



LA CONSULTA POPULAR: Su justificación desde el derecho de participación en los asuntos públicos

En este número

- I. La mutabilidad constitucional 1
- II. Un motivo para una reforma constitucional 2
- III. El contenido del derecho a la participación en los asuntos públicos 3
- IV. Constitucionalizar la consulta popular no altera la Cn. 4

I. La mutabilidad constitucional

El tema de reforma constitucional, para este país, no es un tema extraño. Desde la independencia del Reino de España en 1821, se han sucedido 13 constituciones, y dos grandes procesos de reforma constitucional (la de la Constitución de 1939 en el año 44, que desemboca en la promulgación de la Constitución de 1945, y el de la Constitución actual que se sucede como un componente sustantivo de los Acuerdos de Paz en 1992).

Esto ha supuesto para los constitucionalistas, los estudiosos de la Constitución y los celosos de su aplicación, el reconocimiento de lo escurridizo que puede ser la fijación de posiciones acerca de los beneficios y obstáculos de las instituciones constitucionales recogidas por estos instrumentos y para el ciudadano común, la pérdida de confianza en el contenido y permanencia de las constituciones con su secuela de desconocimiento de la fuerza normativa de éstas.

Por otra parte, debe aceptarse que estos “cambios” de constituciones, han sido motivados por circunstancias coyunturales y/o por la necesidad que han sentido las élites políticas de incorporar sus visiones sobre la forma de gobierno en el texto constitucional¹. Pasada la coyuntura o sustituida la “visión” hegemónica que motivó la reforma, se impone la “necesidad” de reformar o sustituir a la Constitución de turno. Y de nuevo, se inicia otro ciclo...

A estos supuestos o condiciones que han propiciado reformas constitucionales o emisión de nuevas constituciones, debe sumarse nuestra total o meridiana disposición (unas veces abierta, otras velada) a no cumplir el ordenamiento jurídico, y menos la Constitución. Desde el Estado, en sus funciones de mediación o de dominación, se han dado muestras de inobservancia de la ley, por lo que inobservado el sistema jurídico por las autoridades, también se ha estimulado el que seamos renuentes a respetar sus disposiciones.

Y este irrespeto a la ley, no sólo ha sido evidenciado en el caso de la autoridad política, también ha sido práctica de quienes están dotados del poder/deber

Directorio

- Dr. José Humberto Morales
- Dr. Julio Olivo Granadino
- Dr. José Rodolfo Castro
- Lic. Francisco Eliseo Ortíz Ruíz
- Lic. René Mauricio Mejía
- Lic. Marlon Anzora

¹ El Dr. Reynaldo Galindo Polh, en el discurso de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1950, entre otros, dice: "...La corriente (liberal) culminó en mil ochocientos ochenta y seis, años memorables en el cual una élite que acababa de ganar en guerra una batalla por el poder político, imprimió a las leyes su concepción liberal." (Recuérdese que esta Constituyente había sido convocada por un gobierno de facto, surgido de un golpe de estado).

de aplicarla. En nuestro país, hasta hace un par de decenios se le ha reconocido a la Constitución su carácter autoejecutable; aún hoy en día, un porcentaje significativo de aplicadores de la ley, de distinto nivel y competencia, no le reconocen a la Constitución su fuerza normativa (siempre están arguyendo la falta de una ley secundaria que regule “x” o “y” institución constitucional).

II. Un motivo para una reforma constitucional

Pero con lo expuesto, cabe preguntarse si necesitamos reformar la Constitución salvadoreña. Hace apenas diecisiete años se hizo una importante reforma constitucional. Ahora, a raíz de declaraciones de un alto funcionario de gobierno y de la implementación de un evento de consulta popular por un edil municipal (que de paso, su realización está regulada por ley), distintos grupos (todos ellos con alguna influencia en la formación de opinión pública) han reaccionado. Unos, al estilo apocalíptico; otros con alguna mesura. Unos negando, no la posibilidad de una reforma constitucional, sino incluso la de siquiera hablar de ello; otros, que se requiere de una reforma “radical”, una que esté a “la altura” del nuevo siglo y de los nuevos tiempos (!!??).

Nuestra opinión es que la Constitución si debe y puede ser reformada. Cuando menos para aceptar que el contenido de la dignidad (un valor sustantivo de la democracia) no está plenamente reconocida en ella: Aún desde la Constitución se han limitado derechos que, para el caso, años ha que han sido reconocidos en otras, e incluso, por instrumentos legales del derecho internacional de los cuales El Salvador es signatario.

A este propósito, nos centraremos en un solo asunto: el de una reforma constitucional justificada en la necesidad de contar con condiciones para el ejercicio de un derecho fundamental: el derecho de participación en los asuntos públicos, que se define como aquel que siendo expresión directa del poder soberano, supone la pretensión o exigencia de participación del pueblo en la gestión y resolución de los asuntos públicos, sea directamente o a través de representantes libremente elegidos.

Este derecho es reconocido ya en las primeras declaraciones de derechos humanos (Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 1776², y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789³). Ambos instrumentos reiteran que el derecho de participación pública se entiende como manifestación directa del poder soberano del pueblo y es identificable como aquel genérico derecho que engloba o encierra los derechos políticos. Si los derechos civiles se consideran derechos de exclusión, los derechos políticos – *contrario sensu*– son derechos de participación. Además, es un derecho cuyo titular o sujeto activo no son todas las personas, sino sólo aquellos nacionales de un determinado país o Estado y, cuyo contenido, supone a sus titulares sujetos activos en la formación de la voluntad estatal, que aplica tanto en materia de derechos políticos al igual que en otros ámbitos del ordenamiento, y donde su fundamento radica en la dignidad de la persona humana⁴.

El derecho de participación en los asuntos públicos también se contiene en los principales textos internacionales de derechos humanos: así en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵; el artículo XX de la Declaración Americana de Derechos del Hombre⁶; Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷; Artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”);

2 Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), Sección 6: “Que las elecciones de miembros para servir de representantes del pueblo, en asamblea, deben ser libres; y que todos los hombres que hayan probado suficientemente su interés permanente con la comunidad, y su adhesión a ella, tengan el derecho de sufragio...”.

3 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC, 1789), artículo 6: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación... Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

4 Por eso el Papa Juan XXIII, en su Encíclica *Pacem in Terris* afirma que de la misma dignidad de la persona humana proviene el derecho a tomar parte activa en la vida pública y contribuir a la consecución del bien común.

5 Artículo 21 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (ONU, 1948): “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (...) 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

6 Art. XX de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1949): “Toda persona, legalmente capacitada, tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”.

7 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966): “Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

así como en Convenciones que regulan los derechos políticos de la mujer⁸.

Y en la legislación salvadoreña, si bien este derecho no se recoge en toda su extensión, si se prescribe en los artículos 72 Cn. y 73 Cn., *in fine*; disposiciones que deben observarse en relación directa con los artículos 83, 85 y 86 de la Constitución, puesto que en ellos se define la residencia de la soberanía, la naturaleza del gobierno y del sistema político salvadoreño y sobre la representación política⁹.

III. El contenido del derecho a la participación en los asuntos públicos

En un intento de sistematización del derecho a la participación en los asuntos públicos, se observa que éste comprende los siguientes derechos: el derecho de participación política, el cual se integra a su vez por el derecho a la asociación política del cual derivan dos derechos: el derecho a formar partidos políticos y el derecho a afiliarse libremente a los partidos políticos; el derecho a la libertad de reunión política; el derecho a la libertad de manifestación; el derecho de sufragio, que comprende el derecho de sufragio activo y el derecho de sufragio pasivo; el derecho de petición; y el derecho a acceder a los cargos públicos.

Asimismo, incluye al derecho a la participación en la actividad legislativa que, a su vez, comprende los siguientes derechos: el derecho al referéndum y el derecho a la iniciativa legislativa popular (ambos excluidos de la legislación salvadoreña); el derecho a la participación en la administración de justicia que supone básicamente dos derechos: el derecho a intervenir en los procesos formando parte del jurado y el derecho a ejercitar la acción popular, amparándose en el proceso como acusación particular (ambos restringidos en la legislación salvadoreña); y por último, están los derechos a la participación en la seguridad social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

Como se podrá deducir de su contenido, en nuestro país el derecho a la participación en los asuntos públicos aún no puede ser ejercido plenamente.

Y no por limitaciones exclusivamente constitucionales, sino especialmente por limitaciones legales o por límites establecido de manera artificial por la interpretación incompleta o interesada de la ley y de la Constitución.

Aún y cuando el máximo tribunal de justicia (la CSJ) ha emitido opiniones que pueden guiar la ampliación material de este derecho. Para el caso y a propósito del examen de una demanda de inconstitucionalidad, la Sala de lo Constitucional, al referirse al derecho de sufragio, que concreta a nivel individual el precepto de participación en los procesos de decisión de los poderes públicos, en correspondencia con el principio de soberanía popular, y que es apenas uno de los derechos integrantes del derecho de participación pública, dijo lo siguiente:

“(…) puede entenderse como el derecho de todo ciudadano de participar en la estructuración y actividad del poder concurriendo a la formación de la voluntad colectiva, ya sea para elegir a los titulares de los cargos electivos, o bien para tomar decisiones sobre temas fundamen-

8 *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (OEA, 1969): “Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes libremente elegidos; b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (ONU, 1953): “Art. I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna. Art. II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna (...)”.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979): “Artículo 7. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas (...)”.

9 *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer* (OEA, 1948): “Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo”.

“Art. 72.- Los derechos políticos del ciudadano son: 1º- Ejercer el sufragio; 2º- Asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos; 3º Optar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias” y “Art. 73.- (...) El ejercicio del sufragio comprende, además, el derecho de votar en la consulta popular directa, contemplada en esta Constitución”.

“Artículo 83.- El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”.

“Artículo 85.- El Gobierno es republicano, democrático y representativo. El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno. Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa”.

“Artículo 86.- El poder público emana del pueblo (...) Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”.

tales que se les consulta. En ese sentido, el contenido del sufragio no se agota con la designación de los representantes, sino que comprende los procesos de participación gubernamental, es decir aquellos que consagran la intervención del cuerpo electoral en la formulación de las decisiones políticas, jurídicas y administrativas del poder en el Estado”

Y continuó diciendo: “En perspectiva con lo anterior, puede afirmarse que el sufragio tiene dos funciones básicas dentro de las democracias contemporáneas: en primer lugar, en cuanto expresión del poder electoral, tiene por función la selección y nominación de quienes habrán de ejercer el poder en el Estado; pero, además de dicha función electoral, el sufragio tiene una función de participación gubernativa vinculada a las formas semidirectas de democracia –plebiscito, referéndum y consulta popular, *inter alia*– y que responde a las nuevas realidades y exigencias que la comunidad jurídicamente organizada plantea, en las que el ciudadano quiere algo más que ser bien gobernado, quiere tomar parte directamente en el gobierno.

De ahí que paulatinamente se han ido ampliando las intervenciones del sufragio en las diversas esferas de la actividad estatal. Ya no se trata sólo de una técnica o procedimiento para la elección de los representantes, sino de una participación directa en el proceso de elaboración de las políticas nacionales”.

¿Pero existen límites a que se despliegue la función del derecho de sufragio, al que nuestra CSJ denomina función gubernativa? Al parecer, una lectura básica de lo que nuestra Corte entiende bastante bien como formas semi directas de democracia (plebiscito, referéndum, consulta popular, a las que debemos sumar la iniciativa legislativa y la revocación popular), nos permite descubrir que en nuestra Constitución estas formas no tienen reconocimiento. O mejor dicho, de todas ellas sólo una si la tiene, aunque de forma extraordinariamente restrictiva: la consulta popular (sólo para efectos someter a nuestra consideración el proyecto y las bases de la unión centroamericana, Art. 89 Cn.).

IV. Constitucionalizar la consulta popular no altera la Cn.

Pero la necesidad y, agregaríamos la razón, algunas veces se les cuela a los insensatos tomadores de decisiones: Así, cuando se decreta el Código Municipal (1986), se legitima la consulta popular, a la que por su naturaleza se le denomina Cabildo Abierto; y cuando, 12 años después, es emitida la Ley de Medio Ambiente (1998), también se reconoce la consulta popular¹⁰. En ambos casos la justificación y los propósitos de tales manifestaciones de la participación política son diferentes, pero en lo esencial, responden a un mismo principio: el de intervención ciudadana en la actividad administrativa y/o toma de decisiones de los representantes en el Estado.

Ambas formas de consulta popular tienen el carácter de ser municipales, locales o territorialmente muy localizadas. Pero, qué hay de la posibilidad de consultas populares a nivel nacional, al tratarse de asuntos de especial trascendencia o de escrutinio de la voluntad popular respecto de políticas públicas o de decisiones que de suyo impactan la vida de las personas (emisión de leyes, nacionalización de empresas públicas, suscripción de acuerdos económicos o políticos de largo alcance, proyectos de infraestructura de gran envergadura, etc.); o de evaluación del desempeño gubernativo al término, por ejemplo, de la primera mitad del período para el que ha sido elegido o designado un funcionario público.

En ninguno de estos casos en que se entendería procedente y necesaria la consulta popular, se estaría infringiendo la disposición constitucional prescrita en el inciso final del Art. 248 Cn. Con una reforma constitucional que amplíe los ámbitos y las materias en que procede la consulta popular en el sentido antes expuesto, no se alteraría de ninguna manera ni la forma ni el sistema de gobierno (éste seguiría siendo incluso más liberal, en el sentido histórico del término¹¹ y tan democrático como el que más en el mundo actual), y más bien, según el caso, hasta se constituiría en medio adicional para el fortalecimiento de la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república y, de paso, se cualificaría la democracia representativa.

10 El Código Municipal, dado que asigna al municipio la función de garantizar la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local (Art. 2), lo faculta para la “promoción de la participación ciudadana, en la solución de los problemas locales y en el fortalecimiento de la conciencia cívica y democrática de la población” (Art. 4), por ello manda a que el Cabildo Abierto, debe realizarse cada tres meses, para tratar asuntos que los vecinos soliciten o los que el Concejo Municipal considere conveniente. Por el carácter vinculante de la decisión adoptada, la Consulta Popular se realiza cuando el Concejo Municipal considera conveniente conocer la voluntad ciudadana respecto de un determinado proyecto o política. Acá el Concejo no puede actuar en contra de lo expresado por la mayoría (Art. 116). La Ley del Medio Ambiente reconoce como derechos de la población, participar en las consultas previas a la definición y aprobación de la política ambiental, o cuando dentro de sus municipios se vayan a otorgar concesiones para la explotación de recursos naturales, o cuando se trate de actividades, obras y proyectos que puedan afectarle o requieran Permiso Ambiental (Art. 9).

11 Un gobierno de la mayoría con respeto a las minorías; fundado en el principio de soberanía popular; garantizador del ejercicio de los derechos y las libertades públicas; ideológica y políticamente pluralista; con el poder distribuido en distintos órganos; y, en el continúe vigente el Estado de derecho: