

## El Control Judicial de las Reformas Constitucionales en El Salvador: ¿un control a medias?

Manuel Adrián Merino Menjívar

### Resumen

El presente artículo analiza de forma crítica el argumento sostenido por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, a partir de la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, en el sentido de que solo puede llevar a cabo un control *a priori* de las reformas constitucionales. En El Salvador, el procedimiento de reforma constitucional consta de dos pasos principales: la aprobación del acuerdo de reforma por una primera conformación de la Asamblea Legislativa, y su ratificación por una segunda conformación de dicho órgano político. Esta particular forma de control llevada a cabo por la sala consiste en afirmar que solo puede controlar el acuerdo de reforma constitucional, no así el posterior decreto de ratificación, pues, llegado este segundo paso, la reforma ya habría pasado a formar parte del texto constitucional, y no puede predicarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Sin embargo, aquí se argumenta que es posible la existencia de jerarquías dentro de una misma Constitución. Dichas jerarquías están determinadas por la autoridad que emite las disposiciones constitucionales. Las disposiciones constitucionales originarias son superiores a las disposiciones producto de una reforma constitucional porque las primeras fueron promulgadas por una autoridad superior, el poder constituyente primario, mientras que las segundas lo fueron por un poder inferior y, por tanto, limitado, llamado poder de reforma constitucional o poder constituyente secundario. De ahí que estas últimas no puedan sobrepasar los límites impuestos por las primeras.

### Abstract

This article critically analyzes the argument made by the Constitutional Chamber of El Salvador, based on the unconstitutionality ruling 7-2012, in the sense that it can only carry out an *a priori* judicial review of constitutional amendments. In El Salvador, the constitutional amendment procedure consists of two main steps: the approval of the reform agreement by a first conformation of the Legislative Assembly, and its ratification by a second conformation of said political body. This particular form of control carried out by the court consists in affirming that only the constitutional amendment agreement can be controlled, not the subsequent ratification decree because, once this second step has been reached, the amendment has already become part of the constitutional text and the existence of unconstitutional constitutional norms cannot be predicated. Nonetheless, I maintain that the existence of hierarchies within the same Constitution is possible. Said hierarchies are determined by the authority that issues the constitutional provisions. The original constitutional provisions are superior to the provisions resulting from a constitutional amendment because the former were promulgated by a higher authority, the primary constituent power, while the latter were enacted by a lower power and, therefore, limited, the amendment power or secondary constituent power. Hence, the latter cannot exceed the limits imposed by the former.

### Palabras clave

Constitución, control judicial, inconstitucionalidad, límites, normas constitucionales inconstitucionales, reforma constitucional, reformas constitucionales inconstitucionales.

### Keywords

Constitution, constitutional amendment, judicial review, limits, unconstitutional constitutional amendments, unconstitutional constitutional norms, unconstitutionality.

## Introducción

El control judicial de constitucionalidad de las reformas constitucionales es un tema que ha venido cobrando, durante los últimos años, gran relevancia, no solo entre los académicos, sino en la actividad jurisdiccional de las altas cortes. La doctrina de las *unconstitutional constitutional amendments* (reformas constitucionales inconstitucionales) ha tenido un éxito inusitado a nivel global, y América Latina no ha sido la excepción.

A partir de ahí, se pretende hacer un análisis, con cierta preocupación, de la forma en que la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha (mal)entendido el verdadero alcance y propósito de la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales. Para ello, se analiza un punto específico —pero determinante— de la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, donde la Sala de lo Constitucional afirmó que, cuando el acuerdo de reforma constitucional ya ha sido ratificado y publicado en el Diario Oficial, la incorporación, modificación o supresión de una cláusula constitucional no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución, porque, como ha indicado el tribunal, no puede sustentarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

Siendo ese el principal objeto de análisis y crítica, se hace un breve repaso de las funciones que la Constitución reconoce a la Sala de lo Constitucional y, particularmente, de la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Posteriormente, se trae a colación el tema de las normas constitucionales inconstitucionales y de las reformas constitucionales inconstitucionales, como preámbulo teórico de interés en el tema de análisis. Finalmente, se realizará un análisis crítico sobre la corrección o incorrección de la forma de ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las reformas constitucionales en El Salvador, a la luz de la jurisprudencia vigente.

## La Sala de lo Constitucional y el control judicial de las reformas constitucionales

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador fue creada por la Constitución vigente de 1983.<sup>56</sup> Fue ideada, desde un inicio, como un auténtico tribunal constitucional, encargado principalmente del ejercicio del control concentrado de constitucionalidad de las leyes.<sup>57</sup> Este carácter de tribunal constitucional ha sido reafirmado por la misma Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia. Las razones que aduce el tribunal, en resumen, son las siguientes: (i) es un órgano constitucional especializado; (ii) es un órgano jurisdiccional, por lo que sus decisiones adquieren calidad de cosa juzgada; (iii) es un tribunal independiente y (iv) es un tribunal permanente.<sup>58</sup>

Como todo órgano constitucional, las competencias de la Sala de lo Constitucional están “claramente” definidas por la Constitución. Estas son: (i) conocer del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; (ii) del proceso de amparo; (iii) del proceso de hábeas corpus; (iv) de las controversias surgidas entre los órganos Legislativo y Ejecutivo en el proceso de formación de la ley y (v) de las causas de suspensión y pérdida de los derechos de ciudadanía en los casos comprendidos en los ordinales 2º y 4º del artículo 74 y ordinales 1º, 3º, 4º y 5º del artículo 75 de la Constitución, así como de la rehabilitación correspondiente.<sup>59</sup>

---

**56.** En adelante se hará referencia al tribunal únicamente como Sala de lo Constitucional o la sala. Son específicamente los artículos (arts.) 174 y 183 de la Constitución (Cn.) los que regulan su creación como un tribunal inserto orgánicamente en la Corte Suprema de Justicia. De hecho, es la única sala o tribunal que fue creada directamente por decisión del constituyente primario, a diferencia del resto de salas y tribunales del país, que fueron creados por mandato de ley.

**57.** Así lo sostuvo en una célebre intervención en los debates constituyentes el diputado Dr. Ricardo González Camacho, donde manifestó que, a pesar de formar parte de la Corte Suprema de Justicia, la idea fue crear un “verdadero tribunal constitucional”. El Salvador, versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983, tomo VIII, pp. 17.18.

**58.** Sala de lo Constitucional, “Resolución de 27 de abril de 2011 (improcedencia)”, *inconstitucionalidad 16-2011*, 27 de abril de 2011, pp. 4-6, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/04/8EA64.PDF>

**59.** Estas competencias se extraen de los arts. 138, 174, 182 atribución 7ª (en relación con los arts. 74 y 75) y 183 de la Constitución.

Como es evidente, el control judicial de constitucionalidad de las reformas constitucionales no aparece expresamente consignado como una de las competencias de la Sala de lo Constitucional.<sup>60</sup> Este silencio por el que optó el constituyente salvadoreño ubicó a la sala en una posición difícil: optar por una lectura literal --incluso formalista-- de la Constitución y asumir que, por no establecerse de forma expresa, no posee dicha competencia, o, por otra parte, aventurarse a argumentar que, a pesar de dicha laguna, el tribunal se encuentra autorizado --y legitimado-- para ejercer tal competencia.

Frente a dicha encrucijada, y a diferencia de cortes constitucionales como las de Eslovenia y Georgia, que en su momento declinaron de ejercer dicha potestad por no contar con una norma que les autorizara para ello (Roznai 2017)<sup>61</sup>, la Sala de lo Constitucional de El Salvador asumió que le era posible llevar a cabo el control de constitucionalidad de los acuerdos de reforma constitucional. En la primera sentencia que pronunciara sobre el tema<sup>62</sup>, a treinta años de la entrada en vigencia de la Constitución, la sala planteó como argumentos que apoyaron su decisión los siguientes:

(i) La Asamblea Legislativa es un órgano constituido. Como tal, todos sus actos son limitados. De ahí que el poder de reforma constitucional encuentre límites formales y materiales que vienen dados por la misma Constitución (artículo 248) y ello justifica que pueda controlarse su constitucionalidad.

(ii) El rol que el tribunal está llamado a cumplir en la democracia salvadoreña, con el fin de: preservar la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, proteger a las minorías frente al abuso de las mayorías, proteger los derechos fundamentales y resguardar el Estado constitucional de Derecho.

(iii) A pesar de que un acuerdo de reforma constitucional aún no pertenezca al sistema de fuentes del Derecho, pues para ello sería necesaria su ratificación por la siguiente conformación de la Asamblea Legislativa, es posible ejercer el control de constitucionalidad sobre el mismo, en aras de preservar la supremacía constitucional.

En la sentencia en comento, la sala concluye de la siguiente forma:

Entonces, si bien no aparece de modo expreso en la Constitución la competencia de esta Sala para controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos en los que se acuerda la reforma constitucional, ello no constituye un impedimento para entenderla a partir de los límites que tiene el poder de revisión y de la función que esta Sala cumple. Y es que, sobre este punto, no es aceptable sostener la inexistencia de una atribución o de una competencia por el solo hecho de que no tenga asidero expreso en las disposiciones constitucionales, pues la textura abierta de estas cláusulas imposibilita el detalle de todas y cada una de ellas.

### **Sobre normas constitucionales inconstitucionales**

Aunque parezca una contradicción en sus términos, el debate sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales no es nuevo y reaparece cada cierto tiempo en la doctrina y en la actividad de las altas cortes. En la segunda mitad del siglo XX, Otto Bachof proponía que era posible la diferenciación jerárquica de normas dentro de una misma Constitución. Para ello, el alemán partía de la distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material. La primera es el cuerpo normativo denominado como tal, que ha sido promulgado según determinado procedimiento y para cuya reforma se establecen procedimientos agravados. La segunda, por su parte, es "el sistema integrado por aquellas normas que forman parte esencial de la pretensión jurídico-positiva de determinar la función del pueblo en un orden integrador"<sup>63</sup>.

**60.** Esto a diferencia de constituciones como las de Colombia (arts. 241 y 379) y Ecuador (arts. 438 n° 2 y 443), que sí estatuyen expresamente dicha facultad.

**61.** Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 203.

**62.** Sala de lo Constitucional, "Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (sentencia estimatoria)", *inconstitucionalidad 7-2012*, 16 de diciembre de 2013, pp. 10-15, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/12/A3C4C.PDF>

**63.** Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima: Palestra, 2010): 58-59.

Esta distinción fue clave para que el autor alemán sostuviera que la Constitución material excedía a la Constitución formal, es decir, que existían una serie de valores, principios y derechos *metapositivos* que determinaban la validez material no solo de la normativa secundaria, sino de la misma Constitución. Esta postura, de claro corte iusnaturalista, proponía que la positivación de ciertos principios y valores en las constituciones no era más que un mero reconocimiento o formalización de esas pretensiones morales justificadas (por utilizar la célebre expresión de Peces-Barba) que eran incluso previas al Estado mismo. De esta forma, le fue posible a Bachof sostener que, en todo momento, cualquier norma constitucional podría sucumbir ante un principio, valor o derecho metapositivo superior y correspondería a los tribunales constitucionales constatar tal situación<sup>64</sup>.

Si bien la postura de Bachof es comprensible por el contexto histórico en el que se enmarca (periodo de posguerra), ha sido históricamente rechazada por ser conceptualmente insuficiente y contradictoria. El autor retoma el caso de las cláusulas pétreas en las constituciones como muestra de que el constituyente primario tuvo preferencias al momento de blindar ciertos contenidos constitucionales. Dichos contenidos, a su juicio, serían superiores al resto de disposiciones constitucionales, lo que abriría la posibilidad de invalidar estas últimas. De esta forma, si bien no hay discusión en que las cláusulas pétreas son inmunes al poder de reforma constitucional, Bachof pretende trasladar dicho argumento para justificar la existencia de jerarquías internas dentro de la Constitución, en el texto originario creado por el constituyente<sup>65</sup>.

Entonces, el argumento de Bachof se bifurca en dos sentidos: existen jerarquías internas dentro de la Constitución por expresa decisión del constituyente al estatuir cláusulas pétreas, o por la existencia de un Derecho Constitucional material (metapositivo) y su reconocimiento jurídico. Ambos supuestos deben rechazarse. En primer lugar, porque las cláusulas pétreas obstruyen la actuación del poder de reforma constitucional, que es un poder por naturaleza limitado, de ello se sigue que, al haber sido incorporadas por el constituyente primario, gozan de la misma jerarquía que el resto de disposiciones constitucionales, y son solo superiores al poder de reforma. En segundo lugar, el argumento de la existencia de un Derecho metapositivo superior es, actualmente, insostenible. La gran dosis de iusnaturalismo de la que está impregnada dicha tesis no explica cuestiones como cuál sería la cláusula de reconocimiento o de positivación de dicho Derecho metapositivo. Tampoco aclara cuáles son y la forma de determinar dichos principios superiores, pero sí encomienda dicha tarea, de forma temeraria, a los tribunales constitucionales<sup>66</sup>.

Cuando la doctrina de las normas constitucionales inconstitucionales parecía ya olvidada --y descartada--, fue revivida y utilizada en la segunda década del siglo XXI como un juguete vistoso al servicio de autócratas y populistas latinoamericanos. Los casos de Honduras (2015)<sup>67</sup> y Bolivia (2017)<sup>68</sup> son fiel reflejo de ello. Tanto la Sala de lo Constitucional hondureña como el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano utilizaron como artilugio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para "argumentar" que las respectivas disposiciones de cada Constitución, que prohibían la reelección presidencial indefinida, eran inconstitucionales y debían inaplicarse por oponerse al derecho a la igualdad y al "derecho humano a ser reelecto"<sup>69</sup>. Lo anterior permitió la reelección de Juan Orlando Hernández y Evo Morales, respectivamente<sup>70</sup>.

---

64. Ibid., 59-60.

65. Roberto Viciano Pastor y Gabriel Moreno González, "Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22 (2018): 188-189.

66. Ibid., 189.

67. Sala de lo Constitucional, "Sentencia de 22 de abril de 2015 (sentencia estimatoria)", *RI 0243-2015*, 22 de abril de 2015.

68. Tribunal Constitucional Plurinacional, "Sentencia de 28 de noviembre de 2017 (sentencia estimatoria)", *0084/2017*, 28 de noviembre de 2017.

69. David Landau, Rosalind Dixon y Yaniv Roznai, "From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras", *Global Constitutionalism* 1, n.º 8 (2019): 40-70, doi: <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>

70. No retomo en este apartado los casos de Costa Rica en 2003 y Nicaragua en 2009 porque, aunque la técnica utilizada fue la misma, se declaró la inaplicabilidad de reformas constitucionales, no de disposiciones constitucionales originarias.

La vía argumentativa utilizada por ambas Cortes fue distinta a la propuesta por Bachof, pero igualmente errónea. Aunque parecía algo evidente, en la reciente Opinión Consultiva 28/21<sup>71</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos negó que exista algo tal como un derecho humano a la reelección presidencial indefinida. Por tanto, la prohibición de reelecciones presidenciales indefinidas no es contraria a la normativa convencional, sino todo lo contrario, fortalece el sistema de democracia representativa, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

### La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales

El poder de reforma constitucional es un poder limitado. Estos límites vienen dados por la misma Constitución y son de dos clases: formales, que se refieren al procedimiento establecido por el constituyente primario para llevar a cabo una reforma constitucional, por lo que no puede existir reforma válida fuera del mismo. Y materiales, que se refieren a los contenidos constitucionales que el constituyente primario removió de la esfera de decisión del poder de reforma constitucional, es decir, aquellos que no pueden reformarse<sup>72</sup>.

La infracción de dichos límites produce un resultado contrario a la misma Constitución. En el caso de los límites formales no existe problema para su determinación, pues fue el mismo constituyente primario quien se encargó de definir las reglas del procedimiento de reforma. En cuanto a los límites materiales, la práctica constitucional global ha demostrado que los constituyentes primarios suelen optar por dos opciones: consignarlos expresamente en el texto constitucional, dando vida a lo que se conoce como “cláusulas pétreas”, o guardar silencio al respecto.

En el caso de la infracción a los límites formales y a las cláusulas pétreas, no existe mayor problema en asumir que las cortes constitucionales, como guardianes de la Constitución, se encuentran jurídica y democráticamente legitimadas para actuar en la preservación de los mismos, por ser decisión suprema del constituyente primario y ser este el único competente para intervenir en ellos. De esta forma se contiene el desbordamiento del poder de reforma constitucional. Si violaciones de este tipo fueran permitidas, y no existiera ningún tipo de remedio para tratar de corregirlas, el mismo Estado de Derecho y la supremacía constitucional se verían afectadas<sup>73</sup>.

Problema aparte es el de las constituciones que no contienen cláusulas pétreas expresas, pues el tema de los límites materiales al poder de reforma no suele ser siempre claro. Esta dificultad fue afrontada —exitosamente— en 1973 por la Suprema Corte de la India en el célebre caso *Kesavananda Bharati vrs. Estate of Kerala*. Lo que *Marbury vrs. Madison* es para el control difuso de constitucionalidad, *Kesavananda* lo es para la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. En este caso, la Suprema Corte de la India sostuvo que el poder de reforma constitucional solo puede ser usado siempre y cuando no viole la estructura básica (*basic structure*) de la Constitución. Lo anterior se traduce en que las constituciones, a pesar de no contener límites materiales expresos al poder de reforma, poseen elementos esenciales, que forman parte de su núcleo, de su identidad, y cuyo cambio está reservado exclusivamente al poder constituyente primario, no al poder de reforma. En el caso de la India, la Suprema Corte consideró que algunos de estos elementos son la supremacía constitucional, la forma republicana y democrática de gobierno, el carácter secular del Estado, la separación de poderes y el federalismo<sup>74</sup>.

Expandida con éxito alrededor del mundo, esta doctrina fue abanderada en América Latina por la Corte Constitucional de Colombia. Ubicándose en un supuesto similar al de India, es decir, el de una Constitución que no posee cláusulas pétreas expresas, a partir de la sentencia C-551/2003<sup>75</sup>

71. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva de 7 de junio de 2021 (la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos)”, *OC-28/21*, 7 de junio de 2021.

72. Jairo Lima y Yenny Andrea Celemín Caicedo, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia”, en *Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo*, ed. André Demétrio Alexandre et. al., vol. 3, *Coleção Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política* (Brasil: Arraes Editores Ltda., 2019), 124.

73. Nuno Garoupa y Catarina Santos Botelho, “Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration”, *German Law Journal* n.º 22 (2021): 219.

74. Richard Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 152.

75. Corte Constitucional, “Sentencia de 9 de julio de 2003 (inconstitucionalidad)”, *C-551/2003*, 9 de julio de 2003.

la Corte Constitucional ideó la llamada “doctrina de la sustitución constitucional” (*constitutional replacement doctrine*). A diferencia de la reforma, una sustitución constitucional utiliza de forma artificiosa el procedimiento de enmienda para modificar la estructura básica de la Constitución<sup>76</sup>.

La Corte justificó su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de las reformas constitucionales por motivos de fondo en la distinción entre el poder constituyente primario y el poder constituyente secundario. De esa forma, según la Corte, el poder constituyente secundario es un poder constituido y, por tanto, limitado, que no puede hacer cambios que afecten los elementos básicos o esenciales de la Constitución<sup>77</sup>.

### **Análisis crítico de la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012 sobre el alcance del control judicial de las reformas constitucionales en El Salvador**

Según se vio en el primer apartado del presente artículo, la Sala de lo Constitucional acierta en lo referente a su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en, cuanto menos, dos cuestiones. La primera es que toma conciencia de los límites que caracterizan al poder de reforma constitucional. Como consecuencia de ello, y partiendo de la distinción entre poder constituyente primario y poder de reforma constitucional, sostiene que este último solo puede canalizarse a través del procedimiento que el constituyente previó para ello (límites formales) y sin afectar los contenidos esenciales materializados en las cláusulas pétreas (límites materiales).

La segunda cuestión es que, como reafirmación de su carácter de auténtico tribunal constitucional, asume que su rol dentro de la democracia salvadoreña no es baladí, sobre todo cuando se trata del control de reformas constitucionales, pues está encaminado a resguardar a las minorías frente al abuso de las mayorías, proteger los derechos fundamentales y defender el Estado Constitucional de Derecho.

Si bien el anterior razonamiento es plausible, la argumentación de la sala sufre un giro “extraño” cuando se refiere al momento oportuno para el ejercicio del control judicial de las reformas constitucionales. Según el artículo 248 de la Constitución salvadoreña, el procedimiento de reforma constitucional requiere de la intervención de dos conformaciones sucesivas de la Asamblea Legislativa. La primera conformación aprueba el decreto legislativo que contiene el “acuerdo de reforma constitucional”, mientras que la segunda conformación se encarga de “ratificar” dicho acuerdo mediante el decreto legislativo correspondiente. Según la disposición citada, ratificado el acuerdo de reforma, se mandará a publicar al Diario Oficial, a la espera de su entrada en vigencia.<sup>78</sup>

Según la sala, lo único que puede ser objeto de control constitucional es el *acuerdo* de reforma constitucional, es decir, el producto normativo que aún no pertenece a las fuentes del Derecho, no así el decreto que ratifica el acuerdo de reforma constitucional. A continuación, se transcribe el párrafo que contiene la justificación de tal criterio:

Este control previo deriva, en esencia, de la necesidad de evitar el ejercicio de un control constitucional a posteriori, es decir, cuando el acuerdo de reforma constitucional ya ha sido ratificado por la subsiguiente Asamblea Legislativa y publicado en el Diario Oficial. La incorporación, modificación o supresión de una cláusula constitucional no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución, porque, como ha indicado este Tribunal, no puede sustentarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, tomando en cuenta que enjuiciar las prescripciones normativas contenidas en la Ley Suprema con base en otra disposición constitucional supone un análisis contradictorio en sí mismo.

<sup>76</sup>. Carlos Bernal Pulido, “Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 22 (2018): 62.

<sup>77</sup>. Carlos Bernal Pulido, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law (ICON)* vol. 11, n.° 2 (2013): 339-346.

<sup>78</sup>. En la ya citada sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, la Sala de lo Constitucional desarrolla con detalle todo el procedimiento de reforma constitucional.

La postura de la sala es errónea a la luz de los elementos teóricos abordados en este artículo. Para comenzar, el tribunal incurre en un error al malinterpretar el alcance de la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales. Si bien es cierto no es admisible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, tal como la sala lo afirma, esta tesis solo es predicable de las normas constitucionales originarias, expedidas de forma primigenia por el poder constituyente primario, no de las normas constitucionales producto del poder de reforma. Esto está directamente relacionado con los límites materiales de este último.

Los límites materiales, sean estas cláusulas pétreas expresas o elementos implícitos que integran la estructura básica de la Constitución, crean una jerarquía entre normas constitucionales. Así, el poder constituyente se divide de forma jerárquica en poder constituyente primario y secundario. Según el criterio de jerarquía formal (*lex superior derogat inferiori*), una norma constitucional promulgada por una autoridad jerárquicamente superior prevalecerá sobre aquella promulgada por una jerárquicamente inferior. En otras palabras: una reforma constitucional no es formulada por la misma autoridad que una norma constitucional originaria, sino por una inferior (el poder constituyente secundario o poder de reforma). Por tanto, desde el momento en que el poder constituyente primario es superior al secundario, la creación normativa de este último debe ceder cuando entra en conflicto con el primero. Es decir, puede declararse inconstitucional. (Roznai 2017)<sup>79</sup>

El error interpretativo de la sala produce una consecuencia conceptual y normativamente indeseada: la confusión entre poder constituyente primario y secundario. Cuando afirma que una vez ratificada la reforma constitucional ya no podrá declararse inconstitucional, la sala equipara el producto normativo del poder de reforma con el del poder constituyente primario. Esto hace incurrir al tribunal en una contradicción insalvable. En un principio, parece tener claridad en cuanto a que el poder de reforma es un poder limitado; sin embargo, al confundir una reforma constitucional con una norma constitucional originaria, lo que hace es reconocer a la primera como el ejercicio de un poder ilimitado. De ahí que la considere exenta de control una vez ratificada.

Finalmente, la sala llega al punto de afirmar que una reforma constitucional, una vez ratificada y en vigencia “no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución”. En la analizada sentencia 7-2012, la sala expresa de forma tajante que en el ordenamiento jurídico salvadoreño “no deben existir zonas exentas de control constitucional”. La sala está en lo correcto; no obstante, el desatino es evidente. Al confundir el producto del poder de reforma constitucional con el del poder constituyente primario y negar que el primero pueda declararse inconstitucional una vez ratificada la reforma, no hace más que crear una zona exenta de control constitucional. Si el legislador realizara una reforma constitucional, suprimiendo el derecho de las mujeres al sufragio, o convirtiendo a El Salvador en una monarquía, y no se controla en tiempo el *acuerdo* de reforma, dichos cambios, según la sala, “no podría[n] ser objetados por vicios de contenido a pesar de que sea[n] contrari[os] a la Constitución”. Esto vuelve al control judicial de las reformas constitucionales en El Salvador un control incompleto, incapaz de cumplir con el verdadero propósito de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Un control que se queda a medias.

<sup>79</sup>. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 137-138.

## Conclusión

En este artículo se pretendió dar cuenta de un tema global que ha sido adoptado por la jurisprudencia constitucional salvadoreña: el de las reformas constitucionales inconstitucionales. El punto problemático de la discusión fue la forma en que dicha teoría ha sido matizada por la Sala de lo Constitucional. En la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, la sala afirmó que tiene competencia para controlar la constitucionalidad únicamente de los acuerdos de reforma constitucional, no así de los decretos que ratifican dicha reforma. La razón dada por la sala es que, una vez siendo parte del texto constitucional, una reforma adquiere la misma jerarquía o fuerza normativa del resto de disposiciones constitucionales, por lo que sería contradictorio declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional.

Según se vio, la sala parte de un entendimiento erróneo del poder de reforma constitucional, al punto de confundirlo con el poder constituyente primario. Lo cierto es que sí es posible establecer jerarquías entre disposiciones constitucionales. Para lo anterior debe tomarse como base el nivel jerárquico de la autoridad emisora de dichas normas. Mientras que las disposiciones constitucionales originarias fueron expedidas por el constituyente primario, las reformas constitucionales lo son por un órgano constituido, la Asamblea Legislativa, cuyo poder de reforma constitucional es un poder limitado y, por tanto, inferior al poder constituyente primario. De ahí que, la Sala de lo Constitucional, al afirmar que una vez ratificada una reforma ya no puede ser controlada judicialmente, incurre en el yerro de equiparar el producto normativo del poder de reforma constitucional con el del poder constituyente primario, dotándole al primero de un carácter ilimitado y, por tanto, incontrolable *a posteriori*.

Esta especie de control *a priori* de las reformas constitucionales no es capaz de garantizar un auténtico control, pues permite la existencia de zonas exentas del mismo. Al darse esta práctica, la Sala de lo Constitucional contradice su autoconcedido carácter de tribunal constitucional y acepta, con preocupante pasividad, que a pesar de que el poder de reforma constitucional sobrepase sus límites materiales, dicha violación "no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución".

A la fecha en que se presenta este artículo, la Sala de lo Constitucional solo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el control judicial de reformas constitucionales.<sup>80</sup> Ambas por vicios de forma. Será interesante, llegado el momento en que una reforma patentemente violatoria de las cláusulas pétreas llegue al punto de ser ratificada por la Asamblea Legislativa, y la Sala de lo Constitucional tenga que contemplar en calma la destrucción de la Constitución o, en cambio, animarse a modificar su criterio y controlar tal reforma para asegurar que los límites del poder constituyente secundario sean contenidos. Mientras tanto, el control judicial de las reformas constitucionales en El Salvador es un control incompleto, inacabado, producto de un mal entendimiento de los alcances de las doctrinas de las normas constitucionales inconstitucionales y de las reformas constitucionales inconstitucionales. Un control a medias.

---

**80.** Además de la inconstitucionalidad 7-2012, la Sala de lo Constitucional ha emitido la sentencia de inconstitucionalidad 33-2015, de 24 de noviembre de 2017, en la que conoció, por vicios de forma, de un acuerdo de reforma constitucional que terminó declarando inconstitucional. Los argumentos en ella contenidos básicamente replican los de la sentencia 7-2012, por ello no fueron analizados en el presente trabajo.



## Bibliografía

Albert, R. (2019). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press.

Bachof, O. (2010). ¿Normas constitucionales inconstitucionales? *Palestra*.

Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 62.

Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, (2), 339-346.

Corte Constitucional de Colombia, (2003). Sentencia de 9 de julio de 2003 (inconstitucionalidad), C-551/2003, 9 de julio de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2021). Opinión Consultiva de 7 de junio de 2021 (la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), OC-28/21, 7 de junio de 2021.

El Salvador. Versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983, tomo VIII.

Garoupa, N. y Santos Botelho, C. (2021). Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration. *German Law Journal*, (22), 219.

Landau, D., Dixon, R. y Roznai, Y. (2019). From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, (8), 40-70. doi: <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>

Lima, J. y Celemin Caicedo, Y. (2019). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia*. Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo. Arraes Editores Ltda.

Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.

Sala de lo Constitucional de El Salvador, (2011). Resolución de 27 de abril de 2011 (improcedencia), inconstitucionalidad 16-2011. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/20102019/2011/04/8EA64.PDF>

Sala de lo Constitucional de El Salvador, (2013). Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (sentencia estimatoria), inconstitucionalidad 7-2012 <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/12/A3C4C.PDF>

Sala de lo Constitucional de El Salvador, (2017). Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (sentencia estimatoria), inconstitucionalidad 33-2015 <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/11/C8B89.PDF>

Sala de lo Constitucional de Honduras, (2015). Sentencia de 22 de abril de 2015 (sentencia estimatoria), RI 0243-2015, 22 de abril de 2015.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, (2017). Sentencia de 28 de noviembre de 2017 (sentencia estimatoria), 0084/2017

Viciano P., y Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 188-189.