacrifican por los principios, valores y derechos, sustentados en la justicia y no en la política o en intereses personales o sectoriales.

3. Francisco Morazán

El patriota nació en Tegucigalpa, Honduras, el 3 de octubre de 1792, pero su causa fue por Centroamérica; sus padres fueron don Eusebio Morazán y doña Guadalupe Quezada, hizo sus primeros estudios en Tegucigalpa, y se casó con una bella viuda, doña María Josefa Lastiri viuda de Travieso, estudió en el convento de los franciscanos en forma autodidacta, adquirió la cultura francesa, hombre de finos modales, recatado y humildes en sus victorias, prefería entrar de noche después de una victoria, para no recibir vítores ni homenajes, que él consideraba inmerecidos.

Durante la independencia, Morazán no tuvo un papel protagónico, apenas era un escribiente en su país natal, pero sí cobra una mayor importancia, cuando participa en la conformación de la primera república centroamericana y porque nunca aceptó la anexión de Centroamérica con el Imperio de Iturbide.

Por lo menos veinticinco batallas fueron ganada por Morazán, en aquellos aciagos días, pero sus méritos militares ceden paso a su ideal por el mantenimiento de la patria centroamericana; sin embargo, cada batalla está acompañada de parte de su ideario, es decir, de los motivos, causas y estímulos para su lucha, es uno de sus más encendidos discursos, el de David XX. La lucha de este patriota terminó con su muerte y con él desaparece la efímera República centroamericana y se consolida el régimen separatista que aún vivimos.

4. El Régimen Económico y Social

En el siglo XIX, la burguesía salvadoreña fue creando su propia estructura social, jurídica, política y económica que favoreciera sus intereses; el control de la economía sobre la base de la producción y comercialización del añil fue sustituida en el último tercio del siglo XIX, por el cultivo y comercialización del café; para ello, se requería una estructura jurídica que favoreciera esa tendencia; en los años 1881 y 1882 se dieron las leyes de Extinción de los Ejidos y las Comunidades Indígenas, con las cuales se terminó con la propiedad social, se favoreció el desarrollo de la propiedad privada y se creó el Registro de la propiedad. “La burguesía y la oligarquía en muchos casos junto con altos funcionarios gubernamentales de manera consciente impulsaron la privatización de las tierras comunales y ejidales se constituyó así en el eje de la política económica liberal de finales del siglo que delimitó, consolidó y garantizó la propiedad privada y el cultivo del café, lo que produjo una transformación radical de la economía y un significativo crecimiento económico y poblacional” 13/

Lo anterior, fue respaldado por acciones de esta naturaleza: Los arrendatarios fueron convertidos en propietarios; se produjo el fenómeno del tiburón y las sardinas, “los pequeños cedieron sus tierras a los grandes terratenientes, representantes de la burguesía, ocuparon tierras ejidales y comunales mediante sobornos a autoridades para obtener decretos o resoluciones favorables a sus intereses; expropiaciones, ejecuciones, pérdidas de los comuneros y ejidatarios por no acatar las nuevas reglas, etc. 14/

D. Acontecimientos de 1932

Tras ciento ochenta y ocho años de independencia y de filosofía, economía y política, liberales, los detentadores del poder, lamentablemente, han propiciado un constitucionalismo semántico, aquél que Löewenstein califica como disfraz de Constitución, es decir, un documento saturado de una mezcla de términos políticos y jurídicos, adornados con algunos preciosismos literarios, pero que dan cobertura a graves violaciones a los derechos fundamentales, la mayoría de veces provenientes del poder del Estado, por mucho tiempo controlado por élites dominantes, que se apropiaron del gobierno e instrumentalizaron las instituciones; algo de esto es lo que corregido con la Constitución de 1983, con los Acuerdos de Paz y la praxis constitucional; no obstante, el mayor esfuerzo y sacrificio para avanzar un poco en la

materialización de las disposiciones formales que existen en la Constitución, el mayor esfuerzo reiteramos, lo ha hecho la sociedad en su conjunto. 15/

Cien años después de la extinción de los ejidos y las comunidades indígenas, se intenta una reforma agraria que pretendía desarticular aquella estructura pro-oligárquica, probablemente, la causa eficiente del conflicto social que se cultivó durante esta centuria, y que constituye la estructura social, económica, política y jurídica, que es necesario desmontar y sustituir; reconstruir la Constitución misma de 1983, con las reformas producidas por los Acuerdos de Paz y la dinámica política que se produce con las sentencias de la Sala de lo Constitucional, todo lo cual se analizará oportunamente.

E. El Liberalismo y Socialismo. El Estado Liberal en El Salvador, en el siglo XX. Formalismo liberal en las Constituciones

Ante el impacto del liberalismo político y económico en el mundo, y especialmente los abusos de la burguesía contra el proletariado, se habría generado condiciones para el movimiento proletario y las distintas soluciones aportadas, para abordar la problemática social; la era formalmente republicana e independiente, sustentada en una estructura económica de tipo oligárquico, tal como se ha expresado desde sus inicios, hasta nuestros días, que ha degenerado en una sociedad violenta, no exenta de lucha de clases, que se manifiesta de diversas maneras; no obstante, se han dado en los casi doscientos años después de la Independencia, por lo menos 13 Constituciones inspiradas en los principios de libertad e igualdad, algunas de ellas muy respetables como las de 1841, que introduce el “hábeas corpus” y la de 1886, que consagra el Amparo constitucional.

Los poderes reales o factores reales de poder (Lassalle), sólo han instrumentalizado a su favor tales principios, han dejado a la mayoría de ciudadanos en condiciones materiales deplorables, son víctimas de los detentadores del poder, sin que hasta hoy, siglo XXI, se vean signos de madurez y rectificación de parte de las dirigencias políticas, de esa conducta perversa; como partidos políticos se han inscrito en las corrientes de derecha y sus diversas expresiones y se esperaría el inicio de un cambio de dirección, la modificación de sus cartas de principios y la adopción de nuevas formas de conducción y liderazgos; antes y después de la guerra civil han mantenido a su conveniencia, un formal régimen de legalidad, en el que el título de liberal es únicamente por que las constituciones se sustentaron en esos principios; pero en la realidad, sólo ha sido una expresión sin contenidos, una máscara, un disfraz; podrían ser más bien un ejemplo en América de los

gobiernos fascistas que caracterizaron Europa y los países americanos, en los primeros sesenta años del siglo XX.

F. Génesis de la Violencia

Es conveniente dejar consignado un hecho histórico, que esperamos los salvadoreños que no se vuelva a repetir, es el hecho que de 1931 a 1979, la estructura oligárquica del poder requirió, además, instrumentar el estamento militar para sostenerse; sin embargo, este hecho que dio lugar a un estado autoritario, con mucha arbitrariedad y terror, como la historia lo registra, es también “causa efficiens”, según algunos investigadores, para la formación del conflicto y la guerra en El Salvador. Ese elemento fue determinante para la consolidación de la oligarquización total del estado salvadoreño, que desembocó en todos los males sociales y morales que una sociedad puede sufrir: represión, asesinatos, corrupción, abuso de poder y otros.

Todos esos acontecimientos, conductas, imposiciones del poder, también promovieron las condiciones para que la sociedad en su conjunto fuera creando una actitud violenta, que se hace más incomprensible e indescifrable, en el momento actual; un calificado investigador, afirma sobre este fenómeno:

“La violencia no es un fenómeno reciente en la sociedad salvadoreña; durante décadas, los ciudadanos del país más pequeño de Centroamérica, han vivido con la violencia en distintas modalidades pero cuya característica común ha sido siempre la enorme magnitud del fenómeno... y cuya expresión más conocida es la llamada “Matanza de 1932” ... La violencia actual que enfrentan los salvadoreños forma parte de un prolongado ciclo en el cual la llamada “violencia delincuencial” es la más nueva particularidad de una forma de agresión social, cuyas expresiones anteriores más evidentes tuvieron por mucho tiempo un semblante social -expresado en los continuos levantamientos de indígenas y campesinos (Cardenal, 1996)-, que luego en el transcurso del siglo se transformó en violencia política -al institucionalizarse por parte del Estado-, para luego, en el decenio de los ochenta, convertirse en una escalada de guerra civil abierta... Existen tres elementos esenciales en la particularidad salvadoreña y que están relacionados directamente con la guerra. El primero se relaciona con la magnitud percibida del conflicto; en segundo lugar, se encuentra la duración del conflicto; y, finalmente, hay que tomar en cuenta el exitoso y abrupto final de la confrontación”.16/

Lo de exitoso y abrupto final a que se refiere este investigador, tiene que ver con las características del término del conflicto armado, ya que todas las apariencias apuntan a que el gobierno de El Salvador tuvo que ceder ante los insurgentes, al no haber podido reducir militarmente a la guerrilla, y luego los puntos que ésta se anota a su favor, con los Acuerdos de Paz; así lo han interpretado muchos comentaristas, al percibir una nueva realidad a partir de la firma de ellos; sin embargo, constitucionalizados los Acuerdos, lo relevante es que los insurgentes comparten el poder con la derecha que antes combatieron, la burocracia gubernamental está saturada de elementos de la izquierda, tienen una enorme representación legislativa, controlan el poder ejecutivo y gran parte del poder judicial, aunque las tendencias formadas, por lo que puede considerarse en su propio interior, o sea, en sus propias entrañas, denotan amargas frustraciones, pérdida del rumbo y alejamiento de los principios, de los fines y de la estrategia revolucionaria.

G. Tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho

La construcción del modelo social, político y económico de El Salvador, con las características negativas relacionadas, se confirman con los acontecimientos de 1932 y la guerra civil de 1979 a 1992, son realidades concretas, manifestaciones sociales y signos de rebelión, que surgieron no por generación espontánea, sino como consecuencia de la injusticia, la inequidad y la marginación en todos los niveles; no son figuraciones o imágenes abstractas, son realidades de las cuales las generaciones presentes pueden dar fe de algunas de ellas.

En 1950, con la Constitución de ese año, en lo que puede considerarse una reacción histórica, un movimiento de ajuste a la estructura político-social y una expresión de la necesidad del cambio, se inicia entonces el constitucionalismo social, influencia tardía de la Constitución de Weimar de 1919; de la Constitución Mexicana, de 1917; de la Constitución española, de 1931. Esa Constitución introduce las instituciones económico-sociales, que deberían servir para mejorar las precarias condiciones de la población; sin embargo, la eficacia normativa directa de esa Constitución, ha sido mínima hasta el presente, debido a que no se generaron condiciones apropiadas para su cumplimiento, no se removieron los obstáculos existentes y el poder público, carente de la voluntad para constituirse en agente del cambio social.

Los derechos económicos y sociales aparecieron formalmente en el espectro constitucional salvadoreño, sin menoscabo de los derechos individuales, que el constitucionalismo liberal había proclamado. Pero ni uno ni otro

sistema fueron capaces de crear mejores condiciones para las mayorías de ciudadanos; aunque debe aceptarse que ha habido asomos, intentos y propósitos de redención; pero en general, siguió evidenciándose la falta de democratización del poder y el divorcio entre constitución real y formal o entre el constitucionalismo semántico y el constitucionalismo normativo, como lo llama Löewenstein.

En tanto se desarrollaba esta nueva conformación del Estado, no fue suficiente para convencer a la izquierda radical, en su mayoría inscritos en la corriente marxista, para plantear el estado de guerra descrito y que forzó al gobierno a la adopción de los Acuerdos de Paz. El exguerrillero y exFMLN, Salvador Samayoa, ahora analista político, a treinta años del surgimiento del Frente y de la declaratoria de guerra, que se ha mencionado antes, en recientes declaraciones ha manifestado: “¿Qué tan necesario era irse a la guerra? Era absolutamente necesario. Las opciones que tenía y que yo tomé y las que se tomaron por las organizaciones del Frente hace treinta años de ese tipo de lucha...yo no tengo ninguna duda de que lo que se decidió era lo que correspondía, ni había otro camino; en ese sentido, ni un minuto de mi vida he pensado que eso haya sido un error yo reivindico con la frente totalmente en alto mis 15 años de militancia en el FMLN”.- 16.1/

En la revista ECA 573-574, encontramos que transcurridos dieciocho años de los Acuerdos, el cambio se puede describir así: “El problema de la transición cobró un nuevo perfil. Se desliga del problema de la revolución y se plantea como algo distinto de ésta. La transición se discute en términos democráticos, apareciendo como un desafío fundamental para los actores políticos y sociales implicados en el proceso la cuestión de la reconstitución del sistema político y del sistema de partidos que, por lo demás, se habría iniciado ya desde principios de la década de los ochenta... el final de la guerra dejó como uno de sus saldos positivos un sistema político relativamente establecido, en el cual precisamente se insertó la izquierda.... tras cuatro años de ejecución, los acuerdos de paz, (a la fecha casi veinte años) han dado de sí todo aquello que podían dar; con ellos, se dio un paso adelante en la construcción de una nueva sociedad, aunque sin llegar a agotar los requisitos de la misma. La transición ha entrado a una nueva etapa en El Salvador, una etapa en la cual uno de los aspectos más notorios es que no existe una agenda de discusión, tal como sucedió con los contenidos y las exigencias de los acuerdos de paz”. 17/

“La actualidad nos presenta una América Latina en pleno movimiento liberador y ello, gracias a una serie de medidas y de acuerdos que preparan

las condiciones para sacar a los países del área de la dependencia y del subdesarrollo y en relación al conflicto y luego los Acuerdos de Paz Salvadoreños, surge la inquietante pregunta: ¿Y qué es lo que se ha logrado?, se pregunta, Luis de Sebastián, que nos parece se sitúa en el ámbito de la preguerra, la guerra y la post-guerra, nos lo explica de la siguiente forma: Ahora en El Salvador hay “una democracia formal (lo cual no es un logro despreciable), pero la distribución del poder en El Salvador en 2009 es más injusta de lo que era en 1972. Con una oligarquía más rica y más respaldada por una clase de eficientes servidores, un Ejército mayor bien entrenado y curtido en la guerra, una clase media endeudada hasta el cuello, dos millones y pico de emigrados, y una masa popular acosada por la delincuencia, pobre como siempre y sin más salida que la emigración”. 17.1

Realidad actual

De lo expuesto, se destaca un hecho: las causas que provocaron la sangrienta y larga guerra civil en El Salvador siguen vigentes y son ahora, más agudas que antes. Es de notar que este último tema es aquel, que hábilmente se excluye de las evaluaciones y discusiones, acerca de los resultados concretos de los tratados de paz de 1992, hasta nuestros días. Es algo así, como si la democracia sería un valor que se basta a sí misma independiente (e insensible) ante las condiciones socio-económicas de la inmensa mayoría de los ciudadanos. Lo que explicaría por un lado, la victoria casi total de la democracia formal en este país y por el otro lado, la entrada de este mismo país en un proceso, cada más agudo de descomposición social. Es en donde reside su estado permanente de violencia criminal incontrolable, los altos niveles de pobreza y exclusión social, con sus efectos negativos que serían la prueba de esto último; las estadísticas presentadas aquí arriba son ilustrativas al respecto.

En El Salvador se conoce así, desde hace 17 años, todo tipo de libertades, es decir, libertad de elegir libremente a sus representantes políticos, libertad de organización y de expresión, etc. En donde el único límite a esas libertades es que la forma de producción y redistribución de la riqueza está fuera de toda discusión. La pregunta lógica que surge de esta dinámica es la siguiente: ¿Cómo se puede explicar que la oligarquía salvadoreña y sus aliados hayan logrado imponer en El Salvador ese modelo de democracia formal, que para situarla contextualmente, podríamos llamarla de contenido elitista y excluyente? 17.2/

Una amarga realidad puede ser discurrida en el presente, un sentimiento de frustración histórica puede verse reflejada en los sectores que estaban con la esperanza de que la revolución (guerra civil) cambiaría radicalmente la circunstancias, la estructura social y económica, el desplazamiento del

poder a las “masas populares”, el enfrentamiento directo en contra del “imperialismo” y la adscripción incondicional y absoluta, a los nuevos modelos sociales y económicos, así como a las estrategias, adoptadas bajo el liderazgo del presidente Chávez, y sus seguidores como los presidentes Ortega, Morales y Correa, bajo la tutela del sempiterno Fidel Castro. Aun ganando el Ejecutivo, nada de eso ha ocurrido, la oligarquía sigue permanente en su mismo lugar, con algunas concesiones, que la astucia política aconseja.

Platón y Aristóteles han enseñado lo que significa el gobierno de oligarquía, en el sentido que corresponden a formas degeneradas de los gobiernos aristocráticos; no se puede desconocer que la aristocracia, especialmente la del saber más y no la del tener; es decir, que las formas puras, en el ciclo político de los gobiernos, lamentablemente, se transforman en estructuras oligárquicas; este ciclo es el que en El Salvador no se vislumbra; no importa el signo ideológico que se profese ni el compromiso político que el ciudadano tenga, la realidad es que la estructura económica y social sigue intacta y sin que los actores actuales o futuros, puedan promover el nuevo Estado.

“Entre las formas de gobierno que procuran el bienestar general, llámese monarquía o realeza aquella en que la autoridad encarna en una persona; Aristocracia si en varias, mas no muchas, ya sea por ser las mejores o administrar con ventaja para los ciudadanos; mas cuando rigen la cosa pública los ciudadanos en general, recibe el nombre genérico de policracia o democracia”; estas formas puras pueden degenerar, así “ la monarquía se transforma en tiranía en que el gobernante gobierna a su antojo sobre la colectividad política; oligarquía, gobierno de acaudalados y la demagogia su opuesto, aquel en que rigen los destinos del Estado, los pobres, no los ricos.” 18

En el Diálogo entre Sócrates y Glaucón, Platón escribe. Dice Glaucón “Quisiera saber cuáles son esas cuatro formas de gobierno de que hablas y sigue: “La aristocracia, forma perfecta, según Platón, degenera en Timocracia, vienen sucesivamente, la Oligarquía, la Democracia y la Tiranía; la Timocracia, resulta de la llegada al poder de una tercera clase de la sociedad, o sea de los trabajadores (Touchard); se reprime a estos por medio de los guerreros, quienes terminan por apoderarse de la riqueza (Creta y Esparta); luego, surge la Oligarquía, cuando el rico gobierna, la riqueza es el único título y el desorden aparece por todos lados; cuando el descontento se hace demasiado fuerte aparece la Democracia siendo eliminados los ricos; tratando de imponer una régimen desenfrenado de libertad lo que conduce a eliminar el poder y el desprecio de las leyes, el resultado de este es la instauración de la Tiranía”. 19/

En los países europeos le han asignado esta tarea a la Constitución normativa, aquélla que surge del compromiso de todas las fuerzas sociales, comprometidas no en un reducido concepto de la política a través de los partidos, sino en una nueva concepción humanista, que propone al ser humano en el centro de toda contienda política, “pro hómni” de aceptar el efecto normativo directo de la Constitución, sus nuevos principios, el compromiso con una nueva tabla de valores constitucionales, entre los cuales, Peter Häberle introduce la Verdad, como valor esencial.

Conrad Hesse, notable jurista alemán le asigna dos tareas importantes a la Constitución: 1. Formación y mantenimiento de la unidad política y 2. Creación y mantenimiento del orden jurídico. En la primera tarea, se parte de la idea que la sociedad que sustenta al Estado no es un cuerpo homogéneo, con voluntad uniforme dependiente de una clase dirigente. Al contrario, la sociedad es heterogénea, pluralista, conformada por grupos diversos, con diferentes intereses, opiniones y aspiraciones; de tal manera, que la resolución y regulación de los conflictos es una atribución esencial del Estado. La tarea consiste en unificar estas posiciones y conseguir por la vía del entendimiento y de las adhesiones la voluntad general, que se requiere para la existencia del Estado.

“Esta voluntad política tiene que ser configurada en reglas que servirán para establecer las condiciones de coexistencia de aquellos intereses y voluntades que se contraponen, de tal manera que el estado es el referente para resolver intereses conflictivos. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales; en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal”. 20/

En el capítulo correspondiente a los Fines del Estado, de su obra *Teoría General del Estado*, George Jellineck describe las diversas teorías que hablan de los fines del Estado, menciona entre otras, la de los fines expansivos, que es una de las más conocidas, pero la menos realista es la teoría que “considera que el Estado se organiza para dar el máximo de felicidad, denominada teoría eudemonista”, propia de las ciudades-estado, entre los griegos. El Utilitarismo, especialmente la filosofía inglesa, retomó estas ideas en el marco del pleno desarrollo del liberalismo tanto en lo económico, como en lo político en lo jurídico. 21/

Jeremías Bentham (1748-1832), fundador de la Escuela Utilitarista “...perseguía la regulación racional de la sociedad según el principio del bienestar general.” Bentham como jurista conocía los abusos que se cometían contra

el pueblo, en una aplicación de las ideas liberales en forma tan abusiva, que resultaban peores que las del período absolutista; propugnaba por un cambio en el derecho y que éste debía estar animado por el principio de máxima utilidad igual máxima felicidad; en consecuencia este debería ser si no el único, uno de los fines del Estado”.22/

Jellineck, sin embargo, considera que el “Estado tiene fines más limitados, o sea lo que realmente puede dar y entre estos fines considera la seguridad, la protección de la comunidad y la seguridad de sus miembros y por consiguiente la defensa del territorio en todo ataque exterior, la conservación de su integridad, impulsando una economía que contribuya a la existencia del Estado mismo”; en otro sentido, pero criticando la posición de Bentham, Marx le atribuye que su doctrina es “una subordinación de todas las relaciones existentes a las de la utilidad, cuando admite que tanto los hombres perversos como los buenos, tienen motivos de acción iguales, pues, unos y otros, quieren aumentar su felicidad” 23/

H. Estado de Derecho y Desarrollo

El PNUD presentó el informe regional de desarrollo humano de América Latina y el Caribe, el cual se enfoca en los niveles de desigualdad que presentan los países de esta región, que es la región más desigual del mundo, sacando estas conclusiones: “1.- Una de las principales críticas del informe gira en torno al sistema fiscal de los estados latinoamericanos y la poca carga fiscal que tienen, lo que significa un factor de desigualdad; 2.- Países que presentan menores niveles de inequidad son los que tienen mayores cargas impositivas. 3.- La falta de transparencia en esta área y la poca capacidad regulatoria del Estado ahondan los problemas de desigualdad. 4.- América Latina se caracteriza por un sistema tributario basado, principalmente, en impuestos al consumo, una estrategia que sigue sin funcionar para elevar los índices de desarrollo de la región.

El PNUD presentó el informe regional de desarrollo humano de América Latina y el Caribe, el cual se enfoca en los niveles de desigualdad que presentan los países de esta región, que es la región más desigual del mundo, sacando estas conclusiones:

“1.- Una de las principales críticas del informe gira en torno al sistema fiscal de los estados latinoamericanos y la poca carga fiscal que tienen, lo que significa un factor de desigualdad; 2.- Países que presentan menores niveles de inequidad son los que tienen mayores cargas

impositivas. 3.- La falta de transparencia en esta área y la poca capacidad regulatoria del Estado ahondan los problemas de desigualdad. 4.- América Latina se caracteriza por un sistema tributario basado, principalmente, en impuestos al consumo, una estrategia que sigue sin funcionar para elevar los índices de desarrollo de la región.

Lo anterior, refleja que países como el nuestro tienen una carga fiscal sumamente baja, para el caso, El Salvador se halla entre los más bajos con menos del 14% del PIB, encontrando una relación entre este factor y el escaso desarrollo humano en el puesto 106, o sea, un nivel de inequidad sumamente alto; de tal manera, que los problemas sociales no surgen por generación espontánea, sino que tienen un referente en problemas de carácter económico; se agregan a lo anterior, los altos niveles de corrupción que el país ha enfrentado en los últimos veinte años, en los que el activo nacional fue a parar a empresas privadas y a los bancos a empresas internacionales; la baja productividad, el empleo indecente, la escasa inversión, la delincuencia latente y en general, a una pobreza creciente en la sociedad, que paradójicamente gasta lo poco que tiene en bienes de consumo, aumentando las importaciones, lo que contribuye a una balanza comercial desfavorable y un sistema impositivo injusto por su carácter regresivo.

América Latina y el Caribe tiene una carga, en promedio, del 17% del Producto Interno Bruto (PIB) y se gana el título de la región más desigual del mundo.- Argentina posee una de las cargas tributarias más altas de la región, la cual representa el 29% del PIB. En el estudio de desigualdad Argentina es el país menos desigual de la región. Entre los países latinoamericanos, El Salvador se encuentra desde hace algunos años a la cola en recaudación fiscal, con una carga tributaria que ronda entre el 13.5% y el 14% del PIB. Además, se encuentra en el fondo de la lista de los países latinoamericanos en cuanto a desarrollo humano, en el puesto 106 de 182, solo mejor que Honduras, Bolivia, Guatemala y Nicaragua. Al ajustar este índice de acuerdo a desigualdad, El Salvador siempre sigue siendo el quinto país más desigual de la región con un IDH (Índice del desarrollo humano) ajustado por desigualdad de 0.47.

“El concepto de Estado de derecho actual, es decir la forma de Estado, que centra sus objetivos en las necesidades y derechos de la colectividad, en su conjunto, se propone ofrecer condiciones estables y favorables al desarrollo de todos los seres humanos que se hallan en su territorio. El concepto de Estado de derecho garantiza esas funciones públicas y trata de evitar los

abusos que pueda engendrar el monopolio del poder estatal en interés de élites políticas y sociales.” 24/

“El principio de la legitimidad de la Administración, una justicia independiente, la igualdad en materia de legislación y aplicación del derecho, primacía de la constitución y de la jerarquía normativa respectiva, desde el principio constitucional abstracto hasta la decisión administrativa concreta, separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, respeto de los derechos humanos, al menos de los derechos cívicos y políticos”. 25/

“Mientras que el objetivo de los derechos humanos es garantizar sobre todo los derechos del individuo o de ciertos grupos sociales ante el Estado, los otros elementos del concepto de Estado de derecho apuntan de manera más general a la organización del Estado y a la gestión de los asuntos públicos, (haciendo referencia a los derechos políticos). Sin embargo, ambos enfoques persiguen el mismo fin; es decir, obligar a los poderes públicos a respetar los principios jurídicos de primordial importancia y limitar sus poderes discrecionales. La relación entre democracia y Estado de derecho es más compleja”. 26/

I. Estado de Derecho y la Paz

Con Juan XXIII, la Iglesia aborda el problema trascendental de la paz. Juan Pablo II, en *Laborem Exercens* insertó *Pacem in Terris* conscientemente, dentro del cuerpo de la Doctrina social de la Iglesia y razonó su decisión a partir del binomio conciliar Justicia y Paz. El genio de la Iglesia, vino a decir que consiste en luchar por la justicia, con las armas de la paz y con la pretensión de una victoria cuyo contenido es asimismo, la paz.

Pacem in Terris aborda el desorden de las relaciones humanas de convivencia. Éstas emergen extrañamente aberrantes en un mundo cuyo ordenamiento subracional, sincrónicamente considerado, sigue unas leyes concretas. La Encíclica se subdivide en cinco partes, reductibles a tres secciones. La primera sección (y primera parte) aborda las relaciones sociales. Su principio fundamental es: todo hombre es persona. ¿Y qué es ser persona? Es ser, una naturaleza inteligente y libre, sujeto de derechos y de deberes que son, a la vez, universales, inviolables e inalienables; naturaleza que ha sido elevada al orden sobrenatural: en y por Cristo el hombre es hijo de Dios, Padre.

La encíclica enumera con sobria abundancia, una serie de derechos que fluyen de las personas, los cuales implican a su vez un recíproco conjunto de deberes. La convivencia humana es genuina y estable, cuando estriba al

mismo tiempo en la exigencia constante y coherente de los derechos, y en la práctica permanente y consecuente de los respectivos deberes. Cuando el ser humano se comporta de este modo, se abre a la verdad, a la justicia, al amor y a la libertad, y por consiguiente, a Dios, fundamento tanto de los valores que enriquecen a la persona como de la persona que origina los valores.

La Encíclica “Pacem in Terris” es una carta escrita en diálogo con el mundo moderno partiendo de valores humanos universalmente reconocidos como la verdad, la justicia, la libertad, el amor; es el cuadrilátero sobre el cual el Papa Juan Pablo apoya la paz. Efectivamente, la experiencia ha demostrado en América Latina que después de salir de prolongadas y crueles guerras civiles, una sociedad reconciliada sólo es posible en un clima de libertad democrática, de búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos, de justicia frente a la violación de los derechos humanos y en último término, de clemencia. La carta no fue escrita en el estilo de un maestro sino en el de un hermano, no acudiendo a la imposición sino a la persuasión.

Como principal e insustituible fundamento ético de la paz, Pacem in Terris pone la dignidad y los derechos de la persona humana. Es un elemento novedoso y sumamente importante, ya que la Iglesia por mucho tiempo no había reconocido explícitamente los Derechos Humanos. Y se invoca además, una fuerte salvaguardia de estos derechos por parte de una autoridad mundial; entre líneas, la encíclica sugiere que ha llegado la hora de pasar de la ONU de los poderosos (de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad), en la que continentes enteros como América Latina y África tienen muy poco peso en las decisiones mundiales. 27/

El Papa Juan Pablo, con este pensamiento, ya intuía que el verdadero muro que separaba a los pueblos, sino el que se había levantado entre los países del norte y los del sur del mundo. El Estado y el derecho deben estar al servicio de la paz, ese debe ser uno de sus fines y el Estado, no como un ente aislado sino como miembro de la comunidad de las naciones. El derecho al servicio de la paz, aparece en la realidad nuestra como el camino racional para resolver el conflicto; con aparente eficacia ha funcionado a partir de los casi veinte años de los Acuerdos; pero la burocratización de la insurgencia, a partir de 2009, nos muestra que el análisis, compromiso y deberes políticos estarían siendo desplazados por la conveniencia de la dirigencia del Frente; resolver el problema de la justicia es una tarea pendiente, pues el problema económico social, fuente primaria del conflicto está intacto, con algunos movimientos e impulsos del actual gobierno; el problema de la inseguridad, reduce al Estado, a un actor incapaz de superar la violencia social y especialmente el

crimen organizado, un tema que necesariamente abordaremos más adelante, pues la seguridad, para el gobierno, es un deber constitucional, ya que es uno de los fines del Estado, para algunos, el más importante; este es el mayor desafío en el momento actual: la violencia en historia más reciente, el Papa Juan Pablo II, nos dice que es “preciso reconocer que la Organización de las Naciones Unidas, incluso con límites y retrasos debidos en gran parte al incumplimiento por parte de sus miembros, ha contribuido a promover notablemente el respeto a la dignidad humana, la libertad de los pueblos y la exigencia del desarrollo, preparando el terreno cultural e institucional sobre el cual construir la paz”. Llama a los jefes de las naciones a promover la paz, a los juristas, a abrir caminos de entendimiento pacífico, a los educadores de la juventud, a trabajar por la formación de las conciencias en el camino de la comprensión y del diálogo, a las mujeres y hombres tentados por el terrorismo, como instrumento inaceptable, comprometiendo de raíz la causa por la que están combatiendo; a que mejor trabajen por la paz y nos llama a todos a la paz posible y que al ser posible es también una necesidad apremiante.” 28

Este llamado es también para nosotros, para que trabajemos por la paz de El Salvador y que la Constitución sea instrumento de justicia y de paz. En 2004 Juan Pablo II reiteró su llamado por la paz: “En los veinticinco años de Pontificado, que el Señor me ha concedido hasta ahora, no he dejado de levantar mi voz, ante la Iglesia y ante el mundo, para invitar a los creyentes, así como a todas las personas de buena voluntad, a hacer propia la causa de la paz, para contribuir a la realización de este bien primordial, asegurando así al mundo una era mejor, en serena convivencia y respeto recíproco.

Para lograr la paz, educar a la paz. Esto es hoy más urgente que nunca porque los hombres, ante las tragedias que siguen afligiendo a la humanidad, están tentados de abandonarse al fatalismo, como si la paz fuera un ideal inalcanzable; también llamó a Educar a la legalidad: La paz y el derecho internacional están íntimamente unidos entre sí: el derecho favorece la paz.

Entre todos estos principios destaca ciertamente aquél según el cual *pacta sunt servanda*: los acuerdos firmados libremente deben ser cumplidos. Ésta es la base y el presupuesto inderogable de toda relación entre las partes contratantes responsables. Su violación llevaría a una situación de ilegalidad y de consiguientes roces y contraposiciones, que tendrían repercusiones negativas duraderas. Es oportuno recordar esta regla fundamental, sobre todo en los momentos en que se percibe la tentación de apelar al derecho de la fuerza más que a la fuerza del derecho.

La observancia del derecho. La defensa y promoción de la paz fueron el centro de un sistema normativo e institucional actualizado ampliamente, para proteger la paz y la seguridad global, y fomentar los esfuerzos de los Estados para mantener y garantizar estos bienes fundamentales de la humanidad, los Gobiernos crearon una organización específica al respecto –la Organización de las Naciones Unidas–, con un Consejo de Seguridad dotado de amplios poderes de acción. Como eje del sistema se puso la prohibición del recurso a la fuerza. Una prohibición que, según el conocido Cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas, prevé únicamente dos excepciones.

Una, confirma el derecho natural a la legítima defensa, que se ha de ejercer según las modalidades previstas en el ámbito de las Naciones Unidas; por consiguiente, dentro también de los tradicionales límites de la necesidad y de la proporcionalidad. La otra excepción es el sistema de seguridad colectiva, que atribuye al Consejo de Seguridad la competencia y responsabilidad para el mantenimiento de la paz, con poder de decisión y amplia discrecionalidad.

El sistema elaborado con la Carta de las Naciones Unidas debía haber preservado «las futuras generaciones del azote de la guerra, que dos veces, en el arco de tiempo de una vida humana, ha infligido indecibles sufrimientos a la humanidad». En los decenios sucesivos, sin embargo, la división de la comunidad internacional en bloques contrapuestos, la guerra fría en una parte del globo terrestre, así como los violentos conflictos surgidos en otras regiones y el fenómeno del terrorismo, han producido un alejamiento creciente de las previsiones y expectativas de la inmediata posguerra. Un nuevo ordenamiento internacional.

Sin embargo, es preciso reconocer que la Organización de las Naciones Unidas, incluso con límites y retrasos debidos en gran parte al incumplimiento por parte de sus miembros, ha contribuido a promover notablemente el respeto de la dignidad humana, la libertad de los pueblos y la exigencia del desarrollo, preparando el terreno cultural e institucional sobre el cual construir la paz.

La acción de los Gobiernos nacionales recibirá un gran impulso al constatar que los ideales de las Naciones Unidas están muy extendidos, especialmente a través de los gestos concretos de solidaridad y de paz de tantas personas que trabajan en las Organizaciones No Gubernativas y en los Movimientos en favor de los derechos humanos.

Vaticano, 8 de diciembre de 2003”.

Bibliografía

- 1/ Enmanuel Sieyes, ¿Qué es el Tercer estado? Qu'est ce que le tiers Etat? ¿Estado Llano? Prólogo de Valentín Álvarez, Instituto de Estudios Políticos, 1950. Madrid.
- 2/ Paúl Lucas Verdú, Curso de Derecho Político. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1980.
- 3/ Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, de Alianza Universidad, Textos, con Prólogo de Manuel García Pelayo, Madrid, España, 1982, Pág.30.
- 4/ Las Constituciones de la República de El Salvador, Publicación de la Unidad Técnica Ejecutora, UTE, Talleres Gráficos UCA. 1993.
- 5/ Domínguez Sosa, Julio, Ensayo Histórico, Sobre las tribus nonualcas y su caudillo Anastasio Aquino. Dirección General de Publicaciones. San Salvador, Págs. 83-84.
- 6/ Vidal, Manuel, Nociones de Historia de Centroamérica, Editorial Universitaria: San Salvador, Pág.169.
- 7/ *Ibíd.*, Pág.169.
- 8/ *Ibíd.*, Págs.171-172.
- 9/ *Ibíd.*, Pág.172.
- 10/ *Ibíd.*, pág. 173.
- 11/ Domínguez Sosa, Julio, obra citada, Págs.89-90.
- 12/ Nicolás Maquiavelo, El Príncipe, El Ateneo Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1957, Pág. Cap. XVIII, Pág. 510.
- 13/ Geraldina Portillo., El Origen de la Burguesía Cafetalera: Caso de La Libertad. El Salvador Historia General, Oscar Martínez Peñate, Editorial "Nuevo Enfoque", El Salvador 2008, Pág. 45. Ap. Postal 01-197 San Salvador, El Salvador, Pág. 66. XX vid. José María Méndez padre, Historia Constitucional de El Salvador, Tomo Octavo, Universidad Tecnológica de El Salvador, 1999, San Salvador.
- 14/ *Ibíd.*, Pág. 67.
- 15/ Karl Löewenstein Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1996.
- 16/ José Miguel Cruz, Los factores posibilitadores y las expresiones de la violencia en los noventa, Revista ECA, UCA Editores, No.588, octubre de 1997.
 - 16.1/ Salvador Samayoá, El Diario de Hoy, sábado 9 de octubre de 2010.
- 17/ Luis Armando González, Acerca de la transición a la democracia Revista ECA 1996, UCA Editores, Estudios Centroamericano –EC-), No. 573-574, julio-agosto de 1996.

- 17.1/ Mauricio R. Alfaro, EL FMLN: LOS ACUERDOS DE PAZ DE 1992 Y LA VICTORIA ELECTORAL, Miércoles 9 de septiembre de 2009, Argenpress/CEPRID, cita “un texto muy optimista titulado La Nueva Suramérica, publicado en Rebelión, periódico electrónico español, Sr. Ignacio Ramonet.
- 17.2/ *Ibíd.*
- 18/ Aristóteles, La Política, Libro Tercero, Cap. V, El Ateneo, Buenos Aires, 1959.
- 19/ Versión de Jean Touchard Historia de las Ideas Políticas. Editorial, Semilla y Surco, Tecnos, Madrid, 1990, Pág. 41.- vid. Platón, la República o el Estado, Editorial Iberia, España, Cuarta Edición. 1966, Pág., 279, Libro Octavo.
- 20/ Conrad Hesse: Manual de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, España.2001.
- 21/ Wilhelm Dilthey. Historia de la Filosofía. Fondo de Cultura Económica.
- 22/ George Jellinek, Teoría General del Estado, 2ª. Edición, traducción y prólogo de Fernando de los Ríos, Compañía Editorial Continental, México, D.F, 1958, Pág. 199.
- 23/ *Ibíd.*, Pág. 208. Vid. V.S Prokovski y otro. Historia de las Ideas Políticas, Editorial Grijalbo, S.A, México, D.F. 1966, Pág. 323.
- 24/ Jimena Aguilar, PNUD reclama mayor redistribución de Ingresos en América Latina y el Caribe. El Faro. 20 de septiembre de 2010. elfaro.net /
- 25/ La Agencia Suiza para el desarrollo (COSUDE), sobre este aspecto y en un trabajo investigativo, que ha tenido como soporte la Universidad de Berna y profesores calificados integrantes del grupo investigador: Derechos Humanos/Estado de Derecho.
- 26/ *Ibíd.*
- 27/ Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II reiteró la invitación a trabajar por la paz y expresó lo siguiente: Constitución, Paz y Doctrina Social de la Iglesia PACEM IN TERRIS, JUAN XXIII, 1963, 27 a la ONU de los pueblos (en el documento se habla de “comunidad de los pueblos”, n. 12
- 28/ Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, del Papa Juan Pablo II, en su mensaje de 1º. De enero de 2004, XXXVII Jornada Mundial de la Paz 2004, Un compromiso siempre actual: educar para la paz.- http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20031216_xxxvii-world-day-for-peace_sp.html

Tercera parte

Efectos de los Acuerdos de Paz

— TÍTULO V —

Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales

Resumen

“El fin del enfrentamiento armado y el comienzo de la paz necesitan monumentos pero estos carecerán de sentido sino responden a nuevas realidades sociales y culturales. Si no van acompañadas de una nueva realidad nacional, serán monumentos inútiles, destinados al olvido. El mejor monumento, y el más difícil, consiste en liberar a nuestra sociedad de la pobreza y de la injusticia”

Palabras clave: Constitución real y formal, Problemática social, sociedad vs. Estado insurgencia, Acuerdos de Paz.

Capítulo Único

Los Antecedentes inmediatos de los Acuerdos

A. El Movimiento Social. Problemática General

Gran parte del siglo XX se desarrolló bajo la influencia de factores ineludibles e inevitables, herencia del sistema liberal adoptado en el siglo XIX, caracterizado por la supresión de la propiedad social, el implantación casi total de una nueva estructura de la tenencia de la tierra, y la conformación de un modelo agro exportador, financiero de tipo dependiente, que dio paso a la configuración de una sociedad polarizada, sustentada en una constitución formal, que incluía los preceptos del liberalismo político, pero también del liberalismo económico, favorable este último, a los detentadores de los derechos de propiedad en todas sus manifestaciones; estos fueron los ingredientes del descontento social que tiene su más relevante explosión en 1932, que se mencionó antes.

Ese acontecimiento y la forma de encararlo, la nula visión política para resolver la crisis sobreviniente, por la recién iniciada dictadura de Hernández Martínez, la cruenta represión del movimiento democrático del año 1944, la consolidación del militarismo en el control del poder, todos ellos son los factores que empujaron, por los años setenta a un sector de los ciudadanos, a una ilusoria solución del conflicto por medio de la guerra.

Debe mencionarse, que algunos esfuerzos se orientaron a proponer como forma de afrontar el conflicto nacional, una estrategia político constitucional que se generaría después del golpe militar de 1948, mediante la promulgación de la Constitución intervencionista de 1950, que supuestamente daría cobertura a un Estado Social de Derecho y en el que por primera vez se introducía un programa de derechos sociales y económicos, y que aún se mantienen, pero que en la práctica solamente sirvieron para dar una apariencia o disfraz de un orden constitucional populista, pero antidemocrático, el cual encuentra resistencia en el sector campesino, pero especialmente en el sector obrero urbano organizado, que junto con intelectuales, estudiantiles y pequeña burguesía, fueron generando un movimiento opositor, no sólo en el campo intelectual, sino en los hechos, como manifestaciones, huelgas, movilizaciones, acciones violentas, etc.,

No se puede ni debe ignorar que la salud, el trabajo, la seguridad social, la propiedad privada en función social, los principios de justicia social, la libertad económica en lo que no se opone al interés social, etc., fueron consagrados por la Constitución de 1950, confirmados por la actual Constitución de 1983; sin embargo, los gobernantes los han aplicado con dudas, sin ideas definidas, con grandes dificultades, impulsando el modelo de desarrollo capitalista, que con su política de acumulación, es el que menos soluciones tiene para la cobertura de los mismos.

Debe reconocerse, sin embargo, que los derechos sociales no han alcanzado en ninguna época, una solución integral capaz de dar satisfacción a todos los requerimientos de la sociedad humana; en el momento de formular este análisis, países como España, Suecia, Francia, con programas social demócratas muy desarrollados, se han visto en la necesidad de hacer ajustes en materia de prestaciones, que se han considerado hasta hoy como no renunciables, tales como la edad de retiro, los seguros de salud, la atención de los migrantes, etc., pero no son supresiones arbitrarias, torpes y deshumanizadas, sino que se introducen correctivos más pragmáticos, incrementando los niveles de producción, de empleo decente, de salarios dignos, el combate a la corrupción, etc., que en El Salvador, son imágenes desconocidas, que no impactan al sector capitalista, que estaría llamado a promover las fuentes de producción y empleo, y que se explica políticamente, por una calculada y sorda oposición al gobierno actual, que aunque moderado, no les infunde confianza, dada su vinculación necesaria con el FMLN, de raigambre y compromisos socialistas, parte de su programa político y compromiso ideológico.

Las expectativas que se formaron los grupos sociales cuando se promulgó la Constitución de 1950, confirman algo que ya hemos señalado anteriormente, que la Constitución real, no siempre corresponde a la constitución formal, es decir el planteamiento de Lassalle, “que los factores reales de poder, la aristocracia, la monarquía, los banqueros, la gran burguesía y que al sumarse forman esos factores y estos escriben sus decisiones en la hoja de papel, es decir la constitución formal; pero la concordancia entre una y otra no siempre o casi nunca se cumple”.^{1/} Löewenstein en su clasificación de las Constituciones plantea como el hecho de que la “constitución normativa es la que se cumple efectivamente en el Estado, o sea cuando la Constitución formal coincide con la constitución real; pero hay sociedades donde la constitución es meramente semántica, que está alejada de la realidad y es simplemente un disfraz”.^{2/}

Es esto lo que se consiguió en la realidad y praxis de la Constitución de 1950, cuyo programa de derechos sociales, abrió una esperanza, tal como se ha indicado anteriormente, para los grupos sociales más vulnerables, especialmente a los trabajadores y a sus familias; si bien es cierto, se crearon algunas instituciones imitando un Estado social de derecho, en la práctica, éste se decantó por prestaciones débiles, a cambio de un sistema autoritario, que encontró su sostén en la Fuerza Armada, que con el tiempo se desbordó en el conflicto político social, que se acelera a la caída del presidente José María Lemus en 1960; los veinte años siguientes caracterizaron una dura represión a los sectores populares, hecho en que la insurgencia salvadoreña, fundamenta y justifica, su declaratoria de guerra militar, intensificada después del golpe de estado del 15 de octubre de 1979, del gobierno de la Junta Revolucionaria de Gobierno y de la vigencia de la Constitución de 1983.

Estas posiciones, todavía producen un enfrentamiento real y dividen a la sociedad salvadoreña; los entendimientos son mínimos y la sociedad civil y la política partidaria, también dividida, con pocas posibilidades de entendimiento, dado que todavía las diferencias sociales, en El Salvador todavía responden a la idea de: “nosotros” o “ellos” o sea a la fórmula de amigo-enemigo. La percepción que tiene un grupo de sí mismo y el “otro” grupo de sí mismo, pero en posiciones diferentes, los cohesiona, les da sentido de pertenencia, de identidad en ese grupo; esas identificaciones son dinámicas, dependen de los riesgos o peligros en que se encuentren, de tal manera que los enemigos de hoy pueden ser aliados mañana, en otras circunstancias, sobre la base de que el peligro común une a los más encarnizados enemigos (Maquiavelo).

Una sociedad dividida, que lamentablemente se mantiene y que ha producido la polarización de todos los sectores: gobierno-oposición; capital-trabajo; Estado-sociedad; instituciones-instituciones; partidos-partidos; donde la polarización no se evidencia, las relaciones no son muy felices, tal es el caso de la familia, las comunidades, los gremios, etc.

Paradójicamente, e inclusive, después de los Acuerdos de Paz, se advierte una serie de decisiones económicas que sólo han favorecido a la gran empresa nacional y transnacional: La privatización de la empresas nacionales, privatización de la banca, y el paso de la banca nacional, a la internacional; la dolarización de la economía, el Tratado de Libre Comercio; la renuncia para regular el mercado de los hidrocarburos, el empobrecimiento del empleo, al grado que PNUD, lo ha calificado como “mercado de empleo indecente”.

Este es el gran reto de El Salvador de hoy, determinar, trabajar, enfrentar las resistencias, que insisten en no saber que antes de los posicionamientos y beneficios sectoriales, es urgente remover las escorias mentales, para devolver a la sociedad en su conjunto, lo que les ha sido quitado y evitar una nueva confrontación, en las que los actores serán distintos, si es que no son ya, a los que hasta ahora han figurado en la contienda nacional. Es urgente enfocar, analizar, distinguir y buscar soluciones al fenómeno delincencial actual, donde el crimen organizado en las distintas formas en que se hace visible, está deteriorando las bases sociales y deja muy rezagada la idea y política de seguridad ciudadana.

B. Responsabilidades Estatal

Estas realidades sociales y jurídicas exigen del Estado, dos actitudes distintas para no incurrir en la desidia ni en el autoritarismo: 1. En cuanto al primer grupo de derechos, el Estado se abstiene de perjudicar las libertades individuales, es un deber de abstención; 2. En el segundo caso, el deber del Estado es de acción, o sea, de actuar proactivamente, a efecto de procurar atención a la sociedad, en aquellos requerimientos que no puede cubrir la mayoría de los individuos que la conforman. Es todo lo que se refiere al bien común, a los sistemas de seguridad social, formas de redistribución de la riqueza, propiedad social, etc., (vid. Supra, Ivette Cardona, Título Segundo).

Quiere decir, que el proceso evolutivo del Estado de derecho hay que rescatarlo, mantener los derechos de libertad, los derechos sociales, pero en un ambiente de democracia: ese es el reto de las sociedades y de los

Estados, superar el autoritarismo intervencionista, combatir las dictaduras, mantener los logros o efectos positivos del individualismo y del socialismo y construir, aunque con las limitantes de la crisis económica, el Estado Social y Democrático de Derecho, como en España, Alemania, Suecia, Finlandia, Italia, y en general, en los países europeos y probablemente, en algunos países iberoamericanos; un Estado respetuoso de los derechos de libertad, producto del Estado de derecho clásico, pero con una visión social; es decir, la consideración a que los seres humanos estamos inmersos en las distintas formas del ser social, la familia, la comunidad, la sociedad, etc., fundados en las decisiones soberanas de sus componentes, o sea una democracia militante, participativa, es decir democrática, que además considere la necesidad del desarrollo humano y se oriente a la paz del mundo: ¿Es mucho pedir?

C. Aparecimiento de la Insurgencia

El presunto cambio social que se lograría a partir de aquella Constitución, trajo en efecto, algunos alivios que no alcanzaron a modificar siquiera superficialmente la complicada estructura social salvadoreña, donde las diferencias de condiciones de vida, sólo reflejaron que el diez por ciento de la población se repartía el noventa por ciento de la riqueza nacional y que todavía se mantiene, sólo formó el convencimiento de que el cambio real solamente sería posible mediante la revolución, en su concepción marxista; es decir, la conquista del poder mediante la sustitución de la burguesía (oligarquía) por el proletariado; la realidad de todos esos eventos y sus resultados, son los que ahora podemos conocer y evaluar.

En 1977, en un ambiente generalizado de protestas, de tomas de tierras y edificios públicos, que agudiza una campaña de represión a los sectores populares, asume el cargo de Presidente de la República el general Carlos Humberto Romero, en cuyo mandato crece el descontento popular, un clima de desobediencia, de represión, de persecuciones, y un proceso de organización político militar de los sectores populares, producto de la estrategia anunciada, según se registra en un documento del FMLN, en el que se dice: “El primero de abril de 1970, marcó el impulso de la estrategia política militar en que grandes sectores del pueblo salvadoreño encontraron el instrumento necesario y adecuado para desencadenar la lucha armada, por la conquista de las transformaciones económicas, sociales políticas, militares y por el programa de la Revolución Democrática y Socialista, que llevará el bienestar a las mayorías desposeídas”. 3/ Inspirada o no en Maquiavelo, la izquierda

hizo suya esta sentencia: “Toda la guerra es justa, cuando es necesaria, y es legítima la apelación a las armas, cuando éstas son el postrer recurso de un pueblo”.

La decisión documentada por el FMLN explica fundamentalmente dos cosas: 1. El descalabro del gobierno de Romero, por la oposición política y la estrategia político militar mencionada, que tendría como respuesta altos niveles de represión de parte del gobierno; recíprocamente esta decisión del gobierno, lo debilitó, tanto interior como exteriormente; la denuncia de la Iglesia y especialmente la posición de Monseñor Romero, Arzobispo de San Salvador, no eran buen augurio para sostener al gobierno del general Romero.- 2. La misma decisión mantenida por la izquierda, conforme a ese documento, no permitiría el sostenimiento del proyecto político militar que en 1980, impulsarían la Democracia cristiana y la Fuerza Armada.

“El Salvador se encontraba no sólo en una situación trágica, sino en un callejón sin salida. Lo grave no era sólo la escalada de los conflictos, sino su ritmo sin solución previsible. El país se encontraba en un callejón, cuyos márgenes eran cada vez más angostos y por ello, los problemas sociales eran cada vez más densos. Las posiciones y los grupos sociales se habían radicalizado, lo cual conducía al enfrentamiento, que tampoco era una salida. En esta polarización acelerada de fuerzas, los talentos y voluntades mejores de ambos bandos fueron eliminados o silenciados o abandonaron el país, precisamente, cuando más necesarios eran”. 4/

Los párrafos precedentes, indicativos de decisiones tomadas por sectores pertenecientes a la sociedad salvadoreña, en sus diversos estratos, reflejan el grado de polarización a que condujo la forma, intención y estilo con que se manejó la cuestión social por el gobierno de la República, en el período a que se refiere este estudio.

D. Historia reciente que precedió a los Acuerdos de Paz

No cabe ninguna duda que la gestión del presidente Romero se había agotado y también marca el principio de la lucha, supuestamente para poner fin al modelo social político y económico, que también se agotaba; de tal manera, que ante el planteamiento, decisión, estrategia de guerra, etc., que la izquierda impulsaba, fue necesario por otra parte, el movimiento de civiles y militares que planificaron el golpe de estado del 15 de octubre de 1979. Esto es a lo que la izquierda ha denominado el proyecto contrainsurgente, “promovido y financiado por los Estados Unidos”.

La Proclama de la Fuerza Armada. El 15 de octubre de 1979, “la Fuerza Armada de El Salvador, plenamente consciente de sus sagrados deberes para con el Pueblo Salvadoreño y compenetrada con el clamor de todos sus habitantes contra un gobierno que:” 5/

- 1°. Ha violado los Derechos Humanos del conglomerado;
- 2°. Ha tolerado y fomentado la corrupción en la Administración Pública y de la Justicia;
- 3°. Ha creado un verdadero desastre económico y social;
- 4°. Ha desprestigiado profundamente al país y a la noble institución armada.

“La Proclama en referencia tiene una serie de “considerandos”, que explican y sustentan la decisión de la “Fuerza Armada, cuyos miembros siempre han estado identificados con el pueblo, decide con base en el Derecho de insurrección que tienen los pueblos cuando los gobernantes se apartan del cumplimiento de la ley, deponer al Gobierno del General Carlos Humberto Romero e integrar próximamente una Junta Revolucionaria de Gobierno”. 6/ Tres cosas de este párrafo, nos parece que deben comentarse:

La Fuerza Armada, invoca el Derecho de insurrección y supone actual en nombre del pueblo:

Decide deponer al gobierno del General Carlos Humberto Romero;
Integrar la Junta Revolucionaria de Gobierno.

Cuando se da el Decreto No. 1 de la Junta, ésta no se pronuncia sobre su propia creación, al contrario, acepta que fue creada, “según lo acordado en acta emitida por los Jefes y Oficiales de la Fuerza Armada, en la Primera Brigada de Infantería”.

La insurrección es un hecho que algunas constituciones como la nuestra, la elevan al rango de derecho constitucional, mejor desarrollado en el derecho político francés se deriva de uno de los instrumentos políticos clásicos como la Declaración de Derechos, del Acta Constitucional de 24 de junio de 1793, en cuyo Art. 35 se afirmaba que cuando “el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección se convierte tanto para el pueblo como para los individuos en el más sagrado de los derechos y en el más indispensable de los deberes.”

El Acta consagra otras declaraciones políticas, que se transcriben dada su importancia en la evolución que los pueblos dirigen para su propia liberación: “En consecuencia, proclama en presencia del Ser supremo, la siguiente declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: ARTICULO 28. Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras.

ARTICULO 33. La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre. ARTICULO 34. Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno sólo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social es oprimido. ARTICULO 35. Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada una de sus porciones, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.

La Junta Revolucionaria de Gobierno

Al emitirse el Decreto No.1 de La Junta Revolucionaria de Gobierno, se ordena: 1. Asumir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; 2. Invocando el derecho de insurrección depone a todo el gobierno; Reconoce la vigencia de la Constitución de 1962; 3. Gobernar con base en Decretos Leyes, un Decreto No. 7. 4. interpretó auténticamente el Decreto No. 1, en el sentido de reconocer la Constitución, pero suspende la aplicación de las normas relativas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo y al período de duración de los Concejos Municipales. La suspensión de estas disposiciones durará hasta que todos esos funcionarios sean electos y tomen posesión de sus cargos, como consecuencia del ejercicio del derecho de sufragio, en las elecciones que se convocarán oportunamente.

Los Decretos confirman esencialmente, algo que la Asamblea de Jefes y Oficiales de la Fuerza Armada habían dicho, pero además, se menciona que el período transitorio terminará con las elecciones generales, para lo cual convocarán oportunamente. Esta oferta creaba, especialmente en el gran capital, empresa privada y en general, en los sectores dominantes, alguna sensación de alivio, en el sentido de que las cosas volverían al cauce y a los niveles en que ellos se sentían más a gusto, según se ha comentado en los párrafos precedentes.

Sin embargo, la Junta presionada, ahora ya por un Pacto celebrado entre el Partido Demócrata Cristiano y la Fuerza Armada, por el cual se exigían

compromisos más concretos que propiciaran algo de lo propuesto en la Proclama de la Fuerza Armada, dio el polémico Decreto 114, por el cual se reconocía la vigencia de la Constitución de 1962, “en lo que fuere compatible con la naturaleza del presente régimen y no contraríe los postulados y objetivos de la Proclama de la Fuerza Armada del 15 de octubre de 1979 y su línea de gobierno especialmente en lo relativo a las medidas tendientes a:

- 1) Hacer efectiva la nacionalización del Comercio Exterior;
- 2) Regular e implementar una reforma agraria integral;
- 3) Nacionalizar la banca del país;
- 4) (Otros cambios relacionados con la separación de bienes de la masa de la Hacienda Pública, derechos laborales, expropiaciones, etc.).

El anterior Decreto, que tocaba la estructura económica prevaleciente en sus componentes más sensibles, motivó una reacción airada de los sectores económicos, de los profesionales del derecho, de la prensa nacional y en general, de sectores estrechamente vinculados al régimen depuesto. 8/

Podríamos afirmar que lo dispuesto en la Constitución de 1983, y menos de diez años después de su vigencia requirió de una revisión, producto de la guerra y de los Acuerdos de Paz; esa es la lectura de la historia de lo que ocurre con las reformas de 1991, o sea, la manifestación de que las constituciones escritas deben contar con los distintos factores de poder, que se mueven en la sociedad, para que la Constitución no sea un instrumento formal, sino que sea un documento coherente, que refleje el acuerdo social, aunque a veces parece imposible, pese a que los Acuerdos demuestran que no, acuerdo necesario para que la Constitución sea instrumento de cohesión entre los distintos agrupamientos humanos.

Después de doce años de guerra entre el gobierno del Estado salvadoreño y la insurgencia, con sus explicaciones históricas, políticas, ideológicas, etc., abordadas en muchos estudios, y que en éste se incluyen en lo estrictamente necesario, para la mejor comprensión de la conformación constitucional, que El Salvador ha logrado hasta ahora; después de estos años, decimos, las denominadas partes en conflicto, decidieron cambiar su estrategia, metodología e instrumentos de lucha, por una estrategia más racional y humana, y que fue encontrada en el diálogo-negociación, ésta última pros-crita el vocabulario político, en 1982, cuando el entonces Presidente de la

República, Álvaro Magaña, sentenció que en el conflicto había mucho que dialogar, pero nada que negociar.

Rumbo a los Acuerdos

1. Ocho años después, los mismo actores del drama salvadoreño, superaron ese dogma, luego de que el 4 de abril de 1990, el Secretario General de la ONU se decide a dar cumplimiento al mandato de buenos oficios que le confirió el Consejo de Seguridad, cuyo propósito era el terminar el conflicto armado en el país por la vía de la negociación.

El primer anuncio lo dio Bernard Aronson, Subsecretario de Estados para Asuntos interamericanos en un audiencia de la Cámara de Representantes, del Congreso de los Estados Unidos de América, donde expresó lo siguiente: “ha llegado el momento de poner fin a la matanza en El Salvador; ha llegado el momento de poner fin a la guerra” (24 de enero de 1990). 9/

El número 1 del Acuerdo, de Ginebra (4 de abril de 1990) DICE:

- I. “El propósito del proceso será el determinar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derecho humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña “. 10/

El inciso 2º de este mismo acuerdo propone la incorporación y garantías para la incorporación del FMLN, a la actividad del Estado y bajo la observación del Secretario General de la ONU.

- II. El Acuerdo de Caracas de 21 de mayo de 1990, fijó la Agenda General y Calendario del Proceso de Negociación, siendo los primeros acuerdos políticos los siguientes:

- 1.- Fuerza Armada
- 2.- Derechos Humanos
- 3.- Sistema Judicial
- 4.- Sistema Electoral
- 5.- Reforma Constitucional
- 6.- Problema Económico social
- 7.- Verificación por la ONU. 11/

- III. En San José, Costa Rica, el GOES-FMLN suscribieron un ACUERDO SOBRE DERECHOS HUMANOS (26 de julio de 1990), además de los

puntos específicos y concretos relacionados con la situación especial de El Salvador, y conforme la percepción de las comisiones negociadoras se ratificó la intención de reconocer los derechos fundamentales, reconocidos por la constitución como por los tratados internacionales suscritos por El Salvador.

En cumplimiento de la Agenda de Caracas, las partes acordaron en México, (27 de abril de 1991): Elevar a la categoría de intenciones para una reforma constitucional los temas relacionados en la Agenda de Caracas; estas reformas serían sobre (vid supra II).- 12/ Las Reformas Constitucionales introdujeron la figura del Procurador General de Derechos Humanos y decidieron:

- 1° Velar por el respeto y la garantía a los Derechos Humanos.
 - 2° Investigar, de oficio o por denuncia que hubiera recibido casos de violación a los Derechos Humanos.
 - 3°. Asistir a las presuntas víctimas de violaciones de los Derechos Humanos.
 - 4° Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos.
 - 5° Vigilar la situación de las personas privadas de libertad. Será notificada de todo arresto y cuidará que sean respetados los límites legales de la detención administrativa. 13/
- IV. Los Acuerdos de Paz de 16 de enero de 1992, o sea, la Declaración de Chapultepec, pueden resumirse así:
- 1) Derechos Humanos: Vid. Supra: III
 - 2) Sistema electoral
 - 3) Fuerza Armada y Policía
 - 4) Reforma Judicial

V. Texto de las Reformas constitucionales

Sistema Electoral y Partidos Políticos

El cambio básico que se ha operado en el campo electoral es el de crear un Tribunal Supremo Electoral. Particularmente, creemos que con esto no es mucho lo que se ha obtenido. En este campo lo que tendría que definirse

es la función del gobierno en esta coyuntura histórica, y las posibilidades de lograrla, por medio de una estrategia que obviamente no definirá en la Constitución ni en el Código Electoral. “Crear un tribunal para que administre unas elecciones no es un logro que nos lleva a abrigar esperanzas de un cambio nacional en beneficio de los sectores mayoritarios de la población. El sistema absolutista conservador controlado por las elites políticas y económicas no ha permitido cambios sustanciales”, aunque justo es reconocer, que el hecho que se haya producido la alternancia en el 2009, puede reflejar un grado de organización de los sectores de la izquierda o un desgaste profundo en las estructuras de la derecha. 14/

En lo político, se establece un sistema democrático, pluralista sustentado en los principios de la democracia representativa, dejando que “los partidos políticos serían el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo en el gobierno”; se ha dado como explicación de esta decisión, como una medida ejemplar para que quienes quieran incidir en la vida del Estado, lo hagan de cara a la población, evitando que utilicen sus posiciones económicas, sociales, religiosas, etc., para manipular las decisiones de los ciudadanos; la experiencia ha demostrado que los partidos políticos no han respondido con sus cuadros de una manera eficaz, en el desarrollo político de la población; los partidos, generalmente responden intereses de grupos y hasta ahora, no se observan organizaciones permanentes capaces de conducir, orientar y ayudar a la población, excepto cuando es el período de las elecciones.

Es indudable, que el proceso ha degenerado en una partidocracia de cúpulas, aunque no se puede negar el arrastre de masas, que al menos dos de los partidos contendientes han mostrado y que electoralmente, denotan fuerzas plebiscitarias en los períodos de elecciones; pero el movimiento electoral no necesariamente es sinónimo de participación política ciudadana y en tal sentido, lo que se ha hecho con el monopolio partidario es enmascarar la dictadura representativa y no la conformación y consolidación democrática del sistema representativo, aunque presente algunos matices de pluralismo.

“En las reformas constitucionales de 1991, pactadas entre el FMLN y el Gobierno de ARENA, se afectó sustancialmente el sistema político. Se sacó de escena a determinantes del régimen de dictadura militar, se suprimieron los roles de la Fuerza Armada que era un gendarme armado de la oligarquía, y se redujo su papel a lo que un Estado democrático debe contener.

En esta materia, después de los Acuerdos, las disposiciones constitucionales quedaron en esta forma:

Art.77.- Para el ejercicio del sufragio es condición indispensable estar inscrito en el Registro Electoral elaborado por el Tribunal Supremo Electoral”. Los partidos políticos legalmente inscritos tendrán derecho de vigilancia sobre la elaboración, organización, publicación y actualización del Registro Electoral.

Art.79.- En el territorio de la República se establecerán las circunscripciones electorales que determinará la ley. La base del sistema electoral es la población.

Art. 82.- “Los ministros de cualquier culto religioso, los miembros en servicio activo de la Fuerza Armada y los miembros de la Policía Nacional Civil, no podrán pertenecer a partidos políticos ni optar a cargos de elección popular.

Tampoco podrán realizar propaganda política en ninguna forma el ejercicio del voto lo ejercerán los ciudadanos en los lugares que determine la ley y no podrá realizarse en las instalaciones militares o de seguridad pública.

Art. 208.- Habrá un Tribunal Supremo Electoral que estará formado por cinco Magistrados, quienes durarán cinco años en sus funciones y serán elegidos por la Asamblea Legislativa.

Tres de ellos, de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales, que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. Los dos magistrados restantes serán elegidos con el voto favorable, de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos, de dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán reunir los requisitos para ser Magistrados de la Cámaras de Segunda Instancia y no tener ninguna afiliación partidista.

Habrá cinco magistrados suplentes elegidos en igual forma que los propietarios. Si por cualquier circunstancia no se propusiere alguna terna, la Asamblea Legislativa hará la respectiva elección, sin la terna que faltare (ya sea la dos tercios y la de mayoría simple).

El Magistrado presidente será el propuesto por el partido o coalición legal que obtuvo el mayor número de votos en la última elección presidencial. El Tribunal Supremo Electoral será la autoridad máxima en esta materia, sin perjuicio de los recursos que establece esta constitución, por violación a la misma.

Art. 209.- La ley establecerá los organismos necesarios para la recepción, recuento y fiscalización de votos y demás actividades concernientes al sufragio y cuidará de que estén integrados de modo que no predomine en ellos ningún partido o coalición de partidos.

Los partidos políticos, coaliciones contendientes tendrán derecho de vigilancia de todo el proceso electoral”.

En el manuscrito del FMLN, que anuncia el inicio de la lucha armada, también reconoce que ni con los Acuerdos, el avance ha sido tan significativo: “la Revolución no está concluida. Falta mucho por hacer: mejor justicia social, mejor democracia, requieren transformaciones estructurales que conduzcan a un mayor y creciente más bienestar de todos los sectores desposeídos”. 15/

En el año 2010, una evaluación del FMLN, de acuerdo a una de sus figuras más representativas quien categóricamente ha manifestado:

“En las reformas constitucionales de 1991, pactadas entre el FMLN y el Gobierno de ARENA, se afectó sustancialmente el sistema político. Se sacó de escena a determinantes del régimen de dictadura militar, se suprimieron los roles de la Fuerza Armada que era un gendarme armado de la oligarquía, y se redujo su papel a lo que un Estado democrático debe contener”. (Diario Colatino, 23 de agosto de 2010).

E. Fuerza Armada y Policía

DEFENSA Y SEGURIDAD PUBLICA funcionarán como dos ministerios separados. En esto si hay algo de fondo: el Art. 159 Cn., crea la POLICÍA NACIONAL CIVIL, siempre que el cambio político sea capaz de crear una estructura de poder nueva, ¿nueva en qué? En todo. El primero que tiene que cambiar es el Presidente de la República, en el sentido de que este organismo está fuera de la política, y esto incluye al gobierno, o sea, que es un cuerpo del Estado, no del gobierno; se establece su independencia de la Fuerza Armada y se le han fijado como funciones: Garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos.

El Art. 104 de la Constitución española de 1978 dice que los cuerpos de seguridad se hallan bajo la dependencia del gobierno y tiene como misión, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Según las reformas aprobadas se introducen dos figuras nuevas: el Presidente nombrará al jefe de Seguridad Pública y a la Inteligencia de Estado. Dos cargos establecidos constitucionalmente que la ley secundaria deberá darles la ubicación conveniente y conforme el espíritu de la reforma.

Esta función del presidente es tan importante, como la de planificar el desarrollo económico y social, donde se requieren personas de gran capacidad y calidad humana, capaces de combinar la responsabilidad de sus cargos, con una vocación de servicio en que el compromiso político no ponga sombras a los propósitos de funciones tan delicadas. No se ha dejado de sugerir que ciertos cargos sean de responsabilidad de la Asamblea y no del Presidente; sin embargo, debe tenerse presente que “la función de la Asamblea no es gobernar, sino controlar al gobierno”. (Stuart Mill).

Y esto no sólo es un problema político, sino también de orden jurídico y sociológico. Europa y Estados Unidos han fijado con claridad la separación de lo que significa Seguridad Pública y Ejército, siendo factible por razones de defensa, que la seguridad pueda pasar al ejército; pero nunca éste hacer labores de seguridad; sobre este punto es necesario precisar el problema actual de seguridad en El Salvador, en el que podemos advertir, con preocupación, que los altos niveles de delincuencia han obligado a cambiar este propósito y lo que tenemos es el efecto contrario; la Fuerza Armada, ha tenido que asumir funciones y Responsabilidades compartidas en materia de seguridad, gracias a que la disposición constitucional admite que el Presidente de la República, pueda hacer uso de este recurso, en casos excepcionales, cuando seguridad Pública, no pueda hacer frente con sus recursos una situación grave como la que el país está afrontando que la disposición constitucional admite que el Presidente de la República, pueda hacer uso de este recurso, en casos excepcionales, cuando seguridad Pública, no pueda hacer frente con sus recursos una situación grave como la que el país está afrontando.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania hace cuestión de honor en este punto, agrega que los recintos militares jamás pueden constituir centros de detención y también en nuestro país no ocurre, pero podrían darse circunstancias que lo requieran, lo cual debería ser

preocupante para todos. Los numerales 17,18 y 19 también el Art. 163 están relacionados con el quehacer de la Policía Nacional Civil, el organismo de inteligencia. La idea es la de crear responsabilidades directas, que actualmente tiene el alto mando de la Fuerza Armada, diluyéndose los compromisos en un cuerpo colegiado: según estas disposiciones el Presidente asume responsabilidades y responde ante la Asamblea. Esto no deberá causar recelos y constituyen aspectos importantes de la reestructuración de la Fuerza Armada. Se da al Presidente mayor participación con el propósito de ir creando condiciones para que la Fuerza Armada responda al servicio de la sociedad y del Estado, evitando formas de imperialismo que ha causado tanto daño y deterioro a su imagen; durante mucho tiempo desde la irrupción en el poder por el general Martínez, en 1931, la estructura de poder militar estuvo al servicio de minorías, dio cobertura a un ropaje de seudo constitucionalista, que le pusieron del lado de un legalismo formalista y la enfrentó injustamente con los sectores mayoritarios. Es de esperar que esto sea retomado en el contexto de una sociedad abierta a la discusión, a la tolerancia, al pluralismo y a la concordia. 15.1/

F. Sistema Judicial y Derechos Humanos

1º Acuerdos sobre reformas constitucionales destinadas a mejorar aspectos significativos del sistema judicial y para establecer mecanismos de garantía hacia los derechos humanos, tales como:

Nueva organización de la Corte Suprema de Justicia e innovadora forma de elección de sus Magistrados. En adelante, para elegir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se requerirá una mayoría de dos tercios de los Diputados electos de la Asamblea Legislativa.

Se otorgará una asignación anual al Órgano Judicial, de una cuota del Presupuesto del Estado no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes.

Creación del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, que tendrá por misión inicial la promoción de los derechos humanos y velar por que sean respetados.

Elección por los dos tercios de los Diputados electos de la Asamblea Legislativa, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República y del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos.

2º Otras materias que estuvieron en la mesa de negociaciones y otros acuerdos políticos fueron remitidas a la legislación secundaria; aun cuando está por negociarse todavía el conjunto de acuerdos políticos sobre Sistemas Judiciales, que las Partes han contemplado en la Agenda de Caracas, en el curso de la presente ronda se han alcanzado los siguientes acuerdos:

Consejo Nacional de la Judicatura

Se conviene en redefinir la estructura del Consejo Nacional de la Judicatura para que esté integrado de manera que se asegure su independencia de los Órganos del Estado y de los partidos políticos, así como la integración al mismo, no sólo de jueces, sino también de los sectores de la sociedad que no estén directamente conectados con la administración de justicia. Será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura de la organización y funcionamiento la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto será el de asegurar el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales.

Carrera Judicial

La legislación secundaria proveerá lo conducente a que el ingreso carrera judicial se haga a través de mecanismos que garanticen la objetividad de la selección, la igualdad de oportunidades entre los aspirantes y la idoneidad de los seleccionados. Dichos mecanismos comprenderán concursos y el paso por la Escuela de Capacitación Judicial.

Las reformas a la Constitución de 1983, para expeditar el camino hacia los acuerdos definitivos de paz incluyeron, entre otros, los siguientes artículos vinculados con el Sistema Judicial, según Decreto Legislativo N° 64 de 31 de octubre de 1991, (D. O. N° 217, Tomo 313 del 20 de noviembre de 1991).

Art. 7.- Adiciónase un nuevo inciso al Art. 172, en los siguientes términos:

“El Órgano Judicial dispondrá anualmente de una asignación no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes del Presupuesto del Estado”.

Art. 8.- Refórmase el segundo inciso del artículo 174, en los siguientes términos:

“La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados como tales por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será designado por la Asamblea Legislativa en cada ocasión en que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

También será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Poder Judicial”.

Art. 9.- Refórmase el Art. 180, en los siguientes términos: “Son requisitos para ser Juez de Paz: ser salvadoreño, abogado del estado seglar, mayor de veintiún años, de moralidad y competencia notorias; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores a su nombramiento.

Estarán comprendidos en la carrera judicial, en aquellos casos en que el Consejo Nacional de la Judicatura así lo determine, el cargo de Juez de Paz podrá ser desempeñado por personas que no sean abogados o que no pertenezcan a la carrera judicial.

En tales casos, desempeñarán sus funciones por un período de un año”.

Art. 30.- Refórmase el ordinal 9 del Art. 182, en los siguientes términos: “Nombrar a los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz, de las ternas que le presente el Consejo Nacional de la Judicatura; a los médicos forenses, a los empleados de la misma Corte; removerlos, conocer de sus renunciaciones y concederles licencias”.

Art. 11.- Refórmase el Art. 186, en los siguientes términos:

“Artículos 186.- Se establece la carrera Judicial. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, pero se renovarán por terceras partes cada tres. Su período se considerará renovado de pleno derecho salvo que, al finalizar el de cada uno, la Asamblea Legislativa acordare lo contrario o fueren destituidos por causas específicas, previamente establecidas por la ley. El acuerdo en cada uno de los casos anteriores deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos.

La elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se hará de una lista de candidatos, que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de

las entidades representativas de los abogados de El Salvador y donde deberán estar representadas las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico.

Los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, los Jueces de Primera Instancia y los Jueces de Paz integrados a la carrera Judicial gozarán de estabilidad en sus cargos.

La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen; y los medios que les garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos.

La ley regulará los requisitos y la forma de ingreso a la carrera Judicial, los promociones. Ascensos, traslados, sanciones disciplinarias a los funcionarios incluidos en ella y las demás cuestiones inherentes a dicha carrera”.

Art. 12.- Refórmase el Art.188, en los siguientes términos: “Artículo 188.- La calidad de Magistrado o la de Juez es incompatible con el ejercicio de la abogacía y del Notariado, así como la de funcionario de los otros Órganos del Estado, excepto la de docente y la de diplomático en misión transitoria”.

Art. 13.- Refórmase el Art. 191, en los siguientes términos: “El Ministerio Público será ejercido por el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador Nacional de los Derechos Humanos y los demás funcionarios que determine la ley”. 15.2

Bibliografía

- * Revista “ECA”. Estudios Centroamericanos. Revista de extensión cultural de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. 519-520-enero-febrero 1992. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
- 1/ Fernando Lassalle ¿Qué es una Constitución?, Ariel S.A. Barcelona 1997.
- 2/ Karl Löwenstein, Teoría de la Constitución.
- 3/ Prólogo de “Acuerdos hacia una Nueva Nación”, Publicación del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, sin referencia editorial. Vid.
- 4/ El Príncipe, Capítulo XXVI, Librería El Ateneo, Editorial, Buenos Aires, 1957, Pág. 538.
- 5/ Cardenal. Obra citada, Pág. 406.

- 6/ Proclama de la Fuerza Armada, Publicación del Ministerio del Interior, 1980, Sello de Imprenta Nacional, Págs. 9-14.
- 7/ *Ibíd.*, Págs. 9-14.
- 8/ COUTHBERT, George, “Acta Constitucional francés de 24 junio 1793”, <http://jorgemachicado>. Vid. También Paul Lucas Verdú, Curso de Derecho Político.
- 9/ Publicación del Ministerio del Interior citada, Págs. 28-29
- 10/ Carlos Acevedo, Balance global del proceso de negociación, Revista ECA, Estudios Centroamericanos, ene-feb-1992, Pág., 24, UCA.
- 11/ Naciones Unidas. Acuerdos de El Salvador. En el Camino De la Paz, ONUSAL, Oficina de información pública, noviembre, 1993.
- 12/ Publicación del FMLN, citada, Pág. 4.
- 13/ *Ibíd.*, Pág. 11
12.1/ *Ibíd.*, Pág.14
- 13/ Méndez, Solano, Justicia para una Sociedad Nueva, Corte Suprema de Justicia, 1996, Pág. 96.
- 14/ *Ibíd.*, Págs. 98-99
- 15/ Prólogo de “Acuerdos hacia una Nueva Nación”, Publicación del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional sin referencia editorial.
15.1/ Norma Guevara, Diario Colatino, 23 de agosto de 2010.
15.2/ Gilberto Aguilar Avilés, “Historia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1ª. Edición, San Salvador, E.S.C.A. Págs. 707 y Sigs.

— TÍTULO VI —

Evaluación de las instituciones resultantes. Imperfecciones, retrocesos, fracasos. Crisis nacional, la Reforma pendiente. Un nuevo Derecho Constitucional para El Salvador

Capítulo Primero

Evaluación de los Acuerdos

Introducción

Los Acuerdos de Paz registran un interés especial en las áreas anteriormente descritas: Derechos Humanos, Justicia, Fuerza Armada, seguridad y sistema electoral; el énfasis refleja que esos temas eran y siguen siendo tareas prioritarias para los próximos meses; sin ellas una sociedad no tiene posibilidades de arribar a los estadios superiores que las sociedades políticas desarrolladas han alcanzado, para culminar con el Estado de Derecho, especialmente en su versión de Estado social y democrático de derecho, debemos entender que los acuerdos son un consenso mínimo y necesario, para “detener la matanza” como lo dijera Bernd Aronson; pero también es lo más que se podía alcanzar, dadas las posiciones autoritarias que ambos mandos mostraron, aun en los momentos más felices de la negociación.

Entendido así lo expuesto, debemos aceptar que lo anterior responde a un consenso básico y que diecinueve años después, algo se ha progresado en tales materias, aunque las resistencias se mantienen en los temas que inclusive fueron objeto de reforma constitucional; de manera que aun cuando se han dado avances, todavía hay materias en las que debe iniciarse un proceso de discusión, para evaluar seriamente el resultado de tales Acuerdos.

Se considera que la situación es todavía más apremiante en áreas que ni siquiera fueron tocadas en los Acuerdos y menos en las reformas constitucionales; de eso hablaremos en este Título, señalaremos qué temas estuvieron fuera de agenda y cuales son necesario complementar con las ya acordadas y reformadas; vendrá después, la necesidad de introducir temas que no se tocaron por las circunstancias ya apuntadas, pero que casi veinte años después se hace necesario abrir una nueva agenda para innovadores Acuerdos y progresistas reformas constitucionales; de lo contrario, el Estado

sólo será un carruaje que se mueve por inercia, pero sin rumbo, sin impulsos vitales pero que debe adquirir un carácter instrumental, para la protección y pervivencia de la sociedad humana, que se encuentra dentro de sus límites territoriales y se ampara bajo su jurisdicción.

De esta evaluación se espera que el aporte de los promotores del Certamen Jurídico, deba ser trascendente a una reforma amplia de la Constitución, o preferentemente a la elaboración de una nueva Constitución; en consecuencia, a un nuevo Derecho Constitucional. Esa es la lectura que nos proponemos hacer con base en lo ahora dicho como de lo que se expondrá más adelante.

Capítulo Segundo

El Déficit Político de El Salvador

Un partido es una agrupación permanente y organizada de ciudadanos, que mediante la conquista legal del poder público, se propone realizar en la dirección del Estado, un determinado programa político social.

1. ¿Realizan esta función los partidos políticos en El Salvador? Esta función primaria la cumplen los partidos, mediante otra de sus funciones que es la de “agrupar y controlar a los ciudadanos mediante sus ofertas electorales”: Los partidos políticos “organizan coherentemente la multiplicidad de opiniones y corrientes políticas y las hacen efectivas”.
2. Los ciudadanos responden a ellas, ilusionados y con la esperanza, casi siempre vana, de lograr por ese medio alguna mejoría en sus condiciones de vida; en algún sentido, hay un mínimo adelanto en este campo, al tener al presente una participación de la izquierda, que controla gran parte del poder del gobierno. Desde luego, sacrifica parte de su ideario político y de sus principios ideológicos, ya que el poder absoluto por medio de la revolución, ni ha logrado y difícilmente logrará, por que las estrategias para alcanzar y mantenerse en el poder, ya no son como la teoría revolucionaria marxista las ha dogmatizado.

Al contrario, lo que ahora vemos es una burocratización conveniente y criticada por los mismos sectores de la izquierda, en la que los dogmatismos persisten; la dirigencia del Frente, más pragmática, ha tenido que admitir que su Presidente es afiliado a su partido, por deber

constitucional, pero no es un militante del mismo y las diferencias y contradicciones entre ambos son cada vez más que evidentes; puede percibirse que al partido le satisfacen -por ahora-, las posiciones alcanzadas, al grado que el “placer erótico del poder” (Erich Fromm) y el goce de sus ventajas materiales, promueve los acomodados y arreglos copartidarios; no obstante, al coexistir partidos de distinto signo, potencian la oposición política, la cual es imprescindible para la realización de la democracia.

3. Por su parte, Carlos Fayt resume las funciones de los partidos, en dos: “la electoral y la participativa (en ésta incluye la Plebiscitaria y la normativa)”.
4. “El medio de concretar esto es a través de las elecciones; en el transcurrir de los tiempos se ha demostrado ser el medio idóneo en contraposición a la herencia, continuista o sorteo, técnicas de designación de autoridades y restringidas en número”, como señala Mauricio Duverger. 4/

El artículo 85 de la Constitución, por razones válidas en el momento en que se dieron (1983) estableció que los partidos eran el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo en el gobierno; a la fecha, una sentencia de la Sala de lo Constitucional, mediante una discutida agenda y no menos discutidos argumentos, ha dicho que eso es inconstitucional y que debe darse paso a candidaturas no partidarias, tema que oportunamente ampliaremos, pues esta sentencia dividió a los políticos: por un lado, quienes abiertamente manifestaron su oposición al cumplimiento de la sentencia; por otro, por ser violadores de la Constitución: los partidos mayoritarios, por ser parte, aceptaron con lo dispuesto en la sentencia, mediante un decreto tan antiguo como perverso y cuyos efectos, todavía se discuten al cerrar este Capítulo.

El partido triunfador en las elecciones de 2009, considerado como opción optimista de parte de los ciudadanos, a la fecha recibe las más agudas críticas, inclusive de sus propios militantes, como se manifestará párrafos adelante.

Los partidos parecen haber desbordado el papel de canalizadores políticos de las inquietudes populares; pues las elecciones en los Estados democrático - liberales se llevan a cabo, generalmente, mediante la votación de “listas cerradas de candidatos pertenecientes a un partido”; y que están sometidos, cuando menos moralmente, sino constitucionalmente, “a mandato imperativo”, a la disciplina y lineamientos del partido al que pertenecen: “partidocracia”, del italiano *partitocrazia*, significa en sentido estricto, “gobierno de

partido”. A esto es a lo que ha dado una respuesta controversial la Sala de lo Constitucional; sin embargo, los diputados y sus partidos, o estos y sus diputados han resuelto muy recientemente, mixtificar la sentencia de la Sala y han creado el voto por persona y por bandera.

La partidocracia ha usado un disfraz político-constitucional: la democracia representativa cuenta con una especie de ídolo, al que se le rinde pleitesía y tributos, por los enormes favores que concede. La representación no debe olvidarse que no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de la democracia, no al servicio de los detentadores del poder; de origen burgués, sirvió para hacer efectivo y posible el ejercicio del poder en los sistemas democráticos, ante la imposibilidad del ejercicio de la democracia directa, no es un valor en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental; en el temprano Estado moderno, (siglo XIII) el rey Juan sin Tierra tuvo que aceptar la representación de los Barones ingleses, que se opusieron a su autoritarismo y a la imposición de tributos; de ahí, que la representación ha derivado en un antídoto para toda forma de absolutismo; en América, y especialmente en El Salvador, la democracia representativa, al contrario, ha servido obedientemente a los poderes fácticos que controlan el poder del Estado.

Capítulo Tercero

Otras Formas de Participación

Además de la democracia representativa, existen formas alternativas de participación política del pueblo en el ejercicio del poder, como la iniciativa popular, el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, los cabildos abiertos; éstos dos últimos, en los poderes locales y que son expresiones participativas, pero dentro de la democracia representativa no la sustituyen ni la debilitan; no obstante, se les hace una poderosa oposición sobre la base de que la Constitución ha consagrado “la democracia representativa”, como si esta excluyera los ejercicios necesarios de la participación popular, en una sociedad que pregona que la soberanía reside en el pueblo.

Debemos considerar como formas de participación, además de las antes mencionadas, la libertad de asociación, de reunión, la libre expresión del pensamiento, la libertad de cátedra, las manifestaciones culturales y el ejercicio de otros derechos fundamentales que tienen fuertes efectos políticos. En tanto estas modalidades participativas, no se incorporen al derecho

constitucional salvadoreño y la partidocracia impere en El Salvador, habrá otros movimientos que presionen para que tales formas de participación se establezcan, para obtener mayor avances en la democracia real; en esa orientación debe interpretarse el llamado Movimiento para la Democracia Participativa, bajo el liderazgo del ideólogo Dagoberto Gutiérrez, la sentencia sobre candidaturas no partidarias y la liberación del sufragio, emitida por la Sala de lo Constitucional y que se ha comentado en este Ensayo.

Iniciativa Popular

Es un derecho del pueblo hacer propuestas de ley, lo que no es permitido por la Constitución de El Salvador, aunque es justo reconocer que existe la denominada iniciativa ciudadana, para demandar la inconstitucionalidad de las leyes; es hasta hoy, la única forma de iniciar esta clase de procesos, aunque por lo que dispone la misma Constitución, el Fiscal General de la República (Art. 193 Cn.) tiene facultades para iniciarlos.

La iniciativa popular para proponer leyes, es considerada como un “derecho del cuerpo electoral a presentar un proyecto de ley para su necesario tratamiento por las Asambleas Legislativas o bien para exigir la consulta popular sobre cuestiones legislativas determinadas. 5/

Puede considerarse como un mecanismo de defensa de la Constitución, ya en Francia se define como “el medio para remediar la inercia de los representantes, invitando a la Asamblea para que legisle sobre una cuestión cuyo sentido general está indicado por la iniciativa, sea redactando el proyecto en forma legislativa”; es decir, en este contexto caben dos posibilidades:

1. Pedir de modo general la formulación que quiere o necesita;
2. Que el peticionario presente un proyecto ya elaborado.

Burdeau encuentra en la iniciativa popular “el medio para remediar la inercia de los representantes, invitando a la Asamblea para que legisle sobre una cuestión cuyo sentido general está indicado por la iniciativa, sea redactando el proyecto en forma legislativa”. 6/

Es decir, que en este contexto caben dos posibilidades, pedir de modo general la formulación de una ley que aún no ha sido redactada, porque el Pueblo no presenta concretamente las formulaciones que quiere o necesita; y por otro lado, que el peticionario presente un proyecto ya elaborado.

Suiza es uno de los primeros países donde se comienza a utilizar y se ponen alrededor de ella requisitos para evitar su abuso, cierta cantidad de ciudadanos-cincuenta mil electores- (vid. Constitución suiza). En el momento actual y dado el desarrollo del derecho procesal constitucional, en los países que no se reconoce la iniciativa popular como en el nuestro, se puede utilizar el mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión, demandando ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que la Asamblea Legislativa cumpla con su deber constitucional de dictar las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales. Un panorama todavía no descubierto en nuestro país, que pondría a prueba nuevos mecanismos de defensa constitucional.

Referéndum

Referéndum es una Institución Política, que sirve para que el pueblo o el cuerpo electoral rechace o apruebe las decisiones de sus representantes o elegidos, para “asambleas constituyentes o legislativas”; es un instrumento de negación, en virtud de que por medio de él, el pueblo tiene poder para oponerse pero no para hacer.

Esta institución deviene en ser una especie de freno hacia la corrupción legislativa, pone al pueblo como corrector de una posible imprevisión legislativa y procura en forma fiel, poner acorde “la legislación con los sentimientos públicos”. Luis Aguiar de Luque, destaca su importancia, en el sentido de servir de complemento a las “disfuncionalidades parlamentarias”.

2.1 “Referéndum Constitucional y Legislativo”; el primero, es cuando tiene por objeto aprobar un texto constitucional; y el segundo, cuando tiene por objeto aprobar el que tiene rango de ley.

2.2 “Referéndum Constitutivo” es cuando se crea una nueva Constitución; es modificativo si la modifica o reformativo y abrogativo, cuando la deroga, la deja sin vigencia o la suprime.

El profesor di Ruffia define la primera clasificación, en vista de otorgar eficacia a una norma y la segunda, en vista a dejar sin eficacia a otra, sin sustituirla por otra misma, que se puede reconocer cuando con motivo de la aprobación de una reforma constitucional o de una ley, surgen discrepancias entre los Órganos del Estado y se remite el problema al pueblo.

Carlos Fayt lo define en su libro de Derecho Político, citado por Berlín Valenzuela, como “el derecho del pueblo a intervenir directamente en la formulación y sanción de las leyes, o en algunas de sus etapas de formulación o sanción, tanto en el orden constitucional y legislativo como en el administrativo”. 7/

En atención a la materia “Referéndum Constitucional y Legislativo”: “el primero cuando tiene por objeto aprobar un texto constitucional; y el segundo cuando tiene por objeto aprobar un texto que tiene rango de ley”. 8/

En otras palabras, encontramos al decir de los autores de la Enciclopedia Jurídica Española, que se estará aprobando o rechazando por el cuerpo de electores, la ratificación de reformas de la constitución, en el primer caso y en el segundo, ratificando o no las leyes no constitucionales.

2.3. “Referéndum Consultivo” es una especie de llamamiento popular, para hacerse de la opinión relacionada con una decisión que se tomará posteriormente. El cuerpo legislativo procura recoger el sentido del pueblo en relación con una reforma o proyecto; es una consulta dirigida hacia el cuerpo electoral, para que éste vote a favor o en contra de la generación o no de una reforma o medida legislativa.

2. 4. El fin de tomar esta actitud a través de esta clase de referéndum, es conocer la actitud del pueblo frente a la medida que se tomará; si realmente logramos que la ley reúna las características de ser concienzuda y escrupulosa antes de moldear sus detalles. *Referéndum Local”: su aplicación solamente es referida a las poblaciones que estén interesadas en el mismo.

3. El Plebiscito Carlos Fayt lo define como “un derecho del cuerpo electoral para participar en la ratificación y aprobación de un acto esencialmente político, de naturaleza constitucional o gubernamental”. 9/

Según el Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, parte del Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica 1989: “Esta institución no afecta a los actos de naturaleza normativa, sino que se refiere a cuestiones de hecho, actos políticos y medidas de gobierno”. Afecta especialmente cuestiones de carácter territorial y materias relativas a la forma de gobierno y de su ejercicio.

La nota fundamental, según Berlín Valenzuela, está en su “naturaleza estrictamente política siendo su empleo de carácter extraordinario y excepcional, puesto que concierne a la estructura fundamental del Estado o de su Gobierno”.

Capítulo Cuarto

El Grave Déficit de la Seguridad Ciudadana

La seguridad es un valor político, social, económico y jurídico, al cual aspiran todos y cada uno de los miembros de la sociedad; su antivalor es la inseguridad y pareciera, en determinadas épocas, que la sociedad no sabe si predomina ésta, sobre aquélla; es además, entre los fines del Estado, uno de los que no puede faltar sin que el Estado degenera en otra cosa, pues lo seguro (seguridad) es posible solamente dentro de “lo stato”, lo quieto, lo permanente, el Estado. En la época actual, las necesidades de seguridad se manifiestan en diversos campos: seguridad ciudadana, seguridad social, seguridad jurídica, seguridad alimentaria y hay quienes todavía añoran la seguridad nacional como madre de todas las formas de seguridad; todo lo anterior, es más serio y más complejo que la “seguridad pública”, que responde a un razonamiento un tanto ineficaz: más delincuencia, más policías y más cárceles.

“El desafío de la inseguridad ciudadana ocupa un lugar prioritario. Y con buena razón: Centroamérica -y en especial los países que forma su “Triángulo Norte”- es hoy por hoy, la región más violenta del mundo. Si se exceptúan las guerras que padecen algunas partes de África o de Asia, esta región registra las tasas de homicidio más elevadas del planeta. Además e infortunadamente, las tasas en cuestión tienden a aumentar durante los últimos años, en casi todos los países de América Central”.

Igualmente, los delitos contra la vida, integridad física y moral de las personas, contra la propiedad, que lesionan gravemente la estabilidad y la armonía social de los países centroamericanos. El narcotráfico, la criminalidad organizada y las “maras” o pandillas delictivas son tres actores principales de delitos contra la vida, la integridad o el patrimonio.

Durante los veinte últimos años, Centroamérica avanzó en la desmilitarización de la seguridad ciudadana y en una serie de reformas (sobre la prevención, la policía y el aparato judicial), pero estos cambios fueron lentos, a veces formalistas, y en general, desbordadas por la nueva ola de criminalidad. En El Salvador, cuya Constitución advierte que las fusiones de Seguridad y Defensa, se adscriben a Secretarías de estado separadas, como un logro de los Acuerdos de Paz en el 2010, ha tenido que recurrir al

auxilio de las fuerzas armadas, al no ser suficientes los recursos policiales para el combate y la prevención del delito.

“La “mano dura” y la remilitarización fueron una consecuencia, que aún existe en la región. Las direcciones básicas. El rasgo distintivo del desarrollo humano es entender que las políticas públicas, no deben dirigirse a obtener un solo valor -la riqueza, por ejemplo, o la eficiencia- sino que existen valores distintos, que estos no siempre son compatibles, que el desafío consiste en encontrar la política o programa que contribuya mejor a su logro simultáneo o que mejor aproveche las “sinergias” que existan entre aquellos valores deseables”.

Pero para alcanzar la seguridad ciudadana existen enfoques unidimensionales o insensibles a su efecto, sobre otros valores esenciales para el bienestar humano, especialmente, para la libertad y la equidad. Con frecuencia se afirma, que para reducir los índices de criminalidad hay que limitar las libertades de la ciudadanía o saltarse los “estorbos” del Estado de derecho, como también se piensa que cada quién debe defenderse lo mejor que pueda -es decir, que los débiles pueden quedar desprotegidos-.

Por populares que sean o atractivas que parezcan las fórmulas de este tipo, el desafío de un informe de desarrollo humano es detectar las estrategias que provean seguridad efectiva para todos, con libertad para todos y equidad entre todos. Seguridad efectiva, es decir, reducción en las tasas de criminalidad y todo riesgo de padecer un delito. Pero seguridad para la libertad: la libertad de las víctimas, que tendrán menos temor y disfrutarán mejor de sus otras libertades; libertad de los presuntos autores del delito, a quienes debe probárseles su responsabilidad, antes de ser sancionados conforme a derecho. Y equidad en la seguridad: protección universal de la ciudadanía y no apenas de quienes puedan pagársela; castigo igual para los autores de delitos, no sólo para los que no pueden pagar un abogado.

Cuando se han hecho tantos intentos, no decimos ensayos, valdría la pena que los estrategas del combate a la delincuencia en El Salvador, y responsables de la seguridad ciudadana, se atrevieran a ver otros conceptos y otras ideas, no para aplicarlas indefectiblemente, sino para tener otros parámetros de orientación de lo que se puede y debe hacer o no hacer.

La Seguridad Ciudadana

Una política así definida, debe cumplir con cuatro requisitos fundamentales, afirma Domínguez Vial: 10/

Su apoyo en una legislación armónica y estable, fundada en la igualdad ante la ley, surgida de un proceso democrático.

Esta política de seguridad ciudadana debe impulsar un conjunto de medidas de prevención general, para combatir todas las condiciones que exponen a la sociedad al riesgo del desarrollo de conductas delictivas. Esto implica impulsar políticas económicas y sociales, educacionales y culturales, de salud, vivienda y urbanismo, de comunicación y participación social.

Se hace necesario que esta política comprenda la represión adecuada y proporcional de los delitos, poner el énfasis en la protección eficaz de las víctimas, garantizarles en lo posible, su recuperación y la indemnización por los daños sufridos. Igualmente debe incluir para los culpables del delito, el acceso a una justicia segura fundada en la aplicación del principio de proporcionalidad penal.

La política de seguridad ciudadana debe diseñar un conjunto de medidas de prevención especial orientadas a: i) Asegurar la reinserción social de la persona considerada culpable del delito; ii) La neutralización de los factores que pueden producir la reincidencia; iii) La eficacia social del cumplimiento de la ley penal y iv) El aumento del consenso, en relación con la necesidad de proteger los bienes jurídicos, considerados como prioritarios en el ordenamiento penal. “En sentido más amplio, la política de seguridad ciudadana debe diseñarse en programas de educación, inserción social, reconversión de capacidades productivas, acceso a la cultura, a los deportes y a la recreación. Esta prevención requiere el apoyo del financiamiento público y se realiza desde el quehacer global de la sociedad”.

Jorge Mario Jáuregui dice que “El objetivo de una política pública de seguridad ciudadana, correcta y competente, debe ser el de contribuir al proceso civilizatorio. La gran división hoy no es la que separa partidos e ideologías, sino la que se coloca entre civilización o barbarie. Por eso, de lo que se trata es de promover una gran coalición civilizatoria en la cual el papel de una política de seguridad es la de hacer respetar la ley, respetándola; deberá buscarse la implementación de políticas públicas consistentes y partiendo de un abordaje multidisciplinario de los factores intervinientes, de la

actualización tecnológica y gerencial, de la moralización de las instituciones y promoviendo la participación de la comunidad"...“una política pública en el área de seguridad ciudadana deberá obedecer el principio de compatibilidad entre respeto a los derechos humanos y eficiencia de las fuerzas de seguridad, pues no hay contradicción entre estos términos”. 11/

Una Experiencia Socialista

Antón Makarenko escribió su obra el “Poema Pedagógico”, una especie de novela en la que narra sus propias experiencias en la conducción de muchachos (mareros); su trabajo no fue fácil, pues enfrentó a un sinnúmero de problemas, comenzando por su propia falta de experiencia y conocimientos para convivir entre delincuentes, pasando desde la resistencia que los propios jóvenes le oponían, así como las dificultades económicas y materiales que no faltaban, hasta aquellos obstáculos generados por otros educadores y autoridades que no entendieron y desaprobaron su trabajo y que lo consideraban un pedagogo controvertido.

La educación comunista se basa en los principios emanados de la propuesta sociopolítica del marxismo-leninismo. El principio educativo comunista parte del cuestionamiento de la explotación capitalista y pretende elevar a las masas explotadas, a una nueva situación en la que puedan desarrollar todas sus potencialidades físicas, mentales y espirituales. Para hacer esto, se propone un modelo educativo, que vincule la vida del trabajo con la escolar, para que la primera incorpore principios de la ciencia a la rutina laboral haciéndola un acto consciente, con el objetivo final de eliminar la división social del trabajo, entre el intelectual y el manual, que favorece la explotación del segundo por el primero. Además, se busca dar una formación cultural y espiritual, que permita a los hombres el disfrute de los bienes espirituales producidos por la humanidad y contribuir al saber universal con una cultura proletaria.

Lo anterior, es la forma como Makarenko entendía el servicio, que con la educación debía prestar a la tarea de implantación definitiva del comunismo, a sus diferentes formas de concebir el papel de la educación en la edificación de la sociedad comunista, el enfoque es por lo tanto, netamente comunista.

Su posición pedagógica

Makarenko no acepta que la educación deba fundamentarse sobre las necesidades del niño, y más bien, en las necesidades en que debe ponerse

más énfasis es en las de la colectividad, en las de la sociedad, las del país, y el sentimiento del deber tiene que ir siempre ligado a éstas necesidades; opina además, que el hombre se mueve según las leyes de la naturaleza y por consecuencia, el papel de la educación consiste en educar esa naturaleza en función de esa sociedad; de tal manera, que los educadores soviéticos no son los servidores de la naturaleza sino los maestros.

Afirma que el culto a la espontaneidad, no sólo menosprecia el papel de la educación, sino que es socialmente perjudicial y entonces, no queda otra alternativa que abandonarlo; establece que a la autodisciplina y a la auto-organización se les debe sustituir por una disciplina consciente, se entiende por disciplina no la inhibición de las acciones, sino que debe ser enfocada desde el punto de vista soviético; debe inducir a vencer dificultades, debe ser disciplina de lucha y avance, de inspiración a algo y a la lucha por algo; cuyo objetivo está expresado en el logro de las cualidades del carácter que definen a la personalidad comunista; exige además una educación de la voluntad, capacidad absolutamente necesaria para el progreso de la comuna y la sociedad, ya que si el niño se habitúa a realizar sus deseos sin ponerles nunca freno, y nunca tendrá fuerza de voluntad. Es preciso, entonces, organizar la colectividad de tal forma que se eduquen cualidades reales y verdaderas de la personalidad, no cualidades imaginadas. De esa manera, el método individual tendrá un efecto mucho más fuerte, más bello y adecuado, ya que según Makarenko, si no hay colectividad y educación colectiva con el método individual, surge el riesgo de que eduquemos individuos y nada más. Se debe ser además, consciente de que las buenas cualidades necesitan años para formarse, pues no se puede educar un carácter con ningún método o procedimiento especial de acción rápida; el carácter sólo se puede formar mediante la prolongada participación de la persona, en la vida de una colectividad adecuadamente organizada, disciplinada y orgullosa de sí misma.

¿Es el problema de la inseguridad un problema de Educación?

¿Lo expuesto en este Capítulo es una propuesta de solución?

Cuando se trata de formar nuevos valores, crear nuevos patrones conductuales y diseñar un nuevo modelo de convivencia social, surgen tantas dudas y reclamos sobre lo que se hace y lo que no se hace; no se advierte en el ambiente de desesperación y pesimismo que vive el país, ningún proyecto, ninguna idea clara como la que expone el profesor Domínguez Vial o el profesor Jauregui o las ideas radicales de Makarenko; es decir, estamos en

el peor de los mundos, en el que la Educación no es el promotor y detonante de una nueva alborada para el cambio.

Capítulo Quinto

El Déficit Socioeconómico

Tal como se ha explicado en el Título IV, cuando se definió el Estado de Derecho y el Desarrollo, El Salvador presenta un grave deterioro en su desarrollo social y económico, al grado que ninguna evaluación internacional, en ninguno de esos temas nos pone una nota medianamente aceptable. Los conductores de la sociedad en materia económica y social, no han podido o sabido crear un modelo de desarrollo incluyente, democrático, humano y solidario; al contrario, las acciones que se han realizado después de los Acuerdos de Paz nos muestran un modelo excluyente, explotador, oportunista y corrupto, para calificarlo todavía con adjetivos mencionables.

La dolarización de la economía, la privatización de los bienes nacionales, la corrupción en la inversión pública, la pérdida inexplicable de dinero del Estado, que la opinión pública ubica en poder de exgobernantes, son claros y duros ejemplos de lo que los gobiernos han hecho con los bienes de la Nación y de los contribuyentes. Ni los acuerdos ni los cambios políticos, que al fin se dieron en 2009, han evitado esta enfermedad política y social.

El investigador Roberto Salazar Candell, menciona algún esfuerzo aislado que se produjo en la última década del siglo pasado, con el que se pretendía abordar la problemática social y económica y al respecto expresa: “se crea por decreto presidencial el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (CNDS), presidido por el Vicepresidente Constitucional de la República”.

“El mismo año, siempre a instancia de la Presidencia de la República se conformó la Comisión Nacional de Desarrollo, integrada por un grupo reducido de profesionales o empresarios, cuyo propósito era entregar al país Las bases para el plan de Nación”.

Marco Político y Económico

En relación con las condiciones del marco político económico, dentro del cual se desarrollará el proceso de modernización, deben considerarse cuatro factores fundamentales:

- a. El primero hace mención sobre el tamaño del sector público; a pesar del discurso del gigantismo estatal, El Salvador es uno de los países de menor tamaño en América Latina: la carga o presión tributaria en 1997 y 1998 fue del 10.8 por ciento.
- b. La enorme incidencia de los problemas sociales expresada en pobreza y graves carencias en materia de educación, salud, vivienda, seguridad social y seguridad ciudadana (violencia). 13/

Para finalizar; después de una década de reformas del Estado, con la concepción “mercantilista” de achicarlo, de tratar de limitarlo, --ojalá--, a las funciones tradicionales de defensa, seguridad y justicia (éstas las “mercadean” los libertarios), se concluye:

- (1) Que ese Estado “privatizado” no funcionó ni siquiera para desarrollar o regular los mercados, menos para combatir la pobreza, la exclusión social o la destrucción ambiental.
- (2) Que es insoslayable y urgente fortalecer el Estado, darle dirección de largo plazo y eficiencia en la acción, para que acompañe a la sociedad civil en el combate contra la pobreza, como un inicio para mejorar la calidad de vida de los salvadoreños (sostenidamente).
- (3) Que el Estado es insustituible para abordar los intereses de la Nación a mediano y largo plazo (necesidades sociales, ambiente, seguridad y otros. estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Un Análisis Preocupante

Un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD) determinó que la baja carga tributaria en la mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe, es una de las principales causas por las que esta región tiene los mayores niveles de desigualdad del mundo. El estudio que el PNUD presentará esta semana en El Salvador plantea que aquellos países, que presentan menores niveles de inequidad, son los que tienen mayores cargas impositivas; asimismo, señala que la falta de transparencia en esta área y la poca capacidad regulatoria del Estado, ahondan los problemas de desigualdad señalados.

El informe presenta un enfoque sobre desigualdad, basado en “la importancia de la relación entre bienes, oportunidades y opciones reales

de vida, para personas concretas”. Es decir, que no sólo se enfoca en la distribución de la riqueza de un país, sino que también toma en cuenta otros factores como las posibilidades que tienen diferentes estratos de la sociedad, por ejemplo, la de recibir educación.

Una de las principales formas de medir la desigualdad en un país es comparar las condiciones de ingresos, acceso a servicios básicos, entre otros factores, entre el 20% de la población con más altos ingresos y el 20% de la población con menores ingresos. El PNUD tomó en cuenta a los países de América Latina y el Caribe; sin embargo, no en todas partes del estudio se hace mención a los más de treinta países que conforman la región.

En el “Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010, el PNUD incluye actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad”, plantea que hay factores que contribuyen a la persistencia de la desigualdad, que permiten que ésta sea un problema sistémico y que se herede de generación en generación. Uno de esos factores es la capacidad de influencia de ciertos grupos en la definición de políticas públicas, dice el documento y todo esto se traduce en los bajos niveles de la carga tributaria.

Diez de los 15 países más desiguales se encuentran en América Latina y el Caribe, una región cuyo coeficiente de Gini del ingreso es un 65% más alto que el de los países de ingreso alto; Haití, el país más desigual tiene un coeficiente de 60, mientras El Salvador de 49.

Dentro del informe se compara de diferentes maneras, la relación entre las personas de más alto ingreso y las personas de menor ingreso; por ejemplo, la diferencia entre el acceso al agua del quintil con más alto ingreso y el quintil con menor ingreso. En El Salvador, las personas con mayor ingreso tienen 45% más acceso al agua que las personas que no lo tienen y también es el tercer país con la diferencia más alta en este indicador.

América Latina se caracteriza por un sistema tributario, basado principalmente, en impuestos al consumo, una estrategia que sigue sin funcionar para elevar los índices de desarrollo de la región. América Latina y el Caribe tiene una carga, en promedio, del 17% del Producto Interno Bruto (PIB) y se gana el título de la región más desigual del mundo: Argentina posee una de las cargas tributarias más altas de la región, la cual representa el 29% del PIB, en este estudio, Argentina es el país menos desigual de la región. 14/

Las Reformas Políticas y Económicas

El Observatorio hace un análisis de la problemática económica, muy completa y científica y consideramos que es muy importante, para la mejor comprensión de este tema fundamental del Ensayo. Dice en lo esencial.

El contenido de los Acuerdos de Paz englobaba cuatro ámbitos principales: derechos humanos, desmilitarización, creación de instituciones democráticas y algunos aspectos socio económicos. El gobierno salvadoreño controlado por la oligarquía, se negó a negociar su política económica y centró los esfuerzos en negociar los temas políticos. El año 1989 se inicia un proceso de reformas políticas que permitió la inserción del país en el sistema económico mundial. Estas reformas, inspiradas en los programas de estabilización económica –PEE– y ajuste estructural –PAE– definidos por el Fondo Monetario Internacional –FMI– y el Banco Mundial –BM– también fueron impulsadas por sectores nacionales interesados en participar de esta globalización inducida y del modelo neoliberal, y así poder recuperar los negocios perdidos por la oligarquía en la década anterior. El Ajuste, sin embargo, es muy poco lo que ha logrado y se sigue observando una realidad que presenta esos signos.

Realidades de la Estructura Socioeconómica

- a. SALUD. Sólo una pequeña parte de la población salvadoreña tiene acceso a los servicios básicos de salud, que más que un derecho social continúa siendo un privilegio de los ricos.
- b. EDUCACIÓN. Gracias a los créditos concedidos por las instituciones multilaterales se está haciendo una gran inversión en educación primaria, para que la mayoría de gente llegue a tener el sexto grado de básica (12 años).
- c. AGUA. Más del 50% de los hogares no dispone de servicio de agua por cañería. El abastecimiento es de forma intermitente y bastante deficiente; aun el agua que viene por las cañerías está bastante contaminada.
- d. ENERGÍA ELÉCTRICA. El año 1991 se privatizó la distribución de energía eléctrica. Actualmente se está en proceso de privatizar todo el servicio. El 35% de la población no tiene acceso al servicio.

- e. TELECOMUNICACIONES. La privatización de las telecomunicaciones trajo a la sustitución del monopolio público por otro de privado, permitió concentrar el sector en tres grandes empresas europeas (Telefónica de España, Telecom de Francia y Telemóvil de Holanda), sin que los argumentos que defendían la privatización –tarifas más bajas, cobertura y eficiencia– se hayan cumplido. Entre 1998 y 2003 el coste fijo de las tarifas ha incrementado el 41%. El 55.4% de los hogares no tienen servicios de telefonía.
- f. SISTEMA DE PENSIONES. En el proceso de privatización de las pensiones se formaron cinco empresas, de las cuales dos tienen el máximo número de afiliados. Una de estas empresas es BBVA, Crecer, AFP Pensiones.
- g. SEGURIDAD SOCIAL. Deja afuera prácticamente a toda la población rural y cubre apenas, el 39% de la población activa urbana.
- h. Tercerización de la economía salvadoreña. La flexibilización laboral. Según los datos oficiales, el paro es de un 7% en El Salvador, pero los sindicalistas estiman que llega a más del 50%, sobre todo en el sector agropecuario. La flexibilización del mercado laboral ha servido de instrumento de atracción de la inversión extranjera y base de la precarización de las condiciones laborales. Las medidas de flexibilidad laboral favorecen la supresión de derechos de los trabajadores y ayudan a explotarlos cada vez más. De ese modo abaratan los precios de los productos y estos son más competitivos, en esta época marcada por los tratados de libre comercio. El salario mínimo, en el área urbana, casi no sobrepasa el valor de la canasta básica. Y en las zonas rurales esta situación es todavía más grave.
- j. Maquilas y exportación. Una de las estrategias de las últimas administraciones ha sido la de consolidar el aparato exportador basado en la producción maquilera, impulsada durante la década de los noventa. La maquila se ha convertido en una de las ramas más dinámicas de la economía y generadora de divisas en El Salvador. Agricultura importación. Durante los años noventa se produce un cambio brutal del modelo agroexportador, por un nuevo modelo basado en la maquila, las exportaciones no tradicionales y el aumento de las remesas. El gobierno salvadoreño disminuye progresivamente el apoyo a la agricultura.

Deterioro de los recursos naturales y del medioambiente

El Salvador es el segundo país más deforestado del continente americano, y como consecuencia, el 75% del suelo está erosionado; las causas principales son la tala de bosques que realizan las grandes empresas que se dedican a los productos de exportación, la concentración comercial y la población que se aglutina en las áreas periféricas, el deterioro ambiental es el resultado lógico del modelo de desarrollo; ya que se carece de leyes ambientales y sobre todo, se utiliza tecnología inadecuada y no apropiada.

Capítulo Sexto

Déficit del Consejo Nacional de la Judicatura

Esta Institución fue creada por reforma constitucional, producto de los Acuerdos de Paz; ha desempeñado la función que le corresponde en la selección, capacitación y propuesta de los jueces, que son nombrados por la Corte Suprema de Justicia, o sea, que tiene una función auxiliar, pero no hace lo que hacen otros tribunales de la magistratura, como es controlar la carrera judicial; lo anterior, ha motivado un permanente enfrentamiento con la Corte, en algunos casos, por disputarle protagonismo en el nombramiento de jueces, y en otros, que es lo más grave, cuando sus miembros utilizan su cargo para saltar a ocupar posiciones en la Corte misma.

La administración de la Carrera Judicial tuvo su último cambio significativo, a raíz de los Acuerdos de Paz; se creó entonces el Consejo Nacional de la Judicatura, cuyo fin es colaborar en la formación de los Jueces en nivel nacional y proponer ternas para las judicaturas vacantes, que surjan en los distintos tribunales del país; de tales ternas, la Corte Suprema de Justicia nombrará a la persona que estime conveniente y ha sido con el paso de los años, que dicho Consejo ha adquirido protagonismo y ha pensado que es el momento de asumir completamente el control de la Carrera Judicial.

El problema entre la Corte y el Consejo no es nuevo, viene desde hace mucho tiempo pero se ha mantenido en silencio, ha surgido a raíz de las reformas propuestas a la Ley de la Carrera Judicial, por parte de la Corte Suprema de Justicia a finales del año 2000; se desató una lucha entre ambos organismos, que trajo como resultado un uso indiscriminado de la Constitución, interpretando las leyes no de conformidad a ella, sino a lo que

“me conviene de ella”, y todo esto nos llevó a la situación de inseguridad actual, y permitió darnos cuenta, que lo que menos existe entre ambos organismos es colaboración.

Entre los postulados que defienden la manera de ver el asunto por parte del Consejo, está en achacar que un Órgano fundamental como el Judicial, representado por la Corte Suprema de Justicia, que su principal interés debe ser básicamente, juzgar y ejecutar lo juzgado, dado que la sobrecarga de trabajo judicial más las funciones administrativas que ejerce, lo cohibe de ejercer una mejor actividad jurisdiccional; por lo tanto, dice el Consejo, “nosotros podemos encargarnos de elegir los jueces idóneos para las vacantes que surjan”, y la Corte “encárguese de juzgar en estricto sentido”.

Entremos ya en el estudio de nuestra materia y digamos que la visión del Consejo no es despreciable en lo absoluto, creemos que ya no puede existir lo que nosotros llamamos un súper órgano, cuyo concepto es aquel miembro fundamental del Estado Constitucional, que ejerce una macro funcionalidad dentro del mismo, a contrario sensu, necesitamos un Órgano base, que podamos partir de él, en nuestro caso es la Corte Suprema de Justicia, la que se encargaría de hacer ejecutar la ley, además de las consecuencias que ejecutarla conlleven; otro organismo, llamémosle Consejo Nacional de la Judicatura, desarrollaría la selección y preparación de los jueces, se establecerían así, parámetros de acción más grandes para la Corte, que vería ampliado su espacio al ser despejadas funciones que se alejan de su objetivo primordial: juzgar.

Lo anterior se deduce de la teoría contemporánea de la separación de poderes, es decir, partimos de la teoría clásica, pero la mejoramos utilizando organismos que ejerzan controles intraorgánicos, a modo de mejorar el desarrollo de las actividades del órgano fundamental.

Podemos asegurar, que este problema va más allá de atribuciones e intenciones constitucionales, seamos claros, existe un celo institucional entre ambos entes, y de no solucionarse este problema estamos dejando la institucionalidad de un Órgano tan importante y fundamental, como es el judicial, por los suelos, al no respetar en ningún momento los postulados de la Constitución, los que mandan una cooperación entre todas las instituciones del Estado; y por el contrario, nos encaminamos a una anarquía institucional, la cual se basa en la indiferencia a las necesidades de las instituciones involucradas.

El año 2009, el CNJ violó la Constitución al incluir en la lista del Consejo, como candidatos a magistrados, a tres miembros propietarios del mismo; la Constitución les faculta a seleccionar los candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no los autoriza a “seleccionarse” entre miembros de su seno; un principio ético y jurídico, implícito en esta atribución, excluye tal abuso de derecho; por otra parte, el principio de legalidad establece que los funcionarios son delegados del pueblo y no tienen más facultades, que las que expresamente les da la ley. (Art. 86 Cn.). El Art. 18 de la Ley del Consejo prohíbe a sus miembros prevalerse de sus cargos para beneficio propio, por lo que al incluir en la lista a tres miembros propietarios de dicho Consejo, se ha violentado esta norma.

La Asamblea Legislativa detuvo la elección de los magistrados, sin entrar a resolver como debió hacerlo y sólo resolvió sobre la recepción de las listas recibidas. Es decir, que las listas del Consejo y de los abogados contribuyeron al entrampamiento, por razones que nada tienen que ver, con la correcta lectura e interpretación de la Constitución. Dichas listas debieron ser discutidas en conjunto, de los treinta solamente escogerían diez, cinco propietarios y cinco suplentes; el resto quedan eliminados de la contienda por diversas causas, incluyendo las del Consejo, estos eran los primeros en eliminarse por haber violado la Constitución

Capítulo Séptimo

Las Visiones Pesimistas

Existen además, las voces populares que expresan sus sentimientos en cuanto a los logros alcanzados con los Acuerdos; lo hacen de diversos modos y generalmente utilizan un lenguaje coloquial, no muy académico, ni lo hacen de un modo reflexivo, sino que con su propio estilo y tono visceral. Una voz anónima, pero de fuente razonablemente formal, dice”:

“Las fuerzas guerrilleras del FMLN se rebelaron contra los gobiernos militares dictatoriales, que persistían desde 1932, causantes de genocidios, robo de las riquezas del estado y represión a la libertad de pensamiento. No se haría esperar la reacción de las fuerzas armadas que defendiendo los intereses derechistas de la oligarquía salvadoreña, iniciaron una guerra fratricida a causa del lavado cerebral que sembró en las mentes de la infantería la idea de “defender a la patria”

“De esta manera, la pantomima en el Castillo de Chapultepec trajo como consecuencia, no sólo una aparente paz en El Salvador, sino además grandes beneficios empresariales para la derecha industrial del país, ya que una entrada al neoliberalismo luego de un conflicto bélico implicaba una enorme inversión en maquinarias modernas, estilos distintos de mercado y alianzas comerciales”.

Sin embargo, este crecimiento económico -perpetuado por una dictadura subliminal de 20 años de gobierno de ARENA y que acabó en el 2009 con la llegada de Mauricio Funes al poder- fue posible, gracias a la desigualdad socioeconómica que abrumó a las grandes mayorías. Dicha disparidad aceleró el incremento de la violencia, pues al implantarse el sistema neoliberal, la pobreza de la guerra civil de 12 años no fue sanada de raíz; todo lo contrario: los índices de pobreza comenzaron a elevarse exponencialmente de modo tal, que en un medio con recursos limitados, el ladronismo (sic) y el robo se convirtieron en “modus vivendi” de muchas personas, principalmente de la juventud salvadoreña”. 16/

“A 19 años de la firma de paz no hay nada que celebrar”:

Roberto Cañas

Ya casi se cumplirán 20 años de la firma de los Acuerdos de Paz, del documento con el que se oficializó el fin de una guerra que duró doce años (1980-1992) y cobró la vida de 75 mil personas. Mañana, 16 de enero, se conmemorará la “refundación” del Estado salvadoreño, pero, a 19 años del histórico suceso hay todavía deudas que motiva a algunos asegurar que no hay nada que celebrar.

Roberto Cañas, negociador y firmante de la paz, es uno de los que afirma que a casi dos décadas del suceso ocurrido en el Castillo de Chapultepec, México, porque no hubo reformas sociales, políticas, económicas y culturales previstas con la finalización del conflicto armado. Durante la guerra, Cañas era conocido con el seudónimo de “Rubén Rojas” critica el hecho que a 19 años de la firma, el país no tiene porqué celebrar.

“Nos encontramos sin nada de qué celebrar porque no hay ley de memoria histórica, no hay ley de cultura de paz; no se ha reconocido ni moral ni físicamente a las víctimas del conflicto”, indicó el también analista político. Para Cañas, que no existan instrumentos legales que

promuevan la memoria histórica en el país, “pone en peligro que en la memoria colectiva se olvide en el mediano plazo el significado de los Acuerdos de Paz y del porqué de la guerra”; agrega asimismo que el Gobierno debería implementar una política de Estado que promueva la memoria histórica, para que las futuras generaciones tengan presente que en el país ocurrió un enfrentamiento armado con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la sociedad salvadoreña. 17/

Para ciudadanos comunes. “La conducta de la cúpula no es casual. Tampoco es una táctica política fundamentada en las condiciones y circunstancias políticas actuales. Sus planteamientos y comportamientos no son el producto de una realidad que obliga a dar un paso o varios pasos hacia atrás, para avanzar varios metros después. No se trata de eso, como ponía de ejemplo Lenin en “La enfermedad infantil del izquierdismo en el comunismo”, que bajo ciertas circunstancias se hagan obligatorios determinados compromisos, pactos o hasta alianzas con sectores, grupos o partidos contrarios, cuando las condiciones concretas, reales los exigen a fuerza de que para resistir o avanzar tengan indefectiblemente que hacerse”.

Cuando las fuerzas propias son exiguas, cuando las condiciones internas y externas son todavía significativamente adversas, cuando las correlaciones de fuerzas aun son incipientes, cuando el conocimiento sobre la realidad no es una actividad formadora del pensamiento y la conciencia social, tanto en el propio seno del instrumento y medio conductor de las transformaciones ni del quehacer político social, y que por tanto, persiste la dispersión y atomización social; cuando no se poseen las cualidades necesarias para la conducción del proceso ni del sujeto ni de las políticas ni de las sociales, es casi inmediatamente natural que no se atine a un rumbo tanto estratégico como táctico de lucha y tenga que encontrarse atado, supeditado, sujetado, dominado por las fuerzas dominantes.18/

Reflexión sobre este Título

El propósito de lo expuesto en materia política, en el campo de la Inseguridad ciudadana, en la problemática socioeconómica, en reforma judicial y la visión internacional de nuestros problemas, acompañada de la visión de los protagonistas, el objetivo decimos, es el de exponer nuestra preocupación sobre lo que ha ocurrido después de los Acuerdos de Paz; en cierto modo, es un nuevo diagnóstico de una realidad que no se ha modificado

sustancialmente y que es el germen de nuevos problemas, de nuevos reclamos y de las formas perversas de mala convivencia, que los salvadoreños soportamos todos los días.

Este diagnóstico requiere buscar nuevos modelos de vida, la formación de nuevas conductas en las generaciones que apenas asoman a la vida de este país; no pensar tanto en la generación adulta, sino en los que ahora empiezan a vivir y en los que aún no han nacido; un nuevo modelo que incluya la creación de un instrumento ordenador y generador del cambio social: Un Nuevo Derecho Constitucional para El Salvador.

Bibliografía

- 1/ Alfredo Poviña, sociólogo suramericano citado por Bidart Campos, Germán. "Derecho Político", Editorial Aguilar, Buenos Aires, Argentina 1962 Pág. 489.
- 2/ Lucas Verdú, Pablo. "Curso de Derecho Político", Volumen II, Segunda Edición, Editorial Tecnos. Pág. 197.
- 3/ Fayt, Carlos. "Sufragio y Representación Política", Bibliografía Omeba, Buenos Aires, citado por Berlín Valenzuela, Francisco, en su libro Derecho Electoral, Editorial Porrúa, México, 1980, Pág. 146.
- 4/ Duverger Maurice. "Sociología de la Política", Editorial Ariel, Barcelona 1977, citado por Berlín Valenzuela, Francisco, en su libro de Derecho Electoral, Editorial Porrúa, México, 1980. Pág. 150.
- 5/ Berlín Valenzuela, Francisco. "Derecho Electoral", Editorial Porrúa, México, 1980. Pág. 182.
- 6/ Bourdeau.- Ibíd.
- 7/ Berlín Valenzuela, Francisco, "Derecho Electoral"; Editorial Porrúa, México, 1980, Pág. 64.
- 8/ Obra. Citada. Pág.65.
- 9/ Aguiar de Luque, Luis. "Democracia Directa y Estado Constitucional", una publicación de la Revista de Derecho Español, 1977, Pág. 68.
- 10/ Andrés Domínguez Vial, Centro de Derechos Humanos de Nüremberg, Artículo: La Prevención es mejor que la Sanción y la Reparación. Posibilidades de prevenir los delitos contra los Derechos Humanos. Domínguez Vial estudió Derecho en Chile y Sociología en la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Entre los años 1980 y 1991 fue Coordinador de la Comisión Chilena de Derechos Humanos. Más tarde fue Secretario Ejecutivo de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. El

- presente trabajo fue preparado para el Congreso Internacional “Derecho Penal Internacional y los límites de la acción legítima del Estado” realizado en Nüremberg en setiembre de 1997.
- 11/ Jorge Mario Jáuregui, Consultor de URBAL 14, “Seguridad Ciudadana, Políticas Públicas y Estructuración Urbana”. Valparaíso, Chile.
 - 12/ Anton Makarenko, Investigación Pedagógica. <http://chamosaurio.com/2007/04/06/makarenko-yla-educacion-comunista> Makarenko y la educación comunista; Comentarios de María Dolores Velásquez Acosta.
 - 13/ Roberto Salazar Candell : El Salvador de cara al mundo globalizado del siglo XXI: un Estado moderno en función del desarrollo sostenible.
 - 14/ Versión resumida, Jimena Aguilar, El Faro. Net
 - 15/ “EL Observatorio Solidaridad de Barcelona” Esta es la versión en caché de <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/esp/somos.htm> en Google. Se trata de una captura de pantalla de la página tal como ésta se mostraba el 14 junio 2011.
 - 16/ Los Acuerdos de Paz en El Salvador: un simplecesealfuego<http://atsf.foroactivo.com/t374-los-acuerdos-de-paz-en-el-salvador-un-simplecese-al-fuego> de Google.
 - 17/ Colatino, sábado, 15 de Enero de 2011. 26 de diciembre de 2010. Los compromisos de los oportunistas, ésta es la versión en caché De <http://polittica.blogspot.com/2010/12/el-salvador-compromisos-de-los.html> Mauricio merino”, programa radial creo en vos mi gente.
 - 18/ Colatino, sábado, 15 de Enero de 2011. 26 de diciembre de 2010. Los compromisos de los oportunistas, ésta es la versión en caché De <http://polittica.blogspot.com/2010/12/el-salvador-compromisos-de-los.html>., por “Dr. Orestes Estrada y diputado Mauricio Merino”, programa radial creo en vos mi gente.

Cuarta parte

El cambio constitucional

— TÍTULO VII —

Un Nuevo Derecho Constitucional Salvadoreño

Resumen

Durante algún tiempo importantes teóricos del Derecho Constitucional, han considerado la dicotomía de la Constitución real y la Constitución formal (hoja de papel) Lassalle; o bien la Constitución Normativa y la Constitución semántica (disfraz) Löewenstein; Constitución Política (status, ordenación) y formal (forma de gobierno) Carl Schmitt; actualmente en el Estado Social y Democrático de derecho, esa dicotomía tiende a desaparecer y se habla de un solo concepto de Constitución: La Constitución Normativa. Palabras clave: Constitución normativa, mecanismos de protección; mecanismos jurídicos y políticos. La reforma constitucional, como mecanismo ideal para el estado de derecho y la democracia.

Capítulo Primero

Derecho a la Jurisdicción Constitucional

A. Introducción

La Constitución normativa debe tener sus mecanismos de protección para alcanzar la estabilidad del Estado, su propia permanencia como instrumento jurídico, el cumplimiento de los derechos fundamentales y garantizar la existencia misma del sistema político. Su carácter normativo es la sustancia misma para invocar el respeto, la sujeción y la fidelidad que gobernantes y gobernados debemos guardar. El reconocido jurista centroamericano, (guatemalteco) Jorge Mario García Laguardia expresa que “La Constitución y su fuerza normativa necesitan defensa. Es tradicional hablar de defensa de la Constitución y la doctrina se ha encargado de hacerlo” y agrega refiriéndose a su país, que “el tribunal constitucional es el encargado de garantizar la supremacía constitucional y dar plena eficacia a sus normas a efecto de convertir sus declaraciones de principios en derecho realmente aplicable, configurando un nuevo sistema de justicia constitucional”. 1. (vid. Supra Título I, Cap. 2).

Es explicable y necesario entonces, que la Constitución tenga sus propios mecanismos de protección o autodefensa, a la cual estamos llamados todos los sujetos del Estado: Gobierno y ciudadanos. A esa intención responde el presente Capítulo.

B. Mecanismo de Protección

Los mecanismos protectores de la Constitución pueden ser políticos (estructurales) y jurídicos, (procesales, jurisdiccionales), de los primeros mencionamos: la división de poderes, el derecho de insurrección y el derecho de reunión y de asociación que, aunque reconocidos jurídicamente, su política es determinante; entre los dispositivos jurídicos están el control de la constitucionalidad de las leyes, los procesos de amparo y los tribunales constitucionales, además de los principios, valores y derechos, contenidos en ella, la posibilidad de que la Constitución sea reformada, dado que la norma constitucional debe ser expresión de la herencia cultural de los pueblos, pero también debe saber responder a los requerimientos del presente y del futuro.

En ese análisis se determinará en qué medida estos mecanismos funcionan en el derecho constitucional salvadoreño, si las reforma hechas a partir de los Acuerdos de Paz cumplen con esa función; si las instituciones existentes, desempeñan esa labor o si así no fuere, explorar qué figuras, instituciones o norma legales deben ser creadas para que la Constitución pueda ser defendida a partir de sus propias instituciones y de sus propias disposiciones, especialmente, ahora en el período de transición del Estado, en que la alternancia en el ejercicio del Poder experimenta una prueba y cuando de nuevo, aparece el fantasma del golpe de estado, anunciado y acariciado, por las inconfundibles plumas de conocidas “aves de mal agüero”.

C. Separación de Poderes

También conocida como división de poderes o de funciones; es uno de los mecanismos que la tradición constitucional y la historia lo ha registrado, para la protección de la Constitución; la división de poderes, parte de un supuesto que aparentemente la negaría y es que el poder es indivisible; no obstante, la unidad del poder, no se resiente si las tres funciones que son necesarias para su ejercicio, se orientan precisamente a la defensa del poder como integración. Se proclama una intención de mantener la unidad política de conjunto, como una necesidad de preservar el pacto social, pero no a cualquier costo, sino en una forma política.

Con todo y la contradicción lógica que existe entre la indivisibilidad del poder soberano, pero en el entendido también, de que la separación se refiere a las funciones y no al poder sustentado en su titular, el pueblo debe entender además, que el signo más importante del Estado moderno y su versión jurídico política, el Estado de derecho, es la existencia del poder soberano escindido en tres funciones, atribuidas a detentadores distintos y que constituye el logro más importante a la caída del absolutismo monárquico, desde los siglos XVII y XVIII.

El principio de la separación ha sido desde siempre un principio de limitación, desde Aristóteles, Polibio, Locke y Montesquieu; sin embargo, su aplicación no es en términos absolutos, permanentes y universales, se habla de esta técnica como una aplicación pragmática que consulta épocas, estilos, formas de ejercicio; pero sustancialmente la idea es de limitar el poder. Pero la esencia misma, no reside en la división del trabajo, que es muy importante, sino en que por su medio se logran fines deseables, tal es la defensa de la libertad y el goce de los derechos fundamentales de parte de los ciudadanos. Locke, en el segundo de los Tratados, (vid supra Título I, Pág.16) distingue la función legislativa, la ejecutiva y una tercera, la de relación exterior o federativa., influye poderosamente en el desarrollo de la nueva filosofía política de Inglaterra y del resto de Europa. 1/

Uno de esos derechos es la propiedad privada, y la sociedad, como el gobierno deben procurar su seguridad y respeto, limitando así el poder de ambos; posteriormente, la burguesía hizo de la propiedad individual, uno de los derechos fundamentales y que permitió reducir el poder económico de la nobleza, que ha sido además, el sustento del sistema capitalista, que ha traído muchos beneficios en pro de la civilización, pero que ha motivado también los más descarados abusos de parte de los detentadores del poder, en perjuicio de los sectores de menos recursos; por lo general, los trabajadores, tal como lo han denunciado las distintas formas de socialismo, desde el utópico, el social cristiano, el reformista y el marxista.

Montesquieu se refiere al tema de la Separación de Poderes, en su obra "El Espíritu de Las Leyes," en el Libro XI, Caps. IV y VI, en éste, afirma: "La experiencia muestra que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; lo emplea hasta que encuentra un límite. Todo hombre que tiene autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso a la extralimitación ¿Quién podría pensar que hasta la virtud tiene límites? Para que nadie pueda abusar del poder es necesario conseguir, mediante la adecuada ordenación

de las cosas, que el poder frene al poder”” Luego en el capítulo VI dice que “En cada Estado hay tres clases de poderes: El poder legislativo, el poder ejecutivo relativo al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”: Hacer las leyes, hacer la guerra y la paz, por el judicial castiga los delitos y castiga las diferencias, estos poderes no deben residir en la misma persona”. 2/

Debemos considerar en el momento actual, como lo explica Diego Valadés, que “el postulado de la separación de poderes, no explica en nuestro tiempo la compleja trama del poder. Cuando Montesquieu escribía no existían las organizaciones políticas que hoy denominamos partidos , ni las organizaciones sociales que conocemos como sindicatos, ni los medios de comunicación tenían la presencia alcanzada en la actualidad, ni habían emergido la modalidad de las bastantes llamativa de las denominadas “organizaciones no gubernamentales”, ni era de imaginar la aparición de nuevos órganos de poder no encuadrados en los tres tradicionales, como los ombudsman o lo organismos electorales autónomos o los bancos centrales”. 3/

Si la revolución francesa en 1789 y en la proclama de Los Derechos del Hombre, el tema de la separación de poderes se fusiona con el de la protección de los derechos fundamentales, ya el célebre Art. 16 estampó de un modo categórico: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”; y en la Asamblea Constituyente un representante diría “Un solo poder terminará necesariamente por devorar a los otros”. El dogma es el emblema de la república y en las constituciones democráticas lo han estatuido como única cláusula intangible: “Viva la república”. 4/

La técnica de la representación ha sido el complemento necesario de la separación, para alcanzar los niveles aceptables de cumplimiento de los derechos esenciales, prevaleciendo así la Constitución.5/

D. La organización Política y Social

Un sector muy importante dentro de la protección y Salvaguardia de la Constitución es la participación de los diversos grupos sociales, en la toma de decisiones. El más indicado para proteger a la Constitución es el pueblo mismo; en este sentido, una de las características de los regímenes democráticos contemporáneos es la tendencia a la participación, cada vez más activa, de los sectores sociales, en la toma de decisiones políticas trascendentales. A esto se debe que a la democracia representativa de hoy,

se le impone el calificativo de democracia participativa; es en este sentido, que caben las reflexiones del jurista Diego Valadés formuladas en el párrafo que precede.

No es el caso nuestro, ya que se mantiene como cláusula pétrea, el hecho de que el pluralismo descansa en la democracia representativa, no reformable por el mecanismo del Art. 248 Cn., que no deja posibilidades de participación en los hechos relevantes de la vida social y política, circunstancia que paradójicamente cuenta con la aceptación de todos los partidos políticos; la sentencia de la Sala de lo constitucional ya relacionada, pareciera que ha puesto en crisis el Art. 248 de la Constitución.

No obstante, la existencia plural de partidos políticos, constituye un mecanismo de defensa de la Constitución, pues es la antítesis de lo que ocurría en el pasado con la dictadura del partido único, y de las oposiciones irracionales al sistema parlamentario, tal como ocurrió durante por lo menos cincuenta años del siglo pasado; tal como sucedió en Europa, con la corrupción del sistema liberal, que dio paso al fascismo y al nazismo y desde otra perspectiva, al socialismo marxista.

Puede calificarse, por lo tanto, como un avance el hecho de la ratificación del los Convenios 87 y 98 de la OIT, que fue posible mediante reforma constitucional, adversada, paradójicamente también, por los representantes de la izquierda salvadoreña; de cualquier modo, la posibilidad de formar sindicatos y contratar colectivamente es un avance en materia laboral, dado que los trabajadores del Estado tienen un mecanismo de participación en la distribución horizontal del poder. No obstante, por el hecho de estar bajo la protección de los Convenios, el sindicalista salvadoreño, aún no entiende el objetivo y los alcances de estos, pues se continúa con la tarea perversa de llegar a los paros laborales, incluso tratándose de servicios esenciales a la comunidad y sin haber siquiera iniciado un planteamiento de carácter laboral, para mejores prestaciones sociales; Durante los meses de septiembre y octubre de 2010, trabajadores de la salud cerraron los hospitales, negaron el acceso a las autoridades de los mismos, los médicos no pudieron dar sus consultas y los pacientes sufrieron las consecuencias del irrespeto sindical.

E. La Supremacía Constitucional

La Constitución de El Salvador es una norma escrita, codificada y rígida; se distingue por su origen de las leyes ordinarias, por ser producto del poder constituyente originario; las otras normas se originan en actos del

Poder Legislativo, uno de los poderes constituidos que la propia constitución consagra. El principio del que hablamos está expresamente consagrado en los Art. 246 Cn. y también el Art 235; estas disposiciones tienen su antecedente en el Art. VI cláusula 2ª de la Constitución de EEUU, antes relacionada. El tema de la supremacía está íntimamente vinculado al de su eficacia normativa directa, por lo que al tratarlo en este trabajo, es con una intención confirmatoria de la necesidad ya planteada, con su eficacia normativa, y además, debido a que la Constitución tiene la característica de supralegalidad, que está relacionada con el tema de la reforma constitucional.

En este punto hay una relación entre la jerarquía de la norma (supremacía) y el de rigidez de la Norma, (supralegalidad), que es una garantía jurídica de la supremacía, o sea, el hecho de ser norma de normas, que se refiere al procedimiento agravado para su reforma, es una forma didáctica de reconocer ambos conceptos, aunque un análisis más detenido `podría traer otros agregados que no corresponden a este análisis, y nos acercaríamos a un tema de fuentes de producción del derecho. 6/

En nuestra Constitución no se ha abierto un capítulo especial, que se refiera a la protección de la Constitución; sin embargo, disposiciones ubicadas en diferentes sedes de la misma, nos permite encontrar normas que se orientan a ese propósito, tales son las normas anteriormente citadas, y también el Art. 244, que regula lo que se denomina defensa penal de la Constitución, la cual todavía no se ha desarrollado en la ley secundaria, para conocer cuál es la interpretación del legislador sobre los efectos y alcances de la norma; solamente la Sala de lo Constitucional, en su sentencia relacionada con la Ley de Amnistía, interpreta que debe entenderse por defensa penal de la Constitución. (vid. Sentencia,..... Debe entenderse en este mismo propósito de defensa de la Constitucionalidad, el régimen de excepción a que se refiere el Art. 29 de la Constitución, que a nuestro saber, es una institución protectora de los derechos de libertad de los ciudadanos; en este caso, mediante limitaciones reforzadas se establece dicho régimen, para la defensa del plexo de los derechos fundamentales, en beneficio de los ciudadanos esencialmente y no necesariamente del gobierno o del Estado.

F. La Supra Legalidad

El procedimiento agravado de reforma o el procedimiento más riguroso, para la reforma de disposiciones es consecuencia del primer principio, en virtud de que si las normas constitucionales se expiden o se modifican en la misma forma que las ordinarias, se menoscaba el principio de la

supremacía de las primeras. Este procedimiento de reforma fue consagrado en el artículo V de la misma Constitución norteamericana.

La supremacía de la Constitución y el procedimiento agravado de reforma, no significa que sea imposible hacer reformas a la Constitución. Para ello, básicamente se requiere que éstas cumplan con dos requisitos: por un lado, no contrariar el espíritu de la Carta Magna y su supremacía; y por otro lado, observar los procedimientos agravados para su reforma. Esto es un arma peligrosa, la irreformabilidad de la constitución, pues por una parte Constituciones como la de El Salvador, en la que la parte orgánica es irreformable, puede generar ambiciones autoritarias, o bien por un procedimiento anormal, como es el caso de las mutaciones constitucionales, por las cuales puede reformarse la constitución sin haber seguido el procedimiento de reforma.

Estos dos principios, aunque en rigor pertenecen a la técnica jurídica, tiene efectos esenciales sobre las disposiciones fundamentales y la vida política de la comunidad, por lo que se consideran indispensables para la protección de la Constitución. Así, han sido consagrados expresa o tácitamente en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. La supremacía constitucional se refiere a la jerarquía de las normas, en especial de que el fundamento de validez de todo ordenamiento se encuentra en las disposiciones de carácter constitucional, y de éstas en una Constitución anterior, hasta llegar a una norma hipotética fundamental. Un ejemplo de este principio, fue consagrado en el Artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

“John Marshall, presidente de la Suprema Corte, sostiene que toda norma legislativa contraria a la Constitución federal, era nula y sin ningún valor. Al no estar planteada en forma expresa la inconstitucionalidad de las leyes, Marshall, en el caso mencionado aplicó la lógica: “Una ley que repugna la Constitución, es nula: Si aplico esa ley, violento la constitución, si no aplico la ley, aplico la constitución”. 7/

De este modo, el principio de la supremacía constitucional tuvo una influencia decisiva, en el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (judicial review), en varios países pertenecientes a la tradición anglo-sajona y en algunos países latinoamericanos, por conducto del juicio de amparo. “La doctrina de la supremacía constitucional exige, además de la suprallegalidad, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control

amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales”. 8/

Capítulo Segundo

Coyuntura Histórica: Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales

A. El Poder de la Reforma

Veremos en el presente apartado, cuáles son los argumentos, la doctrina y los factores fácticos que están presentes en el origen, evolución y reforma constitucional, o sea, como se crea y/o se reforma la Constitución, dado que ésta tiene en general, un procedimiento agravado para ello, en el sentido de que estas normas tienen la característica de ser rígidas.

La necesidad y el derecho que tienen los pueblos de modificar sus reglas superiores de convivencia, ha sido exigida no sólo por los políticos y juristas, sino fundamentalmente por los ciudadanos, que son los destinatarios de las acciones de gobierno, con las que se intenta convertir en realidad, lo que las reglas prescriben. No obstante, la Constitución tiene un sentido de permanencia, que garantiza la seguridad y la unión de las generaciones pasadas, con las presentes y las futuras. Por tal razón, reformar la Constitución debe ser un proceso que combine muchas complejidades, desde la identificación del o los procedimientos para tal reforma: Un tema no abordado ni por los Acuerdos de Paz, ni por los sectores políticos, por lo que sin un referente que unifique la dirección del Estado, cada vez nos hundimos como sociedad y nuestro desarrollo cada vez es más precario, tal como lo demuestra el Informe de PNUD, correspondiente a 2010.

Se comienza por afirmar, que dicho procedimiento es de naturaleza distinta a las reformas de la ley, y que es necesario agravar o complicar el proceso formal, para introducir los cambios que aquellas necesidades exigen.

Ferdinando Lassalle, político alemán, fundador del Partido Social Demócrata de Alemania, en su conferencia “¿Qué es una Constitución?” sostiene que la Constitución formal es el resultado de la combinación de los distintos factores reales de poder (constitución real), que hay en una sociedad; son ellos los que ordenan el contenido de la “hoja de papel” (constitución formal).

Los distintos factores reales de poder que se mueven en una sociedad escriben el texto constitucional, y a partir de entonces dejan de ser factores de poder y se transforman en factores de derecho. Lassalle, observa como la monarquía, la aristocracia, los banqueros, el clero, el ejército de su país, son los verdaderos factores que determinan la Constitución. La influencia del socialista alemán es evidente en Jellineck; quien sostiene que “la Constitución del Estado expresa a su vez las relaciones de potencialidad entre los distintos factores sociales....La verdadera constitución en oposición a la escrita, descansa en las mutuas relaciones de fuerza de los factores políticos base del Estado”.

La combinación de estos factores reales de poder son la clave de la permanencia o cambio constitucional, ellos definieron el grado de flexibilidad posible en una constitución, que por su naturaleza es rígida; y ellos, arbitrarán en el conflicto tensionante y permanente. Entre lo expuesto en la constitución francesa de 1793, por el cual “un pueblo (nación) tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su constitución”; es decir, que una sociedad no puede condenar a las sociedades futuras de vivir con una misma Constitución,” entre esta máxima volátil que daría lugar a una extrema y peligrosa flexibilidad, aparecería otra que expresa que la “Constitución y sus principios no pueden ser desconocidos o alterados por un acto de fuerza”.

Jellineck encontró que una vía formal de cambio constitucional muy rígida, daría lugar a las mutaciones considerándolas como “dialéctica de la normatividad escrita y realidad constitucional, causa fundamental de dichas transformaciones constitucionales indirectas, tácitas, silentes, que configuran el cuadro de la dinámica constitucional”.

B. El Poder Constituyente

Cuando se funda un Estado y se dicta su carta constitutiva, o bien cuando se reforma sustancialmente o parcialmente dicha carta, al impulso de esas acciones se encuentra un poder específico, una forma especial de ser de una comunidad, que expresa su voluntad para fundar o modificar una estructura política real y su documento normativo: la Constitución.

Esa fuerza real se denomina Poder Constituyente, que no sólo crea sino que también legitima su propia creación; sobre este importante fenómeno político, el profesor Luis López Guerra, en su Introducción al Derecho Constitucional, dice lo siguiente:

“La atribución a la comunidad política del poder de establecer una Constitución, supone que ésta es derivada de la voluntad popular, y en ella encuentra su legitimación. Supone desde un punto de vista lógico el elemento que determina el paso de un conglomerado social desorganizado, (la muchedumbre, o la sociedad estratégica o dominada), o sea, el grupo plural e inconexo, a un sistema jurídico estatal plenamente organizado y adecuado a una norma constitucional suprema. Tal fue el punto de partida de las Constituciones surgidas en las revoluciones norteamericanas y francesa. La Constitución norteamericana de 1787 comienza con la solemne afirmación de que “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y nuestros descendientes los beneficios de la libertad, promulgamos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

“La Constitución francesa de 1793 comienza encabezada por el Derecho del 21 de septiembre de 1792: “La Convención nacional declara; 1º. Que no puede haber otra Constitución más que la aceptada por el pueblo”. Y el artículo 3 de la Constitución española de 1812 proclama expresamente que “la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”. Sólo a la voluntad nacional, pues, se le reconoce el poder de establecer una Constitución, esto es, regular las instituciones fundamentales y los derechos de los ciudadanos”.

La Constitución española de 1978, dice; “La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran en uso de su soberanía proclama su voluntad de: “En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo Español ratifica la siguiente constitución”. En el preámbulo de la Constitución Salvadoreña encontramos: “Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en la Asamblea Constituyente decretamos, sancionamos y proclamamos la siguiente Constitución”. Estos son típicos actos de poder constituyente originario, que es cuando se crea el estado, “es el paso de un grupo plural e inconexo a

un sistema moderno, sino en todos los casos, en los que se conforma un estado o se modifica sustancialmente el estado anterior.

Evolución del Poder Constituyente en El Salvador

No obstante, en el caso de El Salvador, el auténtico Poder Constituyente debe buscarse en el acto de promulgación de la Constitución Federal de 1824, al crearse la República Federal de Centroamérica, consecuencia de la independencia de 1821; en el mismo sentido debe considerarse la Constitución estatal de El Salvador de 1824. Es importante destacar como nuestra primera Constitución abordó el tema de su propia reforma y que contiene doctrina más consecuente que la actual, especialmente en materia de cláusulas pétreas, así los Arts. 80 y 82, que plantean la posibilidad de reformar a los dos años de su vigencia, algunos artículos, excepto los dos primeros del Capítulo Uno, que se refieren a la independencia y a permanecer en la Federación, el Art. 4, referente al territorio y el Art. 12 del Capítulo III; a los ocho años de su vigencia, según el Art. 82 es posible convocar al Poder Constituyente, para que examinada su totalidad pueda reformarla. La Constitución de 1841 admite ser reformada, pero nunca para reducir los derechos fundamentales, ni atentar en contra de la división de poderes; por su parte, el Art. 102 de la Constitución de 1864 admite sólo reformas parciales; y la Constitución de 1886 ya declaró como cláusulas pétreas, las que se refieren a la no reelección y a la duración del período presidencial; la Constitución de 1939, en su Art. 188 reconoce la reforma por Asamblea Constituyente convocada por actas plebiscitarias de los dos tercios de ciudadanos, y la convocada cada 25 años, no tendrán limitación de facultades y en un tercer caso, convocadas por dos asambleas sucesivas pero no reformar cláusulas pétreas .

El Art. 171 de la Constitución de 1945 reconoce reformas pero no a cláusulas pétreas; el Art. 223 de la Constitución de 1950 habla de dos legislativas ordinarias, y la segunda haría la convocatoria a la Asamblea Constituyente y el Art. 222 de 1962, en igual forma. Tanto la Constitución Originaria, como las que suceden y que representan cambios políticos e ideológicos profundos han sido creados por el poder constituyente originario; pero las constituciones, actualmente tienen reglas que permiten modificar en todo o en parte, por medio de reglas propias, sin necesidad de recurrir a la revolución o al golpe de estado, es el poder constituyente derivado.

Los poderes establecidos y creados por una Constitución derivan de ésta su legitimidad y están sometidos a las regulaciones y mandatos

constitucionales relativos a su composición, a sus procesos legítimos y jurídicamente correctos, en cuanto se adecue a los preceptos constitucionales. Ahora bien, muy distinta es la situación que se produce, cuando de lo que esta trata es de crear un orden constitucional nuevo, porque no se admite la legitimidad del ordenamiento anterior.

En este caso, la creación de una Constitución no se basa en mandatos o preceptos anteriores, que se consideraban ilegítimos, sino en la voluntad nacional, el ejercicio de ese poder creador, no está sujeto a los límites o procedimientos establecidos en una normativa previa, cuyo valor vinculante no se reconoce.

No siempre puede justificarse el rompimiento de un orden constitucional, al introducir cambios cosméticos a las constituciones, que más bien lo que pretenden es un cambio en los detentadores del poder (golpes de estado). En el proceso constitucional salvadoreño encontramos muchos ejemplos de las situaciones descritas; pero que terminan por aceptarse, dado el carácter autocrático que todavía caracteriza al sistema. En el caso de los poderes constituidos, están limitados por la Constitución y no pueden contravenir los principios, derechos y deberes que ésta proclama. No obstante, como poder de reforma constitucional que se limita a lo que la Constitución le permite.

Ya sea en forma originaria -creación del Estado- o en forma derivada, las siguientes creaciones constitucionales, son hechos que constituyen la teoría del poder constituyente.

Schmitt afirma que el Poder Constituyente es la voluntad política, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto, sobre el modo y la forma de la existencia política de un estado. Expresa lo siguiente: “el poder constituyente es unitario e indivisible, ya que no se traduce en un poder más coordinado con otros distintos ‘poderes’ (legislativo, ejecutivo y judicial). Es la base que abarca a los otros poderes y divisiones de poderes”.

El autor afirma también, que el poder constituyente permanece después de la emisión de la Constitución, porque la decisión política implicada en ella, no puede reobrar contra el sujeto titular del poder constituyente ni destruir su existencia política; por ello, al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad.

Jorge Carpizo, en una línea parecida a la de Schmitt asevera que en la democracia, el poder constituyente es y sólo puede ser el pueblo; que el

congreso constituyente es una asamblea electa por el pueblo, para que redacte y promulgue la Constitución, en tanto que la asamblea proyectista redacta un proyecto de Constitución, para que el pueblo lo apruebe o lo descalifique; además, atribuye al poder constituyente las siguientes características: es originario, es creador de todo el orden jurídico; en principio es ilimitado; su función es expedir la Constitución y no gobierna.

C. Rigidez Absoluta y Relativa

Toda Constitución pretende, fijar y establecer un orden entre gobernantes y gobernados y esa pretensión es de carácter permanente, o sea, que no obstante la naturaleza cambiante de la vida social y política, se quiere que el marco jurídico de regulación sea lo más permanente posible.

“Desde un punto de vista puramente teórico - y con ello entramos en el tema propiamente dicho-, una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político, según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera, que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras. No obstante, pues, que la Constitución tiene un ideal de permanencia y de estabilidad, su carácter de norma superior y fuente de validez de todo el ordenamiento jurídico, producto del poder constituyente del pueblo, no puede condicionar en términos absolutos y autoritarios al poder constituyente de mañana; ni a la sociedad ni a los ciudadanos de mañana”. 9/

La Constitución francesa de 1793 lo expresó categóricamente: “El pueblo francés, convencido de que el olvido y el desprecio de los derechos naturales del hombre, son las únicas causas de las desgracias del mundo, ha resuelto exponer en una declaración solemne, estos derechos sagrados e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos, pudiendo comparar en todo momento los actos del gobierno con la finalidad de toda institución social, no se dejen jamás oprimir ni envilecer por la tiranía; a fin de que el pueblo tenga siempre ante sus ojos las bases de su libertad y de su felicidad, el magistrado la regla de sus deberes, el legislador el objeto de su misión. – En consecuencia, proclama en presencia del Ser supremo, la siguiente declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 28. Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras. 10/

El Art. 248 Cn. establece el procedimiento para la reforma jurídica de la constitución, por la acción del poder constituyente constituido, denominado poder de reforma o constituyente permanente; puede modificar la constitución excepto las llamadas cláusulas intangibles estipuladas en ese mismo artículo. Se declaran inmodificables determinados contenidos constitucionales, tal es el caso del Art. 248 de la Constitución de El Salvador, que no permite reformar la forma de gobierno, el sistema político, la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia y el territorio. La Constitución no estableció procedimiento para convocar al Poder Constituyente, para modificaciones de estas cláusulas; está bien que no se haga por medio del poder de reforma incorporado, pero la Constitución ha cerrado la puerta, con llave y no existe llave, por lo que estas cláusulas ya no son pétreas, sino eternas y algunas de ellas son dudosas, inconvenientes, perversas.

La Constitución francesa de 1958, dice que “la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión”, en igual sentido, las constituciones italiana y alemana, si de hecho se producen cambios, estamos en presencia de una mutación”. El Salvador, siguió esos modelos; no se puede reformar lo relacionado con la forma de gobierno y en opinión del que esto escribe, es correcta esa decisión, porque es la herencia republicana del constituyente originario, o sea, el que formuló la primera constitución en el año 1924.

La Constitución es una llamado permanente a la reflexión para una proyecto de cambios, su normativa se modifica con el impacto de la realidad político social, que no afecta sus formas textuales; pero se sigue el procedimiento formal, relacionado en el Art. 248, tal como se ha descrito.

D. Las Mutaciones Constitucionales

“También trasmuta su contenido, mediante cambios que deja indemne su texto; no lo cambia formalmente, pero son las prácticas legislativas, administrativas y jurisprudenciales, las que transforman las constituciones; adopta formas que los nuevos tiempos exigen y que se consideran modélicas, sin cambiar el texto, se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político social de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica; puede ocurrir y de hecho ocurre, por una interpretación incorrecta parlamentaria, de los gobiernos o de los tribunales de justicia o por el desuso o por nuevas costumbres”. 11/

También se modifica cuando se desaplican sus preceptos; alterándose los mandatos Constitucionales, esto podría darse en los casos de abusos del

legislador, al irrespetar una norma constitucional. En este caso, como en el anterior estamos en presencia de mutaciones constitucionales que se producen en toda sociedad y tiempo. No obstante, la mutación no es posible, ya que se incurre en defectos de procedimiento o alternando cláusulas intangibles.

Los Estados autoritarios proceden a modificar sus constituciones y emplean mecanismo espurios, tales como el golpe de estado, las mutaciones por incumplimiento de la misma, o bien, apoyándose en sus propias disposiciones, impulsan procesos de reforma constitucional, en claro abuso de derecho, pasando por lo que tales disposiciones prescriben; son violaciones calculadas, que ocurren especialmente en los países de escasa cultura constitucional, en opinión del sustentante, estas prácticas son verdaderas infracciones constitucionales, que se regularían conforme el Art. 244 Cn.

E. La Racionalidad Constitucional de las Reformas

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

Y es que la reforma constitucional es un proceso de cambios ordenados, pactados y además, legítimos de la norma constitucional y con el propósito de defensa de la Constitución; “modificar la Constitución, implica la garantía de su permanencia y estabilidad, en la medida que es un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, y agrego, un mecanismo de defensa de la misma”. 12/

F. La Reforma se contradice a sí misma

La Constitución se reforma con el propósito de garantizar su estabilidad; es paradójico, pero es una realidad, ya que una Constitución no modificable es propia de un sistema autoritario y estos sistemas tienen demasiados enemigos, muchas personas inconformes, las mayorías, la sociedad en

su conjunto, y aparece otra paradoja: entre más estabilidad artificial de la Constitución, más inestabilidad social y mayores desequilibrios. En las sociedades abiertas, la reforma constitucional está expuesta al debate, a la discusión y a las propuestas; un sano ejercicio que debería ser estimulado en nuestro país, especialmente, como lo veremos, en las cláusulas intangibles consignadas en nuestra constitución, cuya posibilidad de analizarse, incluso académicamente, genera valoraciones y opiniones totalmente inexactas y hasta perversas; un cierre a la discusión puede generar un clima de desasosiego, que no es recomendable.

Pedro de Vega, en su obra *La Reforma Constitucional* plantea que la reforma se produce por tres razones fundamentales: 13/

Como Instrumento de adecuación de la realidad política y la realidad jurídica;
2) Como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado;
3) Como institución básica de garantía.

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

Esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica, porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, modificarla no significa destruirla, sino simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente.”

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

G. Reformas Constitucionales en El Salvador

El Art. 248 Cn. consagra el poder de reforma, que se ejerce por medio de dos asambleas legislativas; es un poder constituido derivado del Poder Constituyente originario, que reside en el pueblo. Téngase presente que el poder reformador debe respetar el marco (supremacía) de la Constitución, los principios, valores y derechos constitucionales y no intentar la reforma de las cláusulas intangibles; o sea, que es un Poder Soberano, delegado, pero que se ejerce en un marco de legalidad y legitimidad: Es la soberanía de la Ley y del Derecho.

En esta fórmula encontramos un principio de solución de un problema de soberanía, ya que siendo el pueblo soberano puede modificar en cualquier momento su Constitución; sin embargo, el pueblo concede el poder de reforma a sus representantes y se crea la figura de la soberanía constitucional, o sea, el establecimiento de una norma que pueda modificar la misma constitución, pero que siga un orden preestablecido; es decir, garantizar al pueblo la supremacía de su Constitución inclusive contra el mismo, contra la irresistible tendencia de la naturaleza humana de cambiar en busca de la quimera, de lo mejor. La afirmación anterior ha dado lugar a mucho ejercicio de doctrina constitucional contradictoria, en el sentido que la democracia ha resultado muy disminuida, al entregarse el poder constituyente del pueblo, a las minorías parlamentarias o a los partidos políticos.

¿Es lo anterior una afirmación absoluta? Esto depende de la sociedad política de la que estemos hablando, ya que no es lo mismo el poder de reforma en un estado democrático, que en un antidemocrático, o como diría Löewenstein, un estado de Constitución normativa, que un estado de Constitución semántica, donde la norma sólo es un disfraz o una máscara que protege a un sistema antidemocrático.

En nuestra Constitución, el poder de reforma está previsto en el Art. 248 y se ejerció en 1991-1992, 1994-1999, 2000, 2005, 2009; pero no es un poder absoluto, tiene limitantes: De una forma o de otra, el poder constituyente es el creador de la norma constitucional, y al crearse ésta, se convierte en la norma superior, o sea, que está por encima de las otras normas y en consecuencia, su reforma requiere un procedimiento agravado. Pero debe ser una participación de todos los que intervienen en el proceso de conformación del poder: Ejecutivo, Legislativo, Pueblo, de acuerdo con la fórmula de que la soberanía reside en aquél que puede reformar la Constitución. En nuestro país, ese poder reside en la Asamblea Legislativa; no obstante, una reforma

sobre este punto debe posibilitar la participación de más sectores, para que la democracia sea auténtica.

En El Salvador como en Suiza, las reformas constitucionales son frecuentes, aunque en El Salvador, una propensión xenófoba critica el sistema jurídico garantista, que sustituyó al sistema autoritario, sosteniendo que el “garantismo” no es aplicable a los salvadoreños y que esas leyes son para “suizos” (sic). El Estado ha ensayado con relativo éxito, ir adaptando su Constitución a las nuevas vivencias políticas que se producen a partir de los Acuerdos de Paz. No así, la reforma total o revisión, que no fue considerada por el Constituyente de 1983, (una deficiencia más de nuestro derecho constitucional), situación que debe estudiarse con el mayor interés; además, no se ha establecido procedimiento de revisión de las cláusulas intangibles.

Esta práctica, debe reconocerse, ha permitido estabilidad a la Constitución y es su mejor mecanismo de defensa; sin el cual probablemente se habrían generado condiciones, para el enfrentamiento entre el Estado y los ciudadanos. Formulada la Constitución, el poder constituyente desaparece, cediendo el lugar a la propia norma creada y todos los poderes del Estado, pasan a ser poderes constituidos, inclusive el poder de reforma que se introduce en las Constituciones.

En el sistema salvadoreño es un poder de reforma limitado, en los términos del Art. 248; se trata de reformas puntuales y en ningún caso pueden hacerse, en relación con la forma y al sistema de gobierno; la forma de gobierno salvadoreño es el republicano, o sea, la forma que reconoce la existencia de tres poderes u órganos distintos, para actuar también en tres direcciones distintas: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El sistema de gobierno se refiere a su estructura política, es decir, a su carácter democrático, pluralista y representativo.

H. Cláusulas Pétreas

Uno de los déficits de los Acuerdos de Paz es no haber tocado el tema de las cláusulas pétreas o intangibles, de tal manera, que lo dispuesto en el Art. 248 hace de El Salvador uno de los Estados más deficitarios en el manejo de ciertas áreas jurídico políticas, como: el territorio, espacio aéreo, mar territorial, sistema político, etc., sin que se vislumbre una posibilidad de alcanzar niveles que nos acerquen a soluciones previstas, desde hace mucho tiempo en otros estados, por el Derecho Internacional; es más, hay posiciones tan reacias, que todavía sugieren que sobre estos temas no caben siquiera procesos de discusión.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 248, con o sin Acuerdos de Paz, las normas que se refieren a forma de gobierno, sistema político, territorio, etc., son inamovibles; en un análisis de derecho comparado se advierte lo atrasados que estamos en ese ámbito; revisar en un foro nacional, académico o de sociedad civil, porque sería pedir mucho hacerlo a nivel de Estado, esta temática debe ser discutida y analizada, antes que nuevas formas de modificar los textos constitucional, de prácticas consuetudinarias, de sentencias de la sala de lo constitucional, etc., que hagan variar estas posturas obtusas, que todavía atrasan nuestro sistema constitucional.

Llevada a sus extremos, la interpretación del Art. 248 Cn. traería como consecuencia que las reformas relacionadas con el poder no son factibles, y en cuanto a enmiendas relacionadas con la parte dogmática, esto es, todo lo referente a derechos fundamentales, también no sería factible, ya que las normas de Derecho Internacional, en las que rige el principio *pacta sunt servanda* y normas correspondientes al *jus cogens*, los Estados deberían aceptar y aplicar normas derivadas de convenios internacionales, pero entre nosotros eso no es posible todavía, porque la norma internacional no tiene categoría constitucional y no constituye parámetro de control. Pues no se acepta ni aplica, el denominado bloque de constitucionalidad. 14/

Según el constitucionalista español, Francisco Fernández Segado, “las leyes comunes no tienen estipulaciones sobre su reforma, esta es una figura que corresponde a las Constituciones, en virtud de la proximidad que existe entre lo que ella prescribe y el que ordenó esa prescripción, es decir el poder constituyente, el pueblo; es una creación del constitucionalismo norteamericano que exige que la Constitución sea *lex superior*; sigue diciendo este autor, citando a Löewenstein, que el procedimiento más común para la reforma constitucional, es el de exigir mayorías calificadas, concediendo así poder de veto a las minorías y además un procedimiento agravado con lo que se consigue la permanencia y estabilidad constitucional”. 15/

No obstante, la sentencia de la Sala sobre candidaturas no partidarias, rompió con esos paradigmas, pues ha puesto o considerado como parámetro de control, los tratados internacionales y la modificación del Art. 85, interpretación que no compartimos, pero que de acuerdo con la realidad resultante, la Sala ha generado una nueva forma de abordar el tema de las cláusulas pétreas. Punto para una enorme y fructífera discusión.

I. El Futuro de nuestra Constitucionalidad

El Art. 248 se refiere a la forma y sistema de gobierno proclamado en los Arts. 85 y 87 Cn. En efecto, el Art. 85 establece que: a) el sistema político es pluralista; b) se ejerce por medio de los partidos políticos; c) se basa en la democracia representativa; d) la trasgresión da lugar al derecho de insurrección. El sistema pluralista no podría ser cambiado por el Art. 248, es decir, que cambiar a un régimen de partido único o ajeno a los partidos, no podría hacerse, es más, su violación daría lugar al derecho de insurrección. Lo que se deduce de estas proclamas es que al decir “forma” de gobierno se refiere a la república y “sistema”, se refiere a todo lo regulado como sistema político y a lo que se ha hecho referencia anteriormente.

El Art. 85, inc. 2º ha fijado una posición controversial, que los ciudadanos han cuestionado de diversas formas, y es posible que pueda generar algunas situaciones de confrontación entre los sectores sociales, pues ha creado un camino muy estrecho, que atenta contra la libertad y la democracia. Fija este artículo, que los partidos políticos son el único instrumento para la representación del pueblo, e inmediatamente consagra la democracia representativa, no como una técnica de gobernar, sino como un valor político convertido en un dogma; ambos conceptos por disposición del Art. 248 no se pueden tocar, son intangibles, inamovibles, eternas. Esto es lo que fue despedazado por la sentencia de la Sala de lo Constitucional, que ha permitido las candidaturas no partidarias, una decisión que todavía es motivo de controversia.

Todas las funciones del estado se ejercen por medio de representantes, que cumplen las funciones del Estado en el esquema de la división de poderes; fue un verdadero salto de calidad que superó el sistema monárquico, es una técnica de ejercicio del poder, pero no puede heredar el absolutismo que combatió; manteniendo su presencia debe admitir otras formas de democracia, que le sean compatibles, tales son los de la democracia participativa o semidirecta, que permite la presencia popular en la toma de decisiones. Este es el punto de la controversia, o sea, la soberanía del parlamento (Asamblea) o la soberanía del pueblo, el debate que no puede ser ignorado, ocultado o soslayado es un riesgo que no puede seguirse alentando.

El Art. 84 determina la calidad irreductible de su territorio, definiéndolo como el espacio sobre el cual El Salvador, ejerce su soberanía y jurisdicción, con lo que determina tanto el poder político como el jurídico. Comprende la parte continental, b) territorio insulares, según Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana (1971), c) otras porciones insular, según el derecho

internacional; d) las aguas del Golfo de Fonseca, según sentencias de 1971 y el derecho internacional; e) el espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente; f) la soberanía se ejerce sobre el mar, el subsuelo y lecho marinos hasta la distancia de 200 millas marinas, contados de la línea de más baja marea; g) luego define los límites.

Este punto aunque puede tener algunas explicaciones históricas, y justificarse por ello, la cuestión territorial, especialmente en cuanto a los derechos del mar y del espacio aéreo se rigen más por los tratados internacionales que por las disposiciones internas, una tendencia que El Salvador mantiene en perjuicio de sí mismo.

J. Constitución y Derecho Internacional

En materia territorial, El Salvador no ha ratificado la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar”, y lo que dice su Constitución, no es compatible con lo que dice la Convención, de lo cual se desprenden consecuencias económicas, de seguridad y jurídicas, es por ello necesario hacer énfasis en esto, pues se les ha dado el trato que requieren. La defensa obstinada y sin mayores argumentos de la cláusula contenida en el Art. 248, puede que esté causando ya, perjuicios que no se han querido evaluar.

Estas son tareas pendientes y es parte de la tesis que pretendemos sustentar, en el sentido de que la constitución salvadoreña no responde a los requerimientos del derecho constitucional contemporáneo, con el agravante de que éstas son cláusulas pétreas, según el Art. 248 y más pétreas, en la mentalidad jurídica prevaleciente.

Este documento se considera el más importante después de la Carta de las Naciones Unidas, se le conoce como la Constitución de los Océanos, suscrita y ratificada por más de ciento sesenta países, entre ellos, los centroamericanos Honduras y Costa Rica. Con pocas excepciones, incluyendo El Salvador, la Convención está llamada a desempeñar una función de primera importancia en los intercambios comerciales, culturales, económicos, de defensa, entre todos los países; además, es un instrumento valioso para la paz de las naciones.

El Mar Territorial

Esta Convención ha determinado según el Art. 3 que: Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas

de conformidad con esta Convención. Según la Convención, el territorio del mar territorial, abarca, a todo lo largo de las costas continentales e insulares de un Estado, una anchura de doce millas náuticas (12 Mn) y se medirá ordinariamente a partir de la línea de más baja marea. La soberanía nacional en el Mar Territorial se ejerce sobre el espacio aéreo, las aguas, el suelo y subsuelo, y sobre todos los recursos que en ellos se encuentren, definiendo además otros aspectos que las autoridades de nuestro país deben considerar con mucha seriedad, tales como:

ZONA CONTIGUA: Para fines de vigilancia marítima y resguardo de sus intereses, cada Estado tiene contiguo a su Mar Territorial, una zona que se extiende hasta veinticuatro millas náuticas (24 mn), contados a partir de las líneas de más baja marea o las líneas de base desde las cuales se mide el Mar Territorial.

Plataforma Continental

Aquella parte del suelo y subsuelo comprendida desde la costa hasta los 200m. de profundidad. **ZONA EXCLUSIVA ECONÓMICA:** Aquella comprendida entre la costa y las 200mn, mar adentro, sobre la cual se ejercen derechos de explotación y fines comerciales.

Art. 17.- Derecho de paso inocente

Con sujeción a esta Convención los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial. **Art. 18.** Se entiende por paso el hecho de navegar por el mar territorial con el fin de:

Atravesar dicho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala en una rada o una instalación portuaria fuera de las aguas interiores; o

Dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas, o hacer escala en una de esas radas o instalaciones portuarias o salir de ella.

El paso será rápido e ininterrumpido. No obstante, el paso comprende la detención y el fondeo, pero solo en la medida en que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos al buque por fuerza mayor dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave. **“Art. 19 Significado de paso inocente.** El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado

ribereño. Ese paso se efectuará con arreglo esta Convención y otras normas de derecho internacional”.

Espacio Aéreo

Sobre el espacio aéreo, que forma parte del territorio de la República, es necesario recurrir a las normas de derecho internacional, para regular actividades que tienen que ver con el uso del espacio, tales como el transporte aéreo, los fines militares, la defensa del territorio de las agresiones y acciones delictivas, la transmisión de comunicaciones, televisión, etc.; es importante, destacar que en materia de derecho aeronáutico, y/o aeroespacial internacional, existen diversas teorías relativas al espacio ultraterrestre. Si bien la normativa existente sobre Derecho del espacio debe atenerse a estos principios generales, estos mismos principios deben estar subordinados al Derecho Internacional general, así como también las propias actividades que los Estados realizan en el espacio. Una materia que confronta la soberanía del Estado, con las normas internacionales, relacionadas con el territorio y que nos confronta con ellas dado el carácter de cláusulas intangibles que tienen las reglas territoriales, según el Art. 248, temas insistimos que no fueron materia de los Acuerdos de Paz y que todavía se consideran y se pretende perpetuarlas como cláusula.

K. Obligatoriedad de las Normas Internacionales

La doctrina discute cuáles serían las normas que pueden considerarse en la actualidad, como normas de “ius cogens”, sin alcanzar un consenso. Hace poco, al tratar sobre estas normas en el trabajo “Fragmentación del derecho internacional”, se rehusó hacer una lista extensiva. Determinados organismos internacionales se han pronunciado al respecto, pero de manera fragmentada:

El artículo 26 de la Carta de San Francisco afirma que la Organización de las Naciones Unidas hará que todos los Estados, incluso los que no sean miembros de la Organización, cumplan los principios recogidos en el propio artículo 2, lo que podría entenderse como un principio de imperatividad. Lo mismo se ha afirmado de la noción de crímenes de la humanidad.

Por su parte, la Corte Internacional de los Derechos Humanos ha señalado en jurisprudencia constante, tanto contenciosa como consultiva, que varias normas de protección de los derechos fundamentales revisten del carácter de “ius cogens”, como el acceso a la justicia, llamado por esta Corte derecho

al derecho, 17/ en el caso Michael Domínguez contra Estados Unidos, quien afirmó que existía una norma de “ius cogens” que prohibía aplicar la pena de muerte, por delitos cometidos por menores de edad.

“Una norma de ius cogens se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario de los Estados. Esto la diferencia de la costumbre internacional, que tradicionalmente ha requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración mediante tratados. Por el contrario, no cabe que una norma contradiga a otra de ius cogens, salvo que también tenga esta naturaleza: en tal caso, la nueva norma reemplazará a la antigua”.

“Por otra parte, las normas de derecho imperativo obligan frente a todos los Estados: esto es, generan obligaciones erga omnes. Normalmente se entiende que las normas de ius cogens son de Derecho internacional general y que no existen normas imperativas regionales, aunque haya autores que sí lo entiendan así.

De igual modo, el Art. 248 de nuestra Constitución declara intocables los artículos que se refieren a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república; esto significa, que un buen presidente no tendría opción para ser reelecto y para quien cinco años, podría no ser un tiempo suficiente para trabajar por su país; Estados Unidos tiene un sistema, que si no es perfecto es modélico, en el sentido de que para un mal presidente, cuatro años es mucho, pero uno bueno puede aspirar, por un período igual. Aunque no hay que legislar por las apariencias; sin embargo, elevar esto a la categoría de cláusula pétrea, no es precisamente lo aconsejable, dado que si bien es cierto, se regula la alternabilidad en cuanto a la persona, pero no en cuanto al sistema (partidos políticos). La discusión está abierta o al menos debe abrirse.

L. Cláusulas Pétreas en el Derecho Comparado

El análisis específico de las cláusulas contenidas en el Art. 248, por las reacciones que se advierten en algunos sectores y personas muy respetables, la falta de discusión adecuada sobre las mismas, nos exigen incluir en este Ensayo algunos aportes doctrinales sobre tan importante asunto, relacionados en los párrafos precedentes, agregando que las cláusulas pétreas se consideran en El Salvador como figuras míticas, a las cuales debe rendirse los honores que sólo se hacen a las grandes deidades; sin embargo, la Sala de lo Constitucional, con la sentencia de las

candidaturas partidarias, terminó con el Art. 85 de la Constitución, aunque después los partidos quemaron su pica sustancia gris, al emitir una dudosa regulación de tales candidaturas cuyo debate se mantiene.

Consideramos oportuno incluir las experiencias de otros Estados, por medio de las norma de derecho comparado existente; en ese sentido, muy brevemente relacionamos las disposiciones siguientes:

Alemania. El Art. 79 de la ley fundamental, dice que ésta, sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de lo que ella expresa; se aprueba con los dos tercios de miembros de la Dieta Federal y del Consejo Federal. El (79. 3) dice que no es permitida ninguna ley que reforme (cláusulas intangibles) la naturaleza federal, el principio de cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20. El primero, dice que es deber del Estado de proteger la dignidad del hombre; el reconocimiento de los derechos inviolables e inalienables del hombre y que los derechos fundamentales vinculan directamente a los poderes públicos como derecho directamente aplicable.

El Art. 20 dice que la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social, que el poder público emana del pueblo ejercido en votaciones y elecciones y por medio de los órganos de gobierno.

Austria. Arts., 44. 3 y 45. Toda revisión total de la Constitución y revisiones parciales de la Cn., cuando así lo solicite un tercio del Consejo Nacional y el Consejo Federal, serán sometidos a referéndum; éste resolverá con la mitad más uno de los votos válidos. Arts., 44. 3 y 45 y éste, (referéndum) se regula por ley. No regula intangibles.

Bélgica. Art 195. El poder legislativo federal podrá declarar que procede la revisión de un precepto constitucional que él designe. Inmediatamente después, las Cámaras quedan disueltas. Luego se convocan dos nuevas Cámaras que se pronunciarán conjuntamente con el Rey y las cámaras deliberarán y resolverán con los dos tercios. No hay revisión en tiempo de guerra. No se reforman los poderes constitucionales del Rey, Arts. 85 a 88 y 91 a 95 (intangibles).

España. Art. 166. A Iniciativa de gobierno, Congreso y Senado; Art. 87, y de las Asambleas de las comunidades autónomas e iniciativa popular 500.000, los proyectos serán aprobados por 3/5 de cada una de las cámaras; si no

lo hubiere se creará comisión paritaria que presentará un texto para ambas cámaras: Si no hubiere acuerdo pero Senado votó por mayoría absoluta se somete al Congreso para aprobar con dos tercios. La revisión total requiere dos tercios, se somete a ratificación de las cortes y luego referéndum (no intangibles).

Francia. Art. 89. Al presidente de la república y a los miembros del parlamento. Será votada en forma idéntica por el parlamento, luego referéndum y nunca cuando la integridad esté menoscabada y no procede modificar la forma republicana de gobierno (intangible).

Grecia. Art. 110. Se podrá revisar la Constitución, excepto en cuanto a la existencia de la república; el 2.1 que consagra que el respeto a la persona humana es deber del Estado; el Art. 4, los numerales 1, 4 y 7; el primero, se refiere a la igualdad; el segundo, a que los ciudadanos helenos tienen exclusividad en las funciones pública; y el tercero que no se reconocerán títulos de nobleza; los Arts., 5.1, sobre libre desarrollo de la personalidad y 5.3^a, la libertad es inviolable; 13.1, libertad de cultos y 26, sistema republicano.

La Constitución de Grecia admite lo intangible, en cuanto a la defensa de la dignidad de la persona, siempre; en cuanto al Estado, sólo la defensa de la república.

Irlanda. Art. 45, es procedente la reforma por la vía del Referéndum; no existen clausulas pétreas.

Italia. Art. 138. Conocerán las Cámaras, en dos votaciones sucesivas, resuelven por mayoría, se somete a referéndum, no habrá si en 2^a votación se obtuvo los 2/3. No se puede modificar la forma republicana.

Portugal. Art. 284. Se puede revisar siempre que se respeten tres poderes, es decir, la forma republicana y los derechos fundamentales. En esto consiste lo intangible.

Costa Rica. Artículo 195. La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

Artículo 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del

Poder Ejecutivo. (Reforma Constitucional 4123, de 31 de mayo de 1968).

Honduras. Con algunas variantes, es similar a la posición de El Salvador. Capítulo I. De la reforma de la Constitución, Artículo 373 y siguientes.

Uruguay: Capítulo III. Artículo 331. La presente Constitución podrá ser reformada, total o parcialmente, conforme a los siguientes procedimientos: (señala el procedimiento). Se reconoce en esta Constitución la amplia participación popular en el proceso de reforma constitucional, a través del plebiscito.

Bibliografía

- 1/ Jorge Mario García Laguardia*, citado por German Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa EDIAR 1885*, Buenos Aires, Argentina.365; vid. Laguardia, *Transición Democrática y Reforma Constitucional en Centroamérica*, FUNDEPAM, San José, Costa Rica, 2001, Págs. 112.* Jurista guatemalteco, mejor dicho centroamericano, exmagistrado de la Corte constitucional de su país, escritor de muchas obras, maestro universitario, inclusive en nuestra Universidad.
- 2/ John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*.
- 3/ Montesquieu, "El Espíritu de Las Leyes," Ediciones Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, Libro XI, Caps. IV y VI, Págs. 133, 134.
- 4/ Diego Valadés, *El Control del Poder*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, impreso por EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005, Pág. 164. El profesor Diego Valadés, es un prestigioso y excelente jurista constitucionalista mexicano, que ha publicado numerosas obras, maestro brillante y escritor de primera línea.
- 5/ Karl Löwenstein, obra citada Pág. 54.
- 6/ Manuel Aragón Reyes, obra citada, Pág. 100.
- 7/ Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, España1993, Págs. 421,422, 423.
- 8/ BIDART CAMPOS, Germán J, *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*. "Manual de la Constitución Reformada", Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1996, t.1 Cap. V.
- 9/ José Alfonso Da Silva. *Mutaciones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- 10/ "Materiales de Derecho Constitucional", Septiembre, 2000.Universidad de Valladolid. Traducción de Oscar Sánchez Muñoz.
- 11/ George Jellineck, "Reforma y Mutación Constitucional, Centro de

- Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1991, Págs. 7 y 15. (La obra original es de 1906). Sobre este mismo punto, vid. Konrad Hesse, “Escritos de Derecho Constitucional”, también del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, Págs. 91 y sigs. Es un constitucionalista alemán, contemporáneo, autor de muchas obras constitucionales, Profesor de la Universidad de Friburgo, exmagistrado del Tribunal Constitucional, ha expresado que la mutación “es una vía correcta modificar el sentido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto constitucional, o sea, a través de una mutación constitucional”. Vid. Constitución y Derecho Constitucional, Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2001. (Pág.
- 12/ Pedro de Vega, “La Reforma Constitucional”. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1998, Págs. 67 y sigs. Doctor en Derecho de la Universidad de Bolonia, catedrático de Derecho Político de la Universidad de Salamanca y Alcalá de Henares, ha escrito numerosas obras, entre ellas la relacionada: Denso estudio de la reforma constitucional, en la perspectiva de mecanismo de defensa.
- 13/ Pedro de Vega, obra citada.
- 14/ Francisco Rubio Llorente, La Forma del Poder, obra citada pág., 64.
- 15/ Francisco Fernández Segado, “El Sistema Constitucional Español”, Editorial Dykinson, España, 1992, Pág.82. El autor es profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho, de la Universidad Complutense de Madrid, Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Reconocido jurista español, Doctor Honoris Causa de distintas universidades y excelente escritor y maestro.
- 16/ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, (2001), Soberanía de los Estados y derechos humanos, Tecnos, Pág. 153. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- 17/ *Ibíd.*
- */ Las citas corresponden la obra “Constituciones de los Estados de la Unión Europea”, Edición a cargo de Francisco Rubio Llorente y otro, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1996
- **/ Las Constituciones de Iberoamérica. Luis Aguiar de Luque, Luis López Guerra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1992.

— TÍTULO VIII —

Jurisdicción Constitucional

Resumen

La pretensión de la democracia y del Estado de derecho, no es la de establecer gobiernos con primacías: Ni predominancias del poder ejecutivo, (dictaduras de América Latina), ni el gobierno de Asamblea (revolución francesa), ni gobierno de los jueces (Estados Unidos de América, 1944 y sigs.); la democracia lo que necesita son definiciones precisas de cómo debe entenderse lo de “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” y el Estado de derecho, requiere que cada poder haga lo que conforme el reparto de competencias le corresponde, en un ámbito de colaboración y acciones responsables, evitando las intromisiones indebidas. En este marco, debe actuar la jurisdicción constitucional.

Capítulo Primero

Estado de Derecho y Justicia

A. Introducción

¿Por qué existe la jurisdicción constitucional? Cuando Montesquieu se plantea el problema de que conocida la naturaleza de las cosas, “todo hombre que posee poder tiende a abusar de él y agrega que por eso es necesario, que el poder detenga el poder”; hasta entonces, se había hablado de los tres poderes del Estado; pero la jurisdicción constitucional crea otro poder, otra forma de control: La jurisdicción constitucional, que se materializa en los tribunales constitucionales. ¿Para qué? “El tribunal constitucional, dice Pérez Royo, no debería existir en un Estado constitucional, no hay sitio para dicho órgano. El Estado como forma o entidad política, sólo necesita de tres poderes; ésta sería la lógica del fenómeno. Por lo que la existencia de otras formas de poder, es necesario explicarlas históricamente”. El tribunal constitucional es producto del siglo XX, concurre no en todos los países europeos, y en general, en la mayoría de países americanos; en los primeros, por el tránsito de las monarquías a la democracia y en América, por la evolución de las dictaduras a la democracia; Alemania, Portugal, Italia, España, representan a los primeros y en América, es general.” 1/

No es que no haya habido formas de control constitucional antes del siglo XX, pero entonces predominan las formas de control difuso, herencia de los Estados Unidos, o sea, que es cuando todos los tribunales o jueces verifican si las leyes obedecen a la norma constitucional; pero el modelo concentrado de los tribunales constitucionales se debe al genio de Kelsen y es el modelo que prevalece en Europa. De uno o de otro modo, la jurisdicción constitucional que ejercen estos tribunales, se han convertidos en piezas claves para la defensa constitucional.

Un Tribunal constitucional es el instrumento adecuado para lograr un consenso, sobre cosas fundamentales dentro del Estado; es decir, un acuerdo definido por medio de las decisiones jurídicas, que el tribunal debe tomar en cuestiones políticas sociales, esenciales en la sociedad, como la supremacía constitucional, el estado de derecho, la separación de poderes y los derechos fundamentales. 2/

B. ¿Por qué instrumentos claves para defender la Constitución?

Esta interrogante y la o las respuestas que se den, retratan de qué clase de Estado y gobierno estamos hablando. El caso es que por medio de la Constitución y sus leyes, conforme a ellas (*secundum leges*) o en contra de ellas, (*contra leges*) discurre la vida del Estado; el universo normativo a disposición de las autoridades, la forma de cómo lo usan y lo aplican, y la recepción y respuesta de los ciudadanos definen los comportamientos y sus consecuencias en el tejido social. El Estado social y democrático de derecho pareciera ser el modelo constitucional que mejor armoniza y pone muy cerca, a la autoridad y al ciudadano; probablemente, no habrá ni siquiera línea de demarcación, porque uno y otro son componentes de un mismo cuerpo.

No obstante, hay situaciones, siempre las habrá, en que los dictados normativos o no responden a los principios, derechos y deberes constitucionales o sus aplicadores o detentadores del poder no se mantendrán en el marco normativo; de ahí, la necesidad de tener a disposición un lugar dentro del Estado, para enjuiciar, conocer y resolver las lesiones y violaciones o las interpretaciones incorrectas de las normas, y en el caso de las normas constitucionales, tener la instancia que conozca sus quebrantamientos, ya sea mediante el control abstracto o el control concreto, dependiendo de las formas en que se hayan producido los quebrantamientos. No excluye la posibilidad de error, sólo que al producirse hay la posibilidad de demostrarlo y sentar los precedentes para que no vuelva a ocurrir.

Por eso es que la inquietante observación del profesor Pérez Royo cobra importancia en este momento, en el que las constituciones deben retomar los hilos conductores y el protagonismo perdido en la dirección de la vida del Estado; y es que pareciera que los asuntos económicos, la economía sustentada en el mercado, la beligerancia de los políticos o los centros de poder económico han relegado a la Constitución a un segundo plano, como “dispositivo esencial en la dinámica del poder”. 3/

El Art 172 Cn. establece que corresponde al Órgano Judicial, la potestad de juzgar y hacer lo juzgado, en materia constitucional, civil, penal, etc., indica que se trata de una función soberana que no puede ser compartida, mediatizada o sustituida y que de este modo, el poder judicial tiene que ser independiente de las otras estructuras de poder. Sólo por habersele asignado como potestad soberana es que se puede asegurar la independencia judicial, lo que es muy importante por la tendencia en las dictaduras a considerar el poder judicial, como el departamento jurídico del Estado.

C. El Estado Social y Democrático de Derecho

En el Estado Democrático de Derecho, la Constitución es el marco de referencia para el ejercicio del poder público; mantiene el esquema del estado liberal de derecho y además, se constituye en un centro por el que necesariamente debe pasar el ordenamiento Jurídico, en su conjunto; esto significa que la Constitución es norma Suprema (Supremacía Constitucional) que en El Salvador está reconocido en los Arts. 235 y 246 Cn., principios más de ética política que jurídica, ya que la norma constitucional es el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de una sociedad, con su experiencia de codificación racional de las leyes.

La Sala es la interprete máxima de la Constitución; calidad que algunos sectores no le han querido reconocer, particularmente después de que el tribunal constitucional salvadoreño, mediante sus sentencias, ha mostrado mayor independencia y autonomía; el Juez constitucional debe percibir, que de su función depende que los ciudadanos sean beneficiarios efectivos de los derechos fundamentales, para que el estado de derecho funcione, más bien, para que exista. La Constitución no lo crea, sino que existe en la medida que existen los derechos fundamentales que la constitución consagra y su cumplimiento, son beneficios según el grado de desarrollo social y político de una sociedad; aquí es donde los tribunales constitucionales cobran su dimensión real; o sea, un proceso histórico de constitucionalización en el que los procesos democráticos y participativos son decisivos, y en el que los

actores legislativos, ejecutivos y judiciales deben actuar en consecuencia; es decir, convertir el Estado de derecho en una Categoría Jurídica capaz de proteger al ciudadano del poder público o de los poderes fácticos.

D. Sala de lo Constitucional en El Salvador

Para este efecto, se ha pretendido que los tribunales constitucionales sean intérpretes máximos de las Constituciones, una pretensión a la que todavía hay que darle más trabajo doctrinal o jurisprudencial y definir los alcances. Quizá lo más cerca de esta idea, es el hecho de que las decisiones constitucionales, sus sentencias y su doctrina, no pueden ser revertidas por los otros poderes, y al contrario, deben ser obedecidas; pero la de estos sí, puede controvertirse jurisdiccionalmente. En el caso de El Salvador, aunque no se define que la Sala de lo Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, este carácter se desprende del contexto de las disposiciones, estableciéndose que la Sala tiene la misión de conocer y resolver en materia de amparos, «hábeas corpus» e inconstitucionalidades. Una noticia de esperanza es la que nos trae la reciente resolución de la Sala de lo Constitucional, al declarar inconstitucional una Comisión Revisora de las resoluciones de la Sala y que en un mal momento, fue creada por la Asamblea Legislativa.

Estas funciones son las que constituyen el plexo esencial, que le permitirá constituirse en factor de equilibrio entre el poder y el hombre; es la garantía de que en caso de violación de los derechos, existe la instancia adecuada y los remedios procesales para su reparación. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional cumple esta misión: Ser Intérprete Supremo de una norma que goza de la característica de supremacía. 4/

(1) Resuelve conflictos entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, determinando si la norma producida pasa la prueba de Constitucionalidad; ésta es una forma de conocimiento previo, de que el proceso de formación de la ley es garantía de una producción legislativa (normativa) en el marco de la Constitución.

Al no existir la iniciativa popular en la formación de la ley, la Constitución reconoce al ciudadano el derecho de pedir la inconstitucionalidad de una norma, o sea, lograr la anulación de la norma que no pasa la prueba de constitucionalidad; la Sala ha interpretado que lo mismo se aplica en los casos de decretos ejecutivos y de ordenanzas municipales, que no son leyes en sentido formal.

La Sala de lo Constitucional también conoce y resuelve, sobre las demandas de Amparo presentadas por los ciudadanos, cuando estos se consideran lesionados en sus derechos constitucionales, por acciones u omisiones de las autoridades. La Sala, además, ha sentado jurisprudencia admitiendo Amparo en contra de particulares. La construcción de carreteras, edificios, obras en contra del medio ambiente, etc. se pueden controvertir mediante el Amparo contra particulares, siendo estos casos de intereses difusos, superando la antigua teoría de los derechos subjetivos.

La Sala de lo Constitucional protege la libertad humana por medio del «hábeas corpus». El Art. 11, inciso 2° Cn. dice: «La persona tiene derecho al hábeas corpus, cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el hábeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.

La Constitución puede autorizar a algún órgano o algunos órganos distintos del legislativo, a controlar la constitucionalidad de las leyes.

Kelsen describe estas formas: a) Otorgando competencia a algún órgano de aplicación (a los jueces y tribunales), para apreciar la concordancia de las normas con rango de ley, con la Constitución y no aplicarla, en los casos que él examina si esa concordancia no se da; es lo que se llama control difuso. b) Otorgando competencia a un tribunal especial para controlar las normas creadas de forma irregular y la expulsa del ordenamiento jurídico; es lo que se conoce como control concentrado de constitucionalidad; el tribunal actúa como legislador negativo, atribuyendo responsabilidad personal (sanción) al órgano que crea normas en forma irregular. c) Los sistemas mixtos, en los que se aplican ambos (Fix Zamudio).

La sentencia, que establece o declara la inconstitucionalidad tiene valor constitutivo, es hasta en ese momento que la norma impugnada tiene el carácter inconstitucional; la norma inconstitucional es anulable, no es nula; por tal razón, la sentencia pronunciada es constitutiva, porque su anulación tiene el mismo sentido de su creación: se crea una situación jurídica inexistente.

Muy importantes es la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina (5/12/1865), en defensa de la supremacía constitucional: “Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, (todos)

de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. d) Se aplica el criterio “iura novit curia”: el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan erróneamente.

En El Salvador, aunque la Constitución ni la ley de procedimientos constitucionales lo dicen, debemos entender que el fallo en materia de inconstitucionalidad corresponde a los criterios de los juicios de mero derecho; en otras palabras, el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar. Por eso, el control de constitucionalidad de normas y actos que están implicados en el derecho aplicable a la causa, debe ser efectuado por el juez en la misma causa, sin necesidad de petitorio de parte interesada.

Capítulo Segundo

Procesos que conoce la Sala de lo Constitucional de El Salvador

A. Introducción

Cuando se describe el sistema constitucional de un país, especialmente su jurisprudencia, es necesario buscar un punto de inflexión, que nos indique una transformación de sus concepciones tradicionales y su postura, de cara a una nueva forma de impartir justicia constitucional; no se dice si es mejor o no que la anterior, sólo se quiere señalar si se ha producido un cambio; después se harán los correspondientes juicios de valor.

El objeto del presente análisis es buscar y alcanzar el conocimiento necesario, para dar una opinión jurídico-constitucional fundamentada de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez 2010, resolviendo demanda de inconstitucionalidad de normas del Código Electoral, que impedían el sufragio libre y directo de los ciudadanos, procurando en lo posible la mayor objetividad, precisión y

claridad, investigando su fundamentación doctrinaria, jurisprudencial, de derecho comparado y especialmente la interpretación que se ha hecho de la norma constitucional, es decir la Constitución de la República de El Salvador.

Desde luego, no se puede excluir de este análisis los efectos, alcances y repercusiones de la misma, en el ámbito social, político y jurídico de nuestro país, por lo que además de encontrar la verdad que la sentencia contiene, los argumentos que la sustentan, la interpretación constitucional que la respalda, haremos referencia, en lo que lo que cabe y en lo estrictamente necesario, a esos efectos y alcances; en este propósito, sin embargo, es necesario sustraer este análisis, de la persona de las autoridades que la han proveído, así como de las instituciones públicas o privadas, personas naturales o jurídicas, con intereses concretos directos o indirectos, en los efectos de dicha resolución; todo lo anterior en lo que fuere posible, ya que una resolución de tal naturaleza no puede ser alejada de la propia realidad constitucional a la que se va a aplicar; pero debe analizarse como documento nacional, que deja de ser patrimonio de sus autores o de destinatarios específicos y se convierte en un documento de Estado .- De igual manera se comentarán en lo posible otras resoluciones que se han producido entre el 2010 y parte del corriente año.

B. Doctrina y Normativa Aplicable. La configuración de la Jurisdicción Constitucional

La potestad de impartir justicia conforme Constitución y a las leyes, es la función propia del poder Judicial. El término “potestad”, significa que es una atribución transmitida directamente por el Constituyente por medio de una norma constitucional.

Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como las otras que determine la ley (Art.172 Cn.). Cuando dice la potestad de juzgar, se refiere a la potestad o poder soberano, en el marco de la separación de poderes. La razón de esta confirmación constitucional, en cuanto al poder jurisdiccional, es por la tendencia que hay en los países latinoamericanos de considerar que este poder es débil, y que se encuentra en relación de dependencia de los otros dos.

El recurso de inconstitucionalidad de las leyes, permite la acción ciudadana, (acción popular) una de las últimas expresiones de la soberanía

popular, al tener los ciudadanos acción para pedir que las leyes inconstitucionales sean expulsadas del sistema; en la mayoría de Estados, existen tribunales constitucionales, independientes del sistema judicial ordinario. Otros Estados, como el nuestro, mantienen una Sala de lo Constitucional, dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia, pero su relación es orgánica administrativa, no funcional jurisdiccional y en asuntos de su propia competencia constitucional, la Corte está subordinada a la Sala.

C. Doctrina Aplicable a la Jurisdicción Constitucional

A la Jurisdicción constitucional en El Salvador le corresponde la atribución de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, reside en primer término, en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; en materia de Inconstitucionalidad de las leyes, Amparo Constitucional y exhibición personal; (hábeas corpus); en las Cámaras de Segunda Instancia, en los casos de exhibición personal y a todos los tribunales de la República, en los casos de inaplicación de las leyes por causa de inconstitucionalidad; existe, pues, un tribunal especial que, en forma concentrada tiene competencia en materia constitucional y los otros tribunales, que conocen en la forma anotada; la Sala, actuaría como un organismo de control concentrado; los otros tribunales, harían un control difuso, por lo que el sistema salvadoreño tal como se ha dicho, podría ser calificado como un sistema mixto que es la tendencia mayoritaria en América.

Para comprender la existencia de la jurisdicción constitucional y en ella el control constitucional, ya sea concentrado o difuso, debe partirse de un doble carácter que acompaña a las Constituciones.

Como afirma Manuel Aragón Reyes, ensayando una distinción entre el contenido de la Constitución, estructura orgánica más derechos fundamentales (supremacía) y la garantía jurídica de esa estructura (supralegalidad) que se evidencia en un procedimiento agravado para su reforma, en tal sentido, dice «la Constitución tiene supremacía política y supremacía legal; es decir que tiene supremacía y supra legalidad».

Por el primer carácter la Constitución es una racionalización del poder o poderes existentes en la sociedad, representa la suma de los factores reales de poder que actúan en la sociedad (Lassalle). «El establecimiento de una Constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de estado congruente con ese orden que se

considera modélico, o al menos preferible... la garantía jurídica de ese orden es la suprallegalidad».

La Constitución, es también norma, pero es la superior de todas las normas y constituye el punto de referencia para la validez de todo el orden jurídico y del resto de pautas normativas que se observan en la sociedad. Lo anterior constituye uno de los aportes que impactan al constitucionalismo moderno y procede del constitucionalismo norteamericano: «La Constitución o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios o está equiparada a los actos legislativos ordinarios, y al igual que otras leyes es alterable a discreción de la legislatura.

Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las constituciones escritas, son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado».

«La ley que repugna a la Constitución es nula», expresión que caracteriza la doctrina derivada de la famosa sentencia del Juez Marshall, en el caso *Madison vs. Marbury*; significa lo anterior que todas las normas estatales deben estar conformes a los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución (art 246 de la Constitución de El Salvador). El Juez Marshall, parte de un razonamiento elemental:

«Cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple, o se aplica la ley, en cuyo caso inaplica la Constitución; o se aplica la Constitución y en consecuencia, se inaplica la ley».

«De este principio y de lo dispuesto en el Art. VI de la mencionada Carta Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con el cual, dicha Constitución, las leyes del Congreso Federal que emanen de ella y los tratados internacionales aprobados por el Senado, serán Ley Suprema de la Unión, y además, que los jueces de los Estados están obligados a preferir dicha Constitución, leyes y tratados, sobre las constituciones y leyes de sus respectivo Estados», surgió el principio de la “judicial review”, que consiste en la inaplicación de esas leyes cuando se consideran contrarias a la Carta Federal».

Este mandato ha sido retomado en el constitucionalismo latinoamericano y en la Constitución de El Salvador, se consagra en el Art. 185, que dice:

«Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales»..; esto corresponde al sistema americano, por el cual los jueces están autorizados y obligados a resolver cuestiones de inconstitucionalidad denominándose a este sistema control difuso.

D. Estructura y Organización de la Sala de lo Constitucional

Al no existir reglas para el orden, ejecución y despacho de los asuntos de que conoce esta Sala, se recurre a la sabia dirección del Presidente, que por lo general delega la tramitación de los expedientes, en uno o más magistrados; la práctica que pude ver, es de resultados nefastos y tristes experiencias, pues dado el volumen de compromisos del Presidente, éste por lo general, delega todo en el magistrado que le sigue en la precedencia; éste se convierte en el poder detrás del trono, con las consecuencias debemos imaginar, dada la delicadeza de los asuntos que se conocen. Conscientes o no, los presidentes hacen una de éstas dos cosas: primero, asumen y concentran el poder total, lo que los convierte en dictadores del Órgano Judicial, o segundo, abrumados por las crecientes responsabilidades de este Órgano del Estado, delegan en el siguiente o en otro magistrado y le trasladan las responsabilidades y el poder. Esto es gravísimo, pues conduce a manipulaciones indebidas, a la demora en resolver y a la baja calidad de las resoluciones, formándose una cadena de males que van surgiendo tales como los vicios del proceso, el tráfico de influencias, los tratamientos injustos, los actos de corrupción, las denegatorias de acceso a la jurisdicción, etc. Se ha sugerido en algunos eventos, someter a una evaluación esta problemática, examinar la conveniencia de que la Sala de lo Constitucional se transforme en una entidad separada e independiente del Órgano judicial; una separación jurisdiccional, administrativa y financiera, para tener un eficiente tribunal constitucional; por el contrario, existen maniobras para subordinar la Sala a la Corte Suprema de Justicia, reducir las atribuciones del Presidente de la misma, y en general, a un retroceso y no a un avance. Una nueva Ley Procesal Constitucional (proyecto a consideración de la Asamblea Legislativa, abril de 2005) debe regular estas importantes materias, todo con el objeto de que el tribunal constitucional no pierda credibilidad, que genere confianza, que produzca seguridad jurídica, etc.

E. La Sala de lo Constitucional como Tribunal

Tribunal es un organismo que ejerce jurisdicción, está autorizado para impartir justicia conforme con las leyes, en el marco de una competencia, ya sea por razón de la materia, del territorio, de la cuantía, etc. sigue los marcos que la jurisprudencia y la doctrina han asignado a un organismo de esta naturaleza; es oportuno manifestar que jurisdicción y competencia tienen reserva de ley. Un tribunal aplica una norma previa a hechos concretos. ¿Hace esto la Sala de lo Constitucional, en los casos de Inconstitucionalidad de las leyes? García de Enterría cita a Kelsen y manifiesta que un «tribunal constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas».

Afirma García de Enterría, que una interpretación como la anterior, lo refiere al caso de la inconstitucionalidad, «es para evitar que las normas legales sean abrogadas directamente por los jueces, que según el modelo norteamericano es de control difuso y cualquier juez puede declarar la incompatibilidad de las normas y eso traería como consecuencia un gobierno de los jueces tan nefasto como un gobierno de asamblea y que Europa quiso evitar por las circunstancias propias de la preguerra misma.

Así con todo lo expuesto, el tribunal constitucional no lo es desde el punto de vista jurídico, sino que en la teoría de Kelsen, citado por Enterría, se trata de un colegislador, el tribunal constitucional, es un legislador, su acto es más político que jurídico, es un órgano que abroga las leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que explica el efecto erga omnes de las sentencias anulatorias, y es porque tiene fuerza legislativa. El tribunal constitucional, es un legislador sólo que un legislador negativo.

«El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador negativo, que elimina aquellas normas que son incompatibles con la superior norma constitucional». Esta teoría influyó en los tribunales constitucionales de la primera post guerra (Austria España 1931); también en la segunda post guerra, pero ahora con matices diferentes, pues los efectos de un legislador abusivo, que anula todo lo que había logrado el estado de derecho, un legislador, que llevó al mundo a un sacrificio de millones de personas, obligaría a sacar de su control, la validez de las leyes y pasarlo a verdaderos tribunales que en forma independiente determinarían la constitucionalidad de las leyes Pero

no se adopta el modelo kelseniano del legislador negativo, que declara la inconstitucionalidad *ex nunc*; nunca *ex tunc*, porque entonces perdería la calidad de legislador negativo; adopta el modelo norteamericano de tribunal jurisdiccional, carácter que aquel modelo niega.

¿Por qué surge esta teoría? Este sistema contrarresta la pretensión judicial, que en algún momento existió del gobierno de los jueces que proclamó, que en algunos casos los jueces podrían resolver sin observar la ley; así ocurrió en Alemania, Francia y Estados Unidos. El sistema de Kelsen pretende someter a todos los jueces a los mandatos de la ley; y un tribunal especial, actuando como legislador negativo, que anula los efectos de la ley, pero reconoce el valor de la ley en el tiempo pasado; sus resoluciones son para el futuro (*ex nunc*); pero si es inconveniente el gobierno de los jueces, también lo es el gobierno de Asamblea, por lo que es necesario volver a la idea del tribunal con carácter jurisdiccional, (no sólo como legislador negativo, que es contrario a la separación de poderes) tal como era y es en Estados Unidos de América, pero no para todos los tribunales (control difuso) sino un órgano especializado (control concentrado.); pero considerando la tesis norteamericana de la supremacía constitucional.

F. El Proceso de Inconstitucionalidad

Este proceso, como los demás que se han mencionado, son de carácter escrito y no se dan audiencias comunes para la comparecencia de las partes, de tal manera que de viva voz pudieran presentar sus alegatos, pruebas y argumentos; el carácter escrito da lugar a la formación de expedientes, en los que se consigna lo que los interesados manifiestan según las fases del proceso.

Características del proceso: Tiene el carácter de proceso constitucional y es conocido por la Sala de lo Constitucional. Su objeto es el de recuperar la constitucionalidad perdida o alterada, por las decisiones normativas que se producen en la sede legislativa, así como las normas creadas por sus funcionarios administrativos, según las circunstancias.

Mayorías: En la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ, se establece (Art. 14), que en materia de inconstitucionalidad, la Sala toma sus resoluciones, con un número no menor de cuatro de los cinco miembros que la integran. Una posición de 3 a 2 pone un virtual empate en cualquier sentido, y se ha interpretado que en estos casos procede llamar a un tercero, para que éste dirima la controversia; y si persistiere el empate, se llama a

otro miembro para que en definitiva se resuelva. No se ha presentado el caso, sino que se ha tratado en lo posible, de llegar por medio del consenso una solución racional. Los llamados son miembros suplentes de la Sala de lo Constitucional. Un Decreto Legislativo de 2 de junio de 2011, sancionado ese mismo día por el Presidente de la República y publicado en diario Oficial, en esa misma fecha, estableció la unanimidad en las sentencias. ¡Un golpe más que bajo a la Sala!!

Efectos en el ordenamiento jurídico: La sentencia definitiva, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad tiene los siguientes efectos: No hay ningún recurso en contra de estas resoluciones (efecto de cosa juzgada) y será obligatoria de un modo general, para todos los Órganos del Estado, sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica (efectos erga omnes).

En el caso que no exista la inconstitucionalidad, ningún funcionario judicial puede declarar la inaplicación de dicha ley, amparándose en la facultad que le otorga el Art. 185 Cn.

La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial, para que tenga los efectos de vigencia que se exige a toda norma de carácter general y obligatorio.

Efectos en el tiempo: La Sala ha interpretado que si la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efecto «ex nunc», sólo produce efectos equivalentes a la derogatoria de la ley; en tal caso, sus efectos son de ahora en adelante, y esto ocurre cuando de aplicarse con efectos hacia el pasado, pudieron afectarse derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Es un criterio semejante o equivalente a los efectos de una ley, que se aplica con efectos retroactivos.

El efecto «ex tunc» o declarativo surte efectos hacia el pasado y ocurre precisamente, cuando no se afectan derechos adquiridos. Esto podría ocurrir en leyes de carácter penal, que al ser declarados inconstitucionales pudieran aplicarse retroactivamente, si la declaratoria de inconstitucionalidad favorece a los imputados, a quienes la ley inconstitucional les resultaba más gravosa.

G. Clases de Sentencias Constitucionales

Son aquéllas en las que el tribunal «1) puede declarar la Inconstitucionalidad de la norma, o bien, 2) declarar un plazo determinado al legislador para que provoque la reformas sugeridas»; en El Salvador, hasta antes de 2009, sólo

era posible la primera de las modalidades, pues la Sala únicamente decidía sobre si es o no inconstitucional; la actual Sala ha introducido las sentencias exhortativas y las de efectos diferidos, sugiriendo algunas recomendaciones al legislador, el cual, algunos lo interpretan como una intromisión en asuntos de otro poder.

Las sentencias interpretativas declaran que un texto o normas son inconstitucionales, no porque sean atentatorias a lo dispuesto en la Constitución (Art. 246 Cn.) dice que «los principios, derechos y obligaciones establecidos en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio, pero en este caso, no se ha violado directamente, sino que tal norma en su aplicación o por la forma modo como se aplica, modifica de un modo reflejo una norma constitucional.

Nuestra Sala ha conocido sobre casos de tal naturaleza y se ha manifestado que si la norma en referencia, al ser aplicada se modela a ser interpretada en un sentido específico, que no altere la constitucionalidad, desaparecería el rasgo de inconstitucionalidad de que se le acusa. Inconstitucionalidad total o parcial: La Sala ha conocido casos en que los recurrentes manifiestan que piden la inconstitucionalidad de toda la ley y en ese caso, el pronunciamiento de aquélla, (de la Sala) debe ser pronunciándose por la inconstitucionalidad, tanto por vicios de forma o contenido de la misma; en la mayoría de casos, se les previene a los interesados que manifiesten cuáles son las reglas de una norma general que deben ser declaradas inconstitucionales.

Es parte de los requisitos establecidos en la ley respectiva, de que los interesados manifiesten cuáles son los preceptos y especialmente, los motivos en que hacen descansar la inconstitucionalidad alegada. Sobre este particular, es conveniente advertir que no se requiere de motivaciones estrictamente jurídicas o académicas; en nuestra opinión bastará que el ciudadano manifieste razonablemente que la disposición violenta la Constitución.

H. Cuestiones políticas no justiciables

La jurisprudencia ha acuñado una norma de derecho judicial, que importa una fuerte de detracción. No se juzgan ni se controlan en su constitucionalidad las llamadas cuestiones políticas, que por tal inhibición se denominan también “no judiciables” o “no justiciables”.

Ellas son, según la doctrina y jurisprudencia argentina, la declaración del estado de sitio, la intervención federal, la declaración de guerra,

las causas determinantes de la acefalia presidencial, la declaración de necesidad de la reforma constitucional, la declaración de utilidad pública en la expropiación, etc.

La Sala de lo Constitucional en El Salvador, no ha conocido casos sobre este punto; no obstante, debe suponerse que en cierto modo, se seguiría la línea del constituyente argentino, pues de lo contrario, se produciría una invasión de poderes y la Sala, debe ser muy cautelosa para evitar el desgaste de su propia autoridad. Ahora bien, continuando con el análisis del control preventivo de constitucionalidad, podemos distinguir tres modelos:

Modelo de control previo único: El control a priori como único sistema de control de constitucionalidad que existe, es decir, que el control previo es único. En este caso, el sistema ha sido creado, fundamentalmente, para controlar al Parlamento antes que para proteger la constitución, o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es el sistema que prevé la Constitución Francesa.

Modelo mixto: El control a priori se acumula a los recursos a posteriori, es decir, aceptan al control previo al lado del control sucesivo y difuso. Como ejemplo de ello, tenemos en Portugal, Birmania, Hungría, Bulgaria, el Art. 82 de la Constitución de Chile, cuando establece que “son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución; 2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso...”, los Arts. 266, 267 y 272 de la Constitución de Guatemala y otros.

Modelo residual: El control previo existe de manera muy excepcional, como en el caso del Art. 161, inciso 2º de la Constitución española o de Italia, en los Arts. 134 (“El Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...”) y 138 y siguientes de la Constitución.

En el orden de ideas antes expuesto, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé un doble sistema de “control de constitucionalidad”. Por un lado, el previsto por el Art. 14 de la Carta magna local, que establece un control judicial difuso donde se exige la existencia de una controversia previa para expedirse y cuya declaración de inconstitucionalidad produce

efectos “inter partes”. Por el otro, el previsto por el inciso 2º del Art. 113 de la Ley Fundamental de la ciudad que establece un control judicial concentrado, que en forma preventiva, abstracta, faculta al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos “erga omnes”. 6/

Control Político. En Francia se creó en 1946 un organismo especial, un Comité Constitucional con atribuciones muy restringidas y presidido por el Presidente de la República. En la Constitución de 1958, el organismo evoluciona y se desarrolla; toma el nombre de Consejo Constitucional que por su independencia del Ejecutivo y del Legislativo constituye una auténtica corte constitucional. El jefe de Estado designa al Presidente del Consejo y sus atribuciones están definidas, sus decisiones no pueden ser apeladas.

La ventaja del control político francés: Que es un control preventivo que se realiza luego de la sanción de las leyes y antes de ser promulgadas; se considera que es un tribunal más político que jurídico. A la crítica, la doctrina francesa responde que hay tanta política en el “pouvoir d’entablier” como en el “pouvoir d’empêcher” de los tribunales. 7/

La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha conocido sobre casos de tal naturaleza, y se ha manifestado que si la norma en referencia, al ser aplicada se modela a ser interpretada en un sentido específico que no altere la constitucionalidad, desaparecería el rasgo de inconstitucionalidad de que se le acusa. (Interpretación conforme).

En Alemania se ha presentado una situación como ésta y se ha dado una interpretación dual, por no decir ambigua, que de algún modo se aplica en nuestro país, que es la “interpretación Conforme” que se define así: de dos o más interpretaciones posibles de una norma, se aplica aquélla que más sea conforme con la Constitución; de ese modo, no se corre el riesgo de la doble aplicación; pero en aquellos casos, en que no es posible otra interpretación debería aplicarse ex tunc (efecto retroactivo). 8/

Capítulo Tercero

Proceso de Amparo

A. Introducción

El Amparo constitucional tiene por objeto garantizar, que cuando una persona recibe un agravio o se encuentra en situación de recibirlo, en cuanto a uno o más de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, existe una instancia con capacidad suficiente para protegerlo, mediante las debidas reparaciones legales o evitar que llegue a producirse la lesión en tales derechos; en efecto, el Estado de Derecho, donde este régimen protector cobra su real eficacia, no evita que se produzcan los comportamientos agresivos, ya sea de las autoridades estatales o de los particulares, pero sí crea y sostiene las instancias adecuadas, para que el ciudadano acuda en busca de la protección eficaz.

La Constitución dice: Art. 247. "Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la presente Constitución".

El Amparo salvadoreño busca 1) Favorecer o proteger los derechos fundamentales del sujeto agraviado; 2) Se pretende remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales; 3) No es un recurso sino un proceso autónomo, un proceso excepcional, de índole constitucional extraordinario y relativamente subsidiario; 4) El tratamiento de su carácter subsidiario ha dado lugar a muchas incorrecciones de la Sala, ya que no se ha aplicado en su recto sentido; el hecho de agotar las otras vías o recursos, ya que si se agotan puede haber reparación. 9/

Si en el recurso de inconstitucionalidad, lo que se ataca es el vicio de forma o de fondo, que puede tener una norma en el amparo constitucional, el beneficiario del recurso es una persona o personas, que específicamente reclaman la posible violación a los derechos fundamentales; no necesariamente debe tratarse de derechos o intereses fundamentales concretos o específicos, como es el caso de lo que establece una corriente dominante en esta materia, la de los derechos subjetivos, (interés concreto) para que la jurisdicción constitucional pueda actuar, y en efecto, existe una corriente que proclama la posibilidad de que la Jurisdicción Constitucional entre a conocer de los llamados derechos o intereses difusos, en los que basta con

que el daño pueda producirse aunque los titulares concretos, no puedan determinarse por el momento.

Constitucionalistas como el jurista español Vicente Gimeno Sendra, hacen énfasis en que a la «Jurisdicción ha correspondido tradicionalmente la tarea de tutelar los derechos subjetivos mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional a través del proceso. Es el proceso pues la institución por medio de la cual se canaliza dicha trascendental función del Estado».

«El recurso de amparo, pues, se convierte en manos del Tribunal Constitucional, en un mecanismo de impugnación mediante el cual lograr el restablecimiento o la preservación de los derechos fundamentales de la persona frente a los actos y omisiones de los poderes públicos lesivos de sus contenidos esenciales». 10/

B. Sentencia en el Proceso de Amparo

En esta materia, si es concediendo el amparo tiene efectos «Ex Tunc», es decir, es de efecto restitutorio, en el sentido que se resuelve que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado y si esto no fuere posible, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios, mediante una acción civil que se confiere al actor (efecto restitutorio jurídico).

Si el amparo es procedente, porque la autoridad ha obstaculizado el ejercicio de un derecho, la sentencia contendrá a partir de su fecha, el comportamiento que se debe seguir por la autoridad demandada. Habrá especial condenación en costas, daños y perjuicios, si la autoridad se limitó a negar la existencia del acto o hubiese omitido el informe o hubiere falseado los hechos.

Si la sentencia deniega el amparo se condenará al demandante en las costas, daños y perjuicios; lo mismo al tercero que sucumbiere en sus pretensiones. Se presenta una duda razonable en este caso, que siendo la autoridad demandada, representante del Estado, no debería obtener tales beneficios, pues esto alentaría contra el principio constitucional de la gratuidad de la justicia.

Si la autoridad no cumpliere con la sentencia de amparo, se pedirán los auxilios materiales al Poder Ejecutivo para hacerla cumplir coactivamente y mandará a procesar al desobediente, quien quedará suspenso en sus funciones de conformidad con el Art. 193/ 3° Cn. y al nuevo Código Procesal

Penal (1998) el procesamiento de una persona se inicia mediante acusación formal hecha por el Fiscal General de la República.

C. El Hábeas Corpus

Es un amparo específico para proteger la libertad humana, norma constitucional y además, la Ley de Procedimientos Constitucionales determina que siempre que la ley no provea especialmente lo contrario, todos tienen derecho a disponer de su persona, sin sujeción de otro; disposición que exalta la libertad del hombre como un valor, como un derecho, como un presupuesto de todo Estado de Derecho.

Esta ley, sin embargo, habla del derecho de disponer que el hombre tenga de su propia persona y rechaza la sujeción, la opresión, la esclavitud. La Constitución de El Salvador, además de la protección de la integridad psíquica o moral de las personas detenidas y en caso de irrespetarse, procede el hábeas corpus.

D. Las realidades del Sistema

La Sala de lo Constitucional tuvo una función discreta, conservadora, estrictamente jurisdiccional, desde su creación hasta en julio de 2010, cuando conscientemente o no, resuelve incorporar al sistema político salvadoreño las candidaturas no partidarias, modificando la letra o texto del Art. 85 de la Constitución. Es obvio, que tal decisión provocaría y en efecto provocó, una especie de “tsunami” constitucional, con efectos diversos, algunos ya consumados y habrá algunos de mediano y largo plazo, conceptos relativos a la dinámica política, donde el corto, mediano y largo plazo no corresponden a procesos normales, en los que los tiempos de espera están marcados por variables que se dan en tiempos prolongados (años, lustros, décadas, etc.); además, se vislumbra una reacción de las estructuras partidarias que pueden alargar, profundizar y quebrantar el orden jurídico salvadoreño.

Debemos pensar en que lo realizado jurisdiccional, institucional y políticamente, especialmente lo ocurrido en el 2010 y en este año, debe someterse a una evaluación nacional, imparcial, objetiva, esencialmente jurídica, lo que no significa alejada de la realidad y de las necesidades concretas de la sociedad; se necesitaría una iniciativa de alguna institución con suficiente grado de credibilidad, para investigar qué es lo que se ha hecho en ese campo, revisar la jurisprudencia, los criterios, la uniformidad de los fallos,

la honestidad de los mismos, qué tanto el ciudadano se siente protegido en sus derechos fundamentales; de ese análisis, podría obtenerse una imagen de lo que tenemos en materia de jurisdicción constitucional y si existe o no un régimen de garantías a los derechos fundamentales, sustento de la seguridad jurídica y del Estado de derecho. Esta forma de reacción la tuvimos en diciembre de 2010, cuando la propia Sala de lo Constitucional puso a discusión pública las tres sentencias, en una conferencia Internacional, con motivo del XXVII Aniversario de la Constitución. Las sentencias, relacionadas con las candidaturas no partidarias, con el uso discrecional de las partidas presupuestarias y conforme con el Art. 191 del Código Procesal Penal, alentaron una aprobación popular, que jamás la habría tenido un pronunciamiento judicial; sin embargo, no han sido las únicas, a fines del mes de diciembre de 2010, la Sala ha resuelto otro caso, en contra de precedentes de otra Sala, en cuanto a la inconstitucionalidad de las penas perpetuas consagradas en el Código Penal; el análisis jurídico constitucional de esta última, se debate en el seno de la Asamblea Legislativa, dado el carácter exhortativo, el análisis podría ser más técnico jurídico que político.

Sería conveniente, por lo tanto, que se hiciera un estudio del rendimiento jurídico de la Sala de lo Constitucional, para conocer si se está en presencia de un Tribunal que responde a las necesidades de la sociedad en su conjunto, en las funciones que la Constitución le ha encomendado; no hay duda que el impacto de las tres reconocidas sentencias, le ha generado gran aceptación popular, esto no se discute; pero un Tribunal debe estar por encima de esas muestras, pues todavía existirán muchos casos, cuyos actores no tienen la relevancia de los protagonistas de las sentencias relacionadas, que podrían estar sufriendo los mismos efectos de una práctica generalizada de interpretaciones arbitrarias, de la deficiente y defectuosa Ley de Procedimientos Constitucionales.

El mayor riesgo que corre un tribunal constitucional es competir con los otros dos órganos del Estado, en puntos como los que se han conocido y resuelto, y en otros que pudieran venir, generando roces institucionales que pueden derivar en enfrentamientos políticos, cuyos efectos podrían percibirse en el relevo de cada tres años en la Corte Suprema de Justicia. Debe procederse a la elaboración de una nueva Ley Procesal Constitucional, dado que la vigente ya no responde a las exigencias del presente, ya que es un proyecto que se elaboró hace algunos años, que tampoco e inclusive ha sido motivo de críticas por el gremio de abogados. Es incuestionable el impacto político de las sentencias de la Sala y debemos alertar sobre los efectos personales

y de las reacciones que se han producido, en cuanto a la forma de acatar dichas resoluciones y de los pulsos políticos que se han manifestado al interior de la propia Corte Suprema de Justicia.

El reto de la Sala de lo Constitucional es extraordinario y el mantenimiento de la estructura actual, en cuanto a los sujetos que la conforman, si bien todo dependerá de las próximas correlaciones, también deberá atenderse los siguientes llamados:

La Sala de lo constitucional debe ratificar la calificación doctrinaria de ser el máximo intérprete de la Constitución, el máximo garante del respeto al derecho constitucional; pero con actuaciones concretas y palpables; sus resoluciones deben estar libres de toda sospecha, privilegiando la institucionalidad y con sentido de colaboración con los otros poderes del Estado.

Un justo equilibrio en las resoluciones del tribunal es necesario, para afirmar su imparcialidad que se expresa en esta breve fórmula: No interferir o No omitir; la sabiduría está en conocer la diferencia.

Si el Tribunal ha formado una jurisprudencia correcta o no; esto no se puede saber, en tanto no se desarrolle un sistema de información y transparencia de las actuaciones, que hasta hace algún tiempo se han manejado con un hermetismo monástico, interrumpido brevemente por algunas publicaciones o por la informática, con muchas deficiencias técnicas y accesibles a pocas personas.

Las sentencias constitucionales, superiores a las leyes, y en su caso, a las actuaciones de los funcionarios deberían tener una eficacia inmediata, directa y no cuestionable, ni de hecho ni de derecho; si esto no ocurre así y las decisiones son detenidas por los poderes constituidos, es poco o casi nada lo que hemos avanzado; por ello, además de lo legal y legítimo, estas resoluciones deben tener fuerza persuasiva y sensatez.

Qué tanto el tribunal, actúa con independencia judicial y como sus actuaciones, cumplen con el precepto constitucional de imparcialidad y de autonomía. El estudio que se formula en este espacio y con estas apreciaciones no llega a tanto, pues por la naturaleza de este trabajo se alcanza únicamente a ofrecer algunos rasgos descriptivos de la justicia constitucional, en sus formulaciones más generales; pero no hace juicios de valor o a un análisis crítico del tribunal constitucional y sus logros; únicamente se formulan los

cuestionamientos, pero como hipótesis necesarias para una investigación y en ningún caso, hacen referencia a miembros de ese tribunal, del presente o del pasado.

Capítulo Cuarto

Análisis de las Sentencias de la Sala de lo Constitucional

De conformidad con lo anteriormente expuesto y en consideración al efecto y alcances, que las decisiones de la Sala de lo Constitucional han tenido en el sistema político salvadoreño, y especialmente en el sistema electoral; se considera que lo actuado, en cierto modo, es una interpretación de una intención presunta en los Acuerdos de Paz, mas el indudable efecto psicológico-social de la actitud de los magistrados de la Sala, consideramos oportuno analizar aunque sea brevemente los contenidos y soporte jurídicos de tales resoluciones, que no se ha hecho, pues dada la euforia colectiva que se ha producido, como que no ha habido tiempo para el estudio de los componentes jurídicos de las resoluciones.

Como este Ensayo, por el contrario, tiene su fundamentación en una perspectiva jurídica, consideramos que debe presentarse algún esbozo de lo que puede ser un análisis crítico de los fundamentos doctrinarios y jurídicos, en las sentencias más relevantes del período que se inicia en 2009; por lo que el propósito del presente análisis es buscar y alcanzar el conocimiento necesario, para dar una opinión jurídico-constitucional fundamentada de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, procurando en lo posible, la mayor objetividad, precisión y claridad, investigando su fundamentación doctrinaria, jurisprudencial, de derecho comparado y especialmente, de la interpretación que se ha hecho de la norma constitucional, es decir, la Constitución de la República de El Salvador.

Desde luego, no se pueden excluir de este análisis los efectos, alcances y repercusiones de la misma, en el ámbito social, político y jurídico de nuestro país; por lo que además de encontrar la verdad de las sentencias, contiene los argumentos que la sustentan, la interpretación constitucional que la respalda; también haremos referencia, en lo que cabe y sea estrictamente necesario, a esos efectos y alcances.

Con este propósito, sin embargo, es necesario sustraer este análisis, de la persona de las autoridades que la han proveído, así como de las instituciones públicas o privadas, personas naturales o jurídicas, con intereses concretos documento de Estado, directos o indirectos, en los efectos de dichas resoluciones; todo lo anterior en lo que fuere posible, ya que resoluciones de tal naturaleza no pueden ser sacadas de la propia realidad constitucional a la que se aplicará; pero debe analizarse como documento nacional, que deja de ser patrimonio de sus autores o de destinatarios específicos y se convierte en un documento de Estado.

Capítulo Quinto

Las sentencias de la Sala de lo Constitucional

A. Crítica a la Sentencia 61-2009, Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Félix Ulloa hijo, abogado y notario, del domicilio de San Salvador, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los Arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del Código Electoral (CE), (El demandante identificó los decretos legislativos respectivos y por razones de espacio no se transcriben.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y Arts. 72 ord. 3º, 78, 85 y 126 de la Constitución y Arts. 9, 10, 11 y 31 ord. 3º de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala Falla:

1. Declárase que el Art. 215 inc. 2º núm. 5 del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 502, de 6-XII-2007, publicado en el Diario Oficial n° 1, tomo 378, de 3-I-2008, es inconstitucional por violar los Arts. 72 ord. 3º y 126 de la Constitución, ya que la exigencia de afiliación a un

partido político al candidato a diputado limita el derecho de todos los ciudadanos a optar a dicho cargo.

2. Declárase que el Art. 262 inc. 6° del Código Electoral es inconstitucional por violar el art. 78 de la Constitución, ya que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada ocasiona en el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo libremente, con plena capacidad de opción, es desproporcionada.
3. Declárase que los Arts. 239 inc. 1° y 250 inc. 1° del Código Electoral – únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada– son inconstitucionales por violar el Art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada– son inconstitucionales aquellas disposiciones con el Art. 262 inc. 6° del Código Electoral.
4. Declárase que los Arts. 238 y 253-C inc. 3° del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de 1-XI-2005 –únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada- son inconstitucionales por violar el art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de aquéllas disposiciones con el art. 262 inc. 6° del Código Electoral.
5. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.
6. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial, dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

Esta sentencia produjo dos efectos trascendentales en la situación político-constitucional nacional, al ser modificado el Art. 85 Cn., además de los efectos electorales, sociales y sobre los partidos políticos, que han sido ampliamente debatidos; en este Ensayo, sin embargo, lo que nos interesa es destacar las posiciones de los juristas y especialmente de los constitucionalistas. Para unos, la sentencia es inconstitucional, en el sentido de que la Sala se tomó atribuciones que no tiene y algunos de aquellos recomendaron que la sentencia no fuera cumplida; para otros, la sentencia estaba conforme al principio de que son los tribunales constitucionales el máximo intérprete de la Constitución y sus decisiones, tienen efecto “erga omnes”; hubo análisis por otros juristas, si la sentencia habría modificado el texto

constitucional, mediante la figura de la mutación, por la cual una Constitución puede ser reformada, sin seguir los procedimientos formales. Nada de esto ha sido profundizado por los juristas y se espera que en su momento, este tema sea abordado. Es posible, además, que al modificarse el Art. 85 resulte modificado el Art. 248 que nos habla de que no se puede reformar ni siquiera siguiendo los procedimientos formales, el sistema de gobierno, o sea, que se trata de una cláusula intangible.

El Art. 85 dice que el sistema político es pluralista; y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno. Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa. El Art. 248, dice que no se podrán reformar en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno.

En nuestra opinión, ambos forman parte del sistema político pluralista: la forma se refiere cómo se ejerce el poder (monarquía o república) y el sistema de gobierno tiene que ver con los factores reales de poder, que se combinan dentro del estado para resolver conflictos de poder, entre estos el gobierno, que precisamente, ejercerá el poder. El término «sistema político» ha sido confundido con el de «forma de gobierno» porque alude a la estructura y funcionamiento de los poderes públicos. Los términos «forma de gobierno» o «régimen político» o «sistema de gobierno» o «modelo de gobierno» definen con distintos matices la forma de ejercitar el gobierno; es decir, los distintos tipos de poder por parte de poder gobernante, y una «estructura de gobierno»; es la forma en la que se estructura dicho poder; sin embargo el término «sistema político» define al sistema en el que se encuentra inmerso dicho poder y en el cual ha de desenvolverse para conseguir su objetivo. De esta forma posee una connotación más dinámica y compleja, ya que no se refiere aisladamente a las instituciones de gobierno o al resto de actores políticos que inciden sobre ellas, sino a la interdependencia del conjunto y al proceso de toma de gobierno.

“Un sistema político es la plasmación organizativa de un conjunto de interacciones estables a través de las cuales se ejerce la política en un contexto limitado. Este sistema viene formado por agentes, instituciones, organizaciones, comportamientos, creencias, normas, actitudes, ideales, valores y sus respectivas interacciones, que mantienen o modifican el orden del que resulta una determinada distribución de utilidades, conllevando a distintos procesos de decisión de los actores, que modifican la utilización del poder por parte de lo político a fin de obtener el objetivo deseado”. 11/

B. Crítica a la Sentencia 1 de 2010. Ley del Presupuesto

Los ciudadanos Marín y Borgo Bustamante han planteado a la Sala que se declaren inconstitucionales, las siguientes normas:

“Art. 2.- Facúltase al Órgano Ejecutivo para que, por medio de Acuerdo en el Ramo de Hacienda, REFUERCE LA ASIGNACIÓN DELA UNIDAD PRESUPUESTARIA 10 Provisión para Atender Gastos Imprevistos, CON CARGO A LAS ECONOMÍAS OBTENIDAS EN REMUNERACIONES y en otros rubros de agrupación, durante la ejecución de las asignaciones presupuestarias correspondientes a las Unidades Primarias de Organización e Instituciones Descentralizadas no Empresariales que reciban recursos del Fondo General. Asimismo, facúltase para que por medio de Acuerdo en el Ramo de Hacienda, autorice transferencia de recursos para las asignaciones del Presupuesto General del Estado, con cargo a la Unidad Presupuestaria 10 Provisión para Atender Gastos Imprevistos, A FIN DE CUBRIR NECESIDADES PRIORITARIAS”. ENCUESTRO QUE ES UNA ESPECIE DE ENTRADA Y SALIDA DE RECURSOS A ESTA UNIDAD.

Art. 6.- Facúltase al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda para que, mediante Acuerdo respectivo pueda reforzar las asignaciones presupuestarias consignadas en la parte III Gastos de la Ley de Presupuesto del ejercicio financiero fiscal del presente año, con los montos que se perciban en exceso durante cada mes, de las estimaciones de las distintas fuentes de ingresos incluidas en la parte II Ingresos de la referida Ley de Presupuesto” (no por 167, excepto las que se declaren intransferibles en forma general, modificaciones presupuestarias necesarias para una gestión expedita del gasto público).

II. Ingresos de la referida Ley de Presupuesto.”

Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado

Art. 45.- Las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias durante la ejecución del presupuesto votado quedan reguladas de la siguiente manera:

Art. 45.- Las transferencias entre asignaciones de distintos ramos u organismos administrativos de la Administración Pública, excepto las que se declaren intransferibles, serán objeto de Decreto Legislativo ((correcto

hasta acá, 131,8 y 167,3) a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Hacienda; (no por 167, excepto las que se declaren intransferibles en forma general, modificaciones presupuestarias necesarias para una gestión expedita del gasto público).

En este punto, la Sala establece criterios orientadores: Declara que deslegaliza el Art 2., de L.P y violenta principio de reserva de ley, en su dimensión de especialidad.

Comentarios y Crítica

En la pretensión de los solicitantes se advierte lo siguiente: una interpretación estricta de la separación de poderes, tal como se plantea en el Art. 16 de la declaración de los derechos del Hombre y de ciudadano de 16 de agosto de 1789, que dice: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". En efecto, la declaración es el resultado de una revolución que había derrotado al estado absolutista, en el que la concentración del poder era la regla; pero no se debe caer en la tentación de crear tres órganos o poderes, como compartimientos estancos, en el que cada quien se debate en mandar o hacer valer una cuota de poder. Debe existir un sistema de pluralidad de órganos y de reparto de competencias, que evite la concentración de toma de decisiones por uno solo y que asegure un control recíproco entre todos, y la Constitución, dice Löewenstein, realiza esa función al convertirse en "un dispositivo esencial de control de la dinámica del poder". 3/

En el momento actual debe considerarse, además, que el poder es uno y que la división o separación, no tiene por objeto amarrar al Estado, sino que siendo instrumento clave para la existencia de la República, su función esencial y política es la defensa de los derechos fundamentales; debe ponerse la división de funciones al servicio de los ciudadanos, para el perfeccionamiento del Estado de Derecho y crear más solidaridad en un mundo global.

Para el caso, el Art. 82.1 de la Constitución española, dice que las Cortes Generales podrán delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, sobre materias determinadas (no admitiendo sobre derechos fundamentales, autonomías, electoral), la ley correspondiente debe tener ciertas garantías; adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y Acuerdos internacionales, sobre derechos humanos, como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en

la Constitución (Art. 10.2) ; el Art 23 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemana, autoriza cesión de derechos de soberanía en beneficio de la Unión Europea y el Art. 24 a instituciones interestatales.

El proceso de descentralización que se produce en los países los impulsa a otorgar facultades a otros Entes: municipios, instituciones autónomas, mediaciones particulares, contratación colectiva, etc., lo mismo puede considerarse en el caso planteado, tomando en consideración lo que dispone el Art.226.

Los ciudadanos demandantes actúan como sujetos legítimos por lo dispuesto en el Art. 183; es decir hay tantos potenciales demandantes como ciudadanos salvadoreños; democráticamente aceptable, pero tiene sus riesgos; en Italia sólo puede hacerlo el gobierno frente a las leyes regionales y las regiones, frente a las leyes estatales; en España: el gobierno, el defensor del pueblo, diputados, senadores, parlamentos de las comunidades, el plazo es restringido para evitar inseguridad. 4/

Los demandantes citaron el principio de especialidad presupuestaria, el cual tiene dos componentes: la limitación cualitativa, que indica la clase de gasto, por lo que debe detallarse, no se acepta en forma genérica, se habla del destino del gasto; la otra, la cuantitativa se refiere al monto, a eso se refiere el Art 228, si se agota o sobrepasa debe autorizar la Asamblea, se puede mediante acuerdo ejecutivo si son en el mismo ramo, (Art. 229) de lo contrario, es decir en distintos ramos, existe reserva de ley, 131, 8º., y Consejo de Ministros 167 3.2.

Los demandantes dicen que se violó el principio de paralelismo de las formas (Pág. 61 del folleto), pues en el campo jurídico las cosas se deshacen de la misma manera que se han hecho y además, consideran que en la sentencia 25-X-2004, Inc. 26, 2004, la Sala admitió la demanda.

El ciudadano Borgo Bustamante formuló similares consideraciones, reafirmando que el Consejo de Ministros es fundamental en elaboración de presupuesto y (en Pág. 66 folleto), manifiesta que dicho Consejo tiene iniciativa de ley, que es un elemento innovador. (vid. Art. 133 Cn.). Se admitieron sus demandas y posteriormente la Sala mandó a oír a la Asamblea Legislativa, que al responder expresó que no existe la inconstitucionalidad alegada, citando los principios de colaboración que debe haber entre los Órganos del Estado; el fiscal, no contestó en el plazo concedido, manifestando que por complejidad del caso solicitaba que se le ampliara; (vid. Pág. 72 folleto)

la Sala se pronunció así: Citando jurisprudencia anterior dijo que Fiscal interviene como un “amicus curiae”, quien debe brindar una opinión técnico jurídica sobre los argumentos planteados por el actor y la justificación de la autoridad demandada y que su intervención cabe interpretarla como un interviniente, con característica muy particulares limitarse a dar su opinión, sobre el tema no puede ampliar lo manifestado por ellas y que la opinión que emite no es vinculante para el Tribunal.

C. Fiscal amicus curiae

No compartimos la calificación de amicus curiae, que la Sala actual y las Salas anteriores hacen de la figura del Fiscal. ¿Qué significa amicus curiae?, consisten en presentaciones que terceros ajenos a una disputa judicial, —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, a fin de expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

No compartimos la calificación de amicus curiae, que la Sala actual y las Salas anteriores hacen a la figura del Fiscal. ¿Qué significa La institución del amicus curiae? es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, que fuera luego paulatinamente incorporada a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona, a comienzos del siglo IX. A partir de este lejano precedente, la institución se ha generalizado en diversos países de habla inglesa, hasta el punto de convertirse en un elemento característico de las causas con un marcado interés público en las cuales existen diversas posiciones en disputa. Al contrario de lo que afirma la Sala, la Constitución de la República dice:

Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la República:

- 1° Defender los intereses del Estado y de la sociedad;
- 2° Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República dice:

Art. 18.- Corresponde institucionalmente a la Fiscalía General de la República, y al Fiscal General como titular de la misma:

- a) Defender los intereses de la sociedad y del Estado.
- b) Demandar y ser demandados en representación del Estado.
- c) Las demás funciones que le asignen las leyes.

El Art. 17 de la Ley de Procedimientos Constitucionales dice: “El Ministerio Público intervendrá en el juicio en defensa de la constitucionalidad”.

“El Ministerio Público intervendrá en el juicio en defensa de la constitucionalidad”.

Las leyes dicen todo lo contrario de lo afirmado por la Sala y en tal caso, la sentencia sería nula, por falta de audiencia a parte legítima.

D. Cosa Juzgada. El gran debate Jurídico Constitucional

Dijo la Sala: Existiendo un proceso similar y orientando su argumentación a una sentencia estimatoria, la Sala entró a explicar cuando procede un nuevo enjuiciamiento de un caso similar ya resuelto. Estos fueron sus argumentos: no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general para los Órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica (reforma de 1985, para adecuar al Art. 17 y 271 de la Constitución; pero el resto de la ley es preconstitucional).

Si en la sentencia se declarare que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla amparándose en las facultades que conceden los Arts. 185 y 235 de la Constitución. (Stare decisis)

Sin embargo, la Sala dice que la “existencia del precedente no significa la imposibilidad de cambiarlos”, admite que la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos, exigiéndose que el apartamiento de los precedentes esté plenamente justificado con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia. No puede ser definitivo por el continuo cambio; la renovación de los juzgadores representantes a su vez de diversas corrientes del pensamiento jurídico; por eso no puede ser “ad eternum”. Siguió diciendo la Sala, que jurisprudencia comparada admite cambiar si se producen estas circunstancias:

- a. Error interpretativo: Se debe a que no se tomaron en cuenta otros criterios de interpretación, que varíe el contexto normativo en que

se basó el fallo; en este caso, NO ES POSIBLE PORQUE HAY UNA INTERPRETACIÓN CONFORME, FUE DESESTIMATORIA Y REQUERÍA POR LO MENOS DOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. Recuértese que es muy frecuente que los tribunales sometan a control los preceptos y no las disposiciones; es decir, que una cosa es el sentido normativo y otra, es la letra de la disposición, con esto se evitan lagunas innecesaria.

Por otra parte, todo lo que se legisló después del precedente está conforme con la Constitución; es decir, que la Asamblea ha cumplido con el efecto erga omnes.

La Sala no reconoce stare decisis, en la sentencia anterior y maneja la idea de precedentes como orientación; sin embargo, dice la ley y la Constitución salvadoreña que mediante stare decisis los jueces se consideren efectivamente vinculado por los fallos anteriores.

Lo que afecta al resto de tribunales no son las decisiones en sí, sino la “ratio decidendi”, contenida en ellos, es decir, el principio *juris novit curiae* que está inmerso en ellos, o sea, que los jueces conocen el derecho, suplen las deficiencias de derecho, de las partes y los razonamientos que el juez tiene para llegar a una decisión. 5/

Cosa juzgada: se refiere al caso en sí, el cual queda cerrado, caso concreto e inatacable; en cambio stare decisis se refiere a la regla aplicada en la resolución que trasciende no sólo a las partes, sino inclusive a todos los poderes públicos especialmente al poder judicial, lo que supone que todos los jueces obedecerán la criterios sustentados por el tribunal constitucional.

- b. Se puede cambiar el precedente cuando hay cambio en la realidad normada. Esto es cuando hay cambios en las circunstancias fácticas, que influyen en el fallo pero se exige que tales cambios estén plenamente justificados en la realidad normal; considera la Sala que existiendo esos cambios, es posible entrar a modificar la jurisprudencia.
- c. Cambio de la conformación subjetiva del Tribunal. La Sala considera que se ha producido un cambio en la conformación de las personas que han integrado el tribunal y en efecto cuatro miembros de la Sala, son distintos a las personas que conformaron el

tribunal anterior, citando al efecto el art 186, inc. 3°. Que en la lista de magistrados a la Corte Suprema de Justicia, deben estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico; sin embargo, hubiera sido importante fijar este dato, para que en el futuro existiera parámetro de comparación para las instituciones que tienen que ver con el tema.

Para que este argumento adquiriera aceptación y se considere como válido para cambiar el precedente hubiera sido deseable definir lo que significa la exigencia constitucional de las más relevantes Corrientes del Pensamiento Jurídico; sin embargo, la Sala no llegó a decir qué es: Carl Joachim Friedrich, ius filósofo alemán, en su obra "La Filosofía del Derecho", nos ofrece lo siguiente: 1. Lo que distingue el derecho natural del derecho positivo, citando a autores como Bodino, el "Estado es el gobierno de varias familias, que tienen en común el poder soberano, en el centro de ese poder está la facultad o voluntad de formular la ley, por encima de la razón, aunque el Estado deba respetar la ley natural, pero la ley positiva es superior y distinta de las consideraciones de equidad y razón natural. Esto es el positivismo" 6/

El derecho positivo toma su mayor fuerza en la época de Napoleón, especialmente cuando se codifica el derecho civil, muy conocida es la frase de Jean Joseph Bugnet, "No enseño derecho civil, solamente código de Napoleón: y agregó, "no hay más derecho, que el derecho civil, no hay más derecho civil que el código civil".

La otra corriente del pensamiento jurídico es la del derecho natural, fue Cicerón quien acuñó la expresión *ius nature*, y Santo Tomás de Aquino quien diferenció, "el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras.

Primera, atendida la naturaleza misma de las cosas; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto: y esto es Derecho Natural. Segunda, por convención o común acuerdo; es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública, verbigracia, cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, cuando lo ordena la autoridad que representa al pueblo".

La Sentencia que se pronuncia estimatoria, o sea, que es inconstitucional ab origen, entonces deberían ser sus efectos *ex tunc*, porque es una sentencia declarativa de un vicio de inconstitucionalidad y en consecuencia, lo son todos, los hechos que ocurrieron dentro de su vigencia; sin embargo la Sala, prudentemente y haciendo uso de su poder configurativo, exhorta al Órgano Legislativo para que tome ciertas providencias, para legislar en el futuro, dando a su sentencia carácter interpretativo.

En conclusión, esta Sentencia de la Sala adolecería de NULIDAD. Posteriormente, en 2011, la Sala ha dictado otras sentencias que afectaron directamente a los partidos PCN y PDC, esto y una serie de rumores sobre sentencias que pronunciaría la Sala, llevaron a la Asamblea Legislativa a dar el polémico Decreto 743, y que cuando se conozca este Ensayo, los efectos del conflicto de órganos, todavía se estarán haciendo sentir. (Sentencias sobre Cancelación del PCN y PDC. Destitución de Magistrados del TSE).

Bibliografía

- 1/ Javier Pérez Royo, obra citada, pág., 648.
- 2/ A esa idea apunta Christian St. Profesor de Derecho Público de la Universidad de Gotinga, Presidente de la Asociación Alemana de profesores de Derecho Público, Anuario Iberoamericano, 2004.
- 3/ Karl Löewenstein. Obra citada. Karl Löewenstein. Obra citada.
- 4/ Vid. Supra. Capítulo Primero.
- 5/ Control de Constitucionalidad. Bidart Campos, Germán J. "Manual de la Constitución Reformada" Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1996, t. 1 Cap. E Juan Sebastián De Stefano, El Control de la
- 6/ Juan Sebastián De Stefano. El Control de la Constitucionalidad. NWSLETTER, Revista de Análisis Jurídico AÑO 1, el autor es Profesor de la Universidad de Buenos Aires y Magistrado del Tribunal de la Magistratura de Argentina.
- 7/ Vid: Supra Cap. T, este trabajo, La Supremacía Constitucional: Disposiciones Constitución de Francia. Control7/
- 8/ Héctor Fix Zamudio, La Declaración General de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo Mexicano, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Págs. 125 y 16 y sigs.; además, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1971 pp.53 a 98; en el mismo sentido Konrad Heese. Escritos de Derecho constitucional.
- 9/ Ivette Cardona Amaya, La figura Constitucional en España y El Salvador, tesis doctoral, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2009. Págs. 47 y 48.

- 10/ Vicente Gimeno Sendra, *Los Procesos de Amparo*, Colex, S.A. Madrid, España, 1994, Pág. 26. El autor es un notable jurista español, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Procesal.
- 11/ Un sistema político es el conjunto del sistema social estudiado en sus aspectos políticos. Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (I. Les Grands Systèmes Politiques), París, 1955.

Para Duverger el sistema político es la entidad en el cual confluyen los actores políticos. Las instituciones políticas son a su vez, las partes integrantes de un subsistema político que es lo que se denomina «los grandes sistemas políticos», que se corresponden con los sistemas políticos en auge durante el momento histórico en el que escribió su obra, el siglo XX. Duverger realiza su tipología en función del sistema propicio para el resultado idealmente adaptativo de dos variables: el régimen político (democracia o dictadura) y el sistema económico (socialismo o capitalismo). De las combinaciones en las que estos regímenes pueden aparecer y desarrollarse dentro de un sistema se obtienen cuatro tipos de sistemas políticos: Democracia socialista, democracia liberal, dictadura socialista o dictadura capitalista.

Quinta parte

Propuestas y Final

— TÍTULO IX —

Conclusiones

Si bien las Constituciones son hechas para perdurar, rigiendo las estructuras, situaciones, comportamientos y conductas de los seres humanos, que el Constituyente tuvo en cuenta al dictar su Constitución, fijando, además, los valores, principios y derechos necesarios para la convivencia social, esto no es una situación inmutable, rígida o eterna ; en su tránsito la energía de la convivencia, va creando fisonomía propia, es la misma efigie inicial, pero transformada por el cincel de los tiempos y de los acontecimientos, es la paradoja de ser a veces la permanencia, lo inmutable (Parménides) y a veces el cambio (Heráclito); el poder constituyente originario, que es la manifestación primera y más elevada de la soberanía popular, realiza su obra -la Constitución- traduciendo en ella, el principio de la Supremacía Constitucional, y al hacerlo, se ausenta, se oculta, porque su poder soberano pasa a ser una estructura que se encarna en esa supremacía, es como diría Georges Bourdeau, se institucionaliza el Poder.

Derivada de la propia noción de poder constituyente, se comparte la creencia de que el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana, lo que en otros términos, significa que la Constitución no puede ni debe entenderse como una ley eterna. Así lo dice el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793, al declarar que “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Entendidas así las cosas, y sin caer en las concepciones anárquicas, debemos aceptar que lo anterior responde a un consenso básico de que diecinueve años después de los Acuerdos de Paz, algo se ha progresado en tales materias, con las mismas resistencias, inclusive en temas que fueron objeto de reforma constitucional; hay materias, sin embargo, y es lo que nos interesa destacar, que todavía debe de iniciarse en un proceso de discusión, para evaluar seriamente el resultado de dichos Acuerdos o de nuevos consensos, en áreas que ni siquiera fueron tocadas en los mismos y menos en las reformas constitucionales.

De eso hablaremos en este Título, para señalar los temas que estuvieron fuera de agenda y crear conciencia de la necesidad de introducirlos,

pues no se tocaron por las circunstancias apuntadas; pasado ya tanto tiempo, es necesario abrir una agenda nueva para Acuerdos que ahora, además, también procederán de la denominada sociedad civil para nuevas reformas constitucionales. Si es que las heridas que han producido las sentencias de la Sala de lo Constitucional se mantienen abiertas para acciones revanchistas, como cumplimientos aparentes o marcados retrocesos en la institucionalidad del Estado.

El liderazgo de los partidos también se ha agotado, el golpe fulminante dado por la Sala de lo Constitucional, sólo ha dado para reacciones de pobreza imaginativa y política, de tal modo, que el Estado es un carruaje que se mueve por inercia, pero sin rumbo y sin impulsos vitales; es urgente que el Estado adquiera su carácter instrumental para la protección y pervivencia de la sociedad humana, que se encuentra dentro de sus límites territoriales y se ampara bajo su jurisdicción y para que se abra a la sociedad en su conjunto. No debe esperarse mucho del Frente (FMLN) gubernamental y menos de la ahora oposición conservadora; de la disidencia del Frente, que manifiesta su inconformidad, mediante la protesta dirigida al que supuestamente sería su propio gobierno, revela una intención de desestabilizarlo y cobijar una forma de lucha que recuerda los años setenta, pero ahora con menos explicaciones y justificaciones.

Es pues, el momento de los ciudadanos, de las universidades, de los intelectuales, de las organizaciones comunitarias, de las agencias de servicios sociales, del sindicalismo inteligente, propositivo, consciente de su poder para los equilibrios sociales; ajeno al ganguerismo, al oportunismo y a la lucha de clases. No se puede esperar mucho de la Constitución actual, incluyendo las reformas producto de los Acuerdos de Paz.

En nuestra opinión, esta Constitución también está agotada, tal como está no puede generar nada más. Una estructura orgánica rígida, petrificada por su propio Art. 248 creado y mantenido por mentes fosilizadas para una ciudadanía estéril, sin rumbo, sin orientación, sin valores, sin principios ordenados y catalogados, sin la base teórica que sustentaría el cambio de la concepción de una constitución semántica, por la idea de una constitución normativa; no es que haya pesimismo en el planteamiento teórico que se ha formulado en el Título II de este Ensayo, en el que se ha diseñado lo que corresponde a una constitución normativa, pero que en nuestro país no comienza a germinar; al contrario, la necesidad de cambiar los conceptos

y de cambiar los polvos ancestrales por materia gris, nos obliga a señalar, evidenciar o denunciar, quiénes somos y para quienes somos.

El caos social, la falta de entendimiento, sin políticas estructuradas, teórica y sustancialmente diseñadas, con ejecutores visionarios y capaces; un Estado sin normas y un Gobierno sumido en la confusión, no son precisamente los mejores componentes para amalgamar un posible despegue para el cambio. Quien quiera gobernar el país, pero sin ideas que superen las agendas gerenciales; sin planes de desarrollo, sin tener valores concretos a los cuales orientarse y superado por todas las carencias, las demandas insatisfechas, la idea de ser una sociedad nacida con vocación de crimen; superados además, por la corrupción, por la impunidad, por el fracaso del derecho y con una Constitución desarticulada y desarticulante, fundamentalmente por que los liderazgos están encerrados –presos diríamos- en sus feudos gubernamentales, en los cercos mentales y reales, que se forman de un mal aprendizaje de la división de poderes. Con todo lo que se ha expuesto, con las argumentaciones históricas, políticas y jurídicas, que nos ha permitido nuestro propio planteamiento al elaborar este Ensayo, llegamos a estas conclusiones:

GRUPO UNO

Primera: Es necesario revisar la parte orgánica de la Constitución, tratar de interpretarla correctamente y en función de desarrollo del Estado, la intangibilidad que parece condicionar a que sea modificada, pues una aparente petrificación del sistema y forma de gobierno, estaría sugiriendo que no se podrían intentar cambios en su estructura. Esta materia quedaría para un análisis que debe de hacerse en el Foro y Encuentro nacional que se realice, para continuar con el proceso iniciado y en parte frustrado, de los Acuerdos de Paz. Tal como se ha expuesto en el Título I de este Ensayo, “en posición similar Löewenstein considera que la Constitución básicamente es un instrumento normativo, destinado a ordenar los procesos políticos y no de someterse a ellos, aun cuando reconoce que la función del poder es la de establecer los mecanismos de control social, a efecto de lograr convivencia y un equilibrio de las distintas fuerzas pluralistas. El poder político tiene que ser limitado, es decir, limitar a los detentadores del poder, limitación que nace de los valores sociopolíticos que se practican con el objetivo de garantizar la libertad de los destinatarios del poder. “El tiempo ha ido determinando que la mejor forma de controlar el poder y a los detentadores es mediante la

adopción de reglas fijas –la Constitución- destinadas a limitar el ejercicio del poder; la Constitución se convirtió en un dispositivo especial para el control del proceso del Poder.” 2

En el Título VII hemos afirmado: “Montesquieu se refiere al tema de la Separación de Poderes, en su obra “El Espíritu de Las Leyes,” en el Libro XI, Caps. IV y VI, en éste afirma: “La experiencia muestra que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; lo emplea hasta que encuentra un límite. Todo hombre que tiene autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso a la extralimitación ¿Quién podría pensar que hasta la virtud tiene límites? Para que nadie pueda abusar del poder es necesario conseguir, mediante la adecuada ordenación de las cosas, que el poder frene al poder”.

Segunda: En materia de Derecho Internacional, el Estado ha seguido una política defectuosa, en cuanto a la adopción de normas internacionales, interpretando, erróneamente, que podrían afectarse los conceptos prevalentes sobre la supremacía constitucional; en una opinión diferente, pero igualmente errónea, la resolución de la Sala de lo Constitucional, sobre las candidaturas no partidarias ha introducido una orientación contraria, al considerar que los Tratados Internacionales constituyen parámetro de control constitucional del mismo modo y con la misma jerarquía de la Constitución, lo cual consideramos que es un error de la Sala; pues en tanto, los Tratados sigan siendo o teniendo el mismo valor de las leyes secundarias, no pueden constituir parámetro de control, son sólo un referente, para orientar o ilustrar una resolución, pero no sustituir la norma constitucional.

Un cambio de política en esta materia debería adoptar, por lo menos estas grandes decisiones:

1. En materia de Derechos humanos, que la Constitución tenga como parámetro de interpretación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos;
2. Aceptar la política jurisdiccional, de que en materia de resoluciones de la Sala de lo Constitucional, se tenga como parámetro de control la Constitución, los precedentes judiciales de la misma Sala, los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios sobre dignidad humana, etc.; es decir, lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”.

3. Ratificar la Convemar, ratificar la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados. Si fuere necesario para ello, reformar la Constitución, por lo que vale la pena iniciar su estudio, lo que no es conveniente es mantener el statu quo, o lo contrario, violar la Constitución.

Tercera: La supremacía de la Constitución y el procedimiento agravado de reforma, no quieren decir que sea imposible hacer reformas a la Constitución. Para ello, básicamente se requiere que éstas cumplan con dos requisitos. Por un lado, no contrariar el espíritu de la Carta Magna y su supremacía; y por otro lado, observar los procedimientos agravados para su reforma. La irreformabilidad de la constitución es un arma peligrosa, pues por una parte, Constituciones como la de El Salvador, en la que la parte orgánica es irreformable, puede generar ambiciones autoritarias, siguiendo un procedimiento anormal; como es el caso de las mutaciones constitucionales, por las cuales puede reformarse la constitución sin haber seguido el procedimiento de reforma.

Estos dos principios, aunque en rigor pertenecen a la técnica jurídica, tiene efectos esenciales sobre las disposiciones fundamentales y la vida política de la comunidad, por lo que se consideran indispensables para la protección de la Constitución. Así, han sido consagrados expresa o tácitamente, en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. La supremacía constitucional se refiere a la jerarquía de las normas, en especial de que el fundamento de validez de todo ordenamiento se encuentra en las disposiciones de carácter constitucional, y de éstas, en una Constitución anterior hasta llegar a una norma hipotética fundamental. Un ejemplo de este principio fue consagrado en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

Cuarta: El análisis específico de las cláusulas contenidas en el Art. 248, las reacciones que se advierten en algunos sectores y personas, muy dignas de respeto, la falta de discusión adecuada sobre las mismas, nos han exigido incluir en este Ensayo algunos aportes doctrinales sobre tan importante asunto, relacionados en los párrafos precedentes, agregando que las cláusulas pétreas se consideran en El Salvador, como figuras míticas, a las cuales debe rendirse los honores que sólo se hacen a las grandes deidades; sin embargo, la Sala de lo Constitucional, con la sentencia de las candidaturas no partidarias, terminó con el Art. 85 de la Constitución, aunque después los partidos quemaron su poca sustancia gris, al emitir una dudosa regulación de tales candidaturas y cuyo debate se mantiene.

Quinta: La eficacia normativa de la Constitución sería una praxis racionalmente aceptable, si por lo menos se dan entre otros, los resultados que a continuación se mencionan: (vid. Supra, Introducción, Pág.2).

Los Derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución deben ser cumplidos en forma directa, o sea, que no requieren desarrollo en leyes secundarios para ser exigibles. Sin embargo, cuando fuere necesaria la ley, ésta debe promulgarse en un tiempo razonable, de lo contrario, operarí el recurso de inconstitucionalidad por omisión.

En cuanto a los derechos económicos y sociales, no son directamente exigibles cuando su imperatividad depende de elementos técnicos y económicos, la obligación del Estado es promover condiciones para su cumplimiento, removiendo los obstáculos que dificulten su plenitud. (España 9.2). El Salvador, según el informe del PNUD, debe cambiar su modelo de desarrollo, para que pueda tener un crecimiento económico suficiente para el cumplimiento de programas sociales, que permitan a su Constitución ubicar a los seres humanos en el centro de sus fines y propósitos.

GRUPO DOS

Régimen de Derechos Sociales

El Estado debe ser el rector de las políticas públicas

Modernización del Poder Ejecutivo

Lo expresado en el acápite anterior es un tema crucial, para que en materia de seguridad social, educación, salud pública, familia, etc. deje de ser un sistema de derechos programáticos y se transformen en derecho de eficaz cumplimiento, si al menos se dan los siguientes elementos:

Reducir el conflicto trabajador-empresario superando la relación amigo-enemigo, que se manifiesta entre ambos sectores, ya sean del sector privado o del sector público; existe un interés de parte de la tendencia revolucionaria (ultraizquierda) de no reducir este conflicto sino de incrementarlo, manteniendo viva la lucha de clase, la antinomia mercado-estado, capital-trabajo; es decir, la lucha de clases generada por el derecho de propiedad, de la cual la clase dominante controla el noventa por ciento de su tenencia y usufructo.

Lo que en este Ensayo proponemos es el compromiso y esfuerzo nacional, con el Estado social y democrático de derecho, en el cual el derecho de propiedad en función social es reconocido y aceptado por la sociedad, podríamos alcanzar el grado de armonía social, siempre y cuando el valor dignidad humana sea alcanzado y el respeto de los seres humanos sea una verdad incuestionable. Superado el trauma del reconocimiento, únicamente formal de los derechos de libertad, proclamados en el liberalismo constitucional, pero que en la práctica produjo el enfrentamiento histórico, que dieron “brillo” y justificación a otras formas de totalitarismo, que no se puede aceptar.

Si la ley, decreto u orden contraviene la Constitución los poderes públicos deben aplicarla. (Art. 235 y 164 Cn. El Salvador). Un tema que se discutió mucho con motivo de la sentencia de la Sala de lo Constitucional sobre candidaturas no partidarias, en las que algunos juristas recomendaron el no cumplimiento de las sentencia, invocando estas disposiciones constitucionales. Al final, la Asamblea Legislativa cumplió a medias la sentencia y abrió posibilidades para la participación ciudadana sin hacerlo por medio de los partidos políticos, que en cierto modo fue un remedo de cumplimiento.

Según el último informe del PNUD, El Salvador debe aprestarse al cambio del modelo de desarrollo que viene impulsando, defendiendo y sosteniendo en perjuicio de la población más vulnerable; en nuestra opinión, esta idea, expresada ya como un reclamo patético en el informe relacionado debe asumirse con mucha responsabilidad, por todos los sectores que se constituyen como factores reales de poder dentro del Estado.

El gobierno debe proceder y actuar como conductor social, encauzando este reclamo y asimismo, convocar a una Conferencia Nacional, participativa, incluyente, no partidaria, que actúe como ente gestor, de investigación y propositivo de la realidad nacional, con el ánimo e intención de transformarla; en su momento, el gobierno deberá hacer valer su talante, para promover una reforma constitucional de las disposiciones, que por ahora, regulan tímidamente la problemática social y económica.

Si el gobierno actual no contrae el compromiso histórico, de iniciar el proceso de transformación social y económica de nuestro país, de nada habrán servido las lecciones de nuestra evolución social, que hemos descrito en este Ensayo, (vid. Título Cuarto) que registran levantamientos, (Aquino, 1832), rebeliones (indígenas, 1932), guerras civiles (1980-92), etc.; eventos dramáticos que no se han interpretado adecuadamente, y que en forma

audaz se han manipulado para profundizar la brecha social; nadie puede desestimar las dificultades existentes para gobernar un país, que tiene una mora social más que humillante y que los gobernantes actuales son depositarios de un sistema perverso, corrupto y autoritario, que desde la independencia hasta hoy instrumentalizó el poder del Estado, en beneficio y provecho de minorías.

Pero deberíamos interpretar, y es correcto que así sea, que lo que se observa desde 2009, no es el desplazamiento del poder de una clase a otra, sino el inicio y la intención –esperamos también que así sea-, de construir con todos los ciudadanos el Estado Social y Democrático de Derecho, forma de Estado en el que la sociedad contemporánea deposita sus esperanzas, para tener el goce de los derechos individuales; es decir, la amplia esfera de libertad del hombre, pero además, la superación de los obstáculos para el goce de una existencia digna, con el mínimo razonable de bienestar material, pero en un clima de democracia, en el que todos los ciudadanos sean partícipes de la vida social y de la distribución del poder, (vid. Título Primero) si así fuere, estaríamos ubicándonos en el marco de la democracia responsable e incluyente.

El Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2010, hace propuestas para construir un modelo de desarrollo centrado en la gente, a partir de un pacto social. Es decir, el PNUD está dando un salto cualitativo al propiciar el diálogo político, para generar un contrato social en El Salvador. ¿Qué qué implica eso? Favorecerá la participación ciudadana, aplicará el enfoque de derechos y articulará la política social, económica y ambiental.

¿Qué es un modelo de desarrollo? El informe no trata didácticamente este punto. Casi da por hecho que los lectores saben de qué se está hablando. Este aspecto es relevante porque El Salvador está polarizado. Por una parte, los movimientos y partidos políticos que promueven el socialismo le atribuyen al mercado la causa de todos los males y por otra, los grupos empresariales y partidos políticos, que promueven el capitalismo neoliberal, le atribuyen al Estado la causa de todos los males. Los sectores que están en el centro tienen poca incidencia en la vida nacional.

Al definir “modelo de desarrollo” como el conjunto de políticas, leyes e instituciones públicas, a favor del bien común de las presentes y futuras generaciones, la propuesta del PNUD conduce a la edificación de un nuevo Estado. Consiguientemente, su viabilidad depende de los que adoptan las grandes decisiones. ¿Quiénes son? Son los que ostentan el poder económico y

político. ¿Y cómo van ellos a aceptar un cambio de su estatus quo? Este es el acertijo que el PNUD ha puesto en el centro de la discusión nacional.

La fértil relación que tiene el actual gobierno con el PNUD fue confirmada por el Presidente de la República, al momento de recibir dicho informe y expresar: “La visión de mi gobierno sobre las políticas sociales se fundamenta en gran parte, en el diagnóstico que nos brinda periódicamente el PNUD. Así ha sido incluso desde antes de mi llegada a la Presidencia, durante la campaña electoral, cuando formulábamos nuestras propuestas a la luz de las realidades que el PNUD nos describía”

Alto costo de la vida, poca inversión, desempleo, vulnerabilidad socioambiental, inseguridad ciudadana y corrupción son los principales problemas que aquejan a El Salvador. Prueba de ello, es que cada vez menos jóvenes salvadoreños relacionan su proyecto de vida, con el futuro de su país. Esta situación se agrava por el consumismo, la poca capacidad productiva y la débil institucionalidad democrática. Ya se escuchan frases como las siguientes: “Pobrecito mi país”, “El Salvador va a convulsionar nuevamente”, “Hay sectores interesados en crear el caos”, “La única salida es la bota”,

Paradójicamente, los tomadores de decisión se aferran a un modelo centralista de desarrollo, dependiente de las migraciones, remesas y préstamos externos. La sobrecarga ideológica de numerosos dirigentes políticos, empresariales y sociales y lo prolongado de la crisis económica hacen que el gobierno sea presa del cortoplacismo y que gran parte del sector empresarial asuma que este es un gobierno de transición hacia el socialismo y por tanto, desconfía del Plan Quinquenal de Desarrollo 2010-14.

Para iniciar la construcción de un nuevo modelo de desarrollo, convendría que el PNUD subrayara que el sistema democrático de libertades no está en duda, ni en juego; ese es un punto neurálgico. El PNUD no es de los que tiran la piedra y esconde la mano. De modo que les corresponde a los líderes nacionales activar esta propuesta, comprometerse y monitorear su avance.

Por Rafael Ernesto Goches, publicado el 23 de Enero de 2011,
El Faro.net, El Salvador.

GRUPO TRES

Las leyes preconstitucionales, es decir, las que fueron promulgadas antes de la Constitución y son contrarias a ella, no deben ser obedecidas.

Esto debería ser sin necesidad de declaratoria expresa de la Sala de lo Constitucional, aunque con la nueva doctrina de la misma Sala podría ser. que tanto la administración como la jurisdicción empiecen a aplicar la Constitución por encima de normas preconstitucionales; en este sentido, la Sala está obligada a inaplicar su propia Ley de Procedimientos constitucionales, que tiene normas preconstitucionales, v. gr. Improcedencia in límine, asuntos de mera legalidad, la no caducidad de la acción de amparo e inconstitucionalidad, etc.; no obstante, en términos generales, el tema de la preconstitucionalidad exige una interpretación actualizada de lo dispuesto en el Art. 249 Cn.

En caso de inobservancia de la Constitución, el Amparo debe restablecer el orden constitucional alterado por los legisladores o los administradores. La sentencia debe ser de ejecución inmediata. El tribunal debe ordenar lo pertinente. El principio o derecho a la constitucionalidad está por encima del principio o derecho a la legalidad. Si las sentencias de la Sala requieren o necesitan ir a la justicia ordinaria y el tribunal (Sala) no ordena la ejecución de la sentencia, la justicia constitucional es débil, es ineficaz

Los principios constitucionales, o sea, la filosofía que da marco a la Constitución deben prevalecer si las leyes los alteran; tal es el caso de la legalidad, irretroactividad, presunción de inocencia, el debido proceso, la jerarquía normativa, la interdicción a la arbitrariedad. Algunos, reconocidos por la Constitución de El Salvador deben constituir parámetros de control constitucional, es decir, son referentes de interpretación para conocer y resolver procesos constitucionales (Art.9.3, España),

Avanzar sobre el tema de la jerarquía de los valores y normas en la misma Constitución, cuando al apreciarse esa relación los de menor jerarquía lesionan a los superiores, (jerarquía de valores) y considerar como lo hace la doctrina alemana, es el caso de normas constitucionales que atentarían contra otros derechos constitucionales; tal es el caso del monopolio de los partidos políticos para el ejercicio del poder, disposición que riñe con la escala de valores y otros derechos fundamentales; el tema ha sido abordado por la Sala de lo Constitucional, sin embargo, lo resuelto ha generado mucha controversia que se explica en este Ensayo.

La doctrina y derecho constitucional alemanes, en esta materia, introducen nuevos valores en su sistema político, tales como la verdad y la dignidad humana que se constituyen como guías de la acción del Estado; pero no solamente como expresiones semánticas, sino que responden a una

creciente y sólida cultura política de protección de las personas, mediante la garantía de los derechos fundamentales. Peter Häberle, notable constitucionalista alemán hace un recuento de cómo la verdad, forma parte de las constituciones alemanas de los Länders y que la primera vez que se usa en un texto constitucional, es en el preámbulo de la constitución de los Estados Unidos. (Häberle, El Estado Constitucional y la verdad) y afirma que el “El Estado Constitucional es la culminación del Estado de derecho”,

Clasificación de los derechos humanos. Seguimos con el esquema de nuestra Constitución, el autor nos habla de los (A) Pág.16. Derechos humanos civiles, identificándolos con los derechos individuales; son los llamados derechos de libertad, que suponen autonomía, autodeterminación. En esa amplia esfera de su libertad, el hombre puede hacer lo que quiera Y LO QUE LE PAREZCA OPORTUNO, SIN TENER QUE DEPENDER DE OTRO YA QUE NADIE PUEDE ser obligado a HACER LO QUE LA LEY NO MANDA NI A PRIVARSE DE LO QUE ELLA NO PROHIBE.

Introduce los derechos políticos, en la categoría de los derechos humanos, ¡y qué bien que así sea!, pues estos derechos están vinculados a la democracia, que es otro factor de vigencia de los derechos humanos; de tal manera, que en tanto la democracia no sea una realidad, es imposible hablar de derechos humanos; estuvieron reservados únicamente para los nacionales, a partir de cierta edad; la ciencia del derecho constitucional ha ido avanzando en esta idea; las migraciones, fenómeno universal han determinado que los Estados reconozcan derechos de participación en algunos casos, a los ciudadanos extranjeros.

¿Qué es la dignidad humana? Häberle, quien además es ilustre profesor de derecho público de la Universidad de Baviera, Alemania, propone algunas ideas sobre el tema; hace un análisis de derecho constitucional comparado y de jurisprudencia constitucional, y sostiene que las constituciones europeas consideran que la dignidad humana es la base de todos los derechos.

Los documentos previos a la constitución de Baviera, Alemania, revelan algunos elementos claves sobre la dignidad humana; dicen así: El hombre como persona es portador de los más altos valores morales y espirituales, personifica su propio valor intrínseco que no se puede perder así como la pretensión de todo individuo en la comunidad; es indisponible, independiente, inviolable e intangible, en especial frente a las posibilidades políticas y jurídicas de intervención del estado y de la sociedad; estos valores no los da

el legislador constituyente, sino que está por encima y delimita la soberanía de éste. La idea de la dignidad, se patentiza en los regímenes económicos, (101Cn.ES) laborales, penales, asistenciales, etc., llegándose al consenso de que la conducta humana fallida y comprometida con el derecho penal, (Art.11) no puede ser motivo para violentar la dignidad de los procesados”.

(vid) El ensayo intitulado “La Dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, uno de sus tantos estudios, publicado en una Recopilación bajo la responsabilidad de Dykinson, SL, denominada “Dignidad de la persona, derechos y justicia constitucional”, (coordinación de Francisco Fernández Segado, notable jurista español).

FINAL

La dinámica política de El Salvador se encuentra en un proceso de marcha acelerada, cuando la Sala de lo Constitucional pronunció la sentencia relacionada con la inconstitucionalidad del sistema electoral, de las listas cerradas y bloqueadas y además, dio paso a las candidaturas no partidarias, tal como se ha descrito en el Título VIII de este trabajo; a partir de entonces se han dado de parte de la Sala, varias sentencias que han dibujado otra forma de entender, interpretar y practicar el status político electoral salvadoreño: no se ha llegado todavía a modificar el sistema político o de gobierno, pero el proceso iniciado puede ser un adelanto, de lo que puede ocurrir en los próximos meses, no ya por las decisiones de la Sala únicamente, sino porque la dinámica arrastrará las diversas posiciones, que figuran en el espectro político.

Ya hemos hecho referencia a dos de esas sentencias, pero al cierre de este Ensayo, nos encontramos con que el Tribunal Supremo Electoral, ha dispuesto la cancelación de la inscripción de los partidos políticos PCN Y PDC, conforme esta Resolución de la Sala de lo Constitucional, de la cual presentamos el resumen final de la misma:

- A. El presente caso tiene como sustento fáctico previo, la elección presidencial de 21 de abril de 2004, declarado firme por Decreto del TSE, de 3 de abril del mismo año, publicado en el Diario Oficial N° 67, de 14 del mismo mes y año.

Según acta de escrutinio final autorizada por el TSE con fecha 26 de marzo de 2004, en dicho evento se dieron los siguientes resultados

electorales: el partido ARENA obtuvo un total de 1.314,436 votos, equivalentes al 57.71 % del total de votos válidos; el partido FMLN obtuvo 812,519 votos válidos, equivalentes al 35.68 %; el partido PCN obtuvo un total de 61,781 votos, equivalentes al 2.71 % del total de votos válidos; y la coalición CDU-PDC obtuvo 88,737 votos válidos, equivalentes al 3.9%.

- B. Ante estos resultados, y para lo que al presente caso interesa, el TSE debe iniciar el proceso de cancelación de los partidos políticos que no alcanzaron el porcentaje mínimo establecido en la legislación, que regulaba el evento electoral en cuestión, contemplado en el Art 182 CE –3 % de los votos válidos para los partidos que participaron solos, y 6 % para los que participaron en coalición.

En consecuencia, el TSE deberá iniciar el procedimiento de cancelación de los partidos políticos, que no alcanzaron los porcentajes establecidos por el CE en las elecciones presidenciales de 2004; y tales partidos, no podrán beneficiarse de los requisitos establecidos en el mencionado inc. 1° del Art. 1, D. L. 586/2005, sino que deberán inscribirse con los mismos requisitos, que se exigen actualmente a los demás partidos políticos.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas, y de acuerdo con los Arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala Falla:

1. Declárase que en el inc. 1° del Art. 1 del D. L. 586, de 19 de enero de 2005, publicado en el Diario Oficial n° 23, Tomo N° 366, de 21 de febrero de 2005, no existe la inconstitucionalidad alegada, en cuanto a la supuesta violación al Art. 21 de la Constitución; pues su consecuencia jurídica es una regulación hacia el futuro, es decir, empieza a surtir efectos luego de su vigencia.
2. Declárase inconstitucional, en su contenido, de modo general y obligatorio, el inciso 2° del Art. 1 del Decreto Legislativo N° 586, de 19 de enero de 2005, publicado en el Diario Oficial N° 23, Tomo N° 366, de 2 de febrero de 2005, ya que traslada sus efectos a las elecciones presidenciales de marzo de 2004, lo que constituye una regulación con

efectos retroactivos, y la exoneración de las consecuencias de dicho evento electoral, no es materia de orden público.

3. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes. Los partidos cancelados han argumentado que por haber sido expulsados del ordenamiento jurídico, mediante sentencia de la misma Sala, el Art. 182 del Código Electoral, no hay ley que justifique la cancelación; sin embargo, el Decreto del Tribunal Supremo Electoral, por el cual se declararon firmes los resultados electorales de 2004 está vigente y es el instrumento en el que TSE fundamenta la cancelación. Es cierto que ahora no existe el Art. 182, pero estaba vigente cuando el TSE emitió su Decreto de Escrutinio final, el cual sigue siendo válido.

En cuanto al proceso electoral, que se refiere a las listas abiertas y desbloqueadas, un primer proyecto de decreto fue vetado por el Presidente de la República, por considerar que se violentaba el texto del Art 78 de la Constitución; la Asamblea Legislativa no superó el Veto, pero al insistir los diputados con un nuevo Decreto, que sigue privilegiando la bandera (partido) sobre los ciudadanos, es en esencia igual que el anterior; no obstante, éste no fue vetado por el Presidente de la República; al contrario, lo sancionó. Un posible recurso de inconstitucionalidad de este Decreto puede ser una de las explicaciones, para que se haya dado el controversial Decreto 743, que obliga a la unanimidad en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional. A esto, se agregaría el temor de una declaratoria de inconstitucionalidad del presupuesto del Estado, en relación con las transferencias o gastos discrecionales; o puede ser en los casos de la Ley de Amnistía o de la Ley de Integración Monetaria.

Tanto la cancelación de los partidos, como la preparación de las elecciones de 2012 por el TSE, de acuerdo con el último Decreto, tienen a su base, que la correlación en Asamblea y TSE son propicias al FMLN y el Decreto 743 amarra a la Sala; un instrumento jurídico que exhibe gran parte de las frustraciones, de las valoraciones negativas, de los retrocesos, etc., que se advierten en el frágil proceso democrático salvadoreño y que estarían exigiendo, con la necesidad de iniciar urgentemente el tránsito de la Constitución semántica, a la Constitución normativa; el tránsito al derecho constitucional auténtico, a cambio del modelo agotado y desprestigiado que nos rige.

La Sala también declaró inconstitucional, la elección de dos magistrados del TSE, al haber sido electos en representación de partidos que no

participaron en la contienda presidencial de 2009; una decisión de la Sala, que queriendo o no propició que el FMLN aumentara su capacidad de poder dentro de TSE; y con lo cual tiene la llave para el manejo favorable de sus pretensiones. Esta incidencia política de la Sala viene acompañada además, de un error de interpretación constitucional, pues al no haber participación de tres partidos en las elecciones de 2009, excluye la presencia de una representación; no obstante, la Sala creó en su sentencia, argumentos para que se pudiera elegir ese magistrado. (Vid. Art. 208 Cn.) Y se verá que esta disposición, dice que al no darse el supuesto exigido, la Asamblea hará la elección sin la terna que faltare, no dice “de” la terna que faltare.

Lo expuesto en estas reflexiones finales, en materia política, nos estaría reflejando lo que podría aparecer en otras materias en los próximos meses, para bien de unos y para mal de otros. otros, también No sabemos cómo seguirá este conflicto entre Sala y los otros Órganos del Estado y dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, conflicto en el que la Sala reclama su independencia y que se le reconozca su capacidad de actuar en el marco de sus competencias; lo que requiere no sólo tener la razón, sino poder demostrarla y ostentarla. Sería del caso que todos los que podemos aportar en esta encrucijada, recordáramos al jurista César Landa Arroyo, que nos dice: *

“De ahí que, la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones positivistas e interpretaciones hiperformalizadas, alejadas de las realidades nacionales. Por ello, la jurisprudencia constitucional tiene que redimensionarse fortaleciendo su función de limitación del gobierno por el derecho; es decir, defendiendo el orden y los valores de la persona humana, propios del principio de supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible, partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor de la justicia constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de su jurisprudencia constitucional”.

“La revaloración de la jurisdicción constitucional en los países con débiles democracias, como en América Latina, requiere volver a pensar los fundamentos de la Teoría y el Derecho Constitucional; porque, de un lado, una moderna institución como la justicia constitucional, no puede funcionar eficientemente bajo los preceptos del positivismo jurídico, en tanto formalización judicial de la jurisdicción constitucional; como tampoco, cualquier órgano de justicia constitucional puede subsistir alejado de los valores

sociales y políticos que demanda una sociedad abierta y dinámica como la peruana” o este caso, salvadoreña.

Lo anterior, iluminaría todos los campos en que se manifestará el nuevo Derecho Constitucional y Justicia Constitucional que hemos propuesto en este Ensayo; que la esperanza de una nueva realidad, sea el horizonte que nos llame a un trabajo más fecundo y a un comportamiento más humano. Así sea.

Referencia

- */ La Mundialización de la Justicia Constitucional. César Landa Arroyo, Universidad Pontificia de Lima; Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares de España, graduado con la mención máxima de apto cum laude. Publicado por: Tribunal Constitucional. Comunicación oficial del Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia.



Universidad Dr. José Matías Delgado

Instituto de Investigación Jurídica

