

A large, stylized bird logo in shades of blue, green, and brown, with a white house silhouette on its chest, is positioned in the background. The main title is centered within a white double-line border.

Análisis del anteproyecto de reformas a la Constitución de la República

El Salvador
Septiembre 2021



Cristosal
Promoviendo Derechos Humanos en Centroamérica

INTRODUCCIÓN

Existe una clara intención por parte del gobierno salvadoreño actual de reemplazar la Constitución por medio de un procedimiento fraudulento. Para lograr este propósito se instaló una comisión de estudio *Ad Hoc* que tiene como propósito la entrega al presidente de la República de un anteproyecto de reformas, previa validación de algunos sectores sociales y organizaciones de la sociedad civil, procedimiento que no está previsto constitucionalmente.

El documento titulado "Anteproyecto de reformas a la Constitución" contiene modificaciones a la Carta Magna que únicamente pueden ser efectuadas por medio del Poder Constituyente Originario, en tal sentido el Poder Legislativo no puede modificar las cláusulas pétreas establecidas en el artículo 248 de la Constitución que se refieren a la forma de gobierno Republicana, Democrática y Representativa; al territorio de la República; y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República. Tampoco se puede modificar el proceso constitucionalmente configurado para reformar la Constitución, ya que el artículo 248 de la Constitución es una cláusula pétrea por su misma naturaleza.

El proyecto de reforma constitucional en realidad es un "reemplazo de la Constitución". Así ha denominado la jurisprudencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional a los cambios totales de la Constitución. Al respecto citamos la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 6-2020, que en lo pertinente expresa lo siguiente:

"La razón de que El Salvador cuente con tantos reemplazos constitucionales a lo largo de su historia se debe a circunstancias particulares: (i) los múltiples golpes de Estado que implicaron rupturas constitucionales; (ii) los reemplazos constitucionales como mecanismo del Presidente de la República de turno para extender su mandato o pretender perpetuarse en el poder; y (iii) la particularidad del mecanismo de reforma constitucional salvadoreño hasta la Constitución de 1962, que implicaba convocar una asamblea constituyente para que decretara las reformas aprobadas por el Legislativo, lo que significaba la emisión de una nueva Constitución".

La propuesta de reforma que dio a conocer al público el vicepresidente Félix Ulloa, se identifica con lo que la Corte de Apelaciones de Kenia denominó como "*desmembramiento constitucional*"¹, porque se viola la estructura básica de la Constitución, la cual "*solo puede ser alterada a través del Poder Constituyente Primario*". La Corte de Apelaciones de Kenia expresó que "*El presidente no tiene la autoridad bajo la constitución para iniciar cambios a la Constitución, y que una enmienda constitucional solo puede ser iniciada por el Parlamento por medio de una iniciativa parlamentaria conforme al artículo 256 o por medio de una iniciativa popular según el artículo 257 de la Constitución*".

La propuesta de reforma declarada inconstitucional por la Corte de Apelaciones de Kenia guarda similitud con el "Anteproyecto de reformas a la Constitución" elaborado por la comisión *Ad Hoc* liderada por el vicepresidente de El Salvador.

Al respecto destacamos dos hechos relevantes:

- i) El procedimiento establecido en la Constitución de El Salvador no le otorga autoridad al presidente ni tampoco al vicepresidente de la República de El Salvador para promover reformas constitucionales;
- ii) Con el anteproyecto de reformas se plantea un cambio total de la estructura e identidad constitucional, al modificar 215 de los 274 artículos de la Constitución de El Salvador².

Sobre la reforma o enmienda constitucional se ha precisado que las modificaciones deben servir para mantener la coherencia del texto constitucional, por tanto, no se puede alterar la identidad constitucional por medio de una reforma completa a la Constitución. Al respecto el Dr. Richard Albert expresó que:

*"Una enmienda constitucional propiamente definida es un cambio continuo a una ley superior. Es un cambio cuyo contenido y forma son consistentes con el diseño, estructura, y presupuestos fundamentales de la Constitución (...) Una enmienda constitucional debe ser coherente con la Constitución. Una enmienda nunca debe traspasar las barreras de la Constitución más allá de sus límites máximos"*³

El documento denominado como "*Anteproyecto de reformas a la Constitución*", en realidad es un desmembramiento constitucional de derechos fundamentales, de la estructura y la identidad constitucional.⁴

¹ <https://twitter.com/Kenyajudiciary/status/1428781824369692680/photo/1>

² ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

³ Richard Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment in Kenya*, Int'l J. Const. L. Blog, Aug. 21, 2021, at: <http://www.iconnectblog.com/2021/08/constitutional-amendment-and-dismemberment-in-kenya>

⁴ Al respecto del desmembramiento constitucional se puede consultar el artículo siguiente:

Richard Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment*, The Yale Journal of International Law, Vol. 43: 1. Pages 39-44.

A partir de lo expuesto, el presente documento contiene valoraciones centradas en tres cuestionamientos generales que se desarrollan a continuación: I. ¿Es necesario reformar la Constitución? II. ¿Cómo debe efectuarse el proceso de reforma según el artículo 248 de la Constitución? III. ¿Cuáles son los puntos más preocupantes de la reforma?

I. ¿Es necesario reformar la Constitución?

Existe una relación de tensión entre la norma fundamental y la realidad normada: mientras la realidad avanza a paso acelerado, la norma constitucional se caracteriza por su aspiración de permanencia, por su pretensión de durabilidad e inmutabilidad. En consecuencia, el proceso de reforma de la Constitución se regula por medio de un procedimiento diferente a la reforma de las leyes, al requerir la intervención de dos legislaturas, precisamente para proteger el orden constitucional. Este mecanismo de reforma que se caracteriza por su lentitud y dificultad no es el único para “actualizar la Constitución”, ya que el tribunal constitucional, por medio de la interpretación, va dotando de contenido al texto constitucional.

En tal sentido el legislador no es la única autoridad encargada de “actualizar la Constitución”. En un Estado Constitucional de Derecho las resoluciones judiciales sirven para potenciar el ejercicio de los derechos fundamentales, mientras que el legislador debe desarrollar el texto constitucional para garantizar la convivencia pacífica de la nación, el goce de libertades civiles y políticas, pero también de la igualdad, así como el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, que se conciben como verdaderos mandatos de optimización.

En este orden de ideas, la tensión que existe entre la realidad normada y el texto constitucional se resuelve por medio de tres mecanismos en El Salvador:

- 1) La interpretación que el tribunal constitucional hace del texto de la Constitución.
- 2) El desarrollo de los mandatos constitucionales por medio de la ley secundaria, ya sean esos mandatos expresos, implícitos o producto de la interpretación constitucional.
- 3) El proceso de reforma constitucional estipulado en el artículo 248 CN.

Para analizar si es necesario reformar la Constitución es importante discernir si los mecanismos establecidos para actualizar la Carta Magna han dado resultados.

1.1 ¿Es necesario reformar la Constitución para incorporar derechos?

En la historia reciente de El Salvador se han realizado 24 reformas a la Constitución. Asimismo, la Sala de lo Constitucional ha reconocido una serie de Derechos Fundamentales por medio de interpretación constitucional, posibilitando el ejercicio del derecho de acceso a la información, el derecho a la verdad, el *habeas data*, el derecho a la autodeterminación informativa, a la salud, a un medioambiente sano, al salario mínimo del sector doméstico, a la indemnización por retiro voluntario, a la postulación como candidatura no partidaria.

Desde la perspectiva estrictamente técnica no es necesario reformar la Constitución actual para que el Estado garantice el respeto a los Derechos Humanos, aunque existen algunas excepciones para que algunos derechos puedan ser ejercidos, como en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo y el aborto. Ambos temas podrían regularse por ley, pero tanto la Constitución actual como con la reforma establecen límites que impiden adoptar un sistema de plazos con relación al aborto.

De igual forma, la Constitución actual no permitiría reconocer uniones civiles entre personas del mismo sexo, aunque sí es posible el reconocimiento de derechos como la seguridad social y la identidad de género. La propuesta de reforma no regula de forma correcta el matrimonio igualitario, ya que el Estado no reconocería el derecho de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, pues únicamente se podrían reconocer uniones no matrimoniales.

En este orden de ideas la propuesta de reforma se queda corta, únicamente se brindaría la esperanza de que algún día el Estado reconozca estos derechos que son reivindicaciones históricas, postergando la promulgación de una ley. En la actualidad es posible que el Legislativo desarrolle por medio de ley secundaria el derecho a la identidad y expresión de género, reconociendo que el Estado está obligado a respetar y proteger dichos derechos, para lo cual se deben regular las obligaciones que conlleva hacia el Estado ese reconocimiento.

En consecuencia, se insiste en que actualmente sería posible, bajo el marco constitucional, el reconocimiento de derechos como la identidad y expresión de género, a la no discriminación debido a la identidad y expresión de género, y al cambio de nombre conforme a la identidad de género, derechos que la Asamblea Legislativa se ha negado a reconocer. Precisamente la legislatura actual, controlada por el partido en el gobierno, envió al archivo la propuesta de ley de identidad de género, cuando pudo haberla aprobado con 43 de los 55 diputados del partido oficial.

En cuanto al derecho al aborto, desde la sentencia de inconstitucionalidad ref. 18-98 (del 20 de noviembre de 2007) se reconoció que existe un mandato constitucional implícito para regular por medio de ley los casos en que existe colisión de derechos entre la gestante y el no nacido. El aborto en los casos de colisión de derechos (aborto terapéutico, ético y eugenésico, de conformidad a la sentencia de inconstitucionalidad 18-98) deben ser regulados teniendo en cuenta los intereses en juego de los cuales es titular la mujer embarazada, como su salud e integridad física, moral y psíquica, además de su dignidad humana.

Por otra parte, para garantizar la protección de los Derechos Fundamentales a la no discriminación por ninguna causa, al trabajo digno, e incluso al referéndum y plebiscito bastaría que se regulen esos derechos por medio de ley secundaria bajo los límites constitucionales existentes. La participación ciudadana podría asegurar la consulta para conocer la posición de la población frente a una iniciativa gubernamental -como la Ley del Bitcoin-. Sin embargo, es importante referir que los mecanismos de participación directa que se incorporan en la propuesta únicamente están reservados para el presidente de la República y la Asamblea Legislativa. La ciudadanía no tiene iniciativa al respecto.

El secreto profesional en relación con el ejercicio del periodismo⁵ y otras profesiones⁶, el derecho de acceso a la información pública, y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad ya se encuentran regulados en las leyes secundarias, pero, a pesar de ello, no han tenido una correcta aplicación y desarrollo debido a que las autoridades han actuado de forma irresponsable, antiética y fuera del margen de la Constitución y la ley, especialmente en un contexto en el que ha sido el propio Órgano Ejecutivo, en el caso del derecho de acceso a la información, el que ha presentado reformas legales para restringirlo, violentando la jurisprudencia constitucional.

En la práctica, existen violaciones a los Derechos Humanos de periodistas, detenciones arbitrarias e ilegales, así como la promulgación de reformas legales y de leyes que obstaculizan el ejercicio del derecho de acceder a la información pública.

⁵ Art. 20 de la ley especial del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta establece: *"La libertad de expresión, comprende el derecho de los comunicadores a ampararse en el secreto profesional, respecto a las fuentes de información de las noticias que se difundan en los medios de comunicación, y ampararse a toda la normativa que protege la actividad periodística"*

⁶ En los artículos 370, 371, 372 y 374 del Código Procesal Civil y Mercantil se regula el secreto profesional con relación a los abogados, médicos, contadores, el secreto de confesión ante sacerdotes y el secreto comercial. Según el art. 374 cualquier testimonio obtenido en violación al secreto profesional, de confesión o comercial carece de valor. Asimismo, el artículo 206 del Código Procesal Penal ya regula la facultad de abstenerse de declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en el marco del ejercicio de su profesión u oficio, tanto a periodistas como a personas que ejercen el periodismo, además de la facultad de abstenerse de revelar sus fuentes.

Estos actos paradójicamente contradicen la intención de reconocer derechos fundamentales a nivel constitucional y dan cuenta de que en verdad no es necesario reformar la Constitución para garantizar el goce efectivo de estos, más aún cuando han sido reconocidos por Tratados de los que El Salvador es parte. Lo que sí es menester es que las autoridades actúen dentro del marco establecido por la Constitución y las leyes.

1.2. ¿Es necesario reformar el sistema de control delimitado por la Constitución?

La Fiscalía General de la República, la Corte Suprema de Justicia, los tribunales de cierre y el Instituto de Acceso a la Información Pública han sido cooptados por el Ejecutivo. Estas instituciones, que tienen un rol de control sobre el poder político, también protegen derechos fundamentales, pero no están cumpliendo con el mandato constitucional y legal otorgado y esta situación se profundizará más con el escenario actual de cooptación.

La Constitución se puede mejorar, es perfectible, pero es preferible una mala Constitución con autoridades que actúen de forma profesional, que tener la mejor Constitución con las peores autoridades.

Es importante reconocer un derecho fundamental en el texto de la Carta Magna, pero también es necesario que las autoridades respeten el marco jurídico existente. Esto implica respetar el orden constitucional y actuar dentro de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, que es una fuente de derecho que ya ha reconocido una gran cantidad de Derechos Fundamentales, los cuales se encuentran adscritos al texto de la actual Constitución.

En este sentido, todo proceso de reforma constitucional debe respetar los márgenes establecidos en el artículo 248 de la Constitución y las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional, incluyendo la sentencia de Inc. Ref. 7-2012; 35-2015 y 126-2013.

En todo caso, frente a la posibilidad de que la reforma Constitucional es un proyecto que el gobierno va a emprender sin importar que exista un sector de la población que no esté de acuerdo, debemos reflexionar sobre la posibilidad real que existe de modificar la Constitución para reconocer derechos fundamentales. Desde la visión de los Derechos Humanos sí es deseable que se reforme la Constitución para reconocer derechos fundamentales de forma expresa, pero tal proceso de enmienda debe enmarcarse en el proceso constitucionalmente configurado en el artículo 248 de la Constitución. En tal sentido cada reforma debe ser precisa y debe existir una iniciativa de reforma por cada tema a modificarse.

El principio de división y control entre los poderes se vería seriamente afectado porque el presidente de la República tendría más facultades al nombrar de forma directa a titulares de algunas instituciones como el IAIP; mientras que la Asamblea Legislativa tendría la posibilidad de regular por ley (con tan solo 43 votos) a las nuevas entidades, incluyendo:

- ✓ Dotar de nuevas facultades a la Fuerza Armada por medio de ley secundaria (Art. 211 inciso 4°).
- ✓ Conceder más facultades al Legislativo en un régimen de excepción, pudiendo suspenderse derechos por ley secundaria. Esta materia actualmente se encuentra reservada a la Constitución, pero con la modificación el Legislativo podría conceder poderes extraordinarios al Ejecutivo, por solo 43 votos.
- ✓ Se elimina del control constitucional sobre posibles vulneraciones de derechos en materia electoral.
- ✓ Se posibilita que el Legislativo realice reformas constitucionales exprés con tan solo 43 votos y referéndum.
- ✓ Se regulará por ley (43 votos) al Consejo de Administración del Órgano Judicial, incluyendo "su conformación, forma de elección y duración de los cargos" así como al Colegio de Abogados y Notarios, incluyendo "su conformación, dirección, administración, potestades, así como la forma de elección y plazo de los cargos de sus miembros directivos", organismo que tendría a cargo la postulación de los profesionales del derecho para cargos como magistrados del Tribunal Constitucional, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, titulares de la Fiscalía General de la República, Defensoría del Consumidor, Consejo Nacional de la Judicatura, e instituciones que conformen la Contraloría General del Estado: La Junta Superior de Contralores, integrada por tres miembros, el Tribunal de Ética Gubernamental, un miembro del Instituto de Acceso a la Información Pública; una terna para elegir al quinto Consejero Propietario del Instituto Nacional Electoral; en la práctica se configuraría un "filtro a la medida del Ejecutivo" para anular la rendición de cuentas.
- ✓ También se elimina la prohibición al presidente de la República de salir del territorio nacional sin el permiso de la Asamblea Legislativa.

Asimismo, se regularán las facultades de la Contraloría General del Estado con tan solo 43 votos (arts. 195 bis, inciso 2° ordinal 12°), incluyendo los procedimientos para entregar información que provenga de la función fiscalizadora (art. 195 bis inciso final) y "todo lo relacionado con esta función pública" (art. 196 inciso final). Los requisitos de los Contralores del Estado no garantizan experticia (art. 196 inciso 4°).

A partir de lo expuesto, y teniendo en cuenta el resquebrajamiento del sistema de control salvadoreño vivido desde el 1 de mayo, deberíamos de ser capaces de distinguir entre los cambios positivos y negativos, y apoyar únicamente las reformas puntuales que puedan servir para que el Estado reconozca y proteja de mejor forma el catálogo de Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución y por la jurisprudencia.

II. ¿Cómo debe efectuarse el proceso de reforma según el artículo 248 de la Constitución?

El proceso de reforma debe cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 248 de la Constitución, lo cual significa que la iniciativa de reforma debe tener el apoyo de 10 diputados, como mínimo.

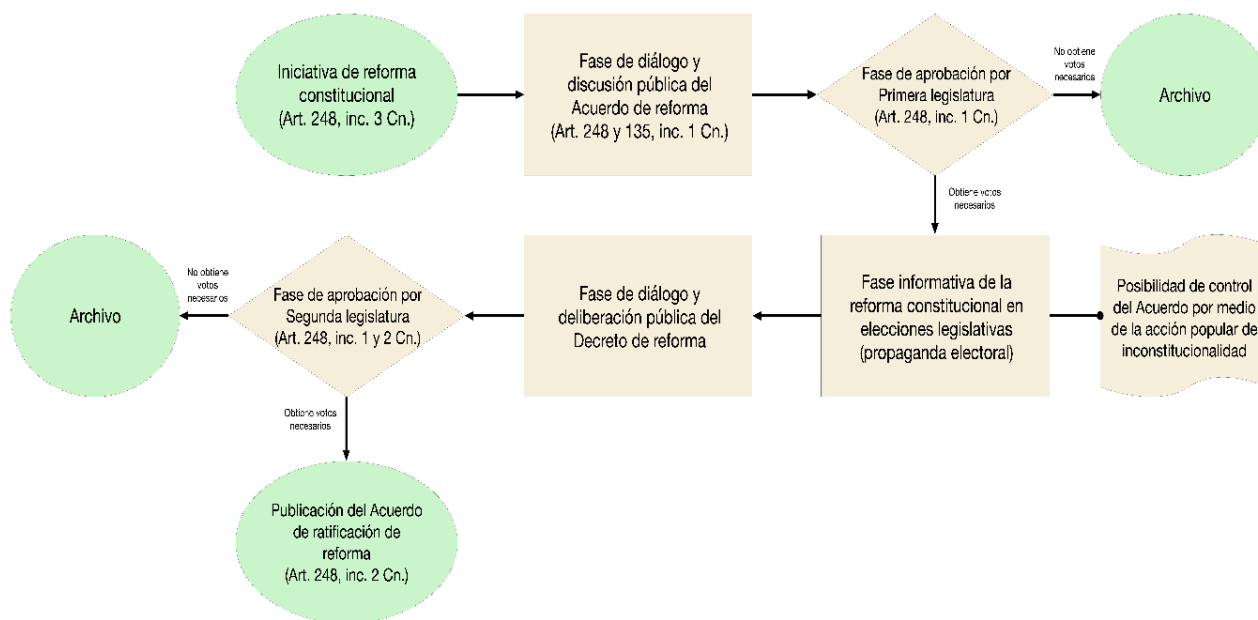
Una vez ya se disponga de la iniciativa de reforma, el Legislativo debe brindar la oportunidad de que las propuestas sean debatidas de forma amplia, que organizaciones de la sociedad civil, academia, sectores beneficiados o perjudicados, instituciones públicas, el *ombudsman*, gremiales, iglesias, prensa, empresarios, trabajadores y demás sectores involucrados tengan la capacidad de manifestar su opinión, que se tomen en cuenta las observaciones y se busque el consenso necesario para que la reforma constitucional sea aprobada por consenso en una primera Legislatura.

Una vez discutidas en la Comisión respectiva en la Asamblea Legislativa y aprobado por el pleno el Acuerdo de reformas constitucionales, durante la campaña electoral cada candidatura tendría que expresar su posición frente a la reforma, pues el electorado, a través de su voto, debería mostrar su acuerdo o desacuerdo con los cambios presentados y en consecuencia elegir a sus representantes, que conformarán la siguiente integración parlamentaria que ratificaría (o no) la reforma constitucional, por el voto de 56 diputados de la Asamblea Legislativa, en una segunda legislatura.

El proceso de reforma constitucional se encuentra regulado en el Art. 248 de la Constitución. Según este artículo solo los diputados de la Asamblea Legislativa pueden proponer reformas a la Constitución en un número no menor de 10 diputados (art. 248 inciso 3°).

Esta iniciativa debe aprobarse con 43 votos de los diputados electos y debe ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de 56 diputados como mínimo, garantizando la posibilidad de que el cuerpo electoral pueda tener la posibilidad de ejercer control sobre la integración subjetiva de la segunda legislatura en la denominada etapa informativa.

Gráfico 1. Proceso de Reforma Constitucional



Fuente: elaboración propia a partir de la jurisprudencia constitucional

a) Límites a las reformas constitucionales

El art. 248, inciso 4º de la Constitución, establece límites a la facultad de reformar la Constitución. En tal sentido, la Asamblea Legislativa no puede modificar estas cláusulas irreformables que también son conocidas como cláusulas pétreas explícitas o cláusulas de intangibilidad, y son las siguientes:

"No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República."

Este artículo 248 ha sido desarrollado por la Sala de lo Constitucional. Por vía jurisprudencial se le ha concedido carácter de cláusulas pétreas a los derechos fundamentales que han sido reconocidos por el texto de la Constitución y por la jurisprudencia constitucional.

Tales derechos forman parte del sistema político del país⁷, por lo tanto, son cláusulas pétreas que no pueden ser modificadas de forma regresiva, es decir que un derecho fundamental no puede ser derogado ni modificado en detrimento. Únicamente se puede modificar la Constitución para ampliar el catálogo de derechos, proteger de mejor forma los derechos reconocidos o de forma expresa o por vía jurisprudencial (sentencia de inconstitucionalidad Ref. 7-2012)⁸.

De conformidad con el artículo 248 de la Constitución y la jurisprudencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional⁹ el Legislativo no tiene competencia para modificar las cláusulas pétreas en detrimento. En tal sentido, la primera Legislatura no puede aprobar los siguientes cambios:

- ✓ El período de ejercicio en el cargo del presidente.
- ✓ La forma de gobierno.
- ✓ No se pueden reformar, de forma regresiva, cláusulas que reconocen derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión (no se puede permitir que el Estado revise contenido o que se establezcan excepciones al secreto profesional de los periodistas de forma obligatoria).
- ✓ No se puede modificar el artículo 248 de la Constitución porque el proceso de reforma es una cláusula pétrea. En la propuesta de reforma al Art. 248 CN modifica el proceso de reforma permitiendo que la Constitución se reforme con tan solo 43 votos y un *referéndum*.

⁷ La Sala de lo Constitucional expresó que los derechos fundamentales son parte del sistema político, por lo tanto, son parte de una cláusula pétrea, lo cual incluye la interpretación que hace la Sala de las disposiciones que regulan derechos fundamentales, es decir que las normas de derechos fundamentales adscritas al texto constitucional son cláusulas pétreas. El tema es bastante técnico y se parte de la distinción entre disposición (*artículo*) y norma (*sentido y alcance de un artículo producto de la interpretación del tribunal constitucional*). La doctrina constitucional acepta de forma generalizada (desde Kelsen hasta Alexy) que los derechos fundamentales incluyen a las normas adscritas, tanto Kelsen como Alexy aceptan la distinción entre disposición y norma, la jurisprudencia ha retomado esta distinción desde hace más de 20 años. Fundamentándose en la distinción entre disposición y norma, un sector mayoritario de la doctrina admite que los derechos fundamentales son cláusulas de intangibilidad implícitas (autores adscritos al positivismo abierto, al iusnaturalismo moderno e incluso los no positivistas), aunque el texto de la Constitución no lo diga de forma expresa, en materia de Derecho Internacional se habla de "prohibición de regresividad", mientras que en Derecho Constitucional se limita incluso al Poder Constituyente que no puede modificar en detrimento del catálogo y formas de protección de Derechos Fundamentales, solo se admite la modificación progresiva. En nuestro caso, la Sala fue muy clara en la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 7-2012 al pronunciar lo siguiente: "Cuando un derecho fundamental es interpretado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, el legislador no puede suprimirlo o desmejorarlo, por muy abrumadora que sea la mayoría de los diputados que así lo acuerde; más bien, existe una obligación de su parte de potenciar su progresividad, es decir, de ir creando mayores garantías normativas para su optimización. En consecuencia, si la Asamblea Legislativa suprime o debilita un derecho fundamental establecido en la jurisprudencia constitucional se estaría transgrediendo el sistema político y, por tanto, modificando una cláusula pétrea, lo que conllevaría la violación del art. 248 inc. 4º Cn".

⁸ "Como los derechos fundamentales y, sobre todo, los de participación política forman parte de este sistema, las disposiciones constitucionales que los establecen no pueden ser modificadas para suprimirlos o debilitarlos, porque, en caso de hacerse, se violaría una cláusula pétrea". Inc. Ref. 7-2012.

⁹ Especialmente las sentencias de inconstitucionalidad Ref. 7-2012 (de 16 de diciembre de 2013), 33-2015 (de 24 de noviembre de 2017), 163-2013 (de 25 de junio de 2014).

- ✓ No se puede alterar el principio de división de poderes eliminando entidades como el Tribunal Supremo Electoral, o la Sala de lo Constitucional, ni se puede eliminar el proceso de pérdida de derechos por la causal establecida en el artículo 75 ordinal 4º, ya que esta cláusula protege al sistema constitucional al garantizar que no se promueva la reelección presidencial. Este proceso constitucional forma parte de la protección reforzada al principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia.
- ✓ No se puede modificar el régimen de excepción para permitir que la Asamblea Legislativa por mayoría simple le otorgue poderes extraordinarios al Ejecutivo. Este tema se encuentra reservado a Constitución¹⁰.
- ✓ No se puede conceder facultades al Legislativo para permitir que la “sustitución” de funcionarios del Judicial, porque esto vulnera la forma Republicana de Gobierno, al volver nugatorio la función de control jurisdiccional de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, la Constitución ya establece el procedimiento de destitución que procede por causas que deben estar reguladas de forma previa por ley formal.
- ✓ Finalmente, no se puede aprobar una reforma constitucional en el plazo de la etapa informativa, porque el voto para elegir diputados tiene carácter de referéndum, recordemos que la etapa informativa forma parte del proceso constitucionalmente configurado para reformar la Carta Magna, según la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 7-2012.

¹⁰ Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 21-2020/23-202 Ac. *“La suspensión de derechos está sometida a una reserva de Constitución, pues solo es posible hacerla en los casos expresamente previstos en esta (...) la suspensión general de un derecho fundamental en la totalidad o en parte del territorio solo es posible mediante un régimen de excepción (art. 29 Cn.), debido a que este es un mecanismo inmunitario del propio ordenamiento jurídico que implica suspender temporalmente ciertos derechos fundamentales para proteger un interés común relacionado a otros derechos fundamentales y lograr nuevamente la situación de normalidad en la que operan plenamente (Benito Aláez Corral, “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, en Luis María López Guerra y Eduardo Espín Templado, La defensa del Estado, 1ª ed., 2004, p. 236). Pero, si se trata de la suspensión individual —a una persona o personas determinadas—, por la reserva de Constitución existente, esto solo es posible en los casos que esta lo permita y por la autoridad competente, es decir, aquella a quien la Constitución le confiere poder expreso para tal efecto. Y cuando solo prevea la competencia, sin determinar la autoridad a la que se le adjudica, por un argumento a fortiori de las razones que se aducen en favor de la reserva de ley, la autoridad competente será aquella que se determine mediante ley formal. Pero, en ningún caso es posible establecer suspensiones de derechos fundamentales que no sean las constitucionalmente admisibles..”*

III. ¿Cuáles son los puntos más preocupantes del proyecto de reforma?

Además de lo expuesto, entre los puntos más preocupantes en el documento denominado "anteproyecto de reforma" se encuentran los siguientes:

Desde la perspectiva los Derechos Humanos:

- a. Elimina la garantía contenida en el artículo 12 inciso final sobre la falta de valor de las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona, así como la responsabilidad penal en la que incurriere quien así las obtenga y emplee.
- b. Se elimina el número máximo de días y la referencia a multas de las sanciones administrativas, lo que representa un retroceso inaceptable en materia de debido proceso legal y administrativo.
- c. Establece la **colegiación obligatoria** para todas las profesiones universitarias, la cual es una propuesta excesiva y puede abrir la puerta a restricciones a derechos. Por ejemplo, si la colegiación obligatoria de periodistas va a ser requisito para ejercer el periodismo, se estaría contraviniendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 Y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
- d. La constante remisión del contenido de las reformas al desarrollo legislativo sin dar mayores parámetros para la misma, convertirá a la Asamblea Legislativa en ejercicio de funciones legislativas ordinarias, en Poder Constituyente, lo que podría conllevar a la vulneración de derechos desde la propia ley.
- e. **Se prohíbe ratificar tratados que no posean cláusulas para su denuncia o desvinculación.** El problema es que hay tratados de derechos humanos – como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— que no tienen cláusula de denuncia. Este cambio no debe ser aceptado.

- f. Con la reforma al artículo 6 inciso 5° parte final **se permite que el Legislativo imponga límites a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, pudiendo ejercer presión sobre la prensa libre** por medio de ley secundaria, la cláusula de conciencia y el secreto profesional se regularán por ley secundaria. Esto significa que los derechos se reconocen, pero no se define en qué consisten, además no se reconoce el derecho a no revelar las fuentes de información como parte de la libertad de expresión. Los derechos reconocidos se dejan al arbitrio de la Asamblea Legislativa, quien va a definir en qué consisten, cuáles son los límites de ejercicio y formas de ejercer dichos derechos. Para que la reforma sea aceptable debe reconocerse el secreto profesional como una garantía al ejercicio de la libertad de información y expresión de la población, la redacción debe modificarse para que el Estado garantice el ejercicio libre del periodismo, de tal forma que el Estado y los empleadores no puedan ejercer ningún tipo de presión vinculado al ejercicio periodístico. El derecho al secreto profesional también protege a los profesionales quienes podrán ejercer dicho derecho en contra del Estado y de las instituciones de investigación del delito, ya que no se puede obligar a los periodistas a confesar secretos o poner en riesgo la preservación de secretos, información confidencial obtenida en el ejercicio profesional, o la identidad de fuentes en el ejercicio de su profesión.

En términos prácticos la redacción genera un vacío regulatorio que da lugar a inseguridad jurídica, lo que permitiría al Estado crear leyes para ejercer presión, pudiendo establecer excepciones al secreto profesional. Esto es peligroso porque podrían juzgar a periodistas que se nieguen a revelar la identidad de sus fuentes.

En un Estado Constitucional los derechos son límites al poder del Estado. El derecho al secreto profesional constituye una cláusula protectora de la libertad de ofrecer información veraz, ese derecho lo ejerce el profesional del periodismo, de comunicaciones y las personas que se desempeñan como periodistas, y es un instrumento indispensable para obtener la información que divulgará posteriormente. Con la redacción del artículo 6 inc. 5° se permitiría que el Estado, por medio de la Asamblea Legislativa pueda establecer excepciones al secreto profesional, debilitando la protección de fuentes, lo que dificultaría el ejercicio del periodismo y podría conllevar el juzgamiento de periodistas que no revelen sus fuentes.

Para que la reforma sea correcta, el Estado debe proporcionar garantías al periodista para asegurar el anonimato de las fuentes y evitar posibles consecuencias después de haber desvelado algún tipo de información obtenida por fuentes confidenciales, respetando conversaciones *off the record*, entre otras obligaciones del periodista. La reforma no establece esta obligación para el Estado, por el contrario, la nueva redacción permitiría establecer excepciones al secreto profesional, que ahora se ciñe al principio de autorregulación. Este artículo 6 inciso 5º solo es una copia del artículo 21 de la Constitución de España, en opinión del jurista.

- g. Con la reforma al artículo 53, se agrega el inciso 4º estableciendo que “Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la promoción de la educación y la cultura, en los términos establecidos por la ley” esto permitiría que el Estado sea quien autorice y revise el contenido que los medios de comunicación estarán obligados a difundir. Esto es un atentado grave a la libertad de expresión porque el Estado sería quien regule e incluso revise y autorice la publicación de contenido. La libre expresión es pilar del modelo democrático, pues la independencia de los medios de comunicación forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión. Con esta reforma la expresión y difusión del pensamiento sería controlada por el Estado y por lo tanto ya no sería libre. El Estado debe garantizar que la opinión pública esté fundamentada en la independencia de los profesionales del periodismo, con esta reforma el ejercicio del derecho a la libre expresión estaría subordinado al Estado, específicamente a la voluntad del legislador, que podría obligar a los medios de comunicación a difundir contenido “cultural” y “educativo” creado y aprobado por el Estado, limitando el contenido que no tenga su aprobación, estableciendo una especie de censura *a posteriori*.
- h. En el artículo 34 del anteproyecto se crea un **Sistema Nacional de Salas Cunas**, que será financiado con las aportaciones de personas trabajadoras y empleadores, es decir que hay un retroceso en los derechos de los trabajadores, porque en la actualidad la obligación de proporcionar servicios de atención inicial paralelo al Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia corresponde únicamente a los empleadores¹¹.

¹¹ “La presente Ley tiene por objeto, regular las condiciones bajo las cuales **los patronos implementarán, en beneficio de los trabajadores, los servicios de salas cunas y lugares de custodia para las hijas e hijos de los trabajadores, ya sea en el lugar de trabajo o en lugar anexo e independiente, determinados por el patrono de cada empresa**”

- i. Al modificar el artículo 38 inciso 11° en el anteproyecto se suprime la obligación del patrono de indemnizar a la persona trabajadora que sea despedida sin causa justificada. Con la redacción propuesta se debe regular por ley la indemnización y deja de ser un derecho fundamental, pasa a ser un derecho de configuración legal, quedando a voluntad de la Asamblea Legislativa establecer en qué caso los trabajadores tendrán derecho a recibir indemnización.

Desde la perspectiva de seguridad:

- j. En la Constitución vigente "*se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial*", pero en la propuesta de reforma se abre la posibilidad de crear estos **grupos armados** en los casos previstos por la ley. Art. 7 inc. 4°, entonces una mayoría coyuntural podría crear defensa civil o incluso grupos paramilitares.
- k. Se permite que la **Asamblea Legislativa le otorgue más facultades a la Fuerza Armada**, lo que va contra el objetivo de la actual Constitución e implica una nueva visión constitucional y no una simple reforma. Art. 211 inciso 4° "*dentro de las atribuciones que les confiera la ley y esta Constitución*".

Desde el análisis del sistema político:

- l. Se suprime la **prohibición de la existencia de un partido único oficial**, lo cual vulnera una cláusula pétrea: según la Constitución vigente la forma de Gobierno es Republicano, Democrático, Representativo y Pluralista.¹²

¹² En la opinión consultiva 28 se expresó que entre los elementos esenciales de la Democracia Representativa se encuentra "el régimen plural de partidos y organizaciones políticas": "*De acuerdo a la Carta Democrática Interamericana "[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*".

- m. Se modifica la **elección de funcionarios**: en el "anteproyecto" se faculta al Colegio de Abogados y Notarios para administrar el proceso electoral. Esto ocasionaría una modificación importante y no se tomaría en cuenta el criterio de la meritocracia sino la popularidad de los candidatos con el gremio y podría favorecerse condiciones para el clientelismo y la componenda, pues un magistrado no debería elegirse por medio de elección popular ya que el Órgano Judicial debe estar integrado por personal técnico que resuelva conforme a la Constitución y las leyes de forma imparcial y objetiva.

Al obligar a los profesionales a formar parte de un Colegio de Abogados y Notarios se estaría restringiendo el núcleo esencial del Derecho a la Libertad de Asociación, contraviniendo lo expresado en la sentencia de inconstitucionalidad 3-83, y generándose un conflicto entre normas constitucionales: arts. 8 y 86 entrarían en conflicto con la reforma al artículo 62 inciso 2º de la reforma propuesta.¹³

- n. Se modifica el **período de ejercicio del presidente**, ampliándolo a seis años, pero también permitiendo "rueda de caballitos" al estilo Putin-Medvedev, al eliminar un precedente establecido por la Sala de lo Constitucional. De aprobarse la reforma un presidente **ya no tendrá que esperar dos períodos** para postularse a la reelección, de esta forma el presidente Bukele y el vicepresidente Ulloa podrían turnarse la presidencia.

Al respecto del período presidencial la CIDH en la Opinión Consultiva 28/21 expresó lo siguiente:

"132. La fijación del período del mandato presidencial comporta, de por sí, una limitación de sus expectativas y del ejercicio efectivo de su poder, además de constituir un mecanismo de control, por cuanto la demarcación temporal de su mandato le impone al jefe del Estado la obligación de atenerse al tiempo previamente señalado y de propiciar la sucesión de conformidad con las reglas establecidas, para evitar la prolongada concentración del poder en

¹³ No existiendo norma constitucional expresa que faculte el Estado a través de la actividad de cualquiera de sus Órganos a restringir la libertad de asociación so pretexto de formar Corporaciones de Derecho Público, esto no puede hacerse por acto administrativo o por Ley, pues además sería claramente violatorio del principio de legalidad establecido en los Arts. 8 y 86 de la Constitución, que prescriben que nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe y, que los Funcionarios de Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley"

su propia persona y conservar el equilibrio inherente a la separación de poderes y al sistema de frenos y contrapesos mediante la renovación periódica de la suprema magistratura.”

Según el jurista norteamericano, experto en reformas constitucionales, Richard Albert (2019, p. 521), El Salvador es uno de los pocos Estados Constitucionales que ha establecido como límite irreformable un período de tiempo (cinco años) que el jefe del poder Ejecutivo no puede exceder en el ejercicio de su cargo en virtud de la Constitución. ¹⁴

El Constituyente expresó de forma muy precisa el inicio y fin del mandato presidencial, de tal forma que dicho ámbito temporal no puede ser modificado, reducido ni ampliado. Para proteger el orden constitucional el Poder Originario reguló una prohibición expresa de forma tal que *"la persona que haya ejercido la Presidencia"* no podrá *"continuar en sus funciones ni un día más"*.

Técnicamente el período presidencial es una cláusula pétrea que no puede ser modificada, tal como lo expresó la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 163-2013: quien ejerza la presidencia debe dejar transcurrir dos períodos presidenciales para inscribirse como candidato a la presidencia para un segundo término. Esto es parte de la norma constitucional, que tiene anclaje normativo en el artículo 154 de la Constitución, dicha norma constitucional está protegida por el art. 248 CN.

- o. Se **otorga al presidente facultad de "designar" directamente a autoridades** de la Contraloría, presidente de la Defensoría del Consumidor, comisionado presidente del IAIP, *inter alia*.
- p. Se evitaría que la jurisdicción constitucional controle decisiones en materia electoral, creando así una **zona exenta de control constitucional**. Art.

¹⁴ *"Que los Estados constitucionales a menudo fijan límites a los mandatos del jefe del poder ejecutivo no debería ser una sorpresa. En efecto, muchas de las democracias más importantes del mundo imponen límites temporales a la duración inicial y la renovación del mandato presidencial. Pero que un Estado Constitucional haga tal límite irreformable es por completo diferente ya que hace algo más que simplemente establecer un período de tiempo que el jefe del poder ejecutivo no puede exceder en el cargo en virtud de la Constitución. La inalterabilidad de los mandatos del ejecutivo va más allá de los límites a la reelección y además hace ese período de tiempo constitucionalmente inalterable, incluso si los ciudadanos y las mayorías legislativas prescritas constitucionalmente para enmendar la constitución. Este tipo de prohibición constitucional se aplica hoy en la República Centroafricana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Mauritania". ALBERT, Richard, Formas y función de la enmienda constitucional, traducción de Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, páginas 521-522. Bogotá, 2017. ISBN: 9789587728231.*

208 inciso 5° *"De las actuaciones y violaciones de derechos fundamentales en materia electoral será la jurisdicción electoral la competente para conocer de estas, siendo la Sala de lo Electoral de la Corte Suprema de Justicia la máxima instancia".*

- q. Se establece un **año máximo para estudiar y analizar iniciativa de ley**. De no ser aprobado en ese año se enviaría a archivo y no podrá ser propuesto dentro de los próximos seis meses, esto limita la consulta a la ciudadanía;
- r. Se modifica el proceso de reforma constitucional (art. 248 CN), **se permitiría que una mayoría coyuntural reforme la Carta Magna**. Posteriormente podrían hacer cambios a la Constitución de forma inmediata o *exprés*. En el futuro se podría buscar modificar la Constitución para permitir la reelección indefinida.

A partir de la política (monetaria) impulsadas por el Órgano Ejecutivo:

- s. Se modifica la Constitución para permitir el uso de criptoactivos como moneda de curso legal. De esta forma se le da cobertura legal al Bitcoin. Cfr. Art. 111¹⁵. Si no se hubiera producido el golpe de Estado el 1 de mayo de 2021, los ciudadanos podríamos acudir ante la Sala de lo Constitucional para que se declare la inconstitucionalidad de la Ley Bitcoin, pero dicha opción no es posible porque los magistrados ilegítimos responden al presidente Nayib Bukele.

Para la independencia judicial:

- t. Al modificar la **estructura de la Corte Suprema de Justicia** se dejaría de proteger en sede constitucional a los derechos políticos relacionados con el sufragio porque se crearía una zona exenta de control constitucional por vía de amparo. En de crear un Consejo de Administración y un Tribunal Constitucional se podría haber separado las funciones jurisdiccionales de las administrativas, sin trastocar la independencia del Judicial,

¹⁵ "Art. 111.- El poder de emisión de especies monetarias corresponde exclusivamente al Estado, el cual podrá ejercerlo directamente o por medio de un instituto emisor de carácter público, siempre y cuando se trate de especies monetarias de naturaleza física. **Cuando se refiera a especies monetarias de otra naturaleza, será una ley especial la que regulará la adopción, uso, circulación, poder liberatorio y de intercambio de las mismas.**"

fortaleciendo las facultades del Consejo Nacional de la Judicatura, pero sin eliminar al Tribunal Supremo electoral y a la Sala de lo Constitucional. La reforma es innecesaria porque no resuelve ningún problema, al crear dos Salas más, ocasionaría mayor carga a la Corte en Pleno y se desmantelarían instituciones especializadas en el control jurisdiccional en materia constitucional y electoral, debilitando la institucionalidad.

Al darle la atribución de **“sustituir” a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los funcionarios de elección indirecta**, la Asamblea Legislativa podrá promover juicio político en contra de los magistrados que no sean del agrado del gobierno, esto desnaturaliza la función del Judicial, que es un freno contra mayoritario que tiene como misión constitucional defender el orden constitucional y proteger los derechos fundamentales de la población.

CONCLUSIONES

No estamos frente a una reforma constitucional, este es solo el mecanismo fraudulento utilizado por el Ejecutivo para reemplazar la Constitución actual, que no fue creada para ser sustituida, sino actualizada.

El reemplazo constitucional no proviene de demandas sociales sino de un proceso monopolizado por el Ejecutivo.

Al entrar el proyecto a la Asamblea Legislativa, con mayoría gubernamental, se generará un proceso ineludible de legitimación de la propuesta, por lo que habrá que verificar (i) si el documento es coincidente con el proyecto conocido y evaluado y (ii) expresar públicamente la posición institucional, sobre la regresividad encontrada, así como los impactos en la protección de los Derechos Humanos por las reformas al sistema de control.

Debe exhortarse al debate público, la dispensa de trámite revelaría, una vez más, el carácter autoritario del gobierno. Según el trámite de reforma establecido en la jurisprudencia, no es suficiente tener mayoría para aprobarla, hay que exponer públicamente el contenido de la reforma pues la población tiene derecho a conocerla para preparar su voto al apoyar a aquellos candidatos con los que se identifiquen, a partir, entre otros elementos, de su posición frente a la reforma constitucional.

Se evidencia que el reemplazo constitucional planteado es la plataforma de campaña electoral de 2024, por lo que debe insistirse en que el reconocimiento de derechos no puede esperar tres años más. En consecuencia, deben exponerse con claridad aquellas propuestas que se podrían aprobar en un corto tiempo si hubiese voluntad política, pues muchas de las peticiones de grupos sociales han sido plasmadas en reformas legales que bien podrían ser aprobadas de inmediato por una bancada oficialista, atendiendo a la cantidad de votos disponibles.

El gobierno tiene suficientes diputados para cumplirle a la población todas las reformas a las que se comprometió en su campaña y responder a todos los compromisos de actualización legal que asumió frente a la confianza depositada por numerosos electores, no requiere de una reforma constitucional. Es relevante por lo tanto señalar la inconveniencia de haber enviado al archivo toda propuesta existente y generar una reforma constitucional, que en definitiva solo busca posponer la aprobación puntual de demandas históricas de algunos sectores.

En otros casos, debe evidenciarse que hay "nuevos derechos" que pueden ser regulados legalmente como: la objeción de conciencia, el incentivo laboral en el mes de junio, independiente del aguinaldo; la licencia por paternidad, ya reconocida en ley, no requiere de su incorporación constitucional para ampliar el periodo; o la creación de un fondo especial para asegurar el pago de cuotas alimenticias a quienes no las reciben por incumplimiento de los obligados. Incluso, la incorporación del Derecho Humano al Agua y su saneamiento, así como el Derecho a la Alimentación, solo requieren de ratificación. Cada uno de los temas expuestos solo requeriría dos semanas (a lo sumo) para su aprobación.

Algunos de los reemplazos propuestos son retrocesos evidentes en la protección de los derechos ciudadanos y de sus garantías como la eliminación de último inciso del artículo 12 referido a la falta de valor probatorio de las declaraciones no voluntarias y la responsabilidad penal que conlleva su obtención y uso.

También, hay preocupación por las implicaciones de eliminar la prohibición absoluta de grupos armados, al permitir la creación de estos por ley. Esta es una situación de extrema gravedad, especialmente para un país que ha sufrido la existencia de grupos paramilitares.

Por último, se advierte una franca contradicción entre la actuación gubernamental y el anteproyecto, al pretender incorporar al texto constitucional el derecho al acceso a la información, cuando ha sido el Ejecutivo y más recientemente la propia Asamblea Legislativa la que ha cercenado el derecho ciudadano de informarse debidamente