

## *Teoría de la Reforma Constitucional*

Por: Dr. Mario Antonio Solano Ramírez<sup>1</sup>

### 1. LA NECESIDAD DEL PODER JURÍDICO.

La clave de todo poder en el marco de la sociedad democrática es el de caracterizarse y prestigiarse como poder jurídico; lejos va quedando el autocratismo como sistema y el totalitarismo como variante deplorable de aquél, aun cuando algunos resabios y secuelas, todavía se manifiestan en las sociedades actuales. Lowenstein dice que los gobiernos, según su calidad política se clasifican así:

- 1) Autocracia, en sus dos formas, Autoritario y Totalitario;
- 2) Democracia, que se subdivide en Presidencialista, Asamblea, Parlamentario y Cesarismo.

Tradicionalmente la conformación jurídica del poder se ha conocido como

Estado de Derecho. Ahora se conoce como Estado Constitucional.

A partir de la Revolución Francesa, de la gloriosa Revolución Inglesa y la Independencia de los E.E.U.U., el mundo exige la conversión del Estado absolutista, en un Estado protector de la libertad y de los derechos individuales, para lo cual es necesario fijar los límites a los detentadores, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas, (la constitución) destinadas a limitar el ejercicio del poder político. "La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder". (Karl Lowenstein).

<sup>1</sup> Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, graduado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. UES. Actualmente, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ético de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.

## **2. ESTÁTICA Y DINÁMICA CONSTITUCIONAL.**

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”.

## **3. LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.**

Volviendo ahora al problema propiamente dicho de la reforma constitucional, que solamente surge en 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 respon-

sables 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 a las nuevas exigencias e interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.

## **4. LAGUNAS CONSTITUCIONALES.**

En segundo lugar, “Una reforma constitucional, que aquí surge en la forma de complemento constitucional, se puede producir cuando la constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas. Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”. Un ejemplo de esta es el caso del Art. 248 que solamente ha regulado el procedimiento de reforma parcial, pero no ha previsto sobre reforma total que incluya reformas intangibles, y al no hacerlo, hace suponer que la omisión obligaría en su caso a convocar al Poder Constituyente.

“Por otro lado, una laguna constitucional oculta se produce cuando, en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”.

En este campo se puede mencionar el hecho de que la Constitución no ha establecido, aparte de la aprobación o desaprobación, los efectos del infor-

me deficiente de los ministros de gobierno, conforme a los Arts. 131/18 y 168/6.

## 5. ASPECTOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Cuando nos referimos a la reforma constitucional queremos destacar fundamentalmente dos aspectos:

1. La necesidad de reformar, y
2. La Técnica que debe emplearse.

Desde luego no significa que el estudio únicamente se limite a esos aspectos, sino que éstos son los que más interesan en este análisis de carácter jurídico-político.

Según Pedro de Vega, en su "REFORMA CONSTITUCIONAL"....

5.1 La necesidad de considerar la posibilidad de la reforma constitucional se da por tres razones fundamentales:

- a) Como instrumento de adecuación de la realidad política y la realidad jurídica;
- b) Como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado;
- c) Como institución básica de garantía.

*a) Como Instrumento de Adecuación de la Realidad Política.*

Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente 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 y práctica son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional.

*"No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencia de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro. Por eso, con razón, ha podido afirmarse que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa".*

*b) Como Mecanismo de articulación:*

*"Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que 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, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica*

ca. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un poder constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el poder constituyente, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que en ningún caso, puede tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir, como demostraremos en su momento, que la reforma está por necesidad sometida a límites; incluso cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, como sucede en nuestro ordenamiento, la posibilidad de reformas totales. Reformar la Constitución 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.”

c) *Como institución básica de garantía.*

“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 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*.”

## 5.2 La Técnica de la Reforma.

“En primer lugar, y desde un punto de vista jurídico, la técnica de la reforma es quien invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos: *Lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, se verán sustituidas por esta otra: *Lex superior derogat legi inferiori*. Lo que significa que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales. Y lo que significa, además, que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (los Tribunales Constitucionales) solo tienen sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un cómico esperpento.”

En segundo lugar, y desde un punto de vista político, al establecerse claramente la distinción entre el poder de reforma y el poder legislativo ordinario, por la naturaleza más compleja de las formas y procedimientos del primero, lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos (concretamente el Parlamento) se transformen en efectivos poderes

constituyentes: de tal suerte que, en lugar de estar las Asambleas sometidas a la Constitución, sería la Constitución quien se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales. Con lo cual, la Constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde, en definitiva, y al margen de su significado etiológico original, reside, como dice Sartori, la esencia de la democracia moderna.

Se parte del principio de que la Constitución es un marco normativo del poder y que el pueblo titular de éste, tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su Constitución. Este poder es el Poder Constituyente, que reside en el PUEBLO. ¿De qué clase de poder estamos hablando? Se habla de un poder absoluto y total, no tiene su origen en la Constitución y en consecuencia no se justifica en ella, al contrario él, origina la Constitución.

### 5.3 La Participación Popular.

¿Cómo el pueblo se hace presente para el ejercicio del poder? Sobre este delicado asunto se conocen dos tesis: *Primera:* los colonos puritanos de Norteamérica, aplicaron los criterios de los pactos religiosos, a los pactos políticos que precedieron a la Constitución de los EEUU; considerando que el poder soberano, no puede ser representado, exigían cuando menos que los pactos celebrados fueran ratificados por el pueblo. *Segunda:* es una idea del constitucionalismo francés por el cual la soberanía no reside en el pueblo, sino en la nación y siendo ésta un ente abstracto, no puede actuar por sí misma y debe actuar por

medio de sus representantes; y en tal caso es necesario convocar a una Asamblea constituyente. No obstante debe recordarse que Rousseau, pensaba en la soberanía popular, por la cual cada uno de los ciudadanos lleva una fracción de la soberanía del pueblo.

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.

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. Ni los poderes constituidos, deben tener funciones constituyentes ni éstos, funciones de poder constituido, tal es el caso de las recientes acciones de la Asamblea Constituyente de Venezuela. 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 a la forma y al sistema de gobierno; si el gobierno es la personificación del poder del Estado, significa que la parte orgánica de la Constitución, no puede ser reformada por esta vía.

Además debe considerarse, en razón del proceso de democratización y de paz en El Salvador, que este método de reforma ya cumplió parte de los fines para los cuales ha sido creado y las reformas que esta Constitución requiere exigen convocar de nuevo el poder constituyente que impulse la

reforma integral de la misma; tal convocatoria procede conforme los poderes implícitos que la Asamblea tiene. Reconozco en este punto, que existe lo que se denomina laguna constitucional en el sentido de que tanto la reforma total y la reforma de las normas intangibles, no están reguladas expresamente, por lo que debe recurrirse a las soluciones del Derecho Constitucional comparado y a la doctrina general del poder constituyente que nos indica que únicamente el pueblo soberano puede cambiar su Constitución. Jellinek, nos recuerda que las "leyes fundamentales se establecen, como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos. Por eso, es muy interesante plantearse el problema acerca de las vías seguidas para reformar nuestras constituciones escritas". "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir (necesariamente) acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación."

¿Hasta dónde se puede extender esta reforma? "La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándola al Derecho. La Constitución de un Estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay ningún poder alguno por encima del Estado que pueda

impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un derecho nuevo"

#### 5.4 Reforma Total.

Este importante asunto merece mucha atención. ¿No sería posible hacer una consulta nacional suficientemente representativa para conocer si la Constitución tiene que reformarse totalmente?

¿Es posible superar la presión de los Acuerdos de Paz, e impulsar una reforma a partir de nuestra inteligencia? Desde luego una decisión como ésta debe rodearse de más garantías que las contempladas ahora, en consecuencia, la figura del "referéndum" (consulta) tendría que ser incluida y su análisis formaría parte de la temática a discutirse en un foro nacional que debe ser convocado. La paz debe preservarse, sin embargo, la sociedad está sometida a una serie de presiones y cambios, algunos de ellos pueden impactarle negativamente, por lo que el pluralismo y la participación deben convertirse en una realidad en el cambio constitucional, que necesariamente tendría que darse. El referéndum previsto como agregado al Art. 248, en todo caso dirá si hay reforma total. Si se aprueba, la demoración se habría realizado; si no se aprueba, también. La teoría del referéndum merecerá mucha discusión. Se trata de no tener procedimientos excesivamente fáciles o difíciles; sin embargo, cualesquiera que sea el procedimiento es necesario que la Constitución expresamente defina este punto.

¿Es razonable y práctica la distinción hecha por algunas constituciones en-

tre revisión total -conformación absolutamente nueva de la constitución- y revisión parcial- y la renovación de ciertas disposiciones? En la legislación comparada, es ejemplar el caso de Suiza, que contiene la Revisión total, una acción que comprensiblemente encierra siempre gran importancia, está rodeada de todas las cautelas imaginables (artículos 118, 119 y 123).

La iniciativa puede partir del Consejo Federal, de una de ambas cámaras del Parlamento o de los cantones (artículo 93, párrafo 2). Si ambas cámaras están de acuerdo, el proyecto elaborado por ellas es sometido a una votación popular, como en el caso de revisión parcial, exigiéndose la aprobación por las mayorías de los electorados de los cantones (artículos 118 y 123). Pero si una de las dos cámaras de la Asamblea Federal expresa su oposición, o el procedimiento fue puesto en marcha por la iniciativa de, por lo menos, 50,000 ciudadanos, el proceso se complica considerablemente.

Por lo pronto, tendrá que ser aprobada por votación popular la cuestión preliminar de si una revisión total es verdaderamente deseable. Es de señalar que en esta fase no intervienen los cantones. Si se aprueba la propuesta de reforma, ambas cámaras serán disueltas y la nueva Asamblea Federal toma entonces en sus manos la tarea de elaborar una nueva constitución. El producto final tendrá que ser sometido a su vez a una votación popular (artículo 123). La Constitución actual de la Confederación Suiza es ella misma el producto de una revisión

total de la Constitución de 1848. Desde entonces han sido presentadas tan sólo dos propuestas de revisión total; la primera en el año 1880 a causa de una cuestión que en realidad concernía a una revisión parcial, pero que por razones técnicas tuvo que ser revestida de revisión total. La segunda propuesta fue hecha en el año 1935 por los nacionalsocialistas en la Federación con ayuda de los cantones reaccionarios católicos.

En ambos casos la revisión total fue rechazada en votación popular por una abrumadora mayoría.

## 6. NATURALEZA DEL ART. 248.

Este artículo 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 (disposiciones intocables); 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 siguiendo un orden establecido; o sea 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 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 que estemos hablando, pues no es lo mismo el poder de reforma en un Estado democrático que en un antidemocrático, o como diría Loewenstain 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 ha ejercido en 1991-1992, 1994-1999, 2000; pero no es un poder absoluto, tiene limitantes.

## LIMITANTES DE LA REFORMA.

El poder constituido (Art. 248) no es un poder soberano, no es un poder constituyente, éste, corresponde al pueblo quien lo ejerce cuando lo ejerce de un modo ilimitado e impredecible; es un modo de ser político, no jurídico; y por más que los Arts. 83 y 87, pretendan ponerle un marco de contención, éste podría ser arrasado, sin que nada ni nadie pueda detenerlo; excepto el pueblo mismo: por tal motivo la doctrina francesa, ha sostenido que el pueblo tiene el derecho inalienable de cambiar la Constitución; el constitucionalismo moderno, privilegia el poder de reforma, que lo ejercen los representantes, pero tienen límites en su ejercicio; algunos de estos se encuentran en la Constitución misma, son los límites autónomos, tal es el caso de los comprendidos en el mismo Art. 248, los del 246, el Art. 83; son límites heterónomos, el derecho natural, los tratados internacionales, las declaraciones de derechos, etc.; de tal manera que el poder de reforma está por debajo de la Constitución, es decir, se mantiene la supremacía constitucional y las operaciones de reforma (decreto de aprobación y ratificación) son operaciones jurídicas sometidas al marco de la Constitución. Los límites autónomos a veces son explícitos (Art. 248), otras son implícitos (derechos irrenunciables, fines del Estado).