

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TESIS DOCTORAL

**FACTORES REALES QUE CONDICIONAN
UNA REFORMA CONSTITUCIONAL**

MSc. MARÍA DE LOS ÁNGELES ARAUJO BOHR

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**FACTORES REALES QUE CONDICIONAN UNA REFORMA
CONSTITUCIONAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. MARÍA DE LOS ÁNGELES ARAUJO BOHR

Previo a optar al Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, Septiembre de 2017

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL:	Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL:	MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL:	Dr. Adolfo González Rodas
SECRETARIO:	Dr. Aníbal González Dubón

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 25 de abril de 2017

Doctor
Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

SECRETARÍA

02 MAYO 2017

RECIBIDO

Hora: 18 Minutos 15
OFICIAL

Señor Director:

De manera atenta me dirijo a usted, con el objeto de referirme a la tesis titulada "Factores objetivos para la reforma constitucional", elaborada por la M. A. María de los Angeles Araujo Bohr, estudiante del programa de Doctorado en Derecho Constitucional.

Al respecto, me permito informar que en mi calidad de tutor de la tesis de mérito, conforme al nombramiento oportunamente expedido, desde el inicio del trabajo mantuvimos continuas conversaciones con la investigadora, quien ha mostrado total disponibilidad para el análisis apropiado y la discusión seria de un tema de tanta importancia y actualidad como el abordado. A partir de tales conversaciones y de la lectura periódica de los avances remitidos, la investigadora incorporó distintas modificaciones, ampliando en diversos puntos el trabajo elaborado, lo que dio como resultado una versión que recoge de forma estructurada, argumentada y propositiva, el estado de la cuestión en torno al estudio y discusión sobre la reforma constitucional, acertadamente complementado, desde una perspectiva local acorde con la compleja situación nacional, con los puntos de vista y valiosos aportes de la autora de la tesis.

La investigación analiza cuidadosamente, con cita de los más destacados autores y estudiosos sobre la materia, el significado y contenido de la Constitución, como norma jurídica nacida con vocación de permanencia, en contraposición a las exigencias de cambio político y normativo que derivan de la propia dinámica social. Para ello, como lo exigiría un trabajo profundo sobre esta temática, se hace relación crítica del concepto, naturaleza y límites del poder constituyente, incorporando a su vez un interesante e ilustrativo estudio de legislación extranjera referida al ámbito de la reforma constitucional. En todo caso, el aporte sustancial del trabajo se ve reflejado en la identificación de los factores objetivos que orientan la reforma

.../2...



constitucional en la sociedad guatemalteca contemporánea, denotando no solo un estudio analítico de la compleja situación por la que atraviesa el sistema político, legal y social de Guatemala, sino, más aun, la visión jurídica, precisa y escrupulosa, de la investigadora, siendo evidente su preparación y la meticulosidad con que expone las ideas y formula sus conclusiones.

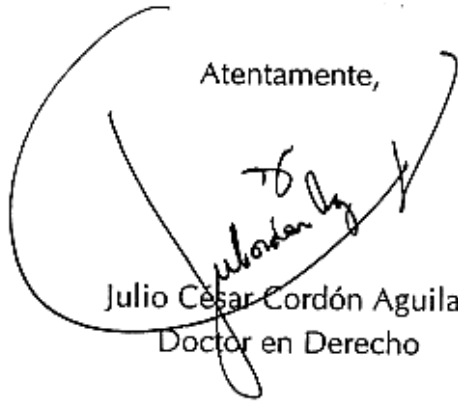
En definitiva, la tesis conforma un valioso estudio de un asunto de extrema actualidad y relevancia, aportando elementos de trascendental importancia para su mejor comprensión y abordaje.

Cabe agregar que el trabajo incluye un listado pertinente de autores, algunos de imprescindible cita en el estudio del tema escogido, y otros que, aunque menos conocidos, ponen en evidencia la disciplina y el rigor metodológico de la investigadora.

Por todo lo anterior, me es grato emitir dictamen favorable del trabajo de tesis de la M. A. María de los Angeles Araujo Bohr, a efecto de que se someta al correspondiente examen de defensa, previo a la obtención del grado académico pretendido.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de usted, haciendo manifiesta mi alta consideración y estima.

Atentamente,



Julio César Córdón Aguilar
Doctor en Derecho

Guatemala, 11 de agosto de 2017.

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

FACTORES REALES QUE CONDICIONAN UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Esta tesis fue presentada por la *MSc.* María de los Ángeles Araujo Bohr del Doctorado en Derecho Constitucional de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, veinticuatro de agosto del dos mil diecisiete.-----

En vista de que la MSc. María De Los Angeles Araujo Bohr aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 21-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“FACTORES REALES QUE CONDICIONAN UNA REFORMA CONSTITUCIONAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso

A Mi Esposo: William René Méndez

A Mis Hijos: William René y Diana María Méndez Araujo

A la memoria de mi padre: Juan José Araujo Ruíz

A mi madre: Emelina Bohr de Araujo

A mi país: Guatemala

Con todo Amor



Índice

Introducción	i
--------------------	---

Capítulo I

Constitución y cambio social

1. Antecedentes	1
2. El Derecho como factor de conservación	2
3. El Derecho como factor de cambio social	4
4. El contenido de la Constitución	10
5. Constitución y cambio social	22

Capítulo II

Modalidades del poder constituyente

1. Aproximación a su concepto	25
2. Teorías del poder constituyente	28
2.1. Teoría <i>racional-ideal</i> de Emmanuel Sieyès	31
2.2. Teoría <i>fundacional-revolucionaria</i> de Maurice Hauriou	32
2.3. Teoría <i>normativista</i> de Hans Kelsen	34
2.4. Teoría <i>existencia-decisionista</i> de Carl Schmitt	35
2.5. Teoría <i>materialista</i> de Marx, Lenin y Lasalle	37
3. Poder constituyente: concepto	39
4. Características y naturaleza del poder constituyente	44
5. Tipos de poder constituyente	46
5.1. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado	47
5.2. Poder constituyente revolucionario y poder constituyente conservador	53
6. El poder constituyente en la Constitución Política de la República de Guatemala	55



Capítulo III

Reforma constitucional

1.	Aproximación a la reforma constitucional	59
2.	Concepto	63
3.	Justificación y funciones de una reforma constitucional	72
4.	Legitimidad de la reforma constitucional.....	78
5.	La reforma constitucional en los Estados unitarios y en los Estados federados.....	80
6.	La reforma constitucional en el Derecho comparado iberoamericano	84
6.1.	Argentina	85
6.2.	Brasil	87
6.3.	México	89
6.4.	Venezuela	92
6.5.	Ecuador	96
6.6.	Bolivia.....	100
6.7.	España	103
7.	Entes que pueden reformar	106
8.	Límites de la reforma	111
9.	Rigidez y flexibilidad constitucional.....	116

Capítulo IV

Reforma constitucional en Guatemala

1.	La Constitución Política de la República de Guatemala y su reforma.....	121
2.	Factores reales que condicionan la reforma de la Constitución en la sociedad guatemalteca contemporánea	123
2.1.	Ausencia de fortaleza institucional	125
2.2.	Ineficacia de los mecanismos de control del poder	129
2.3.	Opacidad	132
2.4.	Sistema de justicia débil	135



2.5. Ineficacia de los derechos de los pueblos indígenas.....	137
3. La reforma de 1993.....	142
3.1. Contexto	142
3.2. La exigencia de depuración.....	148
3.3. El contenido de la reforma.....	151
4. La iniciativa de reforma de 1999	155
4.1. Contexto	156
4.2. Contenido de la reforma	165
4.3. Resultados de la Consulta Popular	170
5. Las propuesta de reforma en materia de justicia de 2016	174
5.1. Contexto	175
5.2. Contenido de la propuesta	182
5.3. Análisis sobre la viabilidad y conveniencia de la reforma.....	189
6. Factores reales que condicionan la propuesta de reforma constitucional de 2016.....	193
6.1. Los límites del sistema republicano.....	194
6.2. Previsión de resultado en un procedimiento consultivo.....	199
6.3. Justicia y potestades jurisdiccionales	200
7. Análisis final de las reformas constitucionales expuestas.....	203
Conclusiones	207
Bibliografía	208



Introducción

La discusión sobre la potestad y necesidad de reformar una Constitución surge de manera concurrente con la creación de los Estados de derecho modernos y con la primera Constitución producto de los siglos de maduración de las ideas de la Ilustración: la Constitución de los Estados Unidos de América. A esta Constitución se le vendrían a sumar las Constituciones de la *Francia revolucionaria* de 1791 (monarquía constitucional), 1793 (régimen republicano) y 1795 (directorio, liberal).

Ya en 1776, en la *Declaración de Derechos de Virginia*, se puede leer, en su numeral III: *cuando el Gobierno resulte inadecuado... la mayoría de la comunidad tiene el derecho indubitable, inalienable e indefectible de reformarlo, cambiarlo o abolirlo del modo que juzgue más apropiado para el bien público*. En esos mismos días, Thomas Jefferson sentencia, en el borrador de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*: *ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua o incluso una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación en vida*.

Del otro lado del Atlántico, los revolucionarios franceses tendrían su propia discusión sobre la potestad de reformar la Constitución. Así, en su segunda Constitución (1793) establecen en su artículo 28 que *un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras*.

Este legítimo derecho de toda sociedad, de toda generación, a darse su propia Constitución o de reformar una heredada, se enfrenta con otro principio que los



Padres fundadores entendieron a la perfección: lo que hace a una Constitución una norma extraordinaria es el poder del que emerge (el poder constituyente), poder que solamente puede y debe ser consultado de manera extraordinaria, pues su ejercicio rutinario haría de la Constitución una norma ordinaria en lo que refiere a su reforma, y se estarían afectando los principios de supremacía constitucional y el de estabilidad (rigidez en su reforma).

En la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* encontramos ya inmersa esta advertencia, la de no recurrir ni ordinaria ni arbitrariamente a los cambios de Gobierno y, en consecuencia, a los cambios constitucionales: *cuando quiera que una forma de Gobierno se torna destructiva... el pueblo tiene derecho a alterarla o abolirla, así como a instituir un nuevo Gobierno, a establecer sus fundamentos en dichos principios y a organizar sus poderes del modo que aparentemente tenga una mayor posibilidad de realizar su seguridad y felicidad.*

Esto lo refuerza Garrorena Morales, al indicar: *si la Constitución pudiera reformarse con las mismas exigencias y por el mismo procedimiento con el que se aprueba una ley ordinaria, el contenido de aquella —que es obra del poder constituyente— habría quedado a merced del legislador —que es tan solo un poder constituido— y, en consecuencia, la Constitución habría dejado de existir como tal.*

La Constitución, para ser tal, necesita de un mínimo de rigidez que le garantice viabilidad al proyecto político-jurídico. Sin embargo, como ya lo advertían Jefferson y los *Asambleístas revolucionarios*, la Constitución no puede ser *una Constitución*



de muertos. La dinámica social, en toda su complejidad: política, económica, cultural, religiosa, etc., continuamente presenta nuevos retos al contenido de la norma constitucional, retos que en muchos casos estuvieron fuera de la previsión del legislador constituyente. Ya sea que se considere que el Derecho, en este caso la Constitución, se deba limitar a reflejar los cambios acaecidos en las diferentes estructuras sociales (teorías neutral y abstencionista), o que se considere que el Derecho debe ser un motor o impulsor de los cambios sociales y emancipador de los individuos (teorías de la legislación), lo cierto es que existe una relación innegable entre Derecho y cambio social.

Martínez Roldán y Fernández Suárez, indican que, normalmente, *el Derecho ha tenido y tiene un carácter más conservador que reformador*. Esta afirmación no implica que el Derecho no pueda adaptarse, simplemente que, por su propia naturaleza de estabilidad y certeza jurídica, los cambios (particularmente en el ámbito constitucional), le resultan excepcionales y su procedimiento de reforma conlleva diferentes procedimientos formales y materiales.

El ordenamiento jurídico constitucional posee pocas formas de actualizarse o adaptarse, y las mismas, como ya se indicó, son extraordinarias. Una de ellas es la interpretación jurisprudencial, otra (dentro de la misma línea de las sentencias) lo es la denominada *mutación constitucional*, y la más extrema (sin implicar un cambio constitucional completo o definitivo), lo es la reforma constitucional.

Lo trascendente de esta relación Derecho —cambio social, deviene en responder si el Derecho, para el presente caso, la Constitución, posee los medios



necesarios para responder a las demandas sociales que históricamente se van acumulando en todo conglomerado social. En síntesis, si la reforma constitucional es un medio idóneo capaz de afrontar y reflejar, con mediano éxito, los cambios y las demandas que la sociedad va planteando a su sistema político-jurídico. En palabras de Bodenheimer, se necesita establecer si la reforma constitucional es un medio o instrumento que dota al Derecho y la Constitución de la suficiente *flexibilidad y adaptabilidad* para permitir que este cuerpo normativo prevalezca y posea continuidad institucional sin quebrarse o saltar hecho pedazos.

Una reforma constitucional implica, idealmente, realizar cambios a una Constitución para mejorarla o innovarla. Pero el proceso de reforma constitucional conlleva una serie de factores o variables que pueden condicionar su eficacia. Dentro de dichos factores o variables se encuentran los límites de la reforma, su legitimidad, el titular de la misma, las técnicas para realizarla, etc.

Lo que se busca establecer es: *qué es lo que permite que un proceso de reforma pueda atender las necesidades de actualización del desarrollo histórico y social de un conglomerado político* y que la misma evite llegar a un proceso que podría resultar traumático y hasta impredecible como la formulación de una nueva Constitución. Con base en lo expuesto, el problema de la investigación se formuló de la siguiente manera: *¿qué factores de la realidad social determinan la necesidad y conveniencia de reformar la Constitución Política de la República de Guatemala y qué contenidos del texto deben ser su objeto, según las demandas e insatisfacciones expresadas por esa misma sociedad?*



Teniendo en cuenta los dos procesos de reforma a que se ha sometido a la actual Constitución Política de la República de Guatemala en 1993 y 1999 (uno ratificado y el otro no), y el que actualmente se discute en el Congreso de la República, se formuló la siguiente hipótesis: *los factores reales que condicionan la conveniencia y contenido de una reforma constitucional son: a) el fortalecimiento de las instituciones del régimen político administrativo del Estado (periodo del ejercicio del poder en los diferentes Organismos del Estado y los mecanismos de control del poder); b) la transparencia en la gestión del poder (acceso eficaz a la información de las instituciones, lucha contra la corrupción y la opacidad, etc.), y c) el fortalecimiento del sistema de justicia y de los derechos de los pueblos indígenas (mayor independencia de la función jurisdiccional y el respeto al pluralismo jurídico). El proceso de reforma constitucional debe principiar por inventariar estas demandas para satisfacerlas y que las normas obtenidas con la reforma sean eficaces para los fines que se proponen.*

El objetivo general de la investigación fue establecer cuáles son los principales factores reales que condicionan una reforma constitucional. Los objetivos particulares fueron: a) establecer los factores objetivos que determinan la reforma constitucional en el Estado de Guatemala; b) determinar en qué consiste una reforma constitucional; c) puntualizar cuáles son los límites de la reforma constitucional, y d) enumerar los tipos de reforma constitucional.

La investigación tuvo como ámbito temporal los años de 1993-1994, 1999 y 2015-2016, por ser los dos primeros los años en que se convocó a consulta popular para ratificar las reformas constitucionales realizadas por el Congreso de la



República, y los años 2015 y 2016 por ser en el primero en que se producen los reclamos sociales en las plazas públicas del país, y el segundo como suma de las demandas sociales y políticas que se han acumulado desde el retorno a la senda democrática (1985). El ámbito geográfico fue la ciudad de Guatemala, por estar en ella la sede de los poderes del Estado.

La metodología empleada conllevó el uso del *método inductivo*, por medio del que se conocieron las diferentes causas que generaron la reforma constitucional, la legitimidad y titulares de dicho proceso, así como los límites a la reforma. También se acudió al *método inductivo* para formular e inferir consecuencias particulares respecto de la eficacia de la reforma constitucional. El *método comparativo* permitió entender los procesos de reforma constitucional de otros Estados y ordenamientos jurídicos y compararlos con el del Estado de Guatemala.

Adicionalmente, se acudió al *método histórico-comparativo*, con el cual se determinaron los factores que dominaron los dos procesos de reforma constitucional que ha afrontado la actual Constitución Política de la República (1993 y 1999), y al actual proceso de reforma (2016), lo que permitió formular teorías sobre dichos cambios. De manera accesoria se hizo uso del *método de estudio de casos*, y se complementó con el *método inductivo*, los que permitieron explicar y describir las rutas para la eficacia de los procesos de reforma constitucional. Como parte de la metodología se acudió a las técnicas del *ficheo bibliográfico*, con el que se conformaron las fuentes bibliográficas y documentales utilizadas para redactar el marco teórico.



La investigación comprende cuatro capítulos: I) *Constitución y cambio social*, que evidencia el tipo de relación que guarda el contenido de la Constitución con respecto al cambio social, esencialmente la necesidad de actualización de la misma; II) *Modalidades de poder constituyente*, en el que se establecen los tipos de poder constituyente, su respectivos conceptos, teorías y características; III) *Reforma constitucional*, que define los alcances de una reforma constitucional, su legitimidad, entes que están facultados para realizarla y un estudio comparado, y IV) *Reforma constitucional en el Estado de Guatemala*, que es el capítulo de mayor contenido y que mediante el estudio de las principales iniciativas de reforma constitucional, respaldado por diversos informes institucionales, establece los factores que orientan la reforma constitucional en el Estado de Guatemala.

La investigación finaliza con la emisión de una conclusión general por medio de la cual se tamizan las afirmaciones contenidas en la hipótesis inicialmente formulada y da respuesta al problema planteado, teniendo por satisfechos los objetivos trazados para la investigación. Con la bibliografía se detallan las fuentes a las que se recurrió para formular el aparato crítico de la investigación.



Capítulo I

Constitución y cambio social

1. Antecedentes

La relación que existe entre Derecho y cambio social puede acontecer en dos vías, ya sea que existan cambios jurídicos como producto de cambios sociales (las Constituciones que son consecuencia de movimientos revolucionarios, son un excelente ejemplo de este tipo de casos), y cambios sociales como producto de cambios en el Derecho (como ejemplo se pueden citar las denominadas *medidas de acción afirmativas*¹ también conocidas como *medidas especiales*). Ambas esferas (cambios sociales – Derecho) se encuentran en continua relación, unas veces pacífica, las otras violenta. A guisa de ejemplo sirve recordar la *Enmienda XVIII* a la Constitución de los Estados Unidos de América, referida a la que se dio por denominar *Ley Seca*, que trató de prohibir la fabricación, venta o transporte de bebidas embriagantes para fines de consumo. En este caso, la normativa no pudo modificar el comportamiento social y, finalmente, la misma fue derogada mediante la *Enmienda XXII*.

¹ “La noción de medidas afirmativas se refiere al conjunto de acciones legislativas y administrativas de carácter temporal, coherentes con el propósito de remediar situaciones de desventaja o exclusión de un grupo humano, discriminado en algún aspecto de la vida social. Dada su temporalidad y su fin de alcanzar la igualdad efectiva de cierto grupo poblacional, su adopción se sujeta a criterios de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad”. Murillo Martínez, Pastor Elías, *Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: para reparar las injusticias históricas y la discriminación*, Revista del Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, No. 41. Colombia, ILSA, 2009, pág. 107.

² Levinson, Sanford, *Nuestra Constitución antidemocrática*, Madrid, España, Marcial Pons, 2012, págs. 236 y 238.



Es este tipo de relación que guardan los ordenamientos jurídicos (particularmente las Constituciones) con la realidad social, la que se abordan en este capítulo. El Derecho, como se sustenta más adelante, es por naturaleza conservador, al igual que las Constituciones son formuladas con ánimo de permanencia en el tiempo, buscan moldear a la sociedad con base en el proyecto que de la misma han plasmado los constituyentes. Esta relación también tiende a ser dinámica, aunque no expedita, cuando los cambios sociales exigen y alcanzan a formular una nueva visión o modelo de sociedad, las Constituciones revolucionarias son, por antonomasia, ejemplo de ello. Es por ello que resulta necesario atender lo que en esta investigación se catalogan como *factores reales que condicionan la reforma de la Constitución* (Capítulo IV), para poder oxigenar el pacto social y evitar llegar a una encrucijada en la cual la alternativa sea permanecer sometidos a una norma que ya no responde a las necesidades sociales contemporáneas o bien, el rompimiento constitucional. La primera alternativa no podrá sostenerse *ad eternum* y siempre conducirán a la segunda vía: el rompimiento constitucional, que comúnmente resulta traumático y sus resultados no son del todo previsible.

2. El Derecho como factor de conservación

Conforme a la concepción *funcional* del Derecho, que empezó en el siglo XIX con el paso del modelo de Estado liberal al Estado social de derecho, el Derecho desempeña funciones especiales al intervenir y beneficiar a ciertos sectores de la sociedad que se ven en desventaja. El Derecho, desde esta perspectiva, desarrolla funciones de control y organización social: “El Derecho es un instrumento clave para la organización social, que es un elemento de control social altamente desarrollado,



que permite solventar y resolver múltiples conflictos sociales y que en una u otra medida es un medio para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad”³. El Derecho tiende a responder a las relaciones sociales y económicas imperantes en determinados momentos históricos. Guarda así su faceta dinámica para momentos excepcionales en que la adaptación sea necesaria, paulatina o más inmediata, en ese ínterin el Derecho debe dar respuesta a los conflictos existentes, esto si pretende mantenerse.

Las corrientes *conflictualistas*, encabezadas particularmente por posiciones marxistas, entiende que en las relaciones sociales la lucha, el enfrentamiento, el desorden, el conflicto y las tensiones entre individuos, grupos o clases, es evidencia de una sociedad en constante conflicto (particularmente por el aspecto económico) y que el papel del Derecho es dar respuesta a estos conflictos sin cambiar el *statu quo* o la situación de fondo que los origina: “El Derecho tiene su origen en el conflicto y surge no con la intención de solucionarlo, sino más bien de encubrirlo y legitimarlo”⁴.

Los representantes de ambas posturas, la *funcional* y la *conflictualista*, evidencian que de una u otra manera el Derecho tiene un carácter más conservador que reformador. Esto lo afirma Savigny al indicar que el Derecho casi siempre ha *seguido y no guiado* los cambios sociales. Agregan que lo ha hecho con *lentitud y forzado* por las demandas sociales que llegan a alcanzar altos matices de

³ Martínez Roldán, Luis y Jesús A. Fernández Suárez, *Curso de teoría del Derecho*, Barcelona, España, Ariel, 2014, pág. 7.

⁴ *Ibíd.*, pág. 8.



emergencia, que de no ser atendidas podrían degenerar en inestabilidad social, política y jurídica⁵.

Según Martínez y Fernández, “el Derecho no es únicamente un factor de conservación y mantenimiento, sino que también es o puede ser utilizado como factor importante de cambio de las estructuras sociales en general, al fomentar y proteger la tolerancia y el pluralismo que son base de la evolución humana”⁶. El Derecho desempeña esta función, la de dotar de estabilidad al conglomerado social, lo que conocemos como seguridad jurídica. Sin embargo, no implica que se cierre a las adecuaciones necesarias que ameriten las situaciones sociales imperantes. Dichos cambios o adaptaciones, indican, los pueden introducir a través de los tres poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), siendo en el Poder Legislativo en el que comúnmente descansa la facultad de realizar cambios normativos no solo ordinarios sino, según fuera el caso de cada ordenamiento jurídico, cambios en el ámbito constitucional sin necesidad de invocar al poder constituyente⁷.

3. El Derecho como factor de cambio social

El tema de la relación que guardan el Derecho y el cambio social recibió, en las doctrinas jurídicas y sociológicas del siglo XX, dos respuestas contrapuestas. La primera desde la perspectiva de la *Escuela histórica alemana*, y de la mano de Savigny, que entendían que *el Derecho debía seguir, pero no guiar, a la sociedad*⁸,

⁵ *Ibíd.*, pág. 11.

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*, pág. 12.

⁸ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*. Madrid, España, Ariel, 2012, pág. 176.



la segunda basada en las ideas de Jeremy Bentham y del *utilitarismo inglés*, cuyas bases se remontan al siglo XIX, que apuestan por una *reforma social a través del Derecho*⁹. Pero hoy, conforme lo afirma Atienza, esta relación se sostiene y plantea en otros términos: “Se acepta que el Derecho puede contribuir a cambiar la sociedad, pero se sabe también que la posibilidad de introducir cambios en esta forma tiene sus límites”¹⁰.

Conforme Peces-Barba, Fernández y Asís: “En el primer tipo de opiniones encontramos desde las tesis de la Escuela Histórica del Derecho (especialmente Savigny), que considera al Derecho como una manifestación del ‘espíritu del pueblo’ (*Volksgeist*), expresión con la cual se resumen todas las peculiaridades e individualidades culturales y sociales de un pueblo, cuyos rasgos de identidad se encuentran tanto en su propio Derecho como en su lengua, cultura, costumbres, Constitución política, organización económica...”¹¹.

Atienza también indica que las sociedades occidentales se encuentran en continuo cambio, es por ello que se evidencian esfuerzos por institucionalizar el cambio, institucionalización que ha implicado, una *juridificación del cambio*. El autor señala: “Las relaciones entre el Derecho y el cambio social pueden examinarse desde dos perspectivas: los cambios jurídicos producidos por los cambios sociales, y los cambios sociales provocados por cambios en el Derecho. Además, ambos

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*, págs. 176 y 177.

¹¹ Peces-Barba, Gregorio, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda edición, España, Marcial Pons, 2000, pág. 45.



fenómenos pueden contemplarse a nivel macroscópico o microscópico”¹².

Siempre que el Derecho ha operado como cambio social desde la legislación de Solón en la Atenas clásica, a las declaraciones de derechos de las revoluciones norteamericana y francesa, inspiradas en el en Derecho natural racionalista —para usar los ejemplos que brinda Atienza—; el proyecto plasmado en las normas (que no surge *ex nihilo*) busca sentar nuevas bases o modificar/adaptar las existentes. Claro ejemplo será el cambio de un régimen totalitario a uno democrático, o la implementación del principio de igualdad en sociedades de claro antecedente patriarcal, para citar dos ejemplos.

El caso opuesto, cuando el Derecho ha sido un actor pasivo o receptor de los cambios sociales, ha ocupado y generado una postura específica en los clásicos de la sociología del Derecho. Así, Saint-Simon, Comte, Marx, Spencer, Maine, Durkheim, Max Weber, sustentaron sus propias teorías sobre la evolución social del Derecho. Dichas teorías presentaron variantes, unas más radicales que otras. Ejemplo de esta afirmación lo es la teoría marxiana (que considera al Derecho como un instrumento supraestructural que legitima a un modo de producción específico), frente a la proposición weberiana que entiende que el Derecho es una respuesta racional a las necesidades y pretensiones de la sociedad.

“Para Marx, por ejemplo, cada modo de producción genera un tipo diferente de Estado y de Derecho; el Derecho moderno de la sociedad capitalista tiene como base la libertad e igualdad de los sujetos, pero en un sentido formal y abstracto, de manera

¹² Atienza, *Ob. Cit.*, pág. 177.



que se trata, en realidad, de un Derecho que refleja y, en cierto modo, genera desigualdad y opresión. Para Max Weber, por el contrario, el desarrollo del Derecho se explica a partir del ideal de racionalización, que alcanza su punto culminante en las modernas sociedades occidentales; el Derecho moderno se caracteriza concretamente por ser expresión de una racionalidad de tipo formal que él valora en términos esencialmente positivos¹³.

En el siglo XX, en la década de los 70, Wolfgang Friedmann escribe *El Derecho en una sociedad en transformación*, en dicho texto asevera que los cambios sociales habían incidido en el Derecho, tomando como referencia el derecho a la propiedad, asevera que este se ha ido ampliando, al igual que el concepto de responsabilidad y el Derecho de familia¹⁴. Esta suerte de optimismo al analizar la relación de los fenómenos sociales y el Derecho, también la comparte Rehbinder al estudiar dichos vínculos en los que él denomina Estados industrializados (particularmente en Alemania). Rehbinder indica que estos sistemas jurídicos evidencian una fuerte tendencia hacia la unificación interestatal, la eficacia de la socialización del Derecho (el Estado asistencial), la ampliación normativa como consecuencia de una mayor intervención del Estado en los aspectos sociales, la tendencia a la especialización del Derecho y a su científicación¹⁵.

En las antípodas de este optimismo manifestado por Friedmann y Rehbinder

¹³ *Ibíd.*, pág. 179.

¹⁴ Friedmann, Wolfgang, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹⁵ Rehbinder, Manfred, *Sociología del Derecho*, Traducción de Gregorio Robles. Madrid, Pirámide, 1980.



se encuentra, como lo indica Atienza, Boaventura de Sousa Santos, quien observa esta relación del Derecho como factor del cambio social desde una perspectiva conflictualista. Santos afirma que el Derecho ha evidenciado ser un obstáculo para la emancipación social y protección de los oprimidos, en razón de ello, y a manera de contrapropuesta, formula *una política del derecho radicalmente democrática, orientada hacia la protección jurídica de los oprimidos y la legitimación jurídica de la resistencia de estos contra la opresión*¹⁶.

A decir de Peces-Barba, Fernández y Asís: “A pesar de las acusaciones de ineficacia funcional derivada del exceso de la producción legislativa y administrativa del ‘Derecho regulativo’, no se debe olvidar que dicho exceso tiende a ir en favor de las clases sociales menos favorecidas y tiende a garantizar los derechos sociales y culturales, así como a cumplir una función redistributiva de los recursos sociales disponibles. Además, no podemos renunciar tampoco a la función reformadora y emancipatoria del Derecho a través de la legislación y las diferentes técnicas administrativas”¹⁷.

Atienza finaliza el tema del *Derecho y cambio social* desde una concepción instrumental del Derecho, haciendo una suerte de argumentación que corresponde a lo que Miguel Reale denominó *Tesis tridimensional del Derecho*, en la que los hechos, las normas y los valores se vinculan de tal manera que el contenido valioso que encierre una norma hace más previsible que su contenido sea reconocido y

¹⁶ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica*, Madrid, España, Trotta, 2009, págs. 22 y 131.

¹⁷ Peces-Barba, Fernández y Asís, *Ob. Cit.*, pág. 47.



obedecido por sus destinatarios¹⁸.

Conforme Atienza, “La producción deliberada de cambios sociales a través del Derecho viene a ser un aspecto de lo que antes se ha llamado eficacia social de las normas jurídicas. Ahora bien, la eficacia social (el que se obtengan los fines sociales previstos) depende de que el contenido de la nueva regulación jurídica sea eficaz (de que se cumplan las normas), pero también de que se produzcan ciertas conexiones causales entre ese cumplimiento y los efectos buscados, lo que en ocasiones puede no suceder. El Derecho aparece como un mecanismo para lograr ciertas finalidades que pueden ser muy variadas y que no se obtienen simplemente con proponérselo, y ni siquiera logrando que las normas sean eficaces, que sean cumplidas por sus destinatarios”¹⁹.

Esta relación con pretensión armónica entre valores, norma y eficacia social, es la que se concreta en las normas que dan contenido a las Constituciones, particularmente las Constituciones modernas y contemporáneas. Ejemplo de Constitución moderna es, por excelencia, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, a la que le siguieron las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795 y, para el caso hispanoamericano, la Constitución de Cádiz (Constitución Política de la Monarquía Española) de 1812. Como ejemplos de las Constituciones contemporáneas (luego de la segunda postguerra mundial y conflictos armados internos) se pueden citar la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949, la Constitución de Francia de 1946 y la Constitución Política de la República

¹⁸ Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, España, Tecnos, 1997, págs. 23 y ss.

¹⁹ Atienza, *Ob. Cit.*, págs. 183 y 184.



de Guatemala de 1985.

4. El contenido de la Constitución

El concepto de Constitución generalmente es utilizado para los documentos o pactos políticos que nacen a finales del siglo XVIII y que dan origen al denominado constitucionalismo liberal o clásico. Maurizio Fioravanti indica que el concepto *Constitución* en distintas épocas ha sido entendido como *ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas*²⁰. Siguiendo con las ideas de este autor, quien extiende el concepto de *Constitución* hasta la Grecia clásica, no ha existido un solo constitucionalismo, cada modelo de sociedad ha requerido de un ordenamiento general de la misma y de sus poderes. Pese a ello, es común entender que *Constitución* y *constitucionalismo* son conceptos modernos²¹ que hacen referencia a la limitación del poder y a la garantía de un catálogo determinado de derechos humanos.

Ignacio De Otto afirma que el concepto *Constitución* conlleva una fuerte carga política. En realidad las dos grandes *versiones* de constitucionalismo (el europeo continental y el norteamericano) no buscaban introducir una norma con ese nombre: *Constitución*. Lo que se buscaba, y terminó siendo su gran hito histórico, era proteger la libertad fijando límites al poder público que otrora, en el *Ancien Régime*, era casi absoluto. Así, el constitucionalismo emergió como un movimiento político e

²⁰ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, España, Trotta, 2011, pág. 11.

²¹ Borja Cevallos, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pág. 320; Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría constitucional*, Segunda edición, España, Colex, 2006, pág. 70; Quiroga Lavié, Humberto, *Lecciones de Derecho constitucional*, Argentina, Depalma, 1995, pág. 1.



ideológico que se concretó en documentos escritos que fueron llamados *Constituciones* y que dieron un nuevo alcance a otros documentos que rigieron contemporáneamente a diversas poblaciones (las colonias inglesas en el norte del continente americano ya poseían este tipo de documentos al que denominaban *Cartas*²²).

Indica De Otto: “Ese significado político del término responde al sentido que históricamente ha tenido en el constitucionalismo como movimiento ideológico y político. En el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 se contiene una expresión tan clásica como lapidaria de esta idea: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución’... Luchar por la libertad es, así, luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado que obedece a determinados principios, esto es, que responde a una determinada ‘esencia’”²³.

Tanto el constitucionalismo norteamericano como el francés partieron de bases ideológicas comunes; Hobbes, Locke, Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Diderot, sin duda fundamentaron de manera general sus luchas. En el caso del constitucionalismo norteamericano, dichas ideas fueron depuradas y aplicadas por

²² Tal es el caso de: *La Primera Carta de Virginia* (1606), *Carta de Maryland* (1632), *Carta de Carolina* (1663), por ejemplo. Grau, Luis, *El constitucionalismo americano*, Madrid, España, Dykinson, 2011, págs. 20, 24 y 26.

²³ De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Segunda edición, Barcelona, España, Ariel, 2001, pág. 12.



Paine, Hamilton, Jefferson, entre otros y, para el caso francés llevaron (o intentaron concretar) dichas ideas personajes como Robespierre, Marat, Condorcet.

El constitucionalismo norteamericano, muy atento a los fenómenos sociales y políticos que se desarrollaban en la Europa continental, y como producto de venir huyendo de las monarquías despóticas y de Asambleas que amenazaban seriamente los derechos de las minorías, se plantearon un modelo en el cual existiera un Ejecutivo fuerte que pudiera contrarrestar el poder casi ilimitado con que se veían configuradas las Asambleas. Los *Padres fundadores* se decantan por una Constitución de principios, que regule especialmente el control del poder, dejan fuera (en un primer momento) la denominada *Declaración de Derechos* que vendría a ser el rasgo característico de las Constituciones francesas y europeas (aunque inmediatamente corrigen esta situación con las primeras diez enmiendas a su Constitución).

Señala Sartori que “La convención de Filadelfia de 1787 estableció solo una estructura de Gobierno, trató solo de la parte principal. En Filadelfia, tanto Madison como Hamilton se opusieron a que se incluyese una declaración de derechos en la Constitución, con el argumento de que los derechos no se protegen con declaraciones, sino con las propias estructuras del Gobierno constitucional. Por esto la declaración de derechos se propuso en el Congreso dos años después, en 1789, y se la incluyó en la Constitución Federal de los Estados Unidos bajo la forma de sus



primeras 10 enmiendas en 1791”²⁴.

El constitucionalismo francés se orientó más al desarrollo de derechos que garantizaran la contención del poder abusivo de los Gobiernos. Al salir de una tradición monárquica, y haber intentado en un primer momento el limitar a la monarquía, la Revolución francesa acoge un conjunto de derechos que considera *naturales, inalienables y sagrados del hombre*. Su *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), que tuvo su par y antecedente en la *Declaración de Derechos de Virginia* (1776), constituye una plena declaración de derechos, misma que es incorporada de forma íntegra en el preámbulo de la Constitución francesa de 1791. El constitucionalismo francés, pese a que es el que enarbola la división de poderes, se dedica más al desarrollo de derechos (que optaron por llamar garantías) y a reconocer un poder excepcional en su Asamblea que la hace supeditar a los poderes Ejecutivo y Judicial.

Señala Jiménez: “La tradición constitucional europea derivada de la Revolución francesa ha negado sistemáticamente ambos datos. Los textos constitucionales que nacen de este proceso revolucionario serán únicamente documentos de organización política. Por un lado, la Declaración de Derechos de 1789 sancionó la separación de las Declaraciones de Derechos del campo constitucional, dotándolas así de una suerte de autonomía y reduciendo al mínimo su valor jurídico. Por otro lado, la separación de poderes no pasará de tener en Europa continental un carácter meramente formal; esto es, el poder se dividirá en las tres ramas clásicas

²⁴ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Tercera edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pág. 211.



(Legislativa, Ejecutiva y Judicial) pero esa división será aparente, pues una de ellas (ya sea el Legislativo o el Ejecutivo, según los casos) predominará sobre las demás”²⁵.

Quedan así configurados los modelos políticos que dan contenido a las Constituciones. El primero, el norteamericano, tiene por principio el control del poder como garantía del respeto a los derechos individuales. El segundo, el francés y europeo continental, toma la senda de incluir amplios catálogos constitutivos de declaraciones de derechos que priorizarían lo que actualmente se conoce como la sección *dogmática* de las Constituciones. Ambos modelos poseen sección dogmática y sección orgánica, pero el desarrollo de cada una de ellas es producto directo de sus concepciones políticas y visión de sociedad. Posteriormente, a partir de la segunda y tercera década del siglo pasado, es que se empieza a configurar un estatuto o sección específico que vendría a completar la eficacia de las Constituciones, se trata de la parte adjetiva o procesal en la cual se desarrolla lo relativo a las garantías constitucionales y generalmente reconoce estas competencias a los Tribunales Constitucionales, Salas específicas o Cortes Supremas²⁶.

De todo este proceso histórico del que se nutre el constitucionalismo y su producto: la Constitución, podemos derivar el contenido de la misma. Sobre esta base Antonio Peña Freire concluye que: “La constitución, en suma, no es sino la

²⁵ Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Tercera edición, Madrid, España, Marcial Pons, 2005, pág. 13.

²⁶ “Es el caso de la Corte de Constitucionalidad de Austria de 1920 y de los estudios encabezados por Hans Kelsen en 1928”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, España, Marcial Pons, 2008, pág. 64.



expresión condensada de toda una serie de valores respecto de los que es presumible un elevado consenso, y que habrán de afectar a las dinámicas y relaciones públicas y privadas, en un doble sentido: en primer lugar, habrán de inspirar los distintos procesos políticos y sociales y, en segundo lugar, habrán de ser preservados de cualquier vulneración que pudiera tener su origen en alguna de las dinámicas referidas. Es la constitucionalización la que garantiza esa preservación respecto de las dinámicas políticas al tiempo que permite la proyección de los valores y opciones del pacto al conjunto de la producción normativa, asegurando que esta se lleve a cabo dentro de la unidad u homogeneidad necesarias para preservar el núcleo del pacto de las tensiones que pudieran afectar su solidez²⁷.

La concepción que del término y contenido de la Constitución que brinda Peña Freire está imbuida del proceso histórico-constitucional español y de su retorno a las fórmulas democráticas con la Constitución de 1978, es por ello que destaca la tradición histórica, la función de los valores y la función protectora de la Constitución de los derechos fundamentales.

Otra concepción que da cuenta de un proceso histórico que transita del totalitarismo a una fórmula plural y democrática es la que enuncia el jurista alemán Konrad Hesse, exjuez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, para este la Constitución “fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas de Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la comunidad. Regula la organización y

²⁷ Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, España, Trotta, 1997, pág. 79.



procedimiento de la unidad política y la acción estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la configuración jurídica de una comunidad”²⁸.

Es común que se le dé especial atención a lo que suele denominarse *parte dogmática*, pues la misma tiene por contenido el objeto de la organización social: un catálogo de derechos fundamentales. La *parte orgánica* organiza, distribuye y controla el poder, entendiendo que la razón de ser del poder es la garantía y eficacia de los derechos fundamentales. Es común que las partes intangibles de las Constituciones tengan por destino el proteger este catálogo y los principios básicos de la organización política. Lo anterior lo entiende Luigi Ferrajoli como la naturaleza misma del contemporáneo *Estado constitucional de derecho*.

Señala dicho autor: “El sentido del pacto constitucional del que nace este modelo de Estado es limitativo u oclusivo: determina cuáles son las cuestiones de supervivencia, es decir, cuestiones absolutamente indispensables para la vida, que serán declaradas intangibles, y quedará expresa la intención de preservarlas de toda agresión, excluyéndolas incluso de las posibilidades de decisión política, a partir de la juridificación de los derechos fundamentales y del aseguramiento de su garantía. En segundo lugar, supondrá también la inclusión de deberes impuestos a los poderes públicos en atención a la necesaria efectividad de los derechos que para ello requieran actividad pública. A partir de la *oclusión constitucional*, estos límites, que

²⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, España, Pedro Cruz Villalón Editor, 1992, pág. 16.



nacen al orden jurídico en forma de derechos, se incorporan limitativamente al ordenamiento y pasan a ser vínculos estructurales al Estado, que se convierte así en un instrumento limitado, vinculado y funcionalmente orientado a la garantía de los derechos, esto es, en un sistema de límites sustanciales impuestos jurídicamente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales de los individuos”²⁹.

Estos elementos que hemos ido detallando son los que el jurista ecuatoriano Rodrigo Borja Cevallos parece condensar en el concepto que brinda de Constitución: “En sentido restringido y específicamente jurídico-político, conócese con el nombre de Constitución al conjunto de normas jurídicas fundamentales que pretenden modelar la sociedad política y que regulan la organización, funcionamiento y atribuciones del poder, así como los derechos y obligaciones de las personas”³⁰. Con base en este concepto, el mismo autor desarrolla los aspectos que suelen estar contenidos en los textos políticos.

En tal sentido, afirma: “La Constitución es un esquema jurídico de la organización del Estado, proclamado con especial solemnidad por el órgano autorizado para ello y destinado a fijar la estructura estatal, así en lo relativo a la formación y funcionamiento del Gobierno (Jefatura del Estado, Parlamento, Gabinete, Tribunales, Fuerza Pública, etc.), como en lo relativo a la acción de la opinión pública y sus medios de expresión (partidos políticos, grupos de presión, sufragio, prensa, reuniones, etc.) y a la garantía de los derechos y prerrogativas de

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, España, Trotta, 1995, págs. 862 y 905.

³⁰ Borja Cevallos, *Derecho Político...*, págs. 320 y 321.



las personas”³¹.

García Cuadrado advierte que *no hay dos Constituciones iguales*; sin embargo, indica que sí es posible encontrar similitudes o temas recurrentes en las mismas. Esto es así, pues las Constituciones tienen un mismo fin práctico: la limitación del poder de los gobernantes, y porque estos documentos no nacen *ex nihilo*, siempre toman precedentes de otros documentos que le son comunes histórica o culturalmente. Desde finales del siglo XVIII, que es cuando inicia el proceso del constitucionalismo, se han creado unas mil constituciones, y en ellas se observan, conforme lo indica dicho autor que normalmente tratan temas como: fines del Estado, régimen político que se adopta sobre el que se ejerce soberanía; instituciones que conforman el poder y sus funciones, procedimientos de elección y control (división de poderes); una declaración de derechos y libertades de los ciudadanos; poder local; supremacía constitucional y límites a la potestad de reforma de la Constitución³².

García Cuadrado concluye su análisis referido a la estructura de los textos constitucionales reconociendo la división clásica que se hace de su contenido: dogmática y orgánica, procediendo a dar detalles del contenido de cada una de ellas.

³¹ *Ibíd.*, pág. 322.

³² García Cuadrado, Antonio M., *Principios de Derecho constitucional*, España, Eolas, 2011, págs. 351 y 352.



Ante ello, señala: “Es frecuente dividir el contenido de toda Constitución en dos partes: la dogmática y la orgánica. Se habla de *parte dogmática* para referirse a los preceptos que establecen los principios fundamentales del régimen político y declaran los derechos y libertades que se reconocen al ciudadano. Por el contrario, se llama *parte orgánica* a la que recoge todo lo relativo a la distribución del poder entre sujetos distintos: órganos, relaciones entre ellos y reparto de funciones o competencias. La distinción no es absoluta, pues por ejemplo, no está claro si las garantías de la supremacía constitucional son parte dogmática u orgánica”³³.

Asimismo, indica: “Aunque no es imprescindible ni existe en todos los casos, es sin embargo frecuente que las Constituciones vayan precedidas de un *preámbulo*, equivalente a la ‘exposición de motivos’ que tradicionalmente han llevado muchas leyes. Su estilo es enfático y solemne, generalmente retórico y con escaso valor jurídico salvo, en algunas ocasiones, como criterio interpretativo del articulado de la Constitución”³⁴.

En igual sentido son las afirmaciones de Ángel Garrorena Morales, quien entiende que el objetivo de toda Constitución es darle forma al poder y garantizarle a los individuos sus derechos fundamentales: “Es lógico que existan en toda Constitución dos partes imprescindibles: una ‘parte orgánica’, encargada de regular la composición, estructura y funciones de los altos órganos del Estado —en definitiva, de organizar sus poderes— y, a su lado, una ‘parte dogmática’ a la que le corresponde establecer el régimen de las libertades públicas. Así viene siendo desde

³³ *Ibíd.*, pág. 354.

³⁴ *Ibíd.*



que, en los orígenes del movimiento constitucional, las Constituciones de las trece excolonias americanas diferencian en sus textos aquellos preceptos que contenían el *bill of rights* de aquellos otros que fijaban el *plan of government*³⁵.

Para el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala, y buscando determinar la presencia del tema de la reforma de esta (que es el objeto de la presente investigación), y conforme Marcelo Richter, entendemos que Constitución es: “la norma de mayor jerarquía dentro del Estado, inspirada en principios liberales o sociales, o en ambas categorías de principios. Su contenido determina: a) el fin para el que se organiza el Estado; b) el catálogo de derechos y obligaciones de sus habitantes (derechos fundamentales); c) los límites al poder, su distribución y control, y la responsabilidad de los gobernantes; d) el sistema democrático-representativo, y los medios de defensa del orden constitucional”³⁶.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 posee 281 artículos, más 22 artículos transitorios. Con la reforma de 1993 se añadieron cinco artículos transitorios más. Su contenido permite afirmar que adopta el modelo de un *Estado social y democrático de derecho*³⁷. Posee un preámbulo, ocho títulos, que a su vez contienen un total de veintisiete capítulos. Se considera una Constitución desarrollada, dividida en una parte dogmática que va desde su preámbulo hasta el artículo 139, una parte orgánica que está contenida del artículo 140 al 262, y la parte

³⁵ Garrorena Morales, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pág. 83.

³⁶ Richter, Marcelo Pablo Ernesto, *Diccionario de Derecho constitucional. Con definiciones y conceptos jurídicos emitidos por la Corte de Constitucionalidad*, Segunda edición. Guatemala, (s.e.), 2009, pág. 55.

³⁷ García Laguardia, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria, 2015, pág. 101.



que ha sido denominada procesal o adjetiva que está contenida del artículo 263 al 281. El contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala vigente se puede resumir así:

Preámbulo

Título I: La persona humana, fines y deberes del Estado

Capítulo único.

Título II: Derechos Humanos

Capítulo I: Derechos individuales

Capítulo II: Derechos sociales

Capítulo III: Deberes y derechos cívicos y políticos

Capítulo IV: Limitación a los derechos constitucionales

Título III: El Estado

Capítulo I: El Estado y su forma de Gobierno

Capítulo II: Nacionalidad y ciudadanía

Capítulo III: Relaciones internacionales del Estado

Título IV: Poder Público

Capítulo I: Ejercicio del poder público

Capítulo II: Organismo Legislativo

Capítulo III: Organismo Ejecutivo

Capítulo IV: Organismo Judicial

Título V: Estructura y Organización del Estado

Capítulo I: Régimen político electoral

Capítulo II: Régimen administrativo

Capítulo III: Régimen de control y fiscalización

Capítulo IV: Régimen financiero

Capítulo V: Ejército

Capítulo VI: Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación

Capítulo VII: Régimen municipal



Título VI: **Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional**

Capítulo I: Exhibición personal

Capítulo II: Amparo

Capítulo III: Inconstitucionalidad de las leyes

Capítulo IV: Corte de Constitucionalidad

Capítulo V: Comisión y Procurador de Derechos Humanos

Capítulo VI: Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

Título VII: **Reformas a la Constitución**

Capítulo único: Reformas a la Constitución

Título VIII: Disposiciones transitorias y finales

Capítulo único: Disposiciones transitorias y finales.

5. Constitución y cambio social

Ya en este capítulo se ha abordado la relación entre Derecho y cambio social, teniendo y colocando como máxima expresión del primero a la Constitución. Ahora corresponde entender cómo se relacionan estos cambios con la normativa constitucional y la manera en que se ha previsto que esta normativa atienda, absorba o enfrente los factores sociales que exigen su atención.

Para García Cuadrado, el cambio social es un proceso natural a todas las agrupaciones políticas, este autor ve en el cambio constitucional la posibilidad de que el pacto social sea mejorado, perfeccionado conforme a las exigencias contemporáneas de mayor relevancia.

Por ello señala: “Toda Constitución en sentido material debe modificarse con el transcurso del tiempo y ello por dos razones fundamentalmente. Ante todo porque la



sociedad misma va evolucionando y aparecen problemas nuevos que antes no existían o carecían de importancia; por contra, sucede a veces que las transformaciones sociales traen consigo el fin de situaciones o conflictos que la Constitución trataba de solucionar, dejándola anticuada. En segundo lugar, porque la Constitución, como toda obra humana, es siempre susceptible de perfeccionamiento y por tanto las nuevas generaciones pueden pretender mejorar la Constitución que recibieron de sus antepasados”³⁸.

El mismo García Cuadrado anota que también hay factores menos traumáticos pero igual de trascendentes, como puede ser el caso de la *Carta Magna* que, redactada en 1215 y en *latín* (que es una lengua muerta), debe necesaria ser adaptada a un nuevo lenguaje pues, de lo contrario, con el paso del tiempo se convierte en ininteligible.

Queda claro que es necesario que toda Constitución debe prever los mecanismos para su adaptación, sin que dicha adaptación sea tan permanente que la haga caer al rango de una norma ordinaria; pues una de sus características es ser formulada por un órgano extraordinario como lo es el poder constituyente y, consecuencia de ello, que su posibilidad de cambio revista de cierto rigor, hasta el punto que existan fenómenos a los que no pueda adaptarse sin dejar de ser lo que en esencia es (estaríamos ante un cambio de sistema por un rompimiento institucional revolucionario, que generalmente será violento).

³⁸ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, pág. 379.



Señala García Cuadrado: “Desde el punto de vista doctrinal, los más influyentes autores han aceptado la posibilidad de reformar las Constituciones. Así, Sieyès considera que *la nación es siempre dueña de reformar su Constitución*. Y según Rousseau *no hay en el Estado ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni siquiera el mismo pacto social*. La razón es evidente: las generaciones futuras no pueden ver limitada su soberanía por la voluntad de sus antepasados: *Solo los vivos tienen derechos en este mundo. Aquello que en determinada época puede considerarse acertado y parecer conveniente, puede, en otra, resultar inconveniente y erróneo. En tales casos ¿quién ha de decidir? ¿Los vivos o los muertos?* Siguiendo esta línea de pensamiento, la Constitución francesa de 1793 establecía que: “Un pueblo tiene siempre derecho a revisar, reformar, y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras (art. 28)”³⁹. La justificación de esta postura se desarrolla en el punto ocho: *límites de la reforma*, del Capítulo III de la presente investigación.

³⁹ *Ibíd.*, pág. 380.



Capítulo II

Modalidades del poder constituyente

1. Aproximación a su concepto

De manera general, por *poder constituyente* se entiende *la suprema facultad del pueblo sobre sí mismo para darse un ordenamiento jurídico y una organización política*⁴⁰. La misión fundamental de todo poder constituyente es dotar de una Constitución política y jurídica a los miembros de la sociedad. También es común que se le encargue la reforma del estatuto político y que, por su carácter extraordinario y temporal, con su adjetivo de *constituyente* se le contraponga a los denominados poderes *constituidos* que vendrían siendo de carácter derivado, ordinario y permanente (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

La facultad que modernamente se hace radicar en el poder constituyente (la de dar un ordenamiento político y jurídico a la sociedad) transitó, por más de cuarenta y ocho siglos, entre reyes, faraones, ciudadanos de la *polis*, patricios y plebeyos, monarcas y monarcas por origen divino, hasta llegar al punto de inflexión en las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, en que las elaboraciones teóricas de un nuevo y único sujeto titular del poder constituyente (el pueblo/la nación) son bandera para los modernos contratos sociales.

Señala Artola: “Las listas de los reyes en Mesopotamia y de los faraones en Egipto muestran la antigüedad del poder personal y de la sucesión hereditaria. La

⁴⁰ Borja Cevallos, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Tomos I y II, 4a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pág. 1524.



ciudad-Estado (*polis*) introdujo la participación de los ciudadanos (*polites*) y la democracia. La *res pública*, sobre la base del poder compartido de patricios y plebeyos —*senatus populusque romanus* (SPQR)—, puso fin a la monarquía etrusca en torno al 509 a.C. El cristianismo introdujo una novedad importante: el origen divino del poder ('rey por la gracia de Dios'). De *Leviatán* de Hobbes (1651) a *El contrato social* de Rousseau (1762), la doctrina política imaginó un contrato para explicar el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil. Hobbes describió un estado de naturaleza en el que los hombres luchaban unos contra otros para justificar la monarquía: "El único modo de erigir un poder común... es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un único hombre"⁴¹.

Indica Artola: "Locke descubrió los derechos individuales: conservar la propia existencia, la libertad, la propiedad y el recurso a la violencia para defenderlos, a los que calificó de naturales, para distinguirlos de los contractuales, que proceden del pacto que dio origen a la sociedad, al sustituir la acción personal, excesiva, por la equidad de un juez que decide el mejor derecho y castiga la violencia y la fuerza de quien ejecuta las sentencias. Rousseau explicó la aparición del poder político como una decisión individual y compartida: "Cada uno de nosotros pone su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibimos en la comunidad a cada uno de los miembros como parte individual del colectivo"⁴².

Los primeros procesos constituyentes, los modernos, como se entienden en esta investigación, son producto de una larga experiencia histórica que encontró en

⁴¹ Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la historia*, Letras de Crítica, España, Crítica, 2005, pág. 13.

⁴² *Ibíd.*



las revoluciones de finales del siglo XVIII las circunstancias económicas, políticas e ideológicas maduras para hacer posible no solo la emisión de un texto escrito que sin duda fue un hito histórico, sino lo más importante: un cambio en la Constitución material, en modificar las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales. Aquí quedan expresados los ámbitos del poder constituyente, que no son contrapuestos, y que comúnmente se complementan.

Según Pisarello: “Una cosa, pues, es un proceso dirigido a modificar la Constitución material, esto es, las relaciones y las estructuras de poderes reales, y otra un proceso constituyente formal, cuyo fin es aprobar una nueva Constitución. No se trata de nociones contrapuestas, pero sí distintas. Un cambio material en las relaciones de poder puede o no venir acompañado de una nueva Constitución escrita. Y al revés: una nueva Constitución puede determinar cambios materiales más o menos intensos o puede consolidar relaciones de poder ya existentes”⁴³.

El precursor del concepto y la teoría fundamental del poder constituyente es el político y académico francés, y diputado a los *Estados Generales de Francia* y, posteriormente, colabora en la redacción de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Francia 1789) e integra activamente la Asamblea Constituyente francesa que en 1791 formula la *Constitución francesa*.

Fue Sieyès quien formuló la teoría del poder constituyente en su libro *¿Qué es el tercer Estado?*, publicado en 1788, en donde afirmó que la *Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente*. Y en la sesión del 12 termidor del

⁴³ Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Colección: *Estructuras y Procesos*, Serie: *Derecho*, Madrid, España, Trotta, 2014, pág. 21.



año III de la Convención sostuvo que “una idea sana y útil se estableció en 1788: la división entre poder constituyente y poderes constituidos. Figurará entre los descubrimientos que hacen adelantar la ciencia; se debe a los franceses”⁴⁴.

De la lectura del texto de Sieyès, a grandes rasgos, se pueden resaltar los principales enunciados de su teoría que rompen con la tradición y soberanía monárquica: “La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho *natural*... Ante todo, una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija”⁴⁵. Asimismo: “Pero siempre es verdad que una representación extraordinaria no se parece nada a la legislatura ordinaria. Son poderes distintos. Esta no puede moverse sino en las formas y en las condiciones que le son impuestas. La otra no está sometida a ninguna forma en particular; se reúne y delibera como haría la nación misma si, no estando compuesta más que de un pequeño número de individuos, quisiera dar una constitución a su Gobierno”⁴⁶.

2. Teorías del poder constituyente

Si el poder constituyente es la facultad de darse una organización política y jurídica (una Constitución), sus teorías buscan dar respuesta a las preguntas

⁴⁴ Borja Cevallos, *Enciclopedia de...*, pág. 1525.

⁴⁵ Sieyès, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, Introducción, traducción y notas de Francisco Anaya, Madrid, España, Ediciones Aguilar, 1973, págs. 75 y 79.

⁴⁶ *Ibíd.*, págs. 84 y 85.



relativas a: *¿a quién le corresponde elaborar dicha Constitución?*, y más importante *¿en quién reside el poder constituyente?* En dichas interrogantes Carré de Malberg también suma la de: *¿quién estará calificado para determinar los órganos estatales y para repartir entre ellos el ejercicio de la potestad nacional?*⁴⁷.

Si bien el concepto *poder constituyente* es de origen moderno; pues surge al fulgor de la Revolución francesa y de la pluma y argumento de Sieyès; su tratamiento, aunque de manera menos propia, ha estado presente en las obras de Platón y Aristóteles, cuyas ideas sirvieron de base y fueron revitalizadas desde el siglo XVI por Hobbes, Locke, Espinoza y, particularmente, Rousseau⁴⁸. Al respecto, señala Naranjo Mesa: “Más aún, hay quienes se remontan a la Biblia para enseñar que en este libro sagrado el origen de la organización social aparece del contrato, pacto o alianza celebrados entre Jehová y su pueblo, a través de Moisés”⁴⁹.

Siendo un fenómeno político, de carácter esencialmente moderno, el concepto de poder constituyente, al igual que sus teorías, deben entenderse en su contexto histórico-cultural y político en el que surge, y sus orígenes se ubican en los procesos revolucionarios estadounidense y francés.

Según De Cabo: “En Norteamérica, especialmente en la tradición independentista de las antiguas colonias, el poder constituyente se concretó en el acto de aceptación por todos los Estados del pacto social o Constitución. Para actuar

⁴⁷ Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, Prefacio a cargo de Héctor Gross Espiell, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pág. 1161.

⁴⁸ Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 10a ed. Colombia, Temis, 2006, pág. 364.

⁴⁹ *Ibíd.*



como tal no cabía ni delegación ni representación. El poder constituyente se refería, pues, al pueblo reunido en ‘convención’ ya que solo él podía darse las normas supremas a las que todos quedaban sometidos. Según esta doctrina, una vez celebrado el pacto cuyo objeto es la Constitución, el poder constituyente deja paso a los poderes constituidos —el parlamento, el Poder Ejecutivo, etc.— los cuales no pueden en lo sucesivo violar las determinaciones del pacto constitucional. El poder constituyente aparecía de este modo como un poder cuyo fin era establecer reglas vinculantes para todos —la Constitución— para, acto seguido, dejar actuar a los poderes constituidos”⁵⁰.

Anota Asensi Sabater: “La versión francesa del poder constituyente difiere de esta doctrina en más de un aspecto. En el contexto revolucionario francés no resultaba tan fácil apelar, como en los Estados Unidos, a la existencia de un poder originario basado en la idea de pacto (*covenants*), sino que era necesario explicar, en primer término, el trastocamiento de todo un orden de legitimación existente hasta entonces, según el cual, la fuente de todo poder era el monarca absoluto. Para su principal teórico en la época de la revolución francesa, el abad Sieyès, el poder constituyente se caracterizaba por dos notas principales...”⁵¹.

Esas notas eran relativas a la *naturaleza del poder constituyente* y a la *titularidad del poder constituyente*. Para el caso francés, y conforme a los planteamientos de Sieyès, el poder constituyente era un poder absoluto, por encima

⁵⁰ De Cabo Martín, Carlos, *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Volúmenes I y II, Barcelona, España, PPU, 1993, pág. 213.

⁵¹ Asensi Sabater, José, *Constitucionalismo y Derecho constitucional*, España, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 56.



de cualquier ley y libre de ataduras legales. La única atadura sería la que él mismo se pudiera dar. La titularidad radica en la nación, no en el pueblo (como en el caso estadounidense). La nación, al ser un ente abstracto, solo puede actuar mediante un ente representativo: la asamblea. Así, el poder constituyente es el poder de las Asambleas. La *asamblea Nacional francesa* vendría a ejercer alternativamente facultades de poder constituyente (cuando era llamada a aprobar o reformar libremente la Constitución), y de poder constituido (cuando actuara como órgano del Estado)⁵².

Desde el planteamiento de la teoría de Sieyès se han trazado diferentes posturas respecto de la titularidad y alcances del poder constituyente, también han sido diversos los autores que las han sostenido. Naranjo Mesa agrupa estas teorías y autores en cinco grandes manifestaciones: a) racional-ideal; b) fundacional-revolucionaria; c) normativista; d) existencial-decisionista, y d) materialista⁵³.

2.1. Teoría *racional-ideal* de Emmanuel Sieyès

Señala Naranjo Mesa: “El abate Emmanuel Sieyès (Francia, 1748–1836) divulgó en 1788, su ensayo *¿Qué es el tercer Estado?*, destinado a concientizar a los diputados de la clase burguesa a los Estados Generales convocados por el rey Luis XVI para el año siguiente, sobre su carácter de genuinos representantes de la nación francesa y, por tanto, voceros del poder constituyente. En esta obra, así como

⁵² *Ibíd.*, págs. 56 y 57.

⁵³ Naranjo Mesa, *Ob. Cit.*, págs. 366 y ss.



en otros de sus escritos, Sieyès plantea, utilizando ya ese nombre, la teoría del poder constituyente. Desarrolla la línea de pensamiento de Locke y Montesquieu y complementa la tesis de Rousseau sobre el tema”.⁵⁴

Los aspectos más relevantes de esta teoría, como ya fueron advertidos al inicio, radican en la designación de un nuevo sujeto titular de la soberanía, en la distinción clara entre poder constituyente y poderes constituidos, y depuran las teorías de Locke, Montesquieu y Rousseau, haciendo más clara la relación entre la organización social, el contrato que se suscribe para constituirla y su materialización en un documento concreto: la Constitución.

2.2. Teoría *fundacional-revolucionaria* de Maurice Hauriou

La teoría que expone el también francés Hauriou (1856–1929), no se contrapone necesariamente con la teoría de Sieyès. Parte de la idea de que las facultades que ejerce el poder constituyente son facultades propiamente legislativas. También entiende que existe una *superlegalidad constitucional* que va más allá de la propia Constitución, la primera se integra también por los *principios fundacionales del régimen*⁵⁵.

En dicha *superlegalidad* deben concurrir dos elementos, el primero lo denomina *operación constituyente* que implica a su vez un poder constituyente extraordinario (por encima de los poderes constituidos) y el factor de rigidez constitucional

⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 366.

⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 367.



(procedimiento especial para su revisión). El segundo elemento involucra la función de un poder constituido, como lo es el Poder Judicial, en el control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Señala Naranjo Mesa: “Para Hauriou, los rasgos o características del poder constituyente son los de ser, en primer lugar, una *especie de poder legislativo*, ya que la superlegalidad constitucional es una especie de legalidad y que las Constituciones escritas son leyes constitucionales; en segundo lugar, el poder constituyente pertenece a *la nación*, al igual que los demás poderes, pero la nación ‘no puede ejercer directamente el poder constituyente, como no puede ejercer los demás poderes; se ejerce, pues, *por medio de representantes en nombre de la nación*’. En tercer lugar, hay una clara diferencia entre el poder constituyente y el legislativo —poder constituido— por las *materias* que regulan y por la *naturaleza* de cada poder, lo cual no impide reconocer el papel que el poder constituido juega en la operación constituyente, pero sin desconocer que la participación de los individuos que componen la nación es más acentuada en la operación constituyente, que en el proceso legislativo ordinario”⁵⁶.

Tal vez su principal disidencia con la postura de Sieyès es la relativa a esa confusión que inicialmente se generó entre la asamblea como legislador constituyente y legislador ordinario, lo que configuraba al Poder Legislativo como un súper poder que subordinaba a los otros poderes (Ejecutivo y Judicial). Esto también redundaba en la distinción que realiza Hauriou respecto a la posibilidad de reforma o

⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 368.



revisión de la Constitución.

2.3. Teoría *normativista* de Hans Kelsen

Para tratar de exponer la postura de Kelsen (Praga, 1881 - California, 1973) respecto del poder constituyente, es imprescindible hacer referencia a su militancia positivista y a su teoría de la *norma fundamental* o de la *norma fundante básica*. En líneas muy generales, Kelsen hace descansar la validez del ordenamiento jurídico en la Constitución, y de esta en la *norma fundante básica*. Al rastrear el valor de la norma fundante básica se puede llegar a Constituciones históricas o anteriores, pero, necesariamente, se llegará a un momento en que no existía normativa como tal y que un hecho político la produjo (una revolución, una secesión, el nacimiento de un nuevo Estado, etc.). Por supuesto, Kelsen no termina por aceptar que la validez del ordenamiento jurídico indefectiblemente tendrá como fuente última un hecho aunque sea un hecho político⁵⁷.

Kelsen sortea este aspecto con dos argumentos: a) “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico”⁵⁸, y b) No hace depender la legitimidad de la Constitución del ente que la

⁵⁷ Kelsen, Hans, *Una teoría realista y la Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Centro Editor de América Latina, 1969, pág. 202.

⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 205.



dicta, sino del mayor grado de eficacia en la observación de su voluntad: “Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales”⁵⁹. Así, una Constitución monárquica perdería su calidad de norma si es suplantada en su eficacia por otra Constitución dictada por una Asamblea.

Desde la *Teoría pura del Derecho* no existe tal poder constituyente, pues el radicar dicho poder en el pueblo (o en el monarca) como fuente última de la Constitución es entrar al ámbito del Derecho natural. En tal sentido, afirma Kelsen: “La doctrina del *pouvoir constituant* no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del Derecho positivo. Las formas típicas de estos requisitos son: una mayoría especial (dos tercios, tres cuartos) y un número total de votantes que el ordinario, como condiciones de validez de su votación...; diversos acuerdos acerca de la reforma constitucional, que a veces pueden repartirse entre distintas legislaturas o períodos; finalmente, el planteamiento de la reforma ante una asamblea ‘constituyente’ elegida al caso, o directamente ante el pueblo. Pero es puro Derecho natural justificar esta última medida diciendo que solo al pueblo compete la reforma constitucional, porque él constituye la fuente última de todo Derecho”⁶⁰.

2.4. Teoría existencial-decisionista de Carl Schmitt

Schmitt (Alemania, 1888–1985) parte del concepto de Constitución positiva, no

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 219.

⁶⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Traducción de Luis Legaz Lacambra, Granada, España, Comares, 2002, págs. 421 y 422.



se da a sí misma sino es producto de una unidad política específica, es una decisión política. Para él, poder constituyente es “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”⁶¹.

La Constitución, *en sentido positivo*, surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente contiene, por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política, pero esta unidad política es anterior, y el acto constituyente ‘constituye’ la forma y el modo de esa unidad. Siempre hay en el acto constituyente un *sujeto con voluntad de obrar*. La Constitución positiva es una medida consciente que la unidad política adopta y se da a sí misma por medio del titular del poder constituyente. Pero la Constitución no es cosa absoluta, por cuanto no surge de sí misma; tampoco vale por virtud de su justicia normativa o de su cerrada sistemática; no se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta”⁶².

Queda claro que Schmitt no busca la validez de la Constitución en su justicia, sino en la voluntad política, siendo esta una postura muy propia de los regímenes totalitarios, que ven en la voluntad de la mayoría la legitimidad del contenido de la norma constitucional sin pasar por el tamiz del Derecho natural. El poder

⁶¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, España, Alianza Universidad Textos, 1996, págs. 93 y 94.

⁶² Naranjo Mesa, *Ob. Cit.*, pág. 369.



constituyente no descansa sino que permanece latente y es el único llamado a resolver los conflictos y las lagunas que presente la voluntad política materializada en la Constitución.

Recordando su concepto de Constitución positiva, Schmitt hace descansar la legitimidad de este documento en su eficacia. Así lo establece Naranjo, quien citando a Vanossi, indica: “Ninguna ley constitucional ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad. Una Constitución es legítima, cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida”⁶³.

2.5. Teoría *materialista* de Marx, Lenin y Lasalle

Karl Marx (Tréveris, 1818 – Londres, 1883), Vladímir Ilich Uliánov —Lenin (Rusia, 1870–1924) y Ferdinand Lasalle (Polonia, 1825 – Suiza, 1864), guardan una posición materialista (materialista-histórica) respecto del Derecho, este es solamente un producto y un instrumento de la base económica (*modo de producción*: fuerzas productivas y relaciones sociales de producción) y como producto pertenece a la superestructura, su lugar está junto a la ideología, la política, la religión y la moral.

Indica Borja Cevallos: “La tesis central del materialismo histórico es que el *modo de producción* de los bienes económicos determina la manera de ser de una sociedad. A cada modo de producción de las cosas que el hombre necesita para vivir —alimentos, vestido, herramientas, vivienda, etc.— corresponde una específica forma de organización social, de suerte que cada cambio de aquel produce en esta

⁶³ *Ibíd.*, 370.



un cambio correlativo... Los marxistas llaman *estructura* al modo de producción y *superestructura* a las leyes, Gobiernos, tribunales, conceptos políticos y morales, convicciones religiosas y todos los demás elementos tangibles e intangibles de la vida social y sostienen que a todo cambio estructural corresponde un cambio superestructural, o para decirlo en otras palabras, que toda modificación en el modo de producción origina el cambio correspondiente en la forma de organización de la sociedad”⁶⁴.

Pese a que el marxismo considera al Derecho un producto de la base económica, esto no implica que le reste importancia como modelador social. Así, en esta corriente se relaciona con el ordenamiento jurídico en un primer momento (en el que están las ideas de Lenin) en que *repudia todo estudio de lo jurídico*. Otra fase en que se estudia lo jurídico, el Derecho, como manifestación de clase y factor legitimador de las relaciones sociales, y un tercer momento en que se abre el método marxista a *un estudio más estricto de lo jurídico partiendo del análisis de las relaciones entre la “forma” del Derecho y sus “efectos” sociales y políticos*, es el caso de la Segunda Escuela de Frankfurt⁶⁵.

En la primera y segunda fase se encontraría el pensamiento de Marx y de Lenin, respectivamente. Por ello la teoría de Lasalle es más interesante para esta investigación. En su texto *¿Qué es una Constitución?* Elabora una teoría sociológica sobre el poder constituyente desarrollando lo que denomina *factores reales del*

⁶⁴ Borja Cevallos, *Enciclopedia de...*, pág. 1286.

⁶⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, Ramón Luis Soriano Díaz, y Carmelo José Gómez Torres (dir), *Diccionario jurídico. Filosofía y teoría del Derecho e informática jurídica*, Granada, España, Comares Editores, 2004, pág. 104.



poder, monarquía, aristocracia, gran burguesía, banqueros, pequeña burguesía y la clase obrera: “He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los *factores reales del poder* que rigen en ese país”⁶⁶.

Refiere Naranjo Mesa: “Para Lasalle, todo país tiene dos Constituciones: la *Constitución real y efectiva*, formada por la suma de los factores reales de poder que rigen en la sociedad, y la *Constitución escrita*, que es *la hoja de papel* o Constitución jurídica propiamente dicha. La más importante de las dos es la *Constitución real*, que se habrá de imponer a la escrita... En la óptica de Lasalle, los problemas constitucionales —y por consiguiente el poder del constituyente— escapan totalmente al ámbito jurídico para insertarse en el terreno social y económico de las relaciones de poder”⁶⁷.

3. Poder constituyente: concepto

Con las teorías del poder constituyente expuestas en el punto anterior, queda clara la relación entre los elementos soberanía (poder-autoridad) —ejercicio del poder para organizarse— Constitución (certeza para la convivencia social). Hay una comunidad humana preexistente que decide organizarse política y jurídicamente y hace uso de su soberanía (que no es más que la facultad de decidir su propio destino y la forma de buscarlo) y decide *constituirse* organizándose política y jurídicamente. Así, el poder constituyente es extraordinario, de carácter fundacional y organizativo,

⁶⁶ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Estudio preliminar de Eliseo AJA. Barcelona, España, Ariel, 1984, pág. 92.

⁶⁷ Naranjo Mesa, *Ob. Cit.*, pág. 372.



dotará de certeza, organización e instrumentos (valores, principios, instituciones, etc.) para hacer viable la vida societaria conforme a los fines de la colectividad. Pero el poder constituyente no solo se ocupa del evento fundacional, también atiende los aspectos relativos a los límites de los poderes constituidos y a la supremacía de la voluntad fundacional.

El carácter extraordinario del poder constituyente, su esencia fundacional y su desconocimiento de cualquier otro poder previo, se concretan y amalgaman en el concepto de Boutmy: *El poder constituyente es un acto imperativo de la nación que surge de la nada y organiza la jerarquía de los poderes*⁶⁸. Cuando Boutmy señala que estamos ante un acto que surge de la nada, está haciendo referencia a que dicho acto no encuentra, tampoco lo busca, asidero en ningún ordenamiento previo existente, por lo contrario, los desconoce. Con ese argumento es más fácil atender a otra afirmación respecto al poder constituyente, este nace y es producto de una crisis a la que buscará dar solución a través de un nuevo acuerdo o pacto político.

Siguiendo la base brindada por Boutmy, se entiende que desde la perspectiva de la ciencia jurídica, el poder constituyente “es la fuente de producción de las normas constitucionales, o bien el poder de hacer una Constitución y de dictar después las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado; en otros términos, el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, esto es, de regular las relaciones jurídicas en el seno de una nueva comunidad”⁶⁹. El origen de este

⁶⁸ Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias / Prodhufi, 1994, pág. 18.

⁶⁹ *Ibíd.*



nuevo ordenamiento es omnipotente pues, es la revolución misma.

Señala Artola: “La revolución, un acontecimiento sin precedentes, en la medida en que cambia la naturaleza del sistema político y en ocasiones los fundamentos de la sociedad, concibió la Constitución como la forma escrita del contrato social. En tanto que la Constitución histórica solo se descubre en la práctica continuada del poder, la Constitución escrita es un proyecto político de futuro. La sustitución de aquella por esta requiere la intervención de un poder superior: el poder constituyente que hace el contrato-Constitución y dispone lo necesario para su aplicación. El primer sujeto del poder constituyente fue el pueblo por medio de sus representantes: la soberanía nacional denomina a la vez que define el sujeto y la naturaleza del poder”⁷⁰.

Pese a lo extraordinario del poder constituyente revolucionario, aun este encuentra límites a su pretendido *poder ilimitado*. Dichos límites son clasificados por Sagüés en *topes normativos* (Derecho internacional: tratados, declaraciones, convenios), *topes fácticos* (factores internos y factores externos de poder: estructura económica, política, religiosa y cultural), *topes axiológicos* (doctrinas e ideologías prevaecientes: como el cristianismo, el liberalismo y la tradición del constitucionalismo)⁷¹.

Si el poder constituyente originario tiene límites, con mayor razón los deben tener el poder constituyente derivado y los poderes constituidos. Conforme Badeni

⁷⁰ Artola, *Ob. Cit.*, págs. 14 y 15.

⁷¹ Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004, págs. 280-283.



estos límites proveen de certeza jurídica y someten a todos los actores a la Constitución: “El carácter fundacional y organizativo de la función constituyente apunta a brindar seguridad jurídica a los integrantes de la nueva sociedad política. Por su intermedio se crea y organiza a la sociedad política, precisando los contenidos y formas de las relaciones sociales y políticas con la consecuente obligación, para gobernantes y gobernados, de adecuarse a ellas. Asimismo, por ser la constitución consecuencia del poder constituyente creador del Estado, este también queda subordinado a aquella”⁷².

Para lograr la certeza jurídica y de someter a gobernantes y gobernados al contrato-Constitución se configura a la Constitución con ciertas características que la elevan al carácter de norma suprema de carácter *sui generis*, estableciendo su supremacía y dificultad para ser modificada. Esto asegura la protección de los derechos consagrados en dicha norma y la vigencia de los límites que evitan que se abuse del poder.

“La consecuencia práctica de la doctrina del poder constituyente y la manera efectiva de asegurar la supremacía y superlegalidad del acto constituyente es la distinción y separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Se trata de otra de las tantas técnicas forjadas por el movimiento constitucionalista para preservar la libertad y dignidad del hombre como secuelas de la seguridad jurídica. Esa técnica consiste en establecer una distinción de sujetos y competencias entre quienes dan origen a la sociedad política global estableciendo su marco genérico de

⁷² Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho constitucional*, Tomo I, 2a ed., Argentina, La Ley, 2006, pág. 195.



organización, y quienes, en función del mismo, son los encargados de materializar los grandes objetivos plasmados en la Constitución y siguiendo los lineamientos previstos en ella”⁷³.

Al desarrollar el tema del poder constituyente Sáchica indica que: “Es inherente a toda comunidad de hombres darse organización que asegure sus intereses. Esa capacidad de auto-organizarse, de darse el ser; esa energía y voluntad eficiente que configura o da forma a un ente colectivo de carácter político, es el poder constituyente”⁷⁴. Conforme Sáchica, el poder constituyente tiene dos funciones básicas: constituir un modelo de Estado específico y darle una Constitución (y realizar sus reformas). Dados estos dos primeros momentos, su reforma estará a cargo del denominado poder constituyente derivado, el cual actúa dentro de los límites que le ha establecido el poder constituyente originario.

El concepto de poder constituyente que se asume en esta investigación es el enunciado al inicio de este capítulo, el expuesto por Rodrigo Borja, quien a su vez coincide con Linares Quintana al entender al poder constituyente como *la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-positivo fundamental originario por medio de una Constitución, y a revisar esta, total o parcialmente, cuando sea necesario*⁷⁵. Para Borja, en un contexto democrático, el poder constituyente “consiste en la suprema facultad del pueblo sobre sí mismo para darse una organización

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Sáchica, Luis Carlos, *Derecho constitucional General*, 4a ed., Bogotá, Colombia, Temis, 2006, pág. 19.

⁷⁵ Linares Quintana, Segundo V., *Teoría e historia constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Alfa, 1958, pág. 81.



política y un ordenamiento jurídico que regule y determine esa organización política. Es el pueblo el que ejerce el poder constituyente y se organiza políticamente mediante la promulgación de un código constitucional, que crea y regula en lo sucesivo a los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial) que forman el Gobierno ordinario del Estado”⁷⁶.

4. Características y naturaleza del poder constituyente

Las características que se le reconocen al poder constituyente variarán, no sustancialmente, conforme al autor o autores que sean objeto de consulta. Así, por ejemplo, Sánchez Agesta considera que este es *originario, indivisible, permanente y eficaz*. Para Saa Velasco sus características son la de ser *originario, ilimitado, fáctico, extraordinario e intrínsecamente válido*⁷⁷. Sin embargo, y tomando como base los conceptos antes expuestos y lo que más adelante señalarán Sáchica y Sagüés, se entiende que las características del poder constituyente (al que entienden esencialmente como originario) son:

“a) ***Es un poder no recibido***, no deriva de otro, nace de sí mismo, es su propia fuente; porque, precisamente, es de él que nacen los demás poderes —los poderes constituidos que conforman el Estado— y del que se deriva su legitimidad: es, pues, un poder autogenerado”⁷⁸. En teoría no existe delegación, porque es el mismo pueblo el que ejerce esta facultad, aunque necesariamente será un grupo de representantes

⁷⁶ Borja Cevallos, *Derecho político...*, pág. 317.

⁷⁷ Naranjo Mesa, *Ob. Cit.*, pág. 373.

⁷⁸ Sáchica, *Ob. Cit.*, pág. 20.



quienes lo hagan efectivo al materializar el nuevo documento constitucional.

“b) **Es un poder fáctico, político.** La decisión constituyente es un hecho, un suceso o un proceso histórico. Es un acto de creación, anterior al Estado y a su derecho. Casi siempre es el resultado, en su expresión inicial, de una revolución o de una secesión, separación, independencia o descolonización política, por desintegración de una federación o de un imperio”⁷⁹. Se está frente a un hecho político de carácter fundacional de un nuevo Estado, o de un nuevo sistema de Gobierno en un Estado preexistente. Lo que se busca es determinar el modelo de Estado y el modelo de Gobierno que será implementado, generalmente desconociendo todo lo político y normativo preexistente: “c) Por lo mismo, el ejercicio del poder constituyente **es prejurídico**; no está condicionado por normas, ya que es previo al orden jurídico y a la constitución del Estado. En razón de lo cual no se puede discutir su validez jurídica, su legalidad, pues él la crea”⁸⁰.

El ejercicio del poder constituyente originario no requiere de legitimación o justificación que vaya más allá de la titularidad del poder y, en buena medida, de distinguirse del poder que busca sustituir: “d) El constituyente **justifica política e históricamente su decisión**, no tiene que legitimarla, porque en él se origina la legitimidad y, a veces, es el fundador de una nueva legitimidad, si obra por vía revolucionaria”⁸¹. Si bien se configura como ilimitado, como ya fue expuesto, el poder constituyente originario encuentran sus límites en *topes* normativos, fácticos y

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*



axiológicos: “e) En la respectiva coyuntura política **solo los factores y circunstancias de la realidad determinan el obrar revolucionario**. De modo que libre, arbitrariamente, crea el Estado necesario, el que le convenga, el que responda al interés del constituyente”⁸².

De las características enunciadas se obtiene la naturaleza del poder constituyente, lo que hace que este sea lo que es y no otra cosa u otro tipo de poder. De Vega es uno de los autores que mejor define la naturaleza del poder constituyente. Indica que se trata de un poder absoluto y total. Modernamente se le considera un poder soberano, pues deriva de una participación democrática: “De la calificación del poder constituyente como poder soberano e ilimitado, derivarán, cuando menos, dos consecuencias importantes... mientras los poderes constituidos tienen su fundamento en la Constitución, y desde ella se explican sus posibilidades y modos de actuación, el poder constituyente se justifica a sí mismo. Su fundamentación no es jurídica, sino ontológico-existencial... la titularidad del poder constituyente corresponde al pueblo”⁸³.

5. Tipos de poder constituyente

Los tipos o manifestaciones de poder constituyente encuentran su clasificación conforme la doctrina o los mismos procesos políticos le asignen facultades a entes diversos para formular o reformar una Constitución. Al consultar la doctrina en materia constitucional es común que al poder constituyente se le clasifique en

⁸² *Ibíd.*

⁸³ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, España, Tecnos, 2011, págs. 28 y 29.



originario y derivado, esto conforme a las facultades que cada uno de ellos posee para organizar políticamente a la sociedad y dotarla de una Constitución o si solo puede modificar o adaptar la misma (aunque en algunos casos también puede reemplazarla totalmente, pero siempre observando los procedimientos establecidos por el poder constituyente originario).

Otra clasificación, menos frecuente, es la que divide al poder constituyente en revolucionario y conservador. Este tipo de poder constituyente; el revolucionario, fue el que primó en los procesos fundacionales de los Estados de derecho de finales del siglo XVIII: los Estados Unidos de América y la Francia revolucionaria. En estos se da un rompimiento total con el modelo político imperante. El modelo de poder constituyente conservador no responde a un cambio tan abrupto como el revolucionario, si bien cambia totalmente la Constitución y puede responder a un rompimiento constitucional (golpe de Estado), no conlleva la separación con el modelo político preexistente.

Esta segunda clasificación, si bien responde a otros parámetros, no es contrapuesta con la que lo divide en originario y derivado. Como se infiere a continuación, ambas clasificaciones se presuponen en la mayoría de sus elementos.

5.1. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado

El elemento distintivo del denominado poder constituyente originario es su carácter extraordinario-fundacional y, en consecuencia, que no tiene un marco jurídico que lo pueda limitar. Este poder y facultad de decidir la estructura política y jurídica del Estado también puede estar regulado por una Constitución producto de



un poder constituyente fundacional, es el caso del poder constituyente derivado. Las facultades a las que puede recurrir dicho poder derivado irá desde el reformar en algunos aspectos el pacto constitucional, hasta el proveer de un nuevo pacto político a la sociedad, esto conforme se lo faculte el poder constituyente originario.

Refiere Badeni: “En su etapa derivada, el poder constituyente participa de la naturaleza que tiene en su etapa originaria. Se trata, en ambos casos, de un mismo poder constituyente cuyas diferencias no están dadas por su naturaleza sino por los alcances de su ejercicio. El poder constituyente originario es ilimitado, mientras que, el derivado, solo se puede ejercer dentro de los límites resultantes del anterior. El rasgo esencial del poder constituyente derivado reside en su subordinación originaria respecto de la manifestación del poder constituyente fundacional. Sin embargo, y una vez puesto en funcionamiento conforme a la constitución vigente, puede llegar a transformarse en un poder constituyente fundacional si establece y organiza una nueva sociedad política global. Esta situación se podrá presentar si se faculta, mediante el ejercicio del poder constituyente derivado, a reformar íntegramente una Constitución no solamente en su texto sino también para adecuarla a una nueva idea política dominante”⁸⁴. Este carácter *ilimitado* que Badeni (y diversos autores aquí expuestos) le atribuye al ejercicio del poder constituyente originario, en esta investigación se entiende conforme a los *topes normativos, fácticos y axiológicos*, ya expuestos.

⁸⁴ Badeni, *Ob. Cit.*, págs. 196 y 197.



Lafuente no entra a desarrollar a fondo las características y circunstancias en que se manifiesta el poder constituyente. Para él, el poder constituyente es el *poder de elaborar y aprobar una Constitución*⁸⁵. Siguiendo la exposición de Carré de Malberg, Lafuente indica que se distinguen dos tipos de poder constituyente: el *originario* y el *constituido* o *derivado*. Con base en su argumentación, la razón de calificarlos como *poder constituyente* es que su objeto es la Constitución, su creación o su reforma⁸⁶.

Indica Lafuente: “El poder constituyente originario es el poder del pueblo para crear y dotarse de una Constitución *ex novo*. El poder constituyente constituido es el poder que el pueblo delega en el parlamento para reformar una Constitución ya proclamada. Y se le llama derivado o constituido precisamente porque el poder del parlamento para reformar la Constitución deriva del poder constituyente originario, es decir, es una delegación del pueblo a favor del parlamento que se instrumentaliza y regula en la propia Constitución. Por el contrario, el poder constituyente originario no está sujeto a limitación alguna porque pretende la instauración *ex novo* de un régimen político”⁸⁷.

La distinción entre estos dos tipos de manifestaciones del poder constituyente acoge, con el poder constituyente originario, el principio democrático que radica en la soberanía y autodeterminación de los pueblos, que se manifiesta en darse una Constitución, en elegir cómo se ha de gobernar, los derechos y los fines que busca

⁸⁵ Lafuente Balle, José María, *Introducción al Derecho constitucional. La Constitución en acción*, España, Aranzandi, 2012, pág. 25.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*, págs. 25 y 26.



alcanzar. Para que esta voluntad sea provista de supremacía, y vincule tanto a gobernantes como gobernados, la Constitución se debe erigir como norma suprema, solo sujeta de modificación de forma y por procesos extraordinarios⁸⁸. El poder constituyente derivado atiende al principio representativo, al dejar en manos de un poder constituido la potestad de su reforma, reforma cuyo procedimiento es diferente al de las normas ordinarias pues reconoce el carácter extraordinario de la norma constitucional previendo para su modificación un proceso complejo que la dote de rigidez⁸⁹.

Si bien la mayoría de autores aquí analizados entienden el poder constituyente como un fenómeno coyuntural al Estado moderno, y que su titular es el pueblo, autores como Sáchica son más amplios en cuanto a su titular: *pueblo, nación, una élite, un hombre*. Aunque entiende que moderna y contemporáneamente el poder constituyente suele tener como titular al pueblo y no es proclive a dividir el poder constituyente en originario y derivado pues para él solo puede haber un poder constituyente y que la organización de un Estado, la creación y reforma de su Constitución es obra del mismo poder⁹⁰.

Indica Sagüés: “En doctrina se discute si el poder constituyente derivado es o no efectivamente *poder constituyente*. La tesis negativa dice que es un simple *poder legislativo extraordinario*, limitado por el orden jurídico preexistente (Pérez Serrano, Schmitt); y que ese condicionamiento le priva de la categoría de poder constituyente

⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 26.

⁸⁹ Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Civitas, 1952.

⁹⁰ Sáchica, *Ob. Cit.*, pág. 20.



propriadamente dicho, que solo sería el poder constituyente originario. Por su parte, entendemos que en tanto pueda cambiar de algún modo a la constitución formal, el poder constituyente derivado importa al ejercicio de competencias constituyentes, y por eso es *poder constituyente*, aunque carezca de las atribuciones ilimitadas del poder constituyente originario”⁹¹.

Sáchica advierte que esta clasificación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado encuentra sentido en que ambos son manifestaciones de dicho poder, pero que el primero reviste de características que permiten diferenciarlo y evidenciar su dimensión respecto del segundo: *es un poder original, incondicional, fáctico, antijurídico del que nacen los Estados. Pura voluntad política y de organización, el constituyente decide a su modo, teniendo por testigo a la historia*⁹².

Para Sagüés, el poder constituyente se puede clasificar en interno y externo, que es el caso cuando el mismo se practica y da una Constitución por sus propias autoridades (interno) y, excepcionalmente, cuando dicho poder es influenciado por un Estado extranjero o un organismo internacional. El último caso puede tener como ejemplos Constituciones de postguerra (el caso de Japón —1947 y Austria —1955). Pero la principal clasificación, indica Sagüés, es la del poder constituyente en originario y derivado. El primero, a su vez, puede ser *fundacional y posfundacional*⁹³.

Sagüés, al igual que otros autores aquí analizados, propone como elemento

⁹¹ Sagüés, *Ob. Cit.*, pág. 276.

⁹² SÁCHICA, *Ob. Cit.*, pág. 21.

⁹³ Sagüés, *Ob. Cit.*, págs. 274 y 275.



característico del poder constituyente originario sus facultades ilimitadas, situación que ya se ha matizado en esta investigación. Otro aspecto a destacar es que Sagüés reconoce como correcta la posibilidad de establecer potestades *legibus solutos* a un poder constituyente *posfundacional* para que este pueda dotar a la sociedad de otro contrato político sin tener que acudir al rompimiento constitucional: “a) El poder constituyente *originario* (en cuanto su poder ilimitado) puede ser de dos tipos: *fundacional*, cuando dicta la primera Constitución de un Estado, al crearse este, y siempre que opere sin topes normativos, o *posfundacional*, si actúa después de creado el Estado, libre de ataduras normativas. En cualquiera de estos supuestos, el poder constituyente originario se comporta *legibus solutus* (desligado de la ley) y, por su naturaleza y comportamiento, tiende a ser revolucionario”⁹⁴.

En cuanto al poder constituyente derivado Sagüés entiende que el ámbito del mismo está delimitado jurídicamente, límites que impiden que este tipo de poder pueda desbordarse y asumir facultades que previamente han sido sustraídas por el poder constituyente originario de su posibilidad de actuar: “b) el poder constituyente *derivado* (también llamado ‘derivativo’, ‘instituido’, o ‘constituido’) está sometido a las reglas jurídicas impuestas por una Constitución en vigor y por las reglas infraconstitucionales dictadas como consecuencia de aquella constitución. Es, entonces, un poder constituyente condicionado”⁹⁵.

Sagüés señala que lo común es que el poder constituyente derivado esté dentro de las facultades de los congresos como poderes constituidos. Esta facultad suele

⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 275.

⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 276.



ser la de modificar la Constitución y solamente en determinados aspectos. Sin embargo, como ya se anotó, el autor advierte que puede suceder que las facultades reconocidas al poder derivado no se limiten a la reforma o enmienda y se le reconozca la capacidad de cambiar totalmente la Constitución, de formular una nueva Constitución. A esta facultad la denomina *poder de reemplazo* (es el caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia)⁹⁶.

5.2. Poder constituyente revolucionario y poder constituyente conservador

La clasificación del poder constituyente en revolucionario y en conservador hace referencia al elemento de rompimiento o continuidad en el modelo político preexistente a su actuar. Como lo indica Borja Cevallos: “Deben distinguirse dos circunstancias en que puede estar el poder constituyente: 1) en el acto inicial de creación de un Estado y, por ende, de su Constitución, o 2) en el del cambio de organización de un Estado ya existente”⁹⁷.

El poder constituyente revolucionario puede fácilmente confundirse con el poder constituyente originario posfundacional (que se analizó en el punto anterior) pero, si bien ambos desconocen el ordenamiento jurídico preexistente, pues rompen con el mismo, el primero se asemeja más con el poder originario fundacional pues no solo rompe con el ordenamiento jurídico sino desarma las mismas bases de la organización política modificando un régimen por otro (un monárquico por un republicano, como fue el caso de las revoluciones de finales del siglo XVIII, por

⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 276.

⁹⁷ Borja Cevallos, *Enciclopedia de...*, pág. 1525.



ejemplo). Sin embargo, en esta investigación se acepta que los parámetros que permiten diferenciarlos no son totalmente claros, esto es porque dichas clasificaciones no son necesariamente contrapuestas y, generalmente, esta ha cedido ante la clasificación del poder constituyente en originario y derivado.

Cuando Noguera Fernández se cuestiona sobre *¿qué es el poder constituyente?*, señala que una primera forma *tradicional*, descartada en la actualidad por la mayoría de los autores es aquel que nace de un proceso revolucionario “que desemboque en una ocupación de las instituciones mediante una vía *de facto*, normalmente vinculada a una acción violenta que rompe y desconoce el anterior orden jurídico”⁹⁸.

Otro de los pocos autores que aún hacen referencia a esta clasificación de poder constituyente revolucionario es Tena Ramírez, quien para dar claridad al tema inicia por determinar qué se entiende por *revolución*: “Entendemos por revolución la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado. Excluimos, por lo tanto, del concepto de revolución las rebeliones, motines o cuartelazos, tan frecuentes otrora en México, que tienen por origen querellas de personas o de facciones y por objeto el apoderamiento del mando, sin mudar el régimen jurídico existente, antes bien invocando como pretexto el respeto debido al mismo”⁹⁹.

En cuanto al poder constituyente conservador, este puede darse por medio del ejercicio del que anteriormente denominamos *poder constituyente posfundacional* y

⁹⁸ Noguera Fernández, Albert, *Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Madrid, España, Sequitur, 2012, págs. 172 y 173.

⁹⁹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 16a ed., México, Porrúa, 1978, pág. 73.



se contraponen al *poder constituyente revolucionario* en que a diferencia de este no rompe con las bases políticas (sus cambios no son radicales, se continúa con el modelo democrático, al menos en lo formal) y si bien nace de un rompimiento del orden jurídico, al dictar el nuevo ordenamiento no cambia las bases políticas ni jurídicas fundamentales (la soberanía sigue teniendo el mismo titular, los regímenes políticos y económicos, entre otros, siguen sin cambios).

6. El poder constituyente en la Constitución Política de la República de Guatemala

El ejercicio del poder constituyente en el Estado de Guatemala, nominalmente ha sido efectivo en diversas ocasiones, tanto en su manifestación de poder originario fundacional, como en su manifestación de poder originario posfundacional. A estos, particularmente al posfundacional, les ha seguido el ejercicio del poder constituyente derivado o de reforma, comúnmente delegado en el Poder Legislativo.

En cuanto a las variantes de poder revolucionario o conservador, siguiendo la línea antes expuesta, que hace radicar al primero en un cambio revolucionario y por tanto profundo en lo que refiere a su organización política y titularidad de la soberanía y poder constituyente, este tipo de poder coincidiría con el poder constituyente originario fundacional y se ubicaría en la denominada *Acta de Independencia* del 15 de Septiembre de 1821 o en el denominado *Decreto de Independencia Absoluta* del 1º de julio de 1823, fecha en que la Asamblea Nacional Constituyente da



cumplimiento a lo mandado en el punto 2º del Acta de Independencia¹⁰⁰.

La Constitución Política de la República de Guatemala, que data de 1985 y que fue reformada en 1993, contempla de manera muy general el ejercicio del poder constituyente derivado (en un Título con cinco artículos, del 277 al 281), provee mecanismos para la reforma constitucional, reservando un contenido que el constituyente estableció como pétreo o intangible y guardando silencio en lo que respecta a la posibilidad de darse una nueva Constitución al menos por medio de cauces institucionales, pues en lo que si es explícita es en que la misma *no pierde su validez y vigencia pese a cualquier interrupción temporal derivada de situaciones de fuerza* (artículo 21 transitorio).

Si bien el análisis del articulado relacionado al proceso de reforma constitucional será objeto de análisis específico en los capítulos siguientes, aquí se comentará de manera general.

Conforme a los artículos 140 y 141 de la Constitución, Guatemala es un Estado republicano, democrático y representativo, y su soberanía radica en el pueblo. Sin embargo, estos aspectos el constituyente los dispuso de una manera muy limitada al regular lo relativo a la reforma constitucional. Con base al artículo 277 constitucional, solamente el Presidente de la República (en Consejo de Ministros), diez o más diputados, y la Corte de Constitucionalidad tienen iniciativa de reforma; los ciudadanos también cuentan con esta posibilidad, pero debe concurrir la voluntad de no menos de cinco mil de ellos y el destino de la propuesta de reforma no vincula

¹⁰⁰ García Laguardia, *Ob. Cit.*, págs. 23 y 24.



en modo alguno al Congreso de la República, más que el de darle recepción y destino a la misma (una Comisión de Trabajo).

El legislador constituyente reservó el conocimiento de la reforma de cierto apartado de la Constitución con exclusividad para una Asamblea Nacional Constituyente (ANC). Todo lo relativo a *derechos humanos individuales*, al igual que la posible reforma del mismo artículo 278 debe agotar un procedimiento especial que va desde la necesidad de una mayoría calificada en el Congreso para convocar a la ANC, hasta la determinación de los artículos que serán objeto de reforma y la intervención del Tribunal Supremo Electoral en la convocatoria a las elecciones correspondientes.

El artículo 279 regula lo relativo a la calidad y requisitos para ser diputado constituyente, requisitos que remite a los del diputado al Congreso de la República (artículo 162): ser guatemalteco de origen y estar en el goce de sus derechos ciudadanos. En lo que refiere al proceso de elección y la cantidad de diputados se estará conforme a los procesos de elecciones generales de diputados al Congreso de la República.

La otra posibilidad de reforma que establece la Constitución es la que puede encaminar el mismo Congreso de la República, sin necesidad de convocatoria ni intervención de una Asamblea Nacional Constituyente. Por defecto, el Congreso podrá conocer de la reforma de los artículos que no estén reservados a la competencia de una Asamblea Nacional Constituyente o no estén contemplados dentro de las normas intangibles que se detallan en el artículo 281.



Un aspecto que es de avanzada en lo que refiere a la participación ciudadana, es la exigencia de que toda reforma constitucional aprobada por el Congreso requiera para su vigencia, su ratificación mediante consulta popular, mecanismo contemplado en el artículo 173 de la misma Constitución.

Finalmente, todo lo relativo al modelo de Estado y de Gobierno, a la soberanía, a la obligación de desconocer al Presidente de la República si este continúa en el ejercicio de su cargo habiendo vencido su período constitucional, prohibiciones para optar al cargo de Presidente de la República y prohibición de reelección del mismo, no podrán ser objeto de reforma ni mediante Asamblea Nacional Constituyente ni por del Congreso de la República.



Capítulo III

Reforma constitucional

1. Aproximación a la reforma constitucional

La reforma constitucional está vinculada directamente con la adecuación o actualización de la obra del poder constituyente. Este proceso tiene diferentes momentos que van desde quién puede realizarlo, pasa por los límites de dicha reforma, hasta las variantes de su aprobación. La Constitución está llamada a ser dinámica, pues las relaciones sociales lo son y la Constitución busca regularlas, en consecuencia, como lo señala Pereira:

“Su existencia no es estática sino dinámica y, a poco que las Constituciones duren, ello se traduce en cambios y en una hiedra de leyes, jurisprudencia y costumbres que crecen pegadas a ella. Dotadas, según los casos, de más o menos rigidez o flexibilidad, las Constituciones sufren alteraciones: cambios formales y no formales, cambios producidos por factores constitucionales y por factores extra-constitucionales, cambios que no son del texto sino del contexto social y hasta mutaciones que pueden alterar profundamente o eliminar el sentido de una disposición constitucional”¹⁰¹.

Los cambios sociales repercuten en el ámbito constitucional, pues cuando se habla de cambio social no se está haciendo referencia a meras adaptaciones ornamentales o procedimentales, una reforma constitucional, si bien no es tan

¹⁰¹ Pereira Menaut, *Ob. Cit.*, pág. 95.



profunda como el proceso de una nueva Constitución, sus cambios deben dar respuesta a una necesidad extraordinaria e impostergable de adaptación.

La existencia de mecanismos para responder institucionalmente a los cambios normativos que exigen los cambios sociales, como la jurisprudencia, la mutación constitucional, la reforma constitucional y la reforma normativa ordinaria, son necesarios para que el Derecho pueda adaptarse y evitar un rompimiento constitucional.

Indica Bodenheimer: “En la vida social el poder es una fuerza expansiva y revolucionaria. El Derecho, por su propia naturaleza, es restrictivo y conservador... El Derecho, en conjunto, es una fuerza estática; tiene una fuerte tendencia al estancamiento. Donde impera el Derecho se realiza un intento de mantener un equilibrio social concediendo y asegurando —dentro del sistema social— ciertos derechos a los individuos y grupos; se niega generalmente un aumento o disminución considerable de esos derechos. Por ello el Derecho quiebra en épocas de crisis y cambio social, dejando vía expedita a nuevos reajustes de poder. En tales épocas el Derecho solo tiene posibilidad de conservarse dando pruebas de gran flexibilidad y adaptabilidad”¹⁰².

En cuanto a una aproximación al concepto de reforma constitucional, Naranjo Mesa afirma: “Aunque las constituciones son hechas con vocación de permanencia, es decir, para que se mantengan vigentes de manera indefinida, es natural que ellas deban prever los mecanismos para su propia reforma, cuando las circunstancias

¹⁰² Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pág. 29.



políticas, económicas, sociales o culturales así lo exijan, teniendo en cuenta que estas circunstancias son cambiantes”¹⁰³.

Como ya fue desarrollado en el Capítulo II de esta investigación, el poder constituyente es de tipo extraordinario y no permanente (como sí lo son los poderes constituidos), así que debe buscar mecanismos y crear procedimientos para que su obra permanezca y no sea modificada cual si fuera norma ordinaria. Así, el legislador constituyente finca en su obra el principio de supremacía constitucional, que garantiza el respeto de su superioridad, y un cierto nivel de rigidez y procedimiento extraordinario para su reforma, ya sea convocando a una nueva Asamblea Constituyente o elevando a la calidad de poder constituyente derivado a la Asamblea o Congreso. Este procedimiento especial de reforma, lo justifica Garrorena al indicar:

“Si la Constitución pudiera reformarse con las mismas exigencias y por el mismo procedimiento con el que se aprueba una ley ordinaria, el contenido de aquella —que es obra del poder constituyente— habría quedado a merced del legislador —que es tan solo un poder constituido— y, en consecuencia, la Constitución habría dejado de existir como tal. La distinción entre Constitución y ley ordinaria habría desaparecido y, con ello, la primera de tales normas habría dejado de ser un Derecho diferente y superior al resto del Derecho. Pues bien, a esta superior dificultad o agravación procesal que las propias Constituciones imponen para su reforma es a lo que llamamos ‘rigidez constitucional’, la cual constituye así una de estas notas que hacen de manera imprescindible al concepto formal de

¹⁰³ Naranjo Mesa, *Ob. Cit.*, pág. 391.



Constitución porque toda ley fundamental que no se dote de rigidez es una Constitución que abdica de su propia 'supralegalidad' al renunciar a diferenciarse formalmente de las demás leyes y por lo tanto a existir por encima de ellas"¹⁰⁴.

Derivado del carácter jerárquico/supralegal de la Constitución, surge la necesidad de su rigidez, lo que viene a agravar o dificultar su reforma en pro de la seguridad y estabilidad jurídica. A este respecto, García Cuadrado indica que son dos temas los que importan: *el procedimiento a seguir para la reforma y el problema de los límites de la reforma*¹⁰⁵. En cuanto al procedimiento a seguir, este variará dependiendo si se está frente a una Constitución flexible, a una rígida, o a una pétrea, su carácter se vincula a la posibilidad de reforma mediante un órgano ordinario, mediante un órgano extraordinario o, definitivamente, ante la imposibilidad de cualquier cambio¹⁰⁶.

El marco teórico de la reforma constitucional es expuesto en dos capítulos, en este se desarrolla lo relativo a su concepto, justificación y legitimación, también se hace un breve repaso en las variantes estatales unitarias y federales y del Derecho comparado. En el capítulo siguiente se abordan los entes que están legitimados legalmente para realizar la reforma constitucional, los límites a que están sujetos en dicha actividad, a su clasificación y a las modalidades de intangibilidad o normativa pétrea que se suele abstraer del poder reformador.

¹⁰⁴ Garrorena Morales, *Ob. Cit.*, pág. 98.

¹⁰⁵ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, pág. 382.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, págs. 382 y 383.



2. Concepto

Autores como Badeni¹⁰⁷ y García Cuadrado¹⁰⁸, ubican a la reforma constitucional dentro de un proceso mayor al que denominan *dinámica del poder constituyente* y *dinámica constitucional*, respectivamente. Dicho proceso estudia no solo el origen de las Constituciones, como manifestación o ejercicio del poder constituyente, sino las formas reconocidas de cambio constitucional, dentro de las cuales está la reforma constitucional.

La reforma constitucional evidencia su importancia, ya que el ordenamiento jurídico constitucional posee pocas formas de actualizarse o adaptarse, y las mismas son, por naturaleza, extraordinarias. Dentro de estas escasas formas de actualizarse se encuentra la interpretación jurisprudencial, la denominada *mutación constitucional* (que está dentro de la misma línea de las sentencias), y la más extrema (sin implicar un cambio constitucional completo o definitivo), lo es la reforma constitucional.

Refiere Borja Cevallos: “Los juristas suelen distinguir las diversas posibilidades de alteración de que es susceptible una Constitución. Hablan de la destrucción, suspensión, quebrantamiento o enmienda de ella. La destrucción se produce por la acción de una fuerza revolucionaria triunfante que impone sus propios principios políticos sobre la organización del Estado. La suspensión de alguna de sus normas obedece a la declaración del *estado de sitio* o de la *ley marcial* en conformidad con

¹⁰⁷ Badeni, *Ob. Cit.*, págs. 193 y ss.

¹⁰⁸ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, págs. 367 y ss.



sus propias previsiones. El quebrantamiento es la violación de sus preceptos por una autoridad o por los ciudadanos pero sin que la Constitución, en su conjunto, haya sido suprimida. Y la enmienda es la modificación total o parcial de su texto de acuerdo con las propias prescripciones que él contiene”¹⁰⁹.

Badeni, previo a concretar un concepto de reforma constitucional, indica que la utilidad de la reforma se evidencia cuando se entiende que la eficacia de las Constituciones radica en su capacidad de adecuación social y política, en atender las exigencias sociales. En ello radica la utilidad de la reforma constitucional, en ser una herramienta para actualizar el contrato-Constitución. Entiende que una Constitución debe ser actualizada, puesta al día, que una Constitución del tipo pétreo es un pacto político *destinado al fracaso* pues le resulta imposible satisfacer los requerimientos provenientes del dinamismo de la vida social (enfoque sociológico). Pero, inmediatamente acota: *la reforma constitucional no debe ser entendida como mera respuesta que permita remediar los males de la sociedad*¹¹⁰.

Si la reforma constitucional tuviera como única naturaleza el actualizar el contrato-Constitución, la Constitución estaría expuesta a continuos cambios que incluso irían en contra de sus fines. Es por ello que, como ya se indicó, se distingue entre poder constituyente y poder constituido. La supremacía constitucional, el control de constitucionalidad y la rigidez constitucional, moldean los temas que pueden ser objeto de reforma constitucional y su alcance, *técnicas destinadas a*

¹⁰⁹ Borja Cevallos, *Enciclopedia de...*, pág. 1678.

¹¹⁰ Badeni, *Ob. Cit.*, pág. 201.



*facilitar la subsistencia y aplicabilidad de una Constitución*¹¹¹.

Badeni entiende por reforma constitucional los mecanismos que una Constitución prevé para permitir su propia adecuación a la realidad, *sin caer en el extremo del enfoque sociológico o de su petrificación, cuando mediante la interpretación resulte imposible alcanzar tal objetivo y siempre que esa realidad esté consubstanciada con la idea política dominante*¹¹².

García Cuadrado, al igual que Badeni, no proporciona un concepto expreso, que no haya necesidad de armar, cuando aborda el tema de la reforma constitucional. El primer autor, al igual que el segundo, inicia por indicar que para hablar de reforma constitucional se debe tener como marco una Constitución de tipo flexible (aunque su procedimiento de reforma sea más o menos agravado) y coexistir con el principio de supremacía constitucional. También indica que existen cambios formales y cambios informales, cuando la modificación sigue el procedimiento señalado por el ordenamiento *hablamos de modificación formal o reforma constitucional*. Todos los otros cambios que se introducen por vías diferentes, indica, se conocen con el nombre de *cambios informales o mutaciones constitucionales*¹¹³. Se deduce que, para este autor, la reforma constitucional es toda modificación del texto de una Constitución, observando el procedimiento y límites establecidos en ella misma.

Sagüés analiza el tema de la reforma constitucional como una actividad

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, pág. 382.



exclusiva del poder constituyente derivado. También entiende que este tipo de reforma tiene como marco necesariamente que dichos cambios al texto constitucional se hagan conforme a la normativa constitucional anterior (y también de manera congruente con la normativa infraconstitucional dictada previamente conforme a la Constitución). Distingue entre la creación y la reforma constitucional, no tanto lo cuantitativo sino lo cualitativo, lo trascendente del cambio constituyente. Lo trascendental corresponderá al poder constituyente originario al dictar una nueva Constitución, la adecuación o enmienda al poder constituyente derivado o de reforma¹¹⁴.

Sáchica entiende por reforma constitucional un *proceso para la introducción de reformas a la Constitución*¹¹⁵. Al igual que los autores acá citados, SÁCHICA indica que estamos ante un proceso *reglado* que tiene diferentes matices, dentro de los cuales destaca:

“1º. Se establecen las llamadas cláusulas pétreas, esto es, se prohíbe la reforma de parte de la Constitución vigente, porque se estima que allí reside su esencia, el principio de legitimidad o los derechos intocables. Es frecuente resguardar así de todo cambio los derechos individuales o el régimen de propiedad privada. 2º. Se prohíbe cualquier reforma durante cierto tiempo, en procura de estabilizar un nuevo régimen. 3º. Se distingue entre enmiendas parciales y globales, para exigir mayores requisitos en el último evento o para hacerlas propias de cuerpos constituyentes especiales. 4º. Se diseñan complejos trámites que dificulten o dilaten

¹¹⁴ Sagüés, *Ob. Cit.*, pág. 296.

¹¹⁵ SÁCHICA, *Ob. Cit.*, pág. 27.



la enmienda, en busca de estabilidad y resistencia a las innovaciones injustificadas o aventuradas. 5º. Se exigen mayorías especiales para la aprobación, o se añade la necesidad del referéndum o la convocatoria de una constituyente”¹¹⁶.

Asensi también parece evitar la formulación de un concepto preciso de reforma constitucional. Se conforma con indicar que se trata de *adaptar la Constitución a los cambios de todo orden que constantemente se producen*. El autor citado prefiere centrarse en la técnica que ha de utilizarse para realizar de mejor manera un cambio o adaptación de este tipo. Indica que dentro de un Estado democrático, la mejor técnica es aquella que distribuya este poder dentro de su pluralidad de órganos y que se exija el consentimiento del órgano máximo de la soberanía (el electorado), mediante referéndum¹¹⁷. Coincide con los criterios de los doctrinarios aquí expuestos en lo relativo al requisito indispensable de que exista un procedimiento expreso contemplado en la normativa constitucional, en la necesidad de mayorías parlamentarias *agravadas* para su aprobación, en la necesaria participación del electorado para ratificar dicha reforma y en el respeto de los límites fijados por el poder constituyente originario: cláusulas de intangibilidad, límites implícitos y la no posibilidad de reforma total de la Constitución. En el último punto, es evidente que Asensi encaja la reforma constitucional dentro de las facultades propias del poder constituyente derivado y, en consecuencia, entiende que la elaboración de una nueva Constitución o la reforma total de la misma es competencia exclusiva del poder

¹¹⁶ *Ibíd.*, págs. 27 y 28.

¹¹⁷ Asensi, *Ob. Cit.*, pág. 204.



constituyente originario¹¹⁸.

Ha quedado claro que la reforma constitucional se vincula con un aspecto fáctico, sociológico (que, de no atenderlo oportunamente, puede llevar al rompimiento del orden constitucional) y a un límite formal: la supremacía constitucional (materializada en la rigidez constitucional). Esto, claro está, sin dejar por fuera cambios de tipo procedimental o de menor trascendencia que sean necesarios actualizar y que requieran este nivel de intervención. Es por ello que Balaguer advierte que “la reforma constitucional no es solo una técnica al servicio de la supremacía constitucional, sino también un mecanismo de adaptación de la Constitución a las nuevas exigencias sociales y de corrección técnica de las deficiencias de los preceptos constitucionales”¹¹⁹.

Entonces los mecanismos de reforma requieren un delicado y difícil equilibrio entre el denominado *enfoque sociológico* y la vigencia del principio de supremacía constitucional, que es el que dota de ese carácter de norma *sui generis* o extraordinaria a la Constitución. Como se expone en los puntos y capítulo siguientes, la reforma constitucional debe evidenciar un fino equilibrio entre *supremacía* y *adaptación*. La supremacía constitucional es complementada por la rigidez constitucional y la jurisdicción constitucional, la primera evita que la Constitución pueda ser reformada tal cual fuera una norma ordinaria, y la segunda garantiza que los poderes constituidos no excedan sus facultades yendo en contra del contenido,

¹¹⁸ *Ibíd.*, pág. 208.

¹¹⁹ Balaguer Callejón, Francisco (coor), *et al.*, *Introducción al Derecho Constitucional*, Madrid, España, Tecnos, 2011, pág. 57.



principios y valores de la Constitución.

Balaguer, citando a De Cabo, indica que: “Es preciso advertir, en todo caso, que la reforma constitucional es una fuente con un a doble naturaleza: las leyes de reforma están sometidas durante el procedimiento de elaboración a los requisitos establecidos por la propia Constitución. Pero, una vez que se incorporan al ordenamiento, son Constitución. De ahí que se haya afirmado que la reforma es la única fuente del Derecho constitucional del ordenamiento”¹²⁰.

De Vega aporta argumentos más elaborados para lograr entender la razón de ser de la reforma constitucional y evidenciar la latente y peligrosa contradicción que existe entre la soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional. Cuando el poder constituyente ejerce su facultad, el principio democrático está garantizado. Sin embargo, el continuo ejercicio de este poder menoscaba el principio de supremacía constitucional. El poder constituyente (como quedó expuesto en el Capítulo II) es un poder político y jurídico, mientras el poder constituyente de reforma es un poder únicamente jurídico, pues actúa dentro de los límites contenidos en la misma Constitución y establecidos por el poder constituyente. De no ser así, resume Esmein, citado por De Vega, *estaríamos propensos a vivir en una acción revolucionaria reconocida como legítima y casi permanente*¹²¹.

El autor citado señala: “Se estima que la función de reforma responde al ejercicio de competencias y facultades establecidas y reconocidas por la

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ De Vega, *Ob. Cit.*, pág. 61.



Constitución, no admite dudas de ningún género que el principio de supremacía aparece consagrado en su máxima plenitud. Sin embargo, es en este caso el principio democrático quien se vería seria y gravemente lastimado. A fin de cuentas, cualquier operación de reforma implica, por su contenido, una actividad típicamente constituyente, y que, conforme a la lógica del Estado constitucional, sobrepasa las atribuciones de los poderes constituidos, sometidos por definición al ordenamiento fundamental e incapaces, por tanto, de transformarlo”¹²².

Continúa indicando el autor: “En el intento de solventar la contradicción entre el principio democrático y el principio de supremacía, y como sistema de equilibrio ante un dilema con alternativas que, llevadas a sus últimas consecuencias, resultan irreconciliables, aparece la temática de la reforma constitucional. Su fundamento descansa en un doble postulado: en primer lugar, en la afirmación indubitable del poder constituyente: «De igual forma —decía Sieyès en la *Exposition raisonnée*— que los poderes constituidos no pueden cambiar la Constitución, el poder constituyente todo lo puede en este orden». En segundo término, en el reconocimiento del hecho en virtud del cual se considera que el poder constituyente, en el ejercicio de sus facultades soberanas, del mismo modo que organiza y establece las atribuciones y competencias de los poderes constituidos, puede crear también un procedimiento y un poder especial (el poder de revisión), capaz de ordenar y regular las transformaciones futuras del ordenamiento fundamental”¹²³.

La exposición de De Vega explora de mejor forma lo que se ha venido

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*, págs. 61 y 62.



sosteniendo con el desarrollo de los criterios doctrinarios respecto de la reforma constitucional: el poder de reforma constitucional, la reforma constitucional, esta reglado y ordenado por la Constitución. Es, en consecuencia, limitado, y la actividad de revisión (la reforma constitucional) no puede ser entendida como una actividad soberana y libre¹²⁴.

Los criterios desarrollados en este punto, y particularmente la normativa constitucional vinculante, llevan a satisfacer la necesidad de contar con un concepto de reforma constitucional. Un concepto que acoge la modalidad normativa guatemalteca, pero que evidencia algunas deficiencias en su contexto doctrinario es el que entiende por reforma constitucional: *“Todo cambio o incorporación que se realiza a las normas, instituciones, derechos o garantías contenidas en la Constitución y las leyes que tengan dicha jerarquía; con el fin de actualizar el contenido constitucional a la realidad social, encontrando su legitimación en la soberanía ejercida por el pueblo”*¹²⁵.

La deficiencia que presenta este concepto es que parece hacer prevalecer el enfoque sociológico sobre el límite impuesto por la supremacía constitucional, a la que no hace referencia. Además, al hacer radicar la legitimidad de la reforma en la soberanía puede dar margen a una grave confusión: el poder constituyente soberano es el originario, que es una manifestación en esencia política e ilimitada que da un producto jurídico, cuando la naturaleza del poder de reforma es su carácter derivado

¹²⁴ *Ibíd.*, pág. 65.

¹²⁵ Richter, *Ob. Cit.*, pág. 148.



o limitado.

Entendidas las acotaciones anteriores y tomando como base el concepto que de reforma constitucional proporciona Richter, en esta investigación se entiende por reforma constitucional: *el proceso encomendado a un poder constituyente derivado por medio del cual se realizan adiciones, supresiones o adecuaciones al contenido de la Constitución, conforme a los límites establecidos por el poder constituyente originario.*

Vemos claramente que la reforma constitucional es un proceso que busca realizar cambios a la Constitución. Si bien estos cambios generalmente responden a la dinámica social, su realización tiene como límite las facultades que el poder constituyente originario le ha fijado al poder constituyente derivado o de reforma. No se trata pues de una mera respuesta a las necesidades sociales, se trata de que dichas necesidades, para ser tenidas en cuenta, no deben estar en conflicto con los límites fijados en la Constitución.

3. Justificaciones y funciones de una reforma constitucional

En el desarrollo de la investigación ya se han planteado algunas generalidades relativas a las circunstancias y/o razones que justifican una reforma constitucional. Hasta este punto se ha argumentado que la razón de ser de la reforma constitucional es permitir el cambio y actualización de las normas constitucionales amén de poderlas poner al día respecto a las exigencias sociales (políticas, económicas, procedimentales, etc.). También se ha sido enfático en lo relativo a los límites de la posible acogida de este deseo de reforma, los mismos deben ser, en principio,



congruentes con los límites que ha fijado el poder constituyente.

Generalmente, la reforma constitucional busca renovar o ampliar el catálogo de derechos fundamentales; aunque también puede buscar incorporar una carta de derechos, como aconteció con las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América en 1789-1791, o readecuar la organización del Estado, creando nuevos órganos, depurándolos o fijando nuevas formas de elección y ejercicio de funciones, este podría ser el caso de la reforma acontecida en 1993 en el Estado de Guatemala (que entró en vigencia en el año 1994).

En el punto cinco del *Capítulo I* de esta investigación, *Constitución y cambio social*, se han expuesto las ideas de García Cuadrado respecto a que la justificación del cambio constitucional, deriva de dos factores: *por la evolución misma de la sociedad y por la posibilidad de mejorar y perfeccionar la obra del constituyente*¹²⁶.

También, en la aproximación al concepto de reforma constitucional se han expuesto, de una manera no necesariamente ordenada, las razones y/o justificaciones que dan lugar a este proceso. En este punto se retoman dichos argumentos con base en la exposición que realiza De Vega: a) como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política; b) como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, y c) como institución básica de garantía¹²⁷.

¹²⁶ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, pág. 379.

¹²⁷ De Vega, *Ob. Cit.*, pág. 67.



La adecuación del contenido de la Constitución a los cambios políticos que se van haciendo evidentes y necesarios en la sociedad se afrontan de forma diversa según sea la familia a la que pertenezca un ordenamiento jurídico. Los ordenamientos con base en el *common law* tienen una forma más dinámica de acceder a cambios en la forma en que se entiende su contenido constitucional sin necesidad de requerir de una reforma constitucional. Situación contraria acontece con los ordenamientos jurídicos de la familia del *civil law*, que tienden a acudir a la doctrina legal (jurisprudencia constitucional), a la mutación constitucional (muchas veces como manifestación de la jurisprudencia), antes de acceder a un proceso más complejo como lo implica la reforma constitucional.

Al respecto, señala De Vega: “En Inglaterra, Estados Unidos y los demás países que adoptan el *common law* basta con que haya ‘una’ decisión ‘*in point*’, es decir aplicable al caso presente, para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla. Insistimos, ello no ocurre en Francia y en los demás países de tradición civilista. Es verdad que en esos países existe un cierto respeto por la jurisprudencia, por los precedentes, pero no por ‘un’ precedente”¹²⁸.

Por su parte, Legarre afirma: “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

¹²⁸ Legarre, Santiago, *Stare decisis y Derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos*, Buenos Aires, Argentina, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2005, pág. 2.



histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional”¹²⁹.

De Vega no guarda miramientos al decir que una Constitución que no posee capacidad preestablecida de adaptación, es una Constitución suicida. La posibilidad de reforma, desde esta perspectiva, ya no se ve necesariamente como una intervención en contra de la voluntad del legislador constitucional originario, la reforma resulta ser una forma de defensa a los pilares de la voluntad de dicho legislador: “No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias 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 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”¹³⁰.

La segunda función o razón que De Vega asigna a la reforma constitucional es la de permitir que ese paso de adecuación de los cambios políticos se pueda producir

¹²⁹ De Vega, *Ob. Cit.*, pág. 67

¹³⁰ *Ibíd.*, pág. 68.



sin un rompimiento del orden constitucional. Además entiende que en buena técnica constitucional el poder constituyente es, en esencia, revolucionario, no sometido a límites, y el poder constituyente de reforma es en esencia jurídico, limitado. Por ello considera que asignarle facultades absolutas de reforma a un poder constituyente derivado es un contrasentido. Aunque no excluye de su planteamiento la posibilidad que contemporáneamente se ha plasmado en Constituciones latinoamericanas (Venezuela y Ecuador, por ejemplo) de que se pueda convocar a un poder constituyente para que formule una nueva Constitución.

En cuanto a lo anterior, refiere el autor: “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. 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 que, 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”¹³¹.

Asimismo, señala: “Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar

¹³¹ *Ibíd.*, págs. 68 y 69.



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, que la reforma está por necesidad sometida a límites; incluso cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, 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”¹³².

De Vega también entiende como función de la reforma constitucional el ser una institución básica de garantía. Es una garantía de que el pacto político no será alterado de forma ordinaria o común, lo que provee al contenido de la Constitución de estabilidad sin llegar al punto de que su contenido sea absolutamente pétreo. Su reforma es posible, pero se prevé limitada (como ya se indicó abundantemente) por medio de un procedimiento agravado o especial. Esta garantía viene a subordinar los principios clásicos de interpretación: *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*, al de *lex superior derogat legi inferiori*. Otra consecuencia de esta garantía es la protección de las minorías, al separar el poder constituido del poder constituyente (de reforma), dejando solo al segundo, y por medio de un proceso extraordinario, el cambio o reforma constitucional.

Agrega el autor: “Por último, habría que indicar que si, frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de

¹³² *Ibíd.*, pág. 69.



articulación de la comunidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecer un procedimiento más agravado, y difícil para reformar la Constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se consagra y se transforma en *lex superior*¹³³.

4. Legitimidad de la reforma constitucional

El tema de la legitimidad de la reforma constitucional abarca, básicamente, tres aspectos. El primero deriva de un aspecto formal, el segundo se vincula con el respeto a los límites asignados al poder constituyente derivado. A dichos aspectos Sagüés denomina *legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio*, respectivamente¹³⁴. El tercer aspecto hace referencia a las consecuencias que conlleva la no legitimidad de los dos primeros. El contenido detallado que rinde cuenta o permite calificar a estas legitimidades de origen y de ejercicio, se desarrolla en el Capítulo siguiente de esta investigación.

En cuanto a ello, señala Sagüés: “*Legitimidad de origen*. Aquí se alude a la justificación del *título habilitante* de quien reforma la Constitución, y se refiere a la *legitimidad formal* de quien enmienda la Constitución (esto es, al cumplimiento de las reglas constitucionales y subconstitucionales preexistentes en materia de

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Sagüés, *Ob. Cit.*, pág. 340.



convocatoria y de elección del sujeto constituyente reformador). La legitimidad de origen atañe también a la integración del sujeto constituyente. Por ejemplo una asamblea reformista nacida de un proceso formalmente democrático, pero viciado por fraudes electorales o proscripciones ilegítimas, carecería de justo acceso al poder constituyente, asumiendo así el carácter de usurpador”¹³⁵.

Refiere además el autor: “*Legitimidad de ejercicio*. Nos referimos aquí al funcionamiento del sujeto constituyente, una vez puesto en marcha, y al contenido de las normas que él sancione. Con esto se quiere significar que si las reglas aprobadas por el poder constituyente derivado se pronunciaron ilegal o ilegítimamente (con adulteración de textos, convocatorias ocultas a miembros del cuerpo reformador, cómputo falseado de votos, etc.), o si las nuevas normas constitucionales reformadas resultan en sí injustas, el producto final de la operación constituyente devine ilegítimo”¹³⁶.

La ausencia de la legitimidad de origen o de la legitimidad de ejercicio no solo hace emerger un producto (el contenido de la reforma) de por sí viciado e inconstitucional, además incidirá seriamente en la pretensión de eficacia del contenido de la reforma. La situación se complica aún más cuando ambas legitimidades están ausentes. Las denominadas *Normas temporales de Gobierno emitidas el 25 de mayo de 1993, por el entonces Presidente de la República Jorge Serrano Elías*, mismas que la Corte de Constitucionalidad, de oficio, declaró

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*, págs. 340 y 341.



inconstitucionales¹³⁷. De la sentencia emitida por dicha Corte se puede derivar una consecuencia general para todo cambio o reforma que carezca de legitimidad de origen y/o de ejercicio: dicho acto deviene inconstitucional y encierra en sí un rompimiento del orden constitucional. De ahí su relevancia, además, claro está, de las que expone Sagüés a continuación:

“Las consecuencias de la ilegitimidad de origen y de la ilegitimidad de ejercicio del poder constituyente derivado, además de la sanción social que puedan merecer, impactan en el ámbito de la obediencia de los operadores de la Constitución. Si los vicios de legitimidad son gravísimos, es probable que la reforma sea en buena parte incumplida por esos operadores, o que genere en la sociedad actos de resistencia pasiva (*desobediencia*) y hasta activa (*revolución*), cuando se den circunstancias excepcionales que habilitan estos recursos extremos”¹³⁸.

5. La reforma constitucional en los Estados unitarios y en los Estados federados

Las organizaciones políticas contemporáneamente se estructuran como un *Estado unitario o simple* en los que, como lo indica Porrúa, *es aquel en que la*

¹³⁷ “En el Decreto que contiene las ‘Normas Temporales de Gobierno’, el Presidente de la República deja sin vigencia disposiciones contenidas en la Constitución Política, lo que constituye un acto contrario al régimen constitucional por cuanto que **para reformar, modificar o suprimir normas constitucionales la propia Constitución establece los mecanismos legales para hacerlo** y, en todo caso, no corresponde esa función al Presidente, sino que es facultad exclusiva de una Asamblea Nacional Constituyente o, **para determinada reforma, mediante la mayoría calificada del Congreso de la República y la subsiguiente ratificación mediante consulta popular**. Conforme el artículo 152 de la Constitución, el ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la propia Constitución y ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio”. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Sentencia del 25 de mayo de 1993*. Guatemala, Digesto constitucional, 1993. La negrilla es de la autora.

¹³⁸ Sagüés, *Ob. Cit.*, pág. 341.



soberanía se ejercita directamente sobre el mismo pueblo, que se encuentra en un mismo territorio¹³⁹. Su estructura es simple en relación con que la estructura clásica del poder es de un solo nivel, existe un único Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, lo más relevante para este estudio, se rige por una única Constitución.

Dichas organizaciones políticas también se pueden estructurar como *Estado Federal*. El Estado de tipo federado es el formado, de una o de otra manera por la unión de dos o más Estados,¹⁴⁰ cada Estado o *Entidad federativa* (como ahora son denominados en México) que forma parte de la federación posee (al igual que los Estados unitarios) un poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, también posee una Constitución estatal que lo rige pero, a su vez, está sometido jerárquicamente a una Constitución federal. En el modelo federal, además de existir los poderes constituidos locales, también existe un poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial de carácter federal cuyas competencias y decisiones implican a todos los Estados miembro.

Al describir las características del Estado federado, Artola señala tres elementos que nos permiten distinguirlo del Estado unitario y de otras modalidades intermedias como lo son las organizaciones políticas pertenecientes a una mancomunidad (la Commonwealth británica), de los *Estados libres asociados* (Puerto Rico) y de las modalidades de *regímenes de autonomías* (España, por ejemplo).

¹³⁹ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado. Teoría política*, 25a ed., México, Porrúa, 1992, pág. 470.

¹⁴⁰ *Ibíd.*



Indica el citado autor: “El Estado federal se caracteriza por tres notas singulares: • el reparto constitucional de competencias, que determina las funciones del poder federal y de los Estados federados y solo puede modificarse mediante la revisión constitucional. Para el ejercicio de las funciones reservadas, los estados disponen de una réplica del sistema federal, que incluye asamblea, Gobierno y tribunal superior. El reparto de competencias no llega al punto de independizar las instituciones federales y estatales. • Los estados federados participan, salvo alguna excepción, en la Asamblea federal, mediante una cámara de representación territorial. El bicameralismo federal produce la doble representación de la población, al introducir junto a la representación proporcional de la Asamblea popular, la representación desigual de los Estados (...). • La cuestión fundamental que distingue a unos Estados federales de otros es la relación entre el poder federal y los ciudadanos, la garantía de los derechos de los ciudadanos, la posibilidad de apelar ante un tribunal federal. La organización del poder de los Estados no se menciona nunca en la Constitución. El poder federal asume todas las competencias necesarias para garantizar la independencia del Estado: relaciones exteriores, fuerzas armadas, declaraciones de guerra y firmas de tratados”¹⁴¹.

Para esta investigación el elemento que mejor distingue al Estado federado del Estado unitario (o cualquier otra organización política que no sea federal), es que el poder constituyente del primero sí puede ser fundacional u originario (como sucede con el Estado unitario), pero sus Estados miembro solamente pueden manifestar un poder constituyente derivado, independientemente si su tarea sea de elaborar o de

¹⁴¹ Artola, *Ob. Cit.*, págs. 96 y 97.



modificar la Constitución estatal.

En cuanto a ello, indica Sagüés: “En los Estados federales es usual reconocer a las provincias, Estados, cantones, países, etc., que lo integran, la facultad de dictarse sus propias Constituciones... Obvio es que el poder constituyente de los Estados miembros de una federación es un poder constituyente *derivado*, o *constituido*, o si se prefiere, *secundario*, con relación al poder constituyente federal, que puede disciplinarlo en materia de contenido y procedimiento, incluyendo tiempo y lugar. La fuente del poder constituyente local es, de todos modos, la Constitución nacional o federal, por más que algunos estados miembros puedan históricamente haber preexistido al Estado federal”¹⁴².

Continúa señalando: “La primacía del poder constituyente federal sobre el local es tan manifiesta, que en algunas ocasiones el poder federal ha habilitado poderes constituyentes locales, como lo hizo la reforma constituyente de Argentina de 1949, que autorizó a las legislaturas provinciales a operar como poderes constituyentes en dichas provincias, para reformar y adecuar las Constituciones provinciales a la nueva Constitución federal”¹⁴³.

Del mismo aporte de Sagüés deriva que el poder constituyente de los Estados miembro de la federación está condicionado desde, cuando menos, tres perspectivas: a) las normas del Estado federal, b) los convenios internacionales suscritos por el Estado federal, y c) las mismas normas que se dicte el Estado

¹⁴² Sagüés, *Ob. Cit.*, pág. 334.

¹⁴³ *Ibíd.*, pág. 335.



miembro¹⁴⁴. Alguna de la normativa que se establece, relativa a la reforma constitucional en los Estados de la región latinoamericana se desarrollan puntualmente, en el punto siguiente. Se toma como referencia a Iberoamérica por el origen y desarrollo común que los Estados han tenido y se ha preferido, dentro de dicha selección, incluir tanto Estados unitarios como Estados federados, seleccionando también a los Estados que han reformulado o promulgado una nueva Constitución en lo que va de este nuevo milenio, tal es el caso de Bolivia, Venezuela y Ecuador.

6. La reforma constitucional en el Derecho comparado iberoamericano

El constitucionalismo iberoamericano ha sido sumamente prolijo, particularmente el latinoamericano, ha tenido que afrontar excesivos períodos de inestabilidad social, política y económica, situación que ha quedado reflejado en el techo ideológico de sus Constituciones. Es a mediados y finales de la década de los 80 en que la mayoría de ordenamientos inicia su tránsito a modelos constitucionales democráticos más estables y con mayor nivel de eficacia.

A continuación se analiza, de manera sumaria, el devenir del constitucionalismo de siete Estados, esto para establecer las ocasiones en que se ha acudido al legislador constituyente, tanto para crear una nueva Constitución como para reformarla. Esta es la razón de la acotación historia y política. Se concluye con el análisis del articulado particular que regula los modos y formas de la reforma constitucional. Para ello se estudian tres Constituciones de tipo federal (Argentina,

¹⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 336.



Brasil y México) y tres Constituciones realmente contemporáneas suscritas en los albores del presente siglo (Venezuela —Estado federal, Ecuador y Bolivia —Estados Unitarios-plurinacionales). Como un *plus* que atiende al vínculo histórico cultural y constitucional que la región sostuvo con la Corona española, se analiza la Constitución de España que permite conocer la manifestación de la reforma constitucional en un sistema de Gobierno monárquico-constitucional.

6.1. Argentina

Constitución de la Nación Argentina, Convención Nacional Constituyente Ciudad de Santa Fe, 22 de agosto de 1994

Es de conocimiento general la inestabilidad constitucional que ha acompañado a los Estados latinoamericanos desde su independencia a inicios del siglo XIX. El caso de la Nación Argentina puede considerarse una de sus pocas excepciones en esta materia. Argentina tiene un proceso de independencia que se puede datar hasta 1810, su Independencia de la Corona española es declarada el 9 de julio de 1816. A partir de ese momento su *Digesto constitucional* registra una primera Constitución (1819) la cual es rechazada y no entra en vigencia, luego se formuló el denominado *Pacto Federal* (1831) que fungió a manera de Constitución. En 1823 se emite una Ley Fundamental que apenas contaba con 18 artículos y fue de naturaleza transitoria. Luego, en 1826, se emite una nueva Constitución que corre la misma suerte que la de 1819¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Harvey, Ricardo J. G., *Manual de historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Argentina, Moglia, 2005, págs. 185 y ss.



Al consultar su historia constitucional es común que se indique que Argentina solo ha tenido dos Constituciones, la de *Santa Fe* (1853); misma que sufrió una serie de reformas (1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1973); y la de *Paraná* (1994). También es común que se indique que Argentina ha tenido una sola Constitución, la de 1853 y que la de 1994 es en sí una reforma a la primera¹⁴⁶.

Conforme al artículo 1 de su Constitución, *La Nación Argentina adopta para su Gobierno la forma representativa republicana federal*. Los artículos que se vinculan al tema de la reforma de la Constitución prescriben que la misma no solo puede ser reformada parcialmente sino totalmente (error que ya advirtió Sagüés y del que se da cuenta en este capítulo). La misma la declara el Congreso pero solo la puede realizar una convención *ad hoc*. Si bien los ciudadanos argentinos tienen iniciativa para presentar proyectos de ley, no la tienen para presentar proyectos de reforma a la Constitución, en todo caso las propuestas deben ser encaminadas ante el Congreso que es el único facultado para declarar su necesidad.

Artículo 30.- La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Artículo 39.- Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del

¹⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 420.



tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

6.2. Brasil

Constitución de la República Federativa de Brasil

Asamblea Nacional Constituyente

Brasilia, 5 de octubre de 1988

La historia constitucional de Brasil inicia en 1824, que es producto de la Declaración de Independencia de Portugal que realiza el mismo Pedro I, hijo del emperador de Portugal en 1822 y tiene vigencia hasta 1889. A finales del siglo XIX es derrocada la monarquía y triunfa la República y en 1891 se emite la primera Constitución republicana, misma que tendrá vigencia hasta 1930¹⁴⁷.

La tercera Constitución, que fundamenta el denominado *Estado novo*, se promulga en 1934 y su vigencia escasamente alcanza el año 1937. La cuarta Constitución se promulga ese mismo año (1937) y su vigencia dura hasta 1945. La quinta Constitución se promulga en 1946 y su vigencia llega hasta 1964. De 1964 a 1985 Brasil es regido por una dictadura militar que reforma abundantemente la Constitución de 1946. En 1985 se produce el fin de la dictadura militar, lo que permite que se promulgue su sexta y actual Constitución en 1988¹⁴⁸.

Conforme al artículo 1 de la Constitución vigente, la República Federal del

¹⁴⁷ Institute for Democracy and Electoral Assistance —IDEA—, *ConstitutionNet*, <http://www.constitutionnet.org> (10 de octubre de 2016).

¹⁴⁸ *Ibíd.*



Brasil está formada por la unión indisoluble de los Estados y municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado democrático de derecho. El tema de la reforma constitucional se haya contenido en su artículo 60, en la subsección que recibe el nombre *Enmienda de la Constitución*. Tienen propuesta de enmienda el Organismo Legislativo (ya sea la Cámara de Diputados o el Senado Federal), el Presidente de la República y las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación (una vez la propuesta cuente con el apoyo de más de la mitad de ellas).

La potestad de aprobación de la propuesta de reforma es facultad del Congreso Nacional (Federal) y deberá contar con el voto favorable de ambas cámaras por medio de una votación calificada que requiere de por lo menos tres quintos de los votos de sus respectivos miembros. En este modelo no se permite la reforma total, consecuencia de que existen normas pétreas que refieren a la misma naturaleza del Estado federal y democrático.

Subsección II

De la Enmienda de la Constitución

Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:

- I. de un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal;
- II. del Presidente de la República;
- III. de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros.
 1. La Constitución no podrá ser enmendada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio.
 2. La propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional



dos veces, considerándose aprobada si obtuviera en ambas tres quintos de los votos de los respectivos miembros.

3. La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal con el respectivo número de orden.

4. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

- I. forma federal del Estado;
- II. el voto directo, secreto, universal y periódico;
- III. la separación de los poderes;
- IV. los derechos y garantías individuales.

5. La materia objeto de propuesta de enmienda rechazada o considerada inoperante, no podrá ser objeto de nueva propuesta en la misma sesión legislativa.

6.3. México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Congreso Constituyente

Ciudad de México, 31 de enero de 1917

México se independiza de la Corona española el 16 de septiembre de 1810. Luego de este acontecimiento reinó la inestabilidad y la anarquía en gran parte de su territorio. Inmediatamente, el 6 de diciembre de 1810 Miguel Hidalgo emite un *Bando* por el cual se ordena la abolición de la esclavitud y prohíbe el pago de tributos a cargo de las castas y de los indígenas. A dicho documento le precedieron otros semejantes como los de Anzorena y Morelos.¹⁴⁹

En 1813 López Rayón presenta un proyecto de Constitución al que se le conoció como *Los elementos constitucionales de Rayón*. Ese mismo año Morelos proclama *Los sentimientos de la nación* que contenían los principios democráticos

¹⁴⁹ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, 7a ed., México, Porrúa, 2002, pág. 367.



que debían regir a los Gobiernos representativos. En 1814 el Congreso de Chilpancingo emite el *Decreto Constitucional de Apatzingán*, en el que se configura un Gobierno republicano. La proclama de 1821, que tampoco es un texto constitucional, declara a México como un imperio independiente de la Corona española (el Imperio de Iturbide). La efímera vida del Imperio concluye y se emite la Constitución Federal de los Estados Mexicanos (1824), que configura al Estado de México como una república federal y representativa¹⁵⁰.

Todo el período previo a 1836 destaca por la inestabilidad y por la lucha entre centralistas y federalistas, ese año se aprueba la *Constitución Centralista*, que es conocida como *Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana*, su contenido constitucionaliza las desigualdades imperantes en la sociedad mexicana. Posteriormente se aprueba la Constitución de 1857, que desecha las discriminaciones existentes en su antecesora y deroga los fueros de la Iglesia católica y la intolerancia religiosa¹⁵¹.

Los grandes levantamientos armados y los diferentes planes de Madero, Zapata, Carranza, etc., culminan en un retorno a la concepción del Morelos: *sin justicia social no hay paz*. El 5 de febrero de 1917 es emitida la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que entró en vigor el 1 de mayo, y es la Constitución vigente la cual ha sido objeto de reforma en más de 600 ocasiones.

En su artículo 39 se reconoce: “*El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable*

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 368.

¹⁵¹ *Ibíd.*, pág. 370.



derecho de alterar o modificar la forma de su Gobierno". Su artículo 40 configura al Estado mexicano como una *República representativa, democrática y federal*. Estamos ante una Constitución rígida en cuanto a su procedimiento formal de reforma. Sin embargo, su modelo político (presidencialismo fuerte y un pluripartidismo históricamente con partido dominante) ha hecho de la Constitución mexicana una Constitución sumamente flexible, al punto que un evento extraordinario, como lo es la reforma constitucional, se sucede un promedio de seis veces por año (de 1917 a 2015 se ha modificado en unas 623 ocasiones). La reforma es competencia del Congreso de la Unión, el cual la debe ratificar por medio de mayoría calificada y, en un segundo momento, requiere para su aprobación ser ratificadas por la mayoría de las entidades federativas (Estados de la Unión). La iniciativa ciudadana y de grupos de la sociedad civil son encaminadas por medio de sus representantes o diputados, pero no tienen iniciativa de reforma directa.

Título Octavo

De las Reformas de la Constitución

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.



6.4. Venezuela

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Asamblea Nacional Constituyente

Caracas, 20 de diciembre de 1999

Venezuela se independiza de la Corona española el 5 de julio de 1811. Inmediatamente, en diciembre de ese mismo año, formula su primera Constitución conocida como *Constitución Federal de los Estados de Venezuela*, cuya vigencia es efímera producto de la capitulación del Generalísimo Francisco de Miranda. En 1819, bajo la tutela y guía de Simón Bolívar, forma parte de La Gran Colombia y de su correspondiente Constitución de 1819¹⁵².

El 22 de septiembre de 1830, el departamento de Venezuela se independiza de La Gran Colombia, y emite la Constitución del Estado de Venezuela. La misma parte del principio de división de poderes y organiza al nuevo Estado sobre el principio *Uti possidetis juris* (para conservar sus fronteras administrativas mientras se terminaba de decidir el proceso de independencia de la región), en cuanto al acceso y ejercicio de la ciudadanía, se partía del voto censitario e ilustrado. Para ser diputado o dignatario se establecía el requisito de poseer una renta anual determinada.

El descontento respecto de los pactos constitucionales y la inestabilidad política de la región tiene como producto una amplia producción de documentos constitucionales, 20 para ser precisos entre 1857 y 1961 (1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936,

¹⁵² Institute for Democracy and Electoral Assistance —IDEA—, *Ob. Cit.*



1947, 1953 y 1961), ante esa pluralidad de Constituciones se ha preferido distinguir dentro del constitucionalismo venezolano cinco documentos relevantes en su digesto.

Al respecto, señala Brewer-Carías: “Las cinco grandes Constituciones que dividen la historia constitucional de Venezuela son las siguientes: (i) la Constitución Federal para los Estados de Venezuela, del 21 de diciembre de 1811, con la cual se constituyó el Estado independiente y se marcó el desarrollo posterior del todo el constitucionalismo del país; (ii) la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, del 28 de marzo de 1864; (iii) la Constitución del 26 de marzo de 1901; (iv) la Constitución del 5 de julio de 1947; y (v) la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del 15 de diciembre de 1999, que son las que, a pesar de las reformas puntuales que sufrieron, permiten distinguir en la historia constitucional de Venezuela en los pasado doscientos años cinco periodos constitucionales: el del Estado independiente y autónomo (1811-1864; el del Estado federal (1864-1901); el del Estado autocrático centralizado (1901-1947); el del Estado democrático centralizado (1947-1999), y el periodo que se inicia en 1999, y que se ha venido configurando como el de un Estado autoritario centralizado”¹⁵³.

Conforme a los primeros cuatro artículos de su Constitución vigente: “*La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente... se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia... tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad,*

¹⁵³ Brewer-Carías, Allan R., *Constituciones iberoamericanas. Venezuela*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 3.



el ejercicio democrático de la voluntad popular... es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”.

TÍTULO IX
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL
Capítulo I
De las Enmiendas

Artículo 340. La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

Artículo 341. Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.
2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de esta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.
3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley respecto al referendo aprobatorio.
5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de la Constitución sin alterar el texto de esta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la



enmienda que lo modificó.

Capítulo II

De la Reforma Constitucional

Artículo 342. La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

La iniciativa de la Reforma de la Constitución la ejerce la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros o a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.

Artículo 343. La iniciativa de Reforma Constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

1. El Proyecto de Reforma Constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.
2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.
3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.
4. La Asamblea Nacional aprobará el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.
5. El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.

Artículo 344. El proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la Reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no



menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Artículo 345. Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional revisada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

Artículo 346. El Presidente o Presidenta de la República estará obligado a promulgar las Enmiendas y Reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicará lo previsto en esta Constitución.

6.5. Ecuador

Constitución de la República del Ecuador

Asamblea Nacional Constituyente

Ratificada mediante referéndum constitucional, 28 de septiembre de 2008

Al igual que los procesos independentistas ya reseñados, la historia de la República del Ecuador informa sobre un largo proceso por la búsqueda y consolidación de su independencia, primero de la Corona española y luego para configurarse como Estado unitario independiente. El 10 de agosto de 1809 es la fecha oficial que se tiene de independencia, día en que se da *el primer grito de independencia*.

Desde 1809 Ecuador perteneció a la Gran Colombia. En 1830, cuando se separa de esta federación, se da su primera Constitución. La misma establecía un sistema presidencial unitario y centralizado de Gobierno, basada en la división de poderes pero con un Ejecutivo dominante. Posteriormente se promulgan las



Constituciones de 1843 y 1845, la primera de ellas es denominada “*Carta de la esclavitud*”, la cual se separa profundamente del esquema republicano de Gobierno, además institucionalizaba el cristianismo como religión oficial¹⁵⁴.

Luego se promulgan las Constituciones de 1861 y 1869. Ambas continuaron y agravaron el modelo autoritario, al punto que la segunda es conocida como *la Carta Negra*, en ella se ampliaba el período presidencial a seis años y se exigía profesar el catolicismo para poder optar a la ciudadanía. Luego, en 1897 y 1906, se promulgan otras dos Constituciones, estas de tipo liberal, en las mismas se abolieron los privilegios de la Iglesia católica, se separa a esta última del Estado y se introducen libertades individuales¹⁵⁵.

Posteriormente la sociedad ecuatoriana afronta un fuerte período de inestabilidad política, consecuencia de ello se llegan a promulgar seis documentos constitucionales (1945, 1946, 1967, 1972, 1976 y 1979). La Constitución de 1979 establece el sufragio universal, proscribire la reelección inmediata del Ejecutivo, abolía todo tipo de discriminación, entre otros aspectos. En el 2007, tras una década de inestabilidad política en la dirigencia del Ejecutivo, se promulga la actual Constitución del Ecuador, misma que es ratificada mediante referéndum en 2008¹⁵⁶.

El primer párrafo del artículo 1 de esta Constitución sentencia que *el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de*

¹⁵⁴ Institute for Democracy and Electoral Assistance —IDEA—, *Ob. Cit.*

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*



república y se gobierna de manera descentralizada. Esta Constitución, conforme el criterio de la autora, es la que mejor técnica legislativa evidencia dentro de los documentos políticos analizados en este breve estudio comparado. Su proceso de reforma tiene dos variantes: enmienda y reforma parcial. El primero de los casos afecta a uno o varios artículos específicos y el segundo abarca un proceso más amplio pero sin llegar a afectar (en ninguno de ambos casos) los aspectos fundamentales del pacto-Constitución.

Tienen iniciativa para promover enmienda el Presidente del Ejecutivo, la ciudadanía y los miembros de la Asamblea Nacional. Para ser aprobada la enmienda deben contar con el voto de la mayoría calificada de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma parcial es facultad de los mismos sujetos que para la enmienda, pero en este caso se requiere de su aprobación por medio de referéndum. Esta Constitución también prevé un procedimiento institucionalizado para la convocatoria a una Asamblea Constituyente que formule una nueva Constitución.

Capítulo tercero

Reforma de la Constitución

Art. 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo



debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

Art. 443.- La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso.

Art. 444.- La asamblea constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.



6.6. Bolivia

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

Asamblea Nacional

Promulgada el 9 de febrero de 2009

Los procesos de independencia en América del Sur inician en 1810, y tienen como uno de sus personajes centrales a Simón Bolívar (1783-1830). En ese entonces, el territorio que ahora corresponde al Estado de Bolivia, formaba parte de las Provincias del Alto Perú, mismas que se independizan de la Corona española en 1825 adoptando el nombre de República de Bolívar.

Su historia constitucional inicia con una Constitución otorgada en 1826 por parte de Bolívar, misma que fue aprobada por el Congreso de Chuquisaca, previo a ella hubo un intento de formular otra Constitución (en 1825) por una Asamblea Constituyente que, al igual que muchos otros incipientes poderes constituyentes latinoamericanos, tomaron ejemplo del modelo norteamericano y del francés. La Constitución de 1826 divide el poder en cuatro instancias (Ejecutivo —vitalicio, Legislativo —tricameral, Judicial y Electoral)¹⁵⁷.

Entre 1831 y 1880 existe un período de gran inestabilidad y de regímenes militares, se producen dos Constituciones (1831 y 1836) y se realizaron unas seis revisiones constitucionales. Como consecuencia de la Guerra del Pacífico, y de la derrota de Bolívar, se produce la Constitución de 1880, que hasta hoy es la de mayor data en su historia. Su contenido sufre dos importantes reformas en 1935 y 1947,

¹⁵⁷ *Ibíd.*



respectivamente¹⁵⁸.

En 1952, acorde a las corrientes imperantes en Latinoamérica, en Bolivia se produce una revolución de corte bolchevique, misma que tiene como una de sus productos la Constitución de 1961. Posteriormente se promulga la Constitución de 1967 que consolida a Bolivia como república unitaria, democrática y representativa y que tiene por fundamento de Gobierno la división de poderes. En 1994 se produce una importante enmienda a la Constitución de 1967 y busca un mejor equilibrio en el ejercicio del poder.¹⁵⁹

En el año 2005 asume la presidencia Evo Morales y su partido Movimiento al Socialismo (MAS). En el 2007 se inicia el proceso de elaboración de una nueva Constitución más acorde con la ideología del partido gobernante, misma que se promulga en el 2008 y recibe el refrendo del pueblo en el 2009.

Su artículo primero configura al Estado de Bolivia como *“Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”*.

Su normativa específica establece dos tipos de reforma: la total o fundamental y la parcial. En el caso de la primera, se reconoce la potestad de darse prácticamente una nueva Constitución y/o de modificar sus fundamentos, para ello se reconoce a

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*



la Asamblea Constituyente poderes plenipotenciarios (sin límites de normas intangibles). Primero ha de convocársele por iniciativa ciudadana, por la Asamblea Legislativa o por el Presidente del Ejecutivo, misma que deberán ser refrendadas por el pueblo, al igual que el producto de la Asamblea Constituyente.

La reforma parcial solo puede iniciarse por iniciativa popular o por la Asamblea Legislativa, las reformas que esta produzca necesitarán, para su vigencia, ser aprobadas por referendo constitucional.

Artículo 411.

I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.



6.7. España

Constitución Española

Cortes Generales

En vigencia desde el 29 de diciembre de 1978

El constitucionalismo español, o como suele denominarle a la normativa constitucional previa a la Constitución vigente de 1978, *Derecho constitucional histórico*; inicia con una Constitución impuesta que viene a romper con el *Antiguo régimen* y a generar una serie de abdicaciones. La infame Carta otorgada de Bayona de 1808, impuesta por Napoleón a los españoles y respaldada por la invasión de su territorio mediante el engaño del paso de sus tropas hacia Portugal, es tenida como no legítima e inclusive suele excluirse de su constitucionalismo.

Es común que los doctrinarios españoles señalen como punto de partida de su constitucionalismo la Constitución de Cádiz de 1812¹⁶⁰. Los principios políticos fundamentales de la Constitución *gaditana* pueden resumirse así: “La aceptación de la soberanía nacional, y de la división de poderes, el sufragio universal y el reconocimiento expreso de los derechos y libertades de los ciudadanos”¹⁶¹.

El constitucionalismo español, durante el siglo XIX, fue sumamente activo, esto derivado de que en dicho siglo se gestaron unos dos mil intentos de revolución, golpes de Estado o pronunciamientos. Si bien pocos llegaron a ser trascendentes, esto evidencia lo convulso de dicho siglo. Los documentos políticos que sucedieron

¹⁶⁰ En este sentido se pueden citar, de manera general: García Cuadrado, *Ob. Cit.*; Balaguer Callejón, *Ob. Cit.*; Colomer Viadel, Antonio (coord.), *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias Nacionales en América*, Valencia, España, Ugarit, 2011, entre otros.

¹⁶¹ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, pág. 604.



a la Constitución de Cádiz fueron: las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876.

De dicho período también son: el Proyecto constitucional de 1852, la Constitución de 1856 (no promulgada), y el Proyecto Federal de 1873¹⁶².

En el siglo XX se gesta un nuevo Proyecto de Constitución (1931), dos años después de concreta la Constitución de 1931, a esta le sucedieron una serie de Leyes Fundamentales (1938-1977) producto de la dictadura franquista. Con la muerte de Francisco Franco (1975), se abre la oportunidad de que la sociedad española retorne a un régimen democrático, en este caso, a una monarquía constitucional. El proceso constituyente de 1977-78 da como producto la Constitución española de 1978, misma que es la que se encuentra vigente.

En cuanto a ello, afirma García Cuadrado: “Si analizamos la Constitución española de 1978 y la comparamos con los otros modelos constitucionales vemos que la nuestra es: teórica, espontánea, ambigua, rígida, extensa, normativa y derivada... Rígida, ya que para reformar la Constitución se establece en el título X procedimientos y mayorías distintos y más exigentes que los requeridos para la aprobación de las leyes orgánicas u ordinarias”¹⁶³.

El artículo primero de la Constitución española establece que “*España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, y que su forma política es la Monarquía parlamentaria*”.

¹⁶² *Ibíd.*, págs. 606 y ss.

¹⁶³ *Ibíd.*, págs. 647 y 649.



Conforme a los artículos 87 y 166, únicamente tienen iniciativa de reforma constitucional el Gobierno, el Congreso y el Senado. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas deberán recurrir al Gobierno o a la Mesa del Congreso para tramitar sus propuestas en este tema. La aprobación de la propuesta de reforma tiene un primer requisito de mayoría especial de ambas Cámaras, la cual debe ser de tres quintos de los votos, de no alcanzarse acuerdo entre ambas Cámaras o no obtenerse la mayoría requerida, se provee de procedimientos como el asignársele a una Comisión o el contar con la mayoría absoluta en el Senado, para que vuelva a ser discutida y, si fuera el caso, aprobada.

En caso de que la propuesta de reforma encamine una revisión total de la Constitución o afecte lo relativo a la configuración del Estado español, a los derechos individuales o a la Corona, se disolverán las Cortes y serán las Cortes específicamente convocadas para esa tarea las que conozcan de la reforma. Este tipo de reformas necesariamente deberán ser ratificadas mediante referéndum, la ratificación de cualquier otro tipo de reforma procederá solo a solicitud de una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

TÍTULO X. De la reforma constitucional

Artículo 166

La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.

Artículo 167

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión



de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.
2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Artículo 169

No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.

7. Entes que pueden reformar

Como ya quedó expuesto, en esta investigación se asume el concepto que de poder constituyente aporta Linares Quintana, quien lo entiende como: “La facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-positivo fundamental originario



por medio de una Constitución, y a revisar esta, total o parcialmente, cuando sea necesario”¹⁶⁴. También ha quedado expuesto que dicho poder suele dividirse en originario y derivado, siendo común que la facultad de revisar, actualizar o reformar el pacto político sea encargada a un poder constituido que asumiría potestades de poder constituyente derivado.

Los entes a quienes se les faculta reformar la Constitución pueden variar según sea el ordenamiento que es objeto de estudio específico, aunque es común que dicha facultad descansa en el congreso o parlamento. La intervención del ente soberano (el pueblo o electorado) suele ser exigido para ciertas reformas que afectan a un apartado específico de la Constitución, otros aspectos, que podríamos considerar como procedimentales o referidas a normas con rango constitucional o de carácter orgánicas, no suelen requerir el refrendo del electora. Estas variantes quedaron evidenciadas en el punto anterior referido a *La reforma constitucional en el Derecho comparado iberoamericano* y en Capítulo II cuando se analiza *El poder constituyente en la Constitución de Guatemala*.

Pereira-Menaut, tomando como punto de estudio la Constitución española, indica: “La norma casi general en nuestros días, dentro de la rigidez, es que el procedimiento de reforma sea llevado a cabo por los órganos legislativos y que se efectúe por vía legislativa, frecuentemente con participación directa o indirecta del electorado, y exigiendo, al mismo tiempo, unos requisitos especiales que dificulten

¹⁶⁴ Linares Quintana, *Ob. Cit.*, pág. 81.



su realización”¹⁶⁵.

Estas variantes respecto de los entes facultados para reformar una Constitución le sirven de base a Nogueira Alcalá para establecer cinco posibilidades. Con dicha clasificación se evidencia la generalidad de hacer descansar la facultad de reforma constitucional en los parlamentos o congresos y que, de manera menos general, se llega a requerir de la intervención del pueblo mediante refrendo popular o de una nueva Asamblea Constituyente. Así, señala el autor:

“a) *Sistemas de decisión parlamentaria única*. En este sistema la reforma se producirá con la única intervención del parlamento (uni o bi-cameral), que adopta la decisión de la modificación del texto de la carta fundamental por una mayoría generalmente calificada de tres quintos o dos tercios de sus miembros en ejercicio. Este modelo tiene como riesgo mayor que el órgano parlamentario no exprese auténticamente la voluntad popular, tergiversando la voluntad del cuerpo político de la sociedad”¹⁶⁶.

Ejemplo de esta primera categoría son las Constituciones de Chile (1980), de la República Popular de China (1982), de Alemania (1949), de Portugal (1976), y de España (1978), para citar algunos ejemplos.

“b) *Sistema de doble deliberación parlamentaria*. La reforma o revisión constitucional será adoptada por el parlamento o Congreso nacional, el que

¹⁶⁵ Pereira-Menaut, *Ob. Cit.*, pág. 111.

¹⁶⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *Poder constituyente y reforma constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno*. En: Häberle, Peter y Domingo García Belaunde (coord), *El control del poder*. Homenaje a Diego Valadés, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2011, págs. 470 y 471.



debe adoptar la decisión en dos oportunidades sucesivas separadas entre sí por un cierto lapso. Ambas decisiones pueden ser adoptadas por el mismo parlamento, sin intervención ni mediación del cuerpo político de la sociedad”¹⁶⁷.

El sistema de *doble deliberación* en una misma legislatura se encuentra en las Constituciones de Costa Rica (1949), Brasil (1988), Nicaragua (1987), y Ecuador (1998), por ejemplo.

“c) *Sistema de deliberación de los parlamentos sucesivos*. En este caso se producen, como en el modelo anterior, dos deliberaciones parlamentarias sucesivas, con la diferencia de que en este último modelo existe la intermediación de la voluntad popular, la que se pronunciará sobre el tema al elegir el nuevo parlamento que decidirá la reforma constitucional. Este nuevo parlamento puede actuar mediante la disolución del primero al adoptar la decisión de reformar la carta fundamental”¹⁶⁸.

El modelo de *deliberación en parlamentos sucesivos* no es ajeno al constitucionalismo guatemalteco, este era el modelo que adoptó el constituyente de 1945 y que quedó plasmado en el artículo 206 de dicha Constitución. Actualmente dicha modalidad está presente en las Constituciones de Bolivia (2009), Honduras (1982), El Salvador (1983), Colombia (1991) y Perú (1993), por ejemplo.

“d) *Sistema de aprobación parlamentaria y refrendo por decisión del cuerpo político de la sociedad*. En este modelo la asamblea parlamentaria adopta la

¹⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 471.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, págs. 471 y 472.



reforma constitucional, la que para que tenga validez debe ser ratificada por el cuerpo político de la sociedad a través de un referéndum democrático”¹⁶⁹.

El sistema que apareja la aprobación del Congreso con la exigencia de ratificación mediante consulta al pueblo es el que adopta la actual Constitución Política de la República de Guatemala y las Constituciones como la de Uruguay (1966), y Venezuela (1999). Esta modalidad es menos común y en el ámbito mundial se pueden mencionar las Constituciones de Francia (1958), Japón (1945) y Polonia (1997).

“e) *Sistema de debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una convención o asamblea constituyente.* En este caso no es el parlamento o Congreso ordinario el que analiza, debate y aprueba la modificación o reforma de la Constitución, sino que ello se concreta a través de una asamblea o convención especialmente elegida por el cuerpo político de la sociedad en forma democrática, teniendo como única tarea impulsar y aprobar la reforma constitucional, excluyendo al Congreso ordinario de la revisión constitucional”¹⁷⁰.

La exigencia de que una reforma constitucional deba ser realizada por una Asamblea Constituyente y que en dicho proceso se excluya al congreso o parlamento responde a una previsión del constituyente referida a que ciertos temas fundamentales del texto constitucional no estén al alcance del poder ordinario. Es

¹⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 472.

¹⁷⁰ *Ibíd.*



común que cuando se trate de temas referidos a derechos fundamentales, estructura básica del poder y otros aspectos políticos trascendentales, se exija la convocatoria y conocimiento de una Asamblea Constituyente. Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Guatemala (1985), Paraguay (1992), Colombia (1991) y Uruguay (1967).

8. Límites de la reforma

El tema de los límites a la reforma constitucional se vincula y manifiesta con el carácter rígido o flexible de la Constitución y con las denominadas *normas pétreas*, *cláusulas de intangibilidad* y/o *cláusulas de eternidad* (entre otras denominaciones). Las normas de intangibilidad parecen ser parte de la configuración de los Estados constitucionales modernos y contemporáneos. Con las *Declaraciones de derechos* (que tienen como centro la dignidad humana), la denominada *cláusula republicana* (división de poderes, representatividad, alternabilidad, responsabilidad, electividad), suele aparecer, como parte de la columna vertebral de las Constituciones, un límite al poder de reforma constitucional conocido como *cláusula de eternidad*, que no son más que la protección a la *Constitución de la Constitución*¹⁷¹, a los elementos fundamentales del texto constitucional.

Indica Häberle: “a) Las cláusulas de eternidad son parte integrante, inmanente, escrita o incluso no inscrita, de las Constituciones del Estado constitucional, en la medida en que sean interpretadas desde un enfoque material... b) Tales cláusulas son la naturaleza declarativa, en la medida en que definan, total o parcialmente,

¹⁷¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Argentina, 2007, pág. 262.



elementos de la *sustancia* de estas constituciones... c) Las cláusulas de eternidad deben desentrañarse en el sentido de un pensamiento positivo, de contenido esencial o de identidad y solamente a partir de este marco, también en el sentido del *pensamiento en términos de limitaciones*. En la medida en que se encuentren normadas por el Derecho positivo, no ofrecen *per se* indicios exhaustivos de lo que es *esencial* en una Constitución concreta y esta *sustancia*, que es históricamente variable, se aprehende mediante una interpretación integral¹⁷².

Agrega el citado autor: “d) Contenidos típicos del Estado constitucional común constituyen en particular: la dignidad humana y los derechos humanos; el principio democrático, la división de poderes, el Estado social de derecho. Este panorama significa prácticamente que los Estados constitucionales que cuentan con cláusulas simples y no específicas sobre el *espíritu*, los *principios* o las *ideas fundamentales* de su Constitución, pueden y deben ser enriquecidos en cuanto a su contenido con los *elementos indispensables de una Constitución democrática*, tal como se encuentran, de manera ejemplar pero no exhaustiva, en otras constituciones¹⁷³.”

Conforme la exposición de Häberle, las cláusulas de eternidad pueden ser de carácter escrito y no escrito. En las primeras se debe incluir la declaración realizada en los preámbulos constitucionales, pues los límites de reforma a una Constitución no se encuentran necesariamente únicamente en normas literales. A este punto, de entender que el contenido del preámbulo y de otras normas no escritas constituyen límites a la reforma constitucional, se arriba por medio de la interpretación contextual

¹⁷² *Ibíd.*, págs. 260 y 261.

¹⁷³ *Ibíd.*, pág. 261.



e histórica del constitucionalismo y de la Constitución específica que sea interpretada.

Si bien la presente investigación se centra en límites positivos que se establecen a una reforma constitucional, es indispensable entender que dichos límites (generales) se encuentran también, y con mayor fuerza, en principios generalmente no inscritos de manera literal en la norma constitucional. Ejemplo de esto seguramente lo son los valores morales de la sociedad a la que rige una Constitución.

En este punto es necesario recapitular sobre los comentarios que De Vega hace cuando diferencia el poder constituyente del poder de reforma constitucional: este último es, *en consecuencia, limitado, y la actividad de revisión (la reforma constitucional) no puede ser entendida como una actividad soberana y libre*¹⁷⁴.

Sumado a estos límites escritos y no escritos, los límites a la reforma constitucional pueden ser abordados en su contracara que, en este caso, serían los límites propios de un poder constituyente derivado. A este respecto García Cuadrado apunta que uno de los problemas de dividir el poder constituyente en originario y derivado es que, en puridad, el segundo ya no sería poder constituyente ya que la característica del mismo es el ser ilimitado.

Señala el autor: “Esa autolimitación incurre en contradicción, puesto que la Constitución misma es legítima en la medida en que el poder que la implantó fuera

¹⁷⁴ De Vega, *Ob. Cit.*, 65.



ilimitado y por tanto pudiera hacer tabla rasa de toda norma previa¹⁷⁵. A los límites que Häberle le denomina *escritos*, García Cuadrado los tiene como *expresos*, y a los *no escritos* los denomina *implícitos*, respectivamente. Estos límites escritos (las *cláusulas de eternidad*) pueden ser absolutos o temporales. Eso sí, tanto De Vega, como Häberle y García Cuadrado, entienden que dichos límites obedecen al deseo y la necesidad de estabilidad del documento constitucional.

Y agrega: “Se llaman límites expresos aquellos que aparecen recogidos en la propia Constitución como prohibiciones que el poder constituyente originario estableció frente a posteriores actuaciones del poder constituyente derivado. En cambio, son límites implícitos o inmanentes los que, sin mención constitucional alguna, deben sin embargo considerarse como sobreentendidos, tanto por el contexto constitucional como por la cultura política de un pueblo y así lo reconocen los especialistas en Derecho constitucional del país¹⁷⁶.”

De igual forma, comenta: “Desde otro punto de vista, los límites pueden ser absolutos o temporales. Son absolutos aquellos que prohíben la modificación de un determinado precepto constitucional y por tanto vetan cualquier cambio en la regulación de una materia concreta. En cambio, son temporales los que simplemente ponen trabas a una eventual reforma estableciendo plazos o momentos en los que la misma queda prohibida. Los límites expresos absolutos reciben el nombre de ‘cláusulas de intangibilidad’ y suelen estar referidos a la forma política o a los

¹⁷⁵ García Cuadrado, *Ob. Cit.*, pág. 389.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 387.



principios ético-políticos que fundamentan el orden constitucional”¹⁷⁷.

A la contradicción de que sea un poder constituido el que pueda abordar temas que son facultad de un poder constituyente se suma, en opinión de García Cuadrado, la inclusión de límites absolutos y perpetuos en la Constitución que escaparía incluso al actuar de un nuevo poder constituyente. Los límites a la reforma de una Constitución solo pueden ser temporales, dentro del contexto de un Estado constitucional y democrático de derecho, pues la facultad de ejercer su poder constituyente se mantiene latente en el soberano que es el pueblo. De no entenderlo así, el poder constituyente que sustrae de forma perpetua cierta temática del pacto político, envía un mensaje sumamente peligroso no solo a juristas sino al pueblo en general: que el contrato-Constitución solo podrá ser renovado mediante el rompimiento del orden constitucional.

El autor citado señala: “Cuando los límites a la reforma constitucional son temporales, puede aún salvarse la cuestión alegando que se trata de un requisito procedimental más, pero con las cláusulas de intangibilidad no es posible justificación teórica alguna. Porque esa autolimitación incurre en contradicción, puesto que la Constitución misma es legítima en la medida en que el poder que la implantó fuera ilimitado y por tanto pudiera hacer tabla rasa de toda norma previa. El poder constituyente originario se impone así de forma no democrática sobre la voluntad popular posterior, no dejando a los partidarios de una opción prohibida por una cláusula de intangibilidad más opción que la abrogación revolucionaria del texto

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 388.



constitucional”¹⁷⁸.

9. Rigidez y flexibilidad constitucional

La rigidez y flexibilidad constitucional se relaciona de manera directa con el tema del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado (ya desarrollado en el punto 5 del Capítulo II de la presente investigación). En ambos temas Bryce es un autor de necesaria referencia para entender dicha relación y sus alcances. El poder constituyente originario establece la limitación al ejercicio del poder por parte de los poderes constituidos y, en razón de ello, le atribuye o delimita sus facultades. La rigidez constitucional busca que la obra del constituyente sea respetada y, mejor aún, pretende recordarle a los poderes constituidos su carácter secundario, que ejercen un mandato representativo que tiene por marco y límite las potestades reconocidas en la Constitución. La rigidez constitucional busca evitar que un poder constituido se considere con facultades soberanas.

Afirma Bryce: “Cuando el soberano se expresa en el acto soberano por excelencia, la Constitución, instituyendo el sistema de poderes y sus funciones y potestades, los poderes mismos, y su completa actividad, quedan subordinados a la norma constitucional. Esto es, el poder constituido queda subordinado al poder constituyente. Desde esta perspectiva la Constitución, como acto del soberano, del poder constituyente, tiene el significado primario de limitación del poder y secundario de atribución de poderes. Así, la norma fundamental no puede ser modificada a través del ejercicio de los poderes ordinarios por el poder constituido, creándose en

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 389.



sistemas como el nuestro un Tribunal Constitucional cuya principal misión es la de garantizar que el poder constituido no solo no vulnere la Constitución (verificación negativa) sino que actúe de acuerdo con la misma (verificación positiva)”¹⁷⁹.

Linde Paniagua entiende esta conveniencia de las Constituciones que suelen denominarse rígidas: en las mismas se diferencia con claridad al representado (soberano) del representante (poderes del Estado). Delimitándose con claridad “cuando el representante del soberano actúa en representación del mismo (ejerce por tanto la soberanía) y cuando actúa ejerciendo poderes propios conferidos por el soberano. De modo que, así como el principio de sometimiento del poder constituido al poder constituyente es absoluto, la incomunicación entre ambos tiene excepciones y matices. En efecto, en algún sistema (como el español) se permite al poder constituido, solo a través de un procedimiento especial, actuar en nombre del poder constituyente modificando la estructura misma de los poderes y potestades (a través de tratados internacionales que transfieren competencias, por ejemplo, a las Comunidades Europeas)”¹⁸⁰.

Estos procedimientos especiales, a los que Linde Paniagua hace mención, en referencia a la Constitución española, causaron un fuerte sisma político cuando, en una sola sesión, y a propuesta del Presidente del Gobierno, senadores y diputados aprobaron la reforma de 2011; se estableció el *principio de estabilidad presupuestaria* que reformaba el artículo 135 de la Constitución, estableciendo, en

¹⁷⁹ Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Citado por: Linde Paniagua, Enrique, *Constitucionalismo democrático*, Madrid, España, Códex, 2002, pág. 16.

¹⁸⁰ Linde Paniagua, *Ob. Cit.*, pág. 17.



esencia y literalidad, que el pago de la deuda pública tiene prioridad sobre todos los demás compromisos del Estado y las comunidades autónomas:

*“Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y **su pago gozará de prioridad absoluta**”¹⁸¹.*

Esta reforma va más allá de las facultades concedidas mediante *procedimiento especial* a las cámaras españolas pues, conforme al artículo primero de su Constitución (expuesto en el final del punto 6 de este Capítulo), subroga los compromisos fundamentales que el Estado español tiene como *Estado social y democrático de derecho*. Esta reflexión viene a cuenta de que aun en una Constitución considerada rígida, como la española, se suele vulnerar esa frontera entre poder constituyente y poderes constituidos que, en este caso, se supone más clara. Con mayor razón dichas vulneraciones se presentarán en Constituciones configuradas como mixtas o flexibles, como es el caso de la Constitución de la República de Guatemala, en la que no se ha dejado de argumentar que, convocada una Asamblea Nacional Constituyente de reforma, esta pueda asumirse una vez juramentada, con poderes plenipotenciarios y desconocer sus límites naturales. Sobre este tema específico se discurre en el siguiente Capítulo de esta investigación.

Otro aspecto que es necesario tener en cuenta, cuando se aborda la temática de la rigidez y la flexibilidad constitucional, es el *principio de equivalencia de las opciones*¹⁸² que se ve disminuido (como principio democrático), pues el pueblo no

¹⁸¹ El resaltado es de la autora.

¹⁸² “Según este principio, basado en el criterio relativista de que ninguna opinión es en principio mejor



está presente en la mayoría de variantes de la reforma constitucional que quedan bajo potestad del Legislativo. Sin embargo, todo ordenamiento jurídico exige un mínimo, cuando no un máximo, de seguridad jurídica, de lo contrario cada nueva legislatura podría vulnerar el principio de supremacía constitucional que es el que hace que la Constitución sea una norma especial. Así, la rigidez constitucional permite la continuidad del pacto político, sus posibilidades de reforma (flexibilidad) solamente afectarán a aspectos que no alterarán los fundamentos de la Constitución.

que otra, todas las opciones deben tener la misma oportunidad de realización, lo que se asegura mediante el principio mayoritario en virtud del cual triunfa la que tenga más votos. Pero cuando la reforma de una norma solo es posible mediante mayoría calificada, las opciones en presencia —esto es, a favor y en contra de la reforma— resultan desigualmente tratadas”. De Otto, *Ob. Cit.*, págs. 59 y 60.





Capítulo IV

Reforma constitucional en Guatemala

1. La Constitución Política de la República de Guatemala y su reforma

La Constitución Política de la República de Guatemala cuenta con tres décadas de vigencia (1986-2016). Al promulgarse, en 1985, se le consideró como un documento ampliamente democrático que sería indispensable para el tránsito de la sociedad guatemalteca de un *Estado militarizado* a un *Estado de derecho*¹⁸³, o dicho de forma más contundente, de regímenes dictatoriales a un modelo de Gobierno republicano.

Si bien nadie duda de la relevancia del texto constitucional de 1985, también es cierto que el mismo albergó deficiencias que pronto saldrían a la luz cuando se exigiera su eficacia. Así lo entiende García Laguardia cuando expone: “La apertura inducida y precipitada no permitió que se diera la completa presencia de nuevas fuerzas políticas, aunque sí se amplió el espectro político tradicional. El desvelo por las candidatura presidenciales y el interés desmedido por las elecciones generales, provocaron que los partidos presentaran muchos diputados más interesados en el futuro reacomodo del Gobierno constitucional que en la factura de la nueva Constitución, la que fue el resultado de una negociación permanente, y en cuya redacción influyó el sector académico en forma significativa”¹⁸⁴.

¹⁸³ Villagrán Kramer, Francisco, *Biografía política de Guatemala. Volumen II. Años de guerra y años de paz*, Guatemala, Editorial de Ciencias Sociales, Flacso, 2004, pág. 303.

¹⁸⁴ García Laguardia, Jorge Mario, *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pág. 57.



Continúa exponiendo García Laguardia: “Eso se refleja en la incorporación de instituciones novedosas por una parte, en su falta de sistematización y de unidad, y en la inclusión de muchos asuntos de carácter no constitucional sino reglamentario. Una Constitución muy desarrollada con 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales que, sin embargo, necesita para funcionar adecuadamente la emisión de más de 40 leyes secundarias de las cuales, a la fecha, no todas, sino muy pocas, se han dictado”¹⁸⁵.

Esa *negociación permanente* a la que hace referencia García Laguardia, implicó que temas trascendentales como lo relativo a pueblos indígenas (artículo 70), recursos naturales (artículo 127), carrera judicial, artículo (209), etc., dejaran de ser abordados adecuadamente y quedaran pospuestos en espera de otro momento político *propicio* que ha sido difícil de encontrar. El tratamiento de estos temas fundamentales vendría a ser exigido no solo mediante la emisión de leyes ordinarias sino con la activación del proceso de reforma constitucional.

En las tres décadas de vigencia de la Constitución de 1985, dos son las iniciativas de reforma constitucional (1993 y 1999) que han contado con la aprobación calificada en el Congreso de la República y que, en consecuencia, han llegado a ser sometidas a consulta popular para su ratificación por parte del electorado, siendo únicamente aprobada, como se expone más adelante, la reforma de 1993.

La firma del *Acuerdo de Paz Firme y Duradera*, el 29 de diciembre de 1996,

¹⁸⁵ *Ibíd.*



generó una serie de propuestas de reforma constitucional que buscaba elevar al ámbito constitucional los pactos políticos incluidos en esta serie de acuerdos. Adicionalmente a estas propuestas que se derivaron directamente de los Acuerdos de Paz, se llegó a presentar otras propuestas ante el Congreso de la República por parte de la sociedad civil (particularmente entre 2011 y 2012). El total de propuestas de reforma constitucional presentadas ante el Congreso de la República entre 1996 y 2016 suman catorce¹⁸⁶.

De estas catorce iniciativas de reformas solamente se examinarán las de mayor relevancia, como lo son la reforma de 1999 y la iniciativa constitucional en materia de justicia que se discute en el Congreso de la República (2016-2017). Sumadas a estas dos, se analiza la reforma constitucional de 1993. Previo a todo ello, se analizan de forma general los diferentes factores que han sido recurrentes en las iniciativas de reforma constitucional en el Estado de Guatemala durante estas tres décadas de vigencia de la Constitución actual.

2. Factores reales que condicionan la reforma de la Constitución en la sociedad guatemalteca contemporánea

La determinación de lo que en la presente investigación se denominan *factores reales que condicionan la reforma de la Constitución*, suele ser contingente en razón de diversas causas que pueden ir desde la sociedad que sea analizada hasta el momento en que la misma sea objeto de estudio. Por ejemplo, estos factores resultan

¹⁸⁶ Cf. Congreso de la República de Guatemala, Dirección Legislativa, *Iniciativa 5179, Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en Materia del Sector Justicia*, Guatemala, 6 de octubre de 2016, págs. 49, 50 y 51.



diferentes si la sociedad que se estudia es la estadounidense frente a cualquier otra sociedad que no pertenezca al *primer mundo*. El estudio de la misma sociedad estadounidense variará si es estudiada en el periodo de su independencia, en el periodo de entre guerras o a partir de los atentados del 11-S¹⁸⁷, pues sus necesidades inmediatas fueron diferentes y encaminadas de forma diversa.

Los factores que se desarrollan a continuación son tomados de la realidad inmediata de la sociedad guatemalteca, teniendo como referencia diversos informes institucionales (tanto nacionales como internacionales), que evidencian su relevancia como tema sensible y reclamos reales que son encaminados hacia una adaptación constitucional. El detalle de estos informes, como el del Procurador de los Derechos Humanos y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, son desarrollados y analizados (doctrinaria y estadísticamente) al detalle con el fin de proveer de objetividad a esta investigación.

Los elementos que a continuación se enumeran necesariamente están interrelacionados y los efectos de su fortaleza o debilidad se proyectan a toda la sociedad, particularmente a la eficacia de los derechos de los gobernados. La profundidad de sus efectos en la sociedad es la que produce que se busque encaminar una mejor regulación en el ámbito constitucional.

¹⁸⁷ Con el numerónimo 11-S se identifica a los atentados terroristas cometidos en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001: «El 11 de septiembre de 2001 es, por muchas razones, un evento que cambió la historia del mundo: fue el primer ataque terrorista de esa magnitud en ser transmitido en vivo y en directo por una generación que no entendía bien lo que pasaba pero que viviría todas y cada una de las consecuencias del mayor atentado en suelo estadounidense en todo lo que va del siglo XXI: guerras, ataques a las libertades públicas». Fuente: El Espectador, *10 artículos para entender el 11 de septiembre de 2001*, <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/10-articulos-entender-el-11-de-septiembre-de-2001-articulo-654005> (27 de marzo de 2017).



2.1. Ausencia de fortaleza institucional

En lo que ha sido desarrollado en esta investigación se ha sido puntual en lo referente al gran logro del constitucionalismo: *la limitación del poder*. Y es precisamente la limitación del poder lo que mejor caracteriza la institucionalidad del Estado constitucional de derecho.

Señala Borja Cevallos: “El poder institucionalizado es el que ha sido despojado de lo personal, caprichoso, incierto y accidental que tuvo desde los albores de la sociedad humana. Uno de los grandes valores del desarrollo político dónde pueden llegar sus efectos y cuáles son las limitaciones de la autoridad pública. Aquí descansa la *seguridad jurídica* de los gobernados, o sea su certeza del ánimo de que no serán molestados si no cometen actos contrarios a la ley”¹⁸⁸.

El tema de la fortaleza institucional, de la institucionalidad, es relativamente reciente, y busca evidenciar si una sociedad política posee o no (o en qué nivel) instituciones políticas maduras o enraizadas. Es la evidencia de si los valores y principios que propugna el modelo social en su Constitución, han logrado calar en la moral colectiva y en la ética de sus funcionarios.

En Latinoamérica, el Centro de Investigaciones en Políticas Públicas Libertad y Progreso es uno de los que emite un estudio (a manera de índice); el *Índice de Calidad Institucional* (ICI); respecto de la calidad y fortaleza institucional de los Gobiernos estatales, dicha información sirve como parámetro para conocer si en Guatemala la ausencia de fortaleza institucional es un factor que puede incidir en la

¹⁸⁸ Borja Cevallos, *Enciclopedia de la...*, pág. 1093.



búsqueda de reformas a la Constitución con el fin de fortalecer la parte orgánica (o de control al poder) de la Constitución de 1985.

Conforme el ICI, emitido por la institución Libertad y Progreso¹⁸⁹, que evalúa la fortaleza de las instituciones estatales (la eficacia de lo que en esta investigación se entiende como Estado constitucional de derecho / *Rule of Law*) y su incidencia en el desarrollo social y económico de los países, Guatemala ocupa el puesto 107 de 193, con un porcentaje de 0,4315 de eficacia institucional en donde 1,00 equivale al 100% de eficacia y 0,00 equivale a ausencia absoluta de eficacia. Conforme al ICI 2015, Suiza (0,9670), Finlandia (0,9620) y Nueva Zelanda (0,9617)¹⁹⁰ ocupan, respectivamente, las tres primeras posiciones como Estados con mayor fortaleza institucional. En el final de la lista del ICI 2015 se encuentran Turkmenistán (0,0360), Eritrea (0,0260) y Corea, República Democrática (0,0154)¹⁹¹.

Es de resaltar que este mismo informe coloca a Guatemala dentro de los ocho Estados de América que en los últimos 10 años han mejorado o sostenido su calidad institucional (Uruguay, Perú, Costa Rica, Guatemala, Canadá, Paraguay, Chile y

¹⁸⁹ Libertad y Progreso es un centro de investigación en políticas públicas que busca resolver los problemas de la ciudadanía, radicado en la Nación Argentina, que promueve los valores y principios de la República Representativa Federal. El ICI mide el marco de normas tanto formales como informales que no han sido generadas por el Gobierno, sino que han sido el resultado de largos procesos evolutivos, estos son denominados “marcos institucionales”. El Índice de Calidad Institucional se obtiene agregando las posiciones porcentuales de los países en ocho indicadores distintos, cuatro de ellos relacionados con las libertades políticas y otros cuatro con las económicas. Los primeros son: Índice del Estado de Derecho y el Índice de Voz y Rendición de Cuentas del Banco Mundial, Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional y el Índice de Libertad de Prensa de *Freedom House*. Los segundos son: *Doing Business* del Banco Mundial, Competitividad Global del Foro Económico Mundial, Libertad Económica en el Mundo del *Fraser Institute*, e Índice de Libertad Económica de *Wall Street Journal/Heritage Foundation*. Fuente: Libertad y progreso, Nosotros, <http://www.libertadyprogresonline.org/nosotros/> (27 de marzo de 2017).

¹⁹⁰ Cf. Krause, Martín / Fundación Libertad y Progreso, *Índice de Calidad Institucional 2015*, México, RELIAL, 2015, pág. 28

¹⁹¹ Cf. *Ibidem*, pág. 35



Colombia)¹⁹². Este dato habrá que tomarlo con medida, pues Canadá, por ejemplo, ocupa el puesto 7 con un ICI de 0,9333, lo que indica que se ha mantenido o mejorado su ya alta eficacia institucional. Por su parte, Guatemala lo que ha hecho es mantenerse en una deficiente eficacia institucional, eso sí, en promedio durante el período 1996-2015 ha escalado 32 posiciones, pero en los últimos 10 años ha descendido 5 puestos. Esto es importante, pues se puede derivar que el retorno a la institucionalidad (1985) y la suscripción de los *Acuerdos de Paz* (1996) incidieron decisivamente en su ICI; sin embargo, del 2005 al 2015 se observa una baja en el mismo (del puesto 102 descendió al puesto 107). Esto da cuenta de que la crisis política vivida en el 2015 también era percibida en el ICI¹⁹³.

Al ver el detalle del diagnóstico del Estado de Guatemala se puede observar cómo la precaria situación de los índices institucionales incide en el desarrollo económico del país, y aunque la incidencia no sea necesaria y absolutamente proporcional, cómo incide en la calidad de vida y bienestar de sus habitantes. En cuanto al Estado constitucional de derecho, Guatemala alcanza una precaria eficacia del 0,1368 (en donde 1,00 es absoluta eficacia y 0,00 es ineficacia absoluta), en lo que refiere a rendición de cuentas obtiene una eficacia de 0,3585, en libertad de prensa su eficacia es de 0,3401, y en percepción de corrupción un alarmante 0,3314.

La competencia económica (que es esencial para el desarrollo económico de un país) se ve directamente afectada por el ICI, a mayor fortaleza institucional se prevé mayor desarrollo económico de un país. Para el caso guatemalteco (que su

¹⁹² Cf. *Ibidem*, pág. 26.

¹⁹³ Cf. *Ibidem*, págs. 9 y 10.



ICI es de 0,4315) su competencia global alcanza un porcentaje muy similar: 0,4653, mientras que Canadá, por ejemplo, con un ICI de 0,9481, su competencia global es de 0,8958.

Pese a esta inestabilidad institucional, durante las últimas dos décadas *Guatemala es el país con mejor estabilidad económica de Latinoamérica. Tiene un crecimiento económico positivo constante. Pero, al mismo tiempo, es el país de Latinoamérica que registra la mayor proporción de personas en pobreza... Las remuneraciones de los asalariados se han reducido en un 30%, mientras que el excedente de explotación, que son las ganancias de las empresas, ha crecido al 38/42%*¹⁹⁴. Entonces, la ausencia de institucionalidad ha implicado, además de padecer males agudos como la corrupción, la incapacidad del Estado para recolectar y redistribuir adecuada y transparentemente los impuestos. Es por eso que la búsqueda de fortaleza institucional será un factor perenne en las propuestas de adecuación de la Constitución. La Constitución de 1985 creó un fuerte apartado de derechos fundamentales, pero no formuló adecuadamente su parte orgánica y su modelo económico. Al dejar sin atender los temas de fondo sobre modelo económico y fortaleza institucional, es previsible que este factor siga presente como uno de los más importantes a satisfacer.

¹⁹⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Lanzamiento Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016*, https://www.youtube.com/watch?v=nvJFkoA4_BI (16 de diciembre de 2016).



2.2. Ineficacia de los mecanismos de control del poder

El Estado constitucional de derecho se erige sobre un modelo de Gobierno republicano que tiene por esencia el límite y control del poder. Con este fin, el modelo republicano descansa sobre cinco principios que tienen como presupuesto la voluntad soberana del pueblo, manifestada en su Constitución, y la búsqueda del disfrute de los derechos fundamentales concretados en el bien común, para el caso del Estado de Guatemala. Estos principios son: la división de poderes y su control efectivo, la representatividad, la electividad, la alternabilidad y la responsabilidad de los funcionarios por el ejercicio de sus funciones.

Conforme Borja Cevallos, la división de poderes o división de funciones “es una característica esencial de la forma republicana de Gobierno. Consiste básicamente en que la autoridad pública se distribuye entre los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de modo que a cada uno de ellos corresponde ejercer un cúmulo limitado de facultades de mando y realizar una parte determinada de la actividad gubernativa”¹⁹⁵.

La división del poder tiene como fundamento el evitar su monopolio que no es propio sino de los Estados monárquicos o despóticos. La distribución de funciones no descansa únicamente en esa repartición sino acompaña todo un complejo sistema de controles horizontales y verticales que son requisitos esenciales para el ejercicio limitado del poder. Su fundamento doctrinario proviene del mismo padre de la doctrina moderna de la división de poderes, Monstequieu, quien afirma: “La

¹⁹⁵ Borja Cevallos, *Derecho político...*, pág. 115.



libertad política de un ciudadano es la tranquilidad del espíritu, que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista es necesario un Gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro. Cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejercieran los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”¹⁹⁶.

Esta fórmula republicana de que el poder controle al poder, por medio de un complejo sistema de controles políticos y jurídicos cruzados, ha sido ineficaz en el Estado de Guatemala. La corrupción ha alcanzado en diversas dimensiones a todas las esferas del poder público. Conforme el *Índice de Percepción de la Corrupción 2015*, el Estado de Guatemala se ubica en el puesto 123 de 167 Estados analizados, en donde las primeras posiciones evidencian una fuerte eficacia del control del poder y de ausencia de corrupción y los últimos puestos evidencian un Estado fallido

¹⁹⁶ Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, El Salvador, Jurídica Salvadoreña, 2002, pág. 110.



incapaz de controlar el ejercicio del poder. El Estado de Guatemala, conforme el índice citado, recibe 28 puntos en percepción de corrupción¹⁹⁷.

La ineficacia de los mecanismos de control del poder deriva de la corrupción y del ejercicio de intereses particulares y personales ajenos al mandato del bien común contenido en el artículo 1º de la Constitución. Esta debilidad en el control del poder propicia la impunidad y la violación directa e indirecta de los derechos humanos. Así lo ha reconocido Naciones Unidas: “La corrupción afecta el goce y disfrute de los derechos humanos, por lo que en 2012 el Consejo de Derechos Humanos solicitó a la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) que realizara un informe al respecto, mismo que fue conocido por la Asamblea General del Consejo en su 23º período de sesiones. En el resumen de los debates, en los que participó Guatemala, los países reconocieron que la corrupción afecta a todos los países y subrayaron la necesidad de combatirla en los planos nacional e internacional con un enfoque integral y una mayor cooperación. Además, se señaló que la corrupción genera injusticia y obstaculiza el ejercicio de los derechos humanos, la consecución del desarrollo, la erradicación de la pobreza, el hambre y la prestación de servicios básicos”¹⁹⁸.

Como se evidencia más adelante, la comprobada ineficacia del control del poder ha fundamentado las propuestas de reforma constitucional, mismas que han buscado fortalecer tanto mecanismos de control político como jurídicos. Siendo el

¹⁹⁷ Cf. Transparencia Internacional, *Índice de Percepción de la corrupción 2015*, http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf (16 de diciembre de 2016).

¹⁹⁸ Procurador de los Derechos Humanos, *Informe Anual Circunstanciado. Situación de los Derechos Humanos y Memoria de Labores 2015*, Guatemala: PDH, 2016, pág. 59.



sistema de justicia el que ha merecido mayor cantidad de propuestas de adecuación, particularmente en su sistema de selección y nombramiento de jueces y magistrados.

2.3. Opacidad

La opacidad es un término antagónico a la transparencia. Viene a afectar directamente al derecho y obligación que todo ciudadano tiene de fiscalizar y controlar el ejercicio del poder público. Para la fiscalización y control del ejercicio del poder contemporáneamente se han tenido como necesarios o presupuestos la transparencia y el acceso a la información.

El acceder a la información de los actos de la Administración Pública es un derecho propio de la ciudadanía en el contexto del modelo republicano de Gobierno: “El acceso a la información es el derecho fundamental que tenemos los ciudadanos de solicitar al Gobierno información pública y de obtener respuesta satisfactoria en un tiempo razonable, en la medida en que dicha información no es reservada por alguna excepción establecida en la ley”¹⁹⁹. Mientras que el derecho a la información está vinculado al desarrollo democrático, regulado en la ley y organizado bajo mecanismos específicos, la *transparencia* resulta ser un atributo o cualidad que se puede o no tener, en mayor o menor medida.

Señala Borja Cevallos: “Transparencia es un término de reciente uso político.

¹⁹⁹ Archivo General de la Nación de México, *Código de Conducta del Archivo General de la Nación. Glosario*, http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/109340/Codigo_de_Conducta_CEPCI_2016_vf_internet.pdf (21 de octubre de 2016), pág. 10.



Designa la claridad de los procedimientos del Gobierno y de la administración pública, es decir, la posibilidad de que puedan ser vistos con entera limpidez por la comunidad en sus antecedentes, ejecución y propósitos, como medio de asegurar la corrección y honestidad de ellos. La transparencia significa fundamentalmente que las cosas del poder deben ser limpias y públicas. Que nada debe permanecer oculto. Que debe abolirse el secreto en el ejercicio del poder y en la administración del Estado”²⁰⁰.

El *derecho de acceso a la información* regula los términos legales del intercambio de información pública entre un solicitante y la autoridad. La cualidad de *transparencia* se alcanza cuando existe una clara voluntad de apertura del Gobierno, expresada en acciones concretas y visibles que manifiestan la disposición de construir una relación con los ciudadanos basada en la honestidad.

Los datos sobre el acceso a la información brindados por el Procurador de los Derechos Humanos en su informe específico del 2015 evidencia lo alarmante de la situación en el acceso a la información pública de oficio. En lo que refiere al cumplimiento de contar con un portal electrónico y de ubicar en el mismo la información pública de forma oficiosa, se alcanza un 38.19% de eficacia. Siendo el Organismo Ejecutivo el que en mayor porcentaje cumplió con dicha obligación (74.05%), seguido por el Organismo Judicial (57.77%) y por el Organismo Legislativo (36.27%). Siendo el poder local el que evidencia la más grave ineficacia en el acceso

²⁰⁰ Borja Cevallos, *Enciclopedia de la...*, pág. 1994.



a la información pública (6.92%)²⁰¹.

Conforme el *Índice de Calidad Institucional 2015*, ya citado, en el rubro de *rendición de cuentas*, el Estado de Guatemala obtiene una puntuación de 0,3585²⁰² (que es igual a un 35.85% de eficacia), puntuación que coincide casi en totalidad con el porcentaje del 38.19% asignado por el Procurador de los Derechos Humanos en 2015. Como se puede derivar, los factores expuestos se implican mutuamente, la opacidad propicia la inoperancia de los controles al poder, tanto desde las mismas instituciones como de la fiscalización ciudadana, y la corrupción y la opacidad es consecuencia y producto de la ausencia de fortaleza institucional. A estos factores se suma un sistema de justicia débil cuya antípoda ha inspirado, como ya se indicó, la mayoría de reformas constitucionales al texto de 1985.

La gravedad de la situación de las instituciones de Estado en torno a la opacidad imperante ha llevado a que el Procurador de los Derechos Humanos recomiende: “**Transparencia y combate a la corrupción**. Fortalecer la fiscalización de las instituciones públicas, priorizando aquellas que tienen un papel fundamental en el desarrollo humano, tales como las relacionadas con educación, salud, alimentación, seguridad, justicia y ambiente. Ejecutar con eficiencia y transparencia los fondos públicos del Estado, asimismo, facilitar y garantizar su permanente fiscalización, tanto por las instituciones que por ley les corresponde como por la

²⁰¹ Cf. Procurador de los Derechos Humanos, *Informe Anual de Situación del Derecho Humano de Acceso a la Información 2015*, Guatemala, PDH, 2016, pág. 31.

²⁰² Cf. Krause, Martín / Fundación Libertad y Progreso, *Índice de Calidad Institucional 2015*, México, RELIAL, 2015, pág. 14.



auditoría ciudadana necesaria”²⁰³.

2.4. Sistema de justicia débil

Conforme al mandato contenido en el artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala, *es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia...* Sin embargo, y tal y como lo evidencia el *Sistema de medición de la impunidad en Guatemala*, elaborado por la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), el índice de impunidad de los diferentes ilícitos acontecidos en Guatemala y de los que los tribunales han tenido conocimiento oscila entre el 73% (para el caso del feminicidio) y el 97% (para el caso de violencia contra la mujer)²⁰⁴.

La independencia judicial es, definitivamente, el factor que más incide en la fortaleza de todo sistema judicial.

Malem, Orozco y Vásquez indican: “Por independencia de los jueces entiendo la condición en que estos se encuentran cuando pueden repeler o rechazar cualquier intromisión o presión externa de los otros poderes del Estado con relación a que las causas judiciales sean resueltas (o no resueltas) en un determinado sentido. La presión o la intromisión, en general, es encubierta, aunque existen ocasiones en que se plantea de modo franco y abierto, y comprende tanto la que se ejerce desde los otros poderes del Estado, como la que se ejerce desde grupos de presión, factores

²⁰³ Procurador de los Derechos Humanos, *Informe Anual Circunstanciado. Situación de los Derechos Humanos y Memoria de Labores 2015*, Guatemala: PDH, 2016, pág. 437.

²⁰⁴ Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala —CICIG—, *Sistema de medición de la impunidad en Guatemala*, Guatemala, (s.e.), 2015, pág. 16.



de poder económico, etcétera”²⁰⁵.

La misma Comisión ha detallado los retos que el sector justicia del Estado de Guatemala debe afrontar para fortalecerse y lograr la independencia que le es necesaria. Dentro de estos aspectos destaca: a) la necesidad de que los cargos de magistrados, de Corte y de Salas, sean vitalicios y, en consecuencia, recomienda la desaparición de las Comisiones de Postulación; b) el separar de las funciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia las funciones administrativas; c) dentro de los que denomina *aspectos operativos* consigna la necesidad de acceder a un mejor presupuesto y la necesidad de la participación de la sociedad civil²⁰⁶.

La percepción de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala es confirmada cuando, por ejemplo, la actual Corte Suprema de Justicia está en crisis, la renuncia de dos de sus magistrados y la suspensión de otro: “Blanca Stalling ya no duerme tranquila desde que su hijo fue enviado a prisión, señalado en el caso de corrupción conocido como IGSS-Pisa. Ahora debe sumar otra pena a su insomnio, pues el jueves 119 diputados votaron a favor de retirarle la inmunidad para que pueda ser investigada por el Ministerio Público y la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, por un caso de supuesto tráfico de influencias donde buscaba una medida sustitutiva para su hijo. Stalling se suma a los magistrados Vladimir Aguilar y Douglas Charchal —electos en 2014— que están bajo la lupa de la justicia. Aguilar está arraigado mientras que Charchal está en prisión, ambos

²⁰⁵ Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (comp.), *La función judicial*. Barcelona, España, Gedisa, 2003, pág. 235.

²⁰⁶ Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala —CICIG—, *Ob. Cit.*



señalados en el caso de Terminal de Contenedores Quetzal (TCQ)²⁰⁷.

La debilidad del sistema de justicia se manifestó apenas comenzado el mismo proceso de transición democrática, si bien las primeras gestiones dieron esperanzas a la ciudadanía de que se podría contar con un sistema de justicia objetiva, pronta y cumplida, en la reforma del 93 (apenas a siete años del retorno a la institucionalidad), ya operaban fuertes cambios al sistema de elección de jueces y magistrados. La fallida reforma del 99 también incluyó un amplio apartado de adecuaciones al Organismo Judicial y la actual propuesta prevé el conjunto de cambios más radicales hasta ahora planteados. De esto se da cuenta en los apartados siguientes.

2.5. Ineficacia de los derechos de los pueblos indígenas

El territorio que ocupa el Estado de Guatemala es habitado por diferentes pueblos: mayas, garífunas, xincas y no indígenas. Conforme al Instituto Nacional de Estadística, la población de ascendencia indígena supera los seis millones en un total de 16 millones de habitantes del Estado de Guatemala²⁰⁸.

Conforme a las Naciones Unidas, los pueblos indígenas son: “Comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no

²⁰⁷ República, *Así perdió el poder la magistrada Stalling*, <http://republica.gt/2017/02/asi-perdio-el-poder-la-magistrada-blanca-stalling/> (27 de marzo de 2017).

²⁰⁸ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Caracterización República de Guatemala*, <https://www.ine.gob.gt/index.php/estadisticas/caracterizacion-estadistica> (10 de agosto de 2016).



dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales”²⁰⁹.

Continua indicando Naciones Unidas: “Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.); d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal); e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo; f) otros factores pertinentes”²¹⁰.

Concluye Naciones Unidas que: “Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberanos de decidir quién

²⁰⁹ Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *El Concepto de Pueblos Indígenas*, http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_back_ground_es.htm (10 de agosto de 2016).

²¹⁰ *Ibíd.*



pertenece a ellas, sin injerencia exterior”²¹¹.

La relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Guatemala históricamente ha sido de invisibilización, exclusión, integración y hasta eliminación²¹². No se les ha tomado como pueblos, sino como individuos aislados que son integrados a la sociedad mediante los principios de igualdad (dentro de la diversidad) y de ciudadanía multicultural. Esto ha sido un hecho que no ha escapado al Estado y a los gobernantes, en el constitucionalismo guatemalteco existieron dos intentos serios de reconocerlos en la Constitución (en 1945 y 1985); sin embargo, dichos esfuerzos no fueron fructíferos. En consecuencia, las demandas constitucionales de los pueblos indígenas han quedado postergadas.

La marginación del desarrollo y goce de los derechos que garantizan las Constituciones ha sido un factor común en los Estados latinoamericanos que poseen población indígena, así lo describe Rodolfo Stavenhagen: “Aunque han sido muchos los esfuerzos y los recursos que se han dedicado durante los últimos cincuenta años para superar la pobreza y marginación que caracterizan la existencia de la mayoría de pueblos indígenas, ellos siguen mostrando por lo general en todas partes los niveles de desarrollo económico, social y humano más bajos. Una clave para entender el impacto limitado que han tenido las políticas de desarrollo radica en que estas no han atacado las causas estructurales de marginación de los pueblos indígenas, causas que están directamente vinculadas a la falta de reconocimiento,

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² Ávalos, Mario, *Pluralismo jurídico. Gestión de la multiculturalidad en Guatemala*, <http://www.iccpq.org.gt/article/gestion-de-la-multiculturalidad-en-guatemala/> (19 de agosto de 2016).



protección, garantías de cumplimiento de sus derechos humanos, individuales y colectivos²¹³.

El modelo cultural, político y económico de la sociedad guatemalteca ha marginado históricamente a los pueblos indígenas. La situación precaria de los derechos humanos es más grave cuando se indaga respecto de la población indígena. Estas afirmaciones son respaldadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que, de manera más contundente afirma: “Históricamente los pueblos indígenas han sido objeto de múltiples intentos de asimilación cultural, y vistos como incompatibles con la idea de progreso y desarrollo que se ha pretendido implementar desde el Estado y la clase dominante. Ese prejuicio refleja un claro desprecio por todo aquello que es valioso para los pueblos indígenas, es decir: su identidad cultural, su modo de vida, la comunidad, su cosmovisión, etc. Por su relevancia como fundamento de la organización social y por ser generadora de identidad, la vida comunitaria ha sido objeto de múltiples acciones que han pretendido su debilitamiento y ruptura. Estos mecanismos han sido variados, abarcando desde el destierro de las áreas que históricamente habían ocupado las poblaciones —de las cuales obtenían los recursos necesarios para conservar su modo de vida— hasta el exterminio físico de las comunidades. Ante estos acontecimientos, queda claro que en este nivel de interacción nunca ha prevalecido el interés por el bien común, ni mucho menos la identificación o preocupación por el

²¹³ Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, México, Unesco, pág. 171.



indígena; más bien, han predominado intereses particulares que han configurado un Estado excluyente, pensado desde las élites nacionales”²¹⁴.

Continúa indicando el PNUD, respecto de la grave situación de los pueblos indígenas en Guatemala: “En el tema de la discriminación, en especial del racismo, aún existen grandes retos por superar. El esquema de dominación implantado históricamente sobre la población indígena ha tomado nuevas formas, algunas de ellas incluso amparadas bajo un esquema de legalidad. En el ámbito económico, el crecimiento de ciertas actividades productivas ha implicado el despojo de territorios a comunidades indígenas, haciéndolos aún más vulnerables y afectando significativamente su bienestar. De igual manera, se han propuesto y promovido intervenciones en el tema laboral que son claramente discriminatorias y que no se constituyen en opciones viables para mejorar el nivel de vida de las personas. Este tipo de acciones conllevan no solo anteponer intereses económicos particulares, sino también implica que se valora poco la vida de las poblaciones rurales e indígenas del país. En el ámbito político, la notable falta de espacios para la participación de los pueblos indígenas en cargos de relevancia dentro de los partidos políticos o dentro del Estado, es otra señal de la discriminación de la cual es objeto este sector de la población”²¹⁵.

²¹⁴ Programa de las Naciones Unidas Para El Desarrollo, *Más allá del conflicto, luchas por el bienestar. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016*, Guatemala, PNUD, 2016, pág. 73.

²¹⁵ *Ibidem*, págs. 171 y 172.



Bastaría con revisar los Diarios de Sesiones de las diferentes constituyentes del Estado de Guatemala para conocer que el tema de los pueblos indígenas siempre ha formado parte de las discusiones, pero su tratamiento y reconocimiento final ha sido mínimo. Ejemplo de ello son el denominado Estatuto Indígena que se pretendió incluir en la Constitución de 1945²¹⁶ y las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1984-1985, en la que el tema de los pueblos indígenas fue polémico y ampliamente debatido, pero su tratamiento constitucional no logró los avances esperados²¹⁷.

3. La reforma de 1993

La denominada *Reforma de 1993*, consistente en una serie de reformas que se hacen por parte del Legislativo al texto constitucional de 1985 y que son ratificadas por el electorado guatemalteco mediante Consulta Popular, es la única iniciativa de reforma que ha llegado a ser ratificada durante las tres décadas de vigencia de la actual Constitución. Los factores, particularmente políticos, que dan lugar a que dicha reforma sea aprobada y ratificada son analizados a continuación, esto para poder compararlos con la fallida reforma de 1999 y la propuesta que ahora (2016-2017) se discute.

3.1. Contexto

Conforme al artículo 184 de la Constitución de 1985 (original), el periodo para

²¹⁶ Cf. García Laguardia, Jorge Mario, *El estatuto indígena en la Constitución guatemalteca de 1945*, Guatemala, Editorial Serviprensa, 2010, págs. 10 y ss.

²¹⁷ Cf. Andrés Antolín, María Rosario, *Los pueblos indígenas en el constitucionalismo guatemalteco: grandes ausencias y pequeñas presencias*, España, Euskal Herriko Unibersitatea, 2010, págs. 314 y ss.



el ejercicio de la Presidencia de la República era de cinco años. El primer Presidente del Ejecutivo y que inicia el periodo de retorno institucional es Marco Vinicio Cerezo Arévalo, postulado por el partido político Democracia Cristiana Guatemalteca (DCG) y que ejerce su Gobierno del 14 de enero de 1986 al 14 de enero de 1991.

Para 1989, ya la fuerza de los partidos políticos de primera generación se estaba disipando (DCG, Unión del Centro Nacional y Movimiento de Liberación Nacional). Surgen dos nuevos partidos políticos dominantes: el Frente Republicano Guatemalteco (FRG) y el Partido de Avanzada Nacional (PAN). Un tercer partido, el Movimiento de Acción Solidaria (MAS), por medio de su candidato Jorge Serrano Elías, capitaliza el creciente voto evangélico que se ve, en un primer momento, frustrado al no lograr el FRG que se inscriba a su candidato, el general Efraín Ríos Montt. A finales de 1990, el 11 de noviembre, en la denominada *primera vuelta electoral* para la Presidencia de la República, ningún partido político alcanza la mayoría requerida para ser declarado ganador. Pasan a segunda vuelta electoral Jorge Carpio Nicolle (UCN) y Jorge Serrano Elías (MAS), haciéndose el último con la victoria²¹⁸.

Este proceso electoral, de 1990, revistió de gran importancia, pues pese al fuerte clima de censura y violencia política latente, se logró el tránsito institucional al segundo Gobierno de la nueva época democrática. Sin embargo, Serrano Elías llega al Ejecutivo sin un plan de Gobierno, sin cuadros políticos de trabajo y sin respaldo

²¹⁸ Urrutia, Edmundo, *Partidos políticos de 1985 a las elecciones de 1999 después de la firma de los Acuerdos de Paz*. En: Álvarez Aragón, Virgilio (ed.) et al., *Guatemala: Historia reciente (1954-1996)*, Tomo I, *Proceso político y antagonismo social*, Guatemala, Flacso, 2012, págs. 329 y 330.



real de otras agrupaciones políticas que más bien buscaban intereses particulares.

Urrutia reseña que la corrupción fue uno de los detonadores de la *crisis de 93*:

“Como consecuencia de la debilidad del apoyo parlamentario al programa del Gobierno de Jorge Serrano (es decir, por el carácter minoritario del partido en el Congreso), ya en el poder el MAS promovió una política de alianzas que comenzó con la composición del Gabinete, en el que participaron líderes del PAN y el PSD, y que continuó con la alianza que formó con la DCG y la UCN en el Congreso (la llamada *trinca infernal* por los medios escritos), que fue condenada y criticada constantemente por la prensa. Ahora bien, esa alianza era necesaria para que se aprobara la legislación promovida por el Ejecutivo, que de otro modo hubiera encallado en la parálisis de un parlamento opuesto a su programa. De todos modos, estas alianzas fallaron y la dinámica entre el Ejecutivo y el Legislativo degeneró en la compra y venta de votos, como sucedió con la aprobación del Presupuesto General de la Nación en 1991, primer año de Gobierno, y con otras leyes imprescindibles para el funcionamiento y la obra del Gobierno”²¹⁹.

El Presidente Serrano Elías no cuenta con el respaldo ni con el carácter para gobernar. Crea un profundo conflicto con los medios de comunicación y las alianzas fincadas con los partidos políticos se vienen abajo. Dentro de este clima poco propicio, y carente de casi todo liderazgo, da inicio al proceso de *ajuste estructural* que conllevaba la privatización de importantes empresas estatales, siendo la primera el Instituto Nacional de Electrificación (INDE). El sector privado se muestra ansioso

²¹⁹ *Ibíd*em, pág. 331.



por invertir en el proceso de privatización. El clima de corrupción llega a sus máximos históricos y devine la crisis del 25 de mayo.

Urrutia expone el momento esencial de la *crisis del 93*: “El 25 de mayo, el Presidente informó al país que había disuelto el Congreso de la República, que había intervenido la Corte Suprema de Justicia y que había anulado 46 artículos de la Constitución. De esta forma se inició el autogolpe y se inició también la resistencia de los grupos de poder y de las organizaciones de la sociedad civil. La Corte de Constitucionalidad declaró nulos los actos del Presidente Serrano, lo mismo hizo el Tribunal Supremo Electoral y, luego de unos días vertiginosos y presiones nacionales e internacionales, el 1 de junio Jorge Serrano Elías salió al exilio”²²⁰.

García Laguardia, retomando el actuar de la Corte de Constitucionalidad, indica que el caso de las *Normas temporales de Gobierno* emitidas por Serrano Elías “*ha sido el caso más espectacular que ha tenido la Corte*”. El Tribunal Constitucional actúa de oficio al conocer dicho *Decreto* que revestía de atipicidad en una nefasta historia golpista, esta vez el golpe de Estado no estaba dirigido ni respaldado por la cúpula militar. Aquí su relato de esos momentos:

El autor citado destaca la peculiaridad del golpe de Estado realizado por Serrano Elías: “El 25 de mayo de 1993, el Presidente informó por cadena de radio y televisión, en las primeras horas de la mañana, su decisión de dejar sin efecto más de 40 artículos de la Constitución, 20 artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, disolver el Congreso de la República, y la Corte

²²⁰ *Ibidem*, pág. 332.



Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad. Esta decisión quedó plasmada en el Decreto Gubernativo dictado ese día con el nombre de *Normas Temporales de Gobierno*. Era un Golpe atípico en el país, porque lo efectuaba el propio Presidente de la República”²²¹.

NORMAS TEMPORALES DE GOBIERNO

Artículo 1o. Se mantiene la vigencia y validez de la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes y demás disposiciones que rigen el país, a excepción de las normas siguientes, cuya vigencia se interrumpe temporalmente, por el tiempo que la situación del país lo demande:

a) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA:

Artículos 5o.; 6o.; 9o.; 23; 27, tercer párrafo; 33; 35; 38; 45, último párrafo; 116, segundo párrafo; del 157 al 181 (Capítulo II del título IV); 183, incisos g), h), i), j), k) y l); 215; 252, 267, 269 en sus incisos: a), b), c), d), y e); 271; 272, incisos b); 278; 279 y 280.

b) DE LA LEY DE AMPARO, EXHIBICIÓN PERSONAL Y DE

CONSTITUCIONALIDAD: *Artículos 114; 115; 133; 134; 135; 136; 137; 138; 139; 140; 141; 142; 150, incisos a), b), c), d, y e); 153, 154, 155; 156; 157; 163, incisos a) y b); y 168.*

c) DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS: *Artículos 194 y*

205.

Ese mismo día, el 25 de mayo, la Corte de Constitucionalidad conoce de oficio sobre la constitucionalidad de dicho *Decreto* y, por la tarde, resuelve que tanto la *Normas Temporales de Gobierno* como el actuar del Presidente de la República son inconstitucionales e implicaban un intento de rompimiento del orden constitucional.

²²¹ García Laguardia, *Breve historia constitucional...*, pág. 110.



Relata García Laguardia: “Como consecuencia [el Tribunal Constitucional] declaró que todos aquellos actos adolecían de *nulidad ipso jure* y que debía, en consecuencia, dejarse sin efecto; y en su parte resolutive declaró expresamente inconstitucional el Decreto de *Normas Temporales de Gobierno*, el cual debería dejar de surtir efecto ordenando su inmediata publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, la sentencia no fue publicada y tampoco acatada. El Presidente Serrano pretendió llevar adelante la ejecución del Decreto que *legalizaba* el golpe, y pasaron varios días de gran incertidumbre y de enfrentamiento entre el Presidente y la comunidad nacional con la reprobación de la comunidad internacional”²²².

Papadópolo, cuando realiza su reseña respecto de los acontecimientos del 93, evidencia el papel fundamental y determinante que desempeñó el Tribunal Constitucional de ese entonces: “El papel desempeñado por la Corte de Constitucionalidad frente y ante el rompimiento del orden constitucional propiciado por el [Presidente] Jorge Serrano Elías, fue probablemente uno de los factores decisivos que hizo fracasar tales acciones y que permitió, lo que es aún más importante, el restablecimiento o restauración del orden constitucional”²²³.

El actuar de la Corte de Constitucionalidad, ante la inobservancia de su resolución, no se limitó a esperar que las autoridades correspondientes acataran y dieran cumplimiento a lo contenido en ella, para lo cual necesitaba primero su publicación y luego su efectivo cumplimiento. Para esto, el Tribunal Constitucional

²²² *Ibíd.*

²²³ Papadópolo, Midori, *Del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución. Análisis jurídico-constitucional del golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 1995, pág. 74.



oficiosamente emitió un auto de ejecución. Así lo relata García Laguardia: “La Corte estimó que sus resoluciones debían acatarse. La ley de la materia indica que las decisiones de la Corte vinculan al poder público y que tienen plenos efectos frente a todos. Y el artículo 203 constitucional establece que todos los otros organismos del Estado deben prestar el auxilio debido a los tribunales de justicia, para el cumplimiento de sus resoluciones. Y con esa base, la Corte dictó el 31 de mayo un auto de seguimiento de la sentencia, un auto de ejecución mediante el cual requirió al Ministerio de Gobernación y al Ministro de la Defensa Nacional para que prestaran el auxilio necesario, a efecto de que la sentencia se publicara en el Diario Oficial y que el fallo se cumpliera por el organismo ejecutivo”²²⁴.

3.2. La exigencia de depuración

La reacción institucional, ciudadana e internacional evidenciaron que la intentona golpista de Serrano Elías no tenía futuro. Con su renuncia, y la de su vicepresidente, el Congreso elige al entonces Procurador de los Derechos Humanos Ramiro De León Carpio. El nuevo presidente entiende que el proceso de depuración del Congreso de la República y de la Corte Suprema de Justicia es una exigencia de la sociedad que, de no ser satisfecha, podría generar nuevas protestas.

Era evidente que el camino de la depuración era la ruta a seguir. Sin embargo, ni el Presidente, sus abogados, ni la misma Corte de Constitucionalidad, tenía claro el camino a seguir. El Presidente solicitó su renuncia voluntaria a los diputados y a

²²⁴ García Laguardia, *Breve historia constitucional...*, pág. 110.



los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Pese a que un importante número de diputados estaba de acuerdo con la vía de la renuncia voluntaria y algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, encabezados por René Villegas Lara, presentaron su renuncia, era evidente que la ruta trazada por la Corte de Constitucionalidad era la de la Consulta Popular²²⁵.

Expone Villagrán Kramer: “El análisis que se hizo en la Presidencia de la república... convenció al presidente De León Carpio a no abandonar el curso que venía siguiendo. Este era pedirle al Tribunal Supremo Electoral convocar a los ciudadanos a consulta popular a fin de depurar el Congreso y la Corte Suprema de Justicia y, una vez depurados, proceder a reformar la Constitución”²²⁶.

Finalmente lo propuesto, la depuración del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia y la reforma a la Constitución se concretaron en un solo acto: la Consulta Popular de 1994, que cobraría vigencia ese mismo año. Con un abstencionismo que superó el 85%, el *Sí* obtuvo 370,044 votos y el *No* 70,761²²⁷. Un 84% de los votos válidos se inclinaron por aprobar la reforma constitucional, lo cual fue un respaldo contundente del electorado al proceso de depuración y de combate a la corrupción. De este proceso tan azaroso, que amenazó con regresar a la sociedad guatemalteca a regímenes golpistas, finalmente, se puede decir, la institucionalidad, la democracia y la división de poderes salieron fortalecidas. La sociedad y su joven Constitución habían sobrepasado la prueba. El Estado constitucional de derecho sobrevivió y salió

²²⁵ Cf. Villagrán Kramer, *Op. Cit.*, pág. 369.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ Tribunal Supremo Electoral, *Memoria. Consultas Populares (1993-1994). Elección de Diputados (1994)*, Guatemala, Delgado Impresos, 1995, pág. 60.



fortalecido.

El domingo 30 de enero de 1994, los guatemaltecos acuden a las urnas a una Consulta Popular contenida en una sola pregunta: *¿RATIFICA USTED LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES APROBADAS POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, CON FECHA 17 DE NOVIEMBRE DE 1993?*²²⁸.

La pregunta trascrita implicaba la aprobación de reformas a nueve temas fundamentales: 1) Junta Monetaria; 2) Congreso de la República; 3) Organismo Ejecutivo; 4) Organismo Judicial; 5) Régimen de control y fiscalización; 6) Régimen financiero; 7) Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación; 8) Régimen municipal, y 9) Procedimientos y términos de elecciones para diferentes órganos²²⁹.

Señala García Laguardia: “Al cerrarse las mesas y practicar el cómputo de los resultados de la Consulta, el Tribunal Supremo Electoral informó que 370,044 ciudadanos aprobaron las reformas; 70,761 las improbaron; 97,107 ciudadanos anularon la papeleta y 7,982 ciudadanos entregaron en blanco. En total de 440,805 votos válidos. La primera consulta popular hecha en el país para reformar la Constitución pronto se prestó a análisis actuales más variados. Lo trascendental, según un viejo magistrado, fue que no hubo necesidad de tocar las puertas de los cuarteles ni que soportar otro golpe militar. *La Constitución había funcionado*”²³⁰.

²²⁸ *Ibidem*, pág. 49.

²²⁹ Cf. Papadópolo, págs. 133 y 134.

²³⁰ García Laguardia, *Breve historia constitucional...*, pág. 375.



3.3. El contenido de la reforma

Las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso están contenidas en 43 artículos que reforman los siguientes artículos constitucionales: 133, 157, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 168, 173, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 191, 194, 213, 214, 215, 217, 222, 223, 233, 234, 237, 238, 240, 251, 252, 254, 257, y agregan los artículos transitorios 23 a 27. De manera puntual, la reforma se puede resumir en los siguientes apartados:

1. **Junta Monetaria.** Sus facultades pasan de *asegurar la estabilidad y el fortalecimiento de la banca privada a asegurar el fortalecimiento del ahorro nacional*. Pero el principal cambio radicó en prohibir a la Junta Monetaria que autorice al Banco de Guatemala el otorgar financiamiento al Estado de Guatemala, a sus entidades descentralizadas o autónomas y a las entidades privadas no bancarias. Artículo que se reforma: 133.
2. **Congreso de la República.** Reduce el período de los Diputados al Congreso de 5 a 4 años, y así lo hace coincidir con el mismo cambio de periodo efectuado al ejercicio del Presidente y Vicepresidente de la República. Otro aspecto fundamental es que desliga la elección de los Diputados distritales de los votos a la Presidencia de la República, antes eran extraídos del conteo de la misma boleta, con el cambio de *elección directa* se pasa a incluir una boleta aparte para los diputados. Desaparece la figura de *diputado suplente* y, en caso de falta definitiva, se pasa a llamar



al postulado que aparezca después del último cargo adjudicado. También se modifica el día de inicio de sesiones del 15 al 14 de enero de cada año.

El antejuicio sigue siendo una prerrogativa del cargo de diputado, antes lo retiraba el mismo Congreso, con la reforma pasa a corresponder a la Corte Suprema de Justicia. La facultad de *conceder permiso al Presidente de la República para ausentarse del territorio* pasa a la de *conocer* de la misma para efectos de la sucesión temporal. Artículos que se reforman: 157, 158, 161, 164, 165 y 168.

Un cambio que merece mención aparte es el relativo al número de diputados al Congreso, que pasa (por esta única ocasión) de 118 a 80. En el artículo 157 constitucional, no se fijó un número específico de Diputados, fue el Tribunal Supremo Electoral el que decidió optar por un criterio específicamente poblacional²³¹ relegando el criterio geográfico-poblacional utilizado en el artículo 205 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos²³².

3. **Organismo Ejecutivo.** Se reduce el período de funciones de 5 a 4 años. Se especifica que las funciones del Presidente son ejercidas por mandato del pueblo. Se prohíbe a todo miembro del Ejecutivo favorecer a partidos

²³¹ Cf. Tribunal Supremo Electoral, *Memoria. Consultas Populares (1993-1994)*... pág. 226.

²³² “El Tribunal Supremo Electoral dejó de basarse en el artículo 205 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos y empezó a utilizar el criterio contenido en el artículo 157 de la Constitución Política de la República. En las elecciones de 1985 y 1990 el criterio fue de un diputado por distrito electoral más uno adicional por cada 80 000 habitantes (Ley Electoral y de Partidos Políticos), mientras que de 1994 al 2007 el criterio ha sido asignar a cada distrito un diputado por cada 80 000 habitantes. La diferencia es que anteriormente se usaba un criterio geográfico y poblacional y ahora el criterio es estrictamente poblacional. Esta interpretación y el uso de un censo con más de catorce años (censo de 1981) hizo que el Congreso se redujera de 116 diputados en 1990 a 80 en las elecciones de 1994”. Fortin, Javier, *Transfuguismo partidario en Guatemala: un caso de altos costos de asociación, monopolio partidario y bajos costos de transacción*, España, Universidad de Salamanca, 2010, pág. 148.



políticos. Obliga al Presidente a actuar en Consejo de Ministros o separadamente con uno o más de ellos. Establece dos nuevas obligaciones para el Presidente de la República: informar al Congreso sobre el propósito y resultados de los viajes realizados fuera de la República y someter cada cuatro meses la ejecución presupuestaria. Se elimina la corresponsabilidad del Vicepresidente respecto de los actos del Presidente. Se suprime la obligación de los ministros de concurrir al Congreso y participar en los debates sobre negocios relacionados con su ramo. Artículos que se reforman: 182, 183, 184, 191 y 194.

4. **Organismo Judicial.** Se incrementó el número de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de 9 a 13. Se redujo su periodo de funciones de 6 a 5 años. Con la reforma todos los magistrados respecto de los cuales podrá elegir el Congreso serán postulados por la Comisión respectiva, antes el Congreso podía nombrar 4 de ellos de forma directa. Se agrega a la integración de la Comisión de Postulación a un representante de los rectores de las universidades del país, quien la presidirá. Se modifica a un año el ejercicio de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia, anteriormente la misma se ejercía por todo el período de la cohorte. En cuanto a la elección de los Magistrados de Salas de Apelaciones, que eran electos por el Congreso de una nómina de candidatos propuestos por la Corte Suprema de Justicia, ahora se crea una Comisión de Postulación específica y los nominados son electos por el Congreso. Se estableció la obligación del Organismo Judicial de informar cada cuatro meses al



Congreso sobre la ejecución de su presupuesto. Artículos que se reforman: 213, 214, 215 y 217.

5. **Régimen de control y fiscalización.** La elección del Contralor General de Cuentas pasa, de ser electo directamente por el Congreso, a ser electo por el Congreso de una nómina de seis candidatos propuesta por una Comisión de Postulación específica. Se añade como requisito para ser electo como Contralor General el ser Contador Público y Auditor. Artículos que se reforman: 233 y 234.
6. **Régimen financiero.** El principal cambio es que se modifica el inciso g del artículo 238, eliminando los gastos de *naturaleza confidencial*. Se concreta el derecho al acceso a la información a establecer obligaciones específicas para las entidades del Estado de enviar copias del Presupuesto y ejecución a la Biblioteca Nacional y otras bibliotecas institucionales. Artículos que se reforman: 237 y 238.
7. **Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación.** Mediante la reforma se separa el Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. El primero adquiere autonomía como órgano de control, el nombramiento de su Jefe lo hará el Presidente de la República dentro de una nómina de 6 candidatos que presentará su respectiva Comisión de Postulación, la segunda continuará dependiendo del nombramiento directo del Presidente de la República. Artículos que se reforman: 251 y 252.



8. **Régimen municipal.** Se suprime la clasificación de las municipalidades y se armonizan los periodos de gestiones de los concejos municipales a 4 años, antes de ello los periodos eran de 2 años y medio o de 5 años. Otro cambio fundamental radicó en el aumento de la asignación del 10% del Presupuesto General de Ingresos ordinarios del Estado a las municipalidades, antes de dicho cambio el porcentaje era del 8%. Artículos que se reforman: 254, 256 y 257.

9. **Procedimientos y términos de elecciones para diferentes órganos.** Además de las Comisiones de Postulación creadas y de las modificaciones a las ya existentes, se adecúa el periodo de funciones de los nuevos diputados, de los nuevos magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Gobiernos municipales. Artículos transitorios que se adicionan: 23, 24 y 27.

4. **La iniciativa de reforma de 1999**

La iniciativa de reforma a la Constitución que se concreta en la Consulta Popular de 1999, es presentada por el Presidente de la República Álvaro Arzú Irigoyen ante el Congreso de la República, Organismo que tras una serie de discusiones aprueba el Acuerdo Número 41-98, mismo que tuvo que ser modificado por resolución de la Corte de Constitucionalidad y es adecuado mediante el Acuerdo Número 15-99. Luego de sortear una serie de incidencias que fueron desde lo legal (inconstitucionalidades, amparos), pasando por lo político, hasta llegar a afrontar su suspensión por fenómenos naturales como el *Huracán Mitch* (que azotó la región en



octubre y noviembre de 1998, dejando grandes pérdidas humanas y de infraestructura), finalmente se realiza la Consulta Popular el domingo 16 de mayo de 1999.

El resultado, determinado en gran parte por el *voto de la capital*, es negativo a esta reforma constitucional que tenía como marco fundamental la implementación de los Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno del Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Con un marcado abstencionismo (81.45%), un aproximado del 56%²³³ rechazó la reforma constitucional, mientras un 44% votó favorablemente²³⁴. La complejidad de los temas consultados y la férrea postura negativa de instituciones como el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales y Financieras (CACIF), la Liga Pro Patria, el Centro para la Defensa de la Constitución (CEDECON), sectores de la Iglesia Evangélica, entre otros, incidieron en la apreciación negativa de las reformas y en el alto porcentaje de abstención²³⁵.

4.1. Contexto

El contenido de la iniciativa de reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República y sometida a Consulta Popular el 16 de mayo de 1999, deriva

²³³ La consulta implicó cuatro preguntas, en todas ganó el NO, pero la cantidad de votos no fue la misma. Este porcentaje es un promedio.

²³⁴ Cf. Tribunal Supremo Electoral, *Consulta Popular 1999*, Tomo I, Guatemala, Tribunal Supremo Electoral, 2000, pág. 97.

²³⁵ Cf. Prensa Libre, *Triunfa el "No" en consulta popular de 1999*, Guatemala, lunes 17 de mayo de 1999, pág. 3.



directamente de un conjunto de Acuerdos entre el Gobierno del Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Dichos acuerdos se agrupan bajo el título de *Acuerdos de Paz*, en un total de 17 documentos (entre declaraciones fundamentales y acuerdos propiamente dichos), se plantea una nueva visión de nación, una nación que entiende su diversidad cultural y étnica y que afina su sistema electoral, de igualdad y de derechos humanos, proveyendo de medidas que hagan mayor la eficacia de lo comprometido en el contrato-Constitución.

La Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República (SEPAZ), en sus documentos informativos, al interrogar *¿Qué son los Acuerdos de Paz?*, indica: “Son cada uno de los temas en los que el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), negociaron para alcanzar soluciones pacíficas a los principales problemas que generaron el enfrentamiento armado de más de 36 años. Su negociación se llevó a cabo en países como México, España, Noruega y Suecia, durante 14 años, para dar las condiciones de imparcialidad a las partes. La negociación culminó con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, el 29 de diciembre de 1996 en el Palacio Nacional de la Cultura de la ciudad de Guatemala”²³⁶.

Conforme la misma SEPAZ, cuando analiza las causas que dieron origen al *Conflicto Armado Interno*, señala dentro de las mismas: a) la realidad socio-política y económica; b) la intolerancia ideológica interna e internacional; c) la lucha

²³⁶ Secretaría de la Paz Presidencia de la República, *Acuerdos de Paz*, (1 de diciembre de 2016), <https://hablandoguatemala.files.wordpress.com/2011/05/los-acuerdos-de-paz-en-guatemala.pdf>



internacional contra el comunismo; d) la doctrina de los grupos insurgentes; e) la militarización de la sociedad y del Estado; f) el uso y posesión de la tierra; g) el acceso a la educación, la exclusión social y la marginación; h) los procesos electorales antidemocráticos; i) La debilidad del Estado en el cumplimiento de sus funciones; j) el rechazo a la multiculturalidad, el racismo imperante como expresión ideológica y cultural, entre otros²³⁷.

Si bien la autora coincide con el detalle, un tanto desorganizado, que brinda la SEPAZ respecto de los factores que dieron origen a la guerra interna en Guatemala (conflicto que concluye formalmente con la suscripción de los Acuerdos de Paz), estima necesario el acudir a lo que al respecto exponen Figueroa Ibarra, Paz Cárcamo y Taracena Arriola. El origen de la lucha armada tiene por fecha el 13 de noviembre de 1960, alzada que fracasa estrepitosamente, vía que será retomada en el primer trimestre de 1961, con el ingreso clandestino, vía frontera salvadoreña y hondureña, de 23 militares sublevados.

En cuanto a los factores que dan origen al conflicto, los autores citados señalan: a) crisis política, manifestada en fraudes electorales por parte del partido en el Gobierno; b) los altos índices de corrupción; c) una fuerte alza en el costo de la vida, y d) la agudización de la represión institucional, concretada en una escalada de violación a los derechos humanos. Todos estos factores llevaron a que la población se planteara la ilegitimidad del *régimen ydigorista*, se suscitara planes de transición

²³⁷ Cf. *Ibíd.*



que llegaron a concretarse en fallidos golpes de Estado y el alzamiento armado²³⁸. Indudablemente el alzamiento armado del 13 de noviembre, conocido como *la Conspiración del Niño Jesús*, fue eminentemente militar y sus acciones tuvieron como contexto los factores ya indicados (que tuvieron su réplica en la institución castrense) e, indudablemente, la chispa de la insurrección fue el entrenamiento de exiliados cubanos en el territorio guatemalteco.

Sobre este aspecto, Figueroa Ibarra, Paz Cárcamo y Taracena Arriola señalan: “Las causas de tal descontento [a lo interno de la institución armada] fueron diversas e interactuantes: reclamos a la falta de profesionalización (un general para novecientos oficiales), enfrentamiento entre oficiales de carrera y oficiales de línea, primacía de la Fuerza Aérea sobre el Ejército de Tierra, corrupción gubernamental, represión contra oficiales arbencistas, cancelación de estudios en el exterior y la peculiar situación que había creado la instalación en territorio guatemalteco del campamento de exiliados cubanos en la finca *La Helvetia* para participar en la invasión a Cuba decidida por la administración de John F. Kennedy”²³⁹.

De manera más puntual Contreras Reynoso señala como origen de *la guerra interna* el tema del uso de la *Finca la Helvetia*. Situación que sumada a la situación nacional antes expuesta prolongarían el conflicto por casi cuatro décadas, sumando en su ínterin actores y víctimas por decenas de miles: “El apoyo que dio Ydígoras a las fuerzas cubanas anticastristas dio lugar a protestas populares, y también al

²³⁸ Figueroa Ibarra, Carlos, Guillermo Paz Cárcamo y Arturo Taracena Arriola, *El primer ciclo de la insurgencia revolucionaria en Guatemala (1954-1972)*. En: Álvarez Aragón, Virgilio *et al.*, *Guatemala: Historia reciente (1954-1996)*. Tomo II, *La dimensión revolucionaria*, Guatemala, Flacso, 2013, pág. 49.

²³⁹ *Ibidem*, pág. 47.



descontento del Ejército. Un grupo de oficiales se sublevó el 13 de Noviembre de 1960, tomando el Cuartel Justo Rufino Barrios. Después se dirigieron a Zacapa e Izabal, en donde fueron derrotados por fuerzas leales al Gobierno, dirigidas por el Coronel Enrique Peralta Azurdia. Algunos de los militares rebeldes volvieron a integrarse al Ejército, pero otros continuaron en rebeldía y dieron origen, poco después, al movimiento guerrillero izquierdista que se mantendrá en rebeldía hasta 1996”²⁴⁰.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), establecida mediante el Acuerdo de Oslo de 1994, en su *Informe Guatemala Memoria del Silencio*, estimó que *el saldo en muertos y desaparecidos del enfrentamiento fratricida llegó a más de doscientas mil personas*²⁴¹. En cuanto a las que denomina *causas profundas del enfrentamiento armado*²⁴² indica: “La CEH concluye que fenómenos coincidentes como la injusticia estructural, el cierre de los espacios políticos, el racismo, la profundización de una institucionalidad excluyente y antidemocrática, así como la renuencia a impulsar reformas sustantivas que pudieran haber reducido los conflictos estructurales, constituyen los factores que determinaron en un sentido profundo el origen y ulterior estallido del enfrentamiento armado”²⁴³. Son precisamente estos

²⁴⁰ Contreras Reynoso, José Daniel, *Breve historia de Guatemala*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 2006, pág. 134.

²⁴¹ Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala memoria del silencio. Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, Guatemala, Editorial Litoprint, 2000, pág. 17.

²⁴² *Ibidem*, pág. 19.

²⁴³ “**La represión sustituye a las leyes.** 9. La CEH ha concluido que, durante los años del enfrentamiento armado, la incapacidad del Estado guatemalteco para aportar respuestas a las legítimas demandas y reivindicaciones sociales desembocó en la conformación de una intrincada red de aparatos paralelos de represión que suplantaron la acción judicial de los tribunales, usurpando sus funciones y prerrogativas. Se instauró de hecho un sistema punitivo ilegal y subterráneo, orquestado y dirigido por las estructuras de inteligencia militar. Este sistema fue utilizado como la principal forma



aspectos los que buscarán atenderse por medio de los *Acuerdos de Paz* y la propuesta de reforma constitucional que derivará de los mismos.

Luján Muñoz señala que, pese a la imposibilidad evidente de la guerrilla guatemalteca de obtener el triunfo armado, las organizaciones que la integraban lograron mantener *capacidad operatoria y destructiva limitada*, y a que los regímenes comunistas europeos salieron del poder y que la Unión Soviética desaparece, la guerrilla logra mantener una fuerte presencia en las negociaciones para el cese armado: “Reforzó su estrategia de presión internacional sobre el Gobierno para la firma de la paz y realizó ajustes para lograrla lo antes posible”²⁴⁴. La Firma de la Paz se alcanzaría, pero su proceso pasaría por múltiples estancamientos que implicaron el decurso de más de una década hasta ver alcanzado el objetivo de la suscripción del *Acuerdo de Paz Firme y Duradera*.

de control social por parte del Estado a lo largo del enfrentamiento armado interno, complementado por la colaboración directa o indirecta de sectores económicos y políticos dominantes. **La ineficacia de la justicia.** 10. El sistema judicial del país, por su ineficacia provocada o deliberada, no garantizó el cumplimiento de la ley, tolerando y hasta propiciando la violencia. Por omisión o acción, el poder judicial contribuyó al agravamiento de los conflictos sociales en distintos momentos de la historia de Guatemala. La impunidad caló hasta el punto de apoderarse de la estructura misma del Estado, y se convirtió tanto en un medio como en un fin. Como medio, cobijó y protegió las actuaciones represivas del Estado así como las de particulares afines a sus propósitos, mientras que, como fin, fue consecuencia de los métodos aplicados para reprimir y eliminar a los adversarios políticos y sociales. **El cierre de los espacios políticos.** 11. Después del derrocamiento del Gobierno del coronel Jacobo Árbenz en 1954 tuvo lugar un acelerado proceso de cierre de espacios políticos, inspirado en un anticomunismo fundamentalista que anatematizó un movimiento social amplio y diverso, consolidando mediante las leyes el carácter restrictivo y excluyente del juego político. Estas restricciones a la participación política fueron pactadas por diversos sectores de poder fáctico del país y activadas por las fuerzas civiles y políticas de esa época. Este proceso constituye en sí mismo una de las evidencias más contundentes de las estrechas relaciones entre el poder militar, el poder económico y los partidos políticos surgidos en 1954. A partir de 1963, además de las restricciones legales, la creciente represión estatal contra sus reales o supuestos opositores fue otro factor decisivo en el cierre de las opciones políticas en Guatemala”. *Ibidem*, págs. 18 y 19.

²⁴⁴ Luján Muñoz, Jorge, *Guatemala. Breve historia contemporánea*, Segunda edición, México, Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2002, pág. 407.



Las etapas y acuerdos que llevan a la suscripción del Acuerdo de Paz Firme y Duradera el 29 de diciembre de 1996, implican el período comprendido de 1987 a 1996 (10 años), y vinculan la gestión de los Gobiernos de Cerezo Arévalo, Serrano Elías, De León Carpio y Arzú Irigoyen²⁴⁵.

- **7 de agosto de 1987.** Durante el Gobierno de Vinicio Cerezo Arévalo se firmó el *Acuerdo de Esquipulas II* y se creó la Comisión Nacional de Reconciliación (CNR).
- **1 de marzo de 1989.** Se instala el *Gran Diálogo Nacional*, con la participación de representantes de la sociedad civil.
- **29 de marzo de 1990.** La CNR y la URNG suscriben el *Acuerdo Básico para la Búsqueda de la Paz*, el Acuerdo de Oslo.
- **24 de abril de 1991.** Durante la administración de Jorge Serrano Elías se firma el *Acuerdo del Procedimiento para la Búsqueda de la Paz por Medios Políticos*.
- **10 de enero de 1994.** Durante la gestión de Ramiro De León Carpio comenzaron las funciones de la Organización de las Naciones Unidas como moderadora en las negociaciones de paz. En México se suscribe el *Acuerdo Marco para la Reanudación del Proceso de Negociación entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca*.
- **29 de marzo de 1994.** En México, el Gobierno del Estado de Guatemala y

²⁴⁵ La cronología es elaborada por la investigadora con base en: Gobierno de Guatemala / Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, *Acuerdos de Paz*, Guatemala, Ediciones Universitarias AYAN, 2002, págs. 1 y ss., y Diario de Centro América, *Acuerdos de Paz cumplen 20 años*, Guatemala, jueves 29 de diciembre de 2016, pág. 5.



la URNG, suscriben el *Acuerdo de Calendario de las Negociaciones para una Paz Firme y Duradera* y el *Acuerdo Global sobre Derechos Humanos*.

También se emite la *Declaración Conjunta del Gobierno de Guatemala y de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca*.

- **17 de junio de 1994.** El Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado*.
- **23 de junio de 1994.** En Oslo, el Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca*.
- **31 de marzo de 1995.** En México el Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- **22 de agosto de 1995.** En Panamá, en la Isla de Contadora, se emite la *Declaración de Contadora*, dentro de la *IV Conferencia Centroamericana de Partidos Políticos*.
- **19 de marzo de 1996.** La URNG emite la *Declaración Unilateral de Cese al Fuego*.
- **6 de mayo de 1996.** El Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria*.
- **19 de septiembre de 1996.** El Gobierno del Estado de Guatemala y la



URNG suscriben el *Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática.*

- **4 de diciembre de 1996.** En Oslo, Noruega, durante el Gobierno de Álvaro Arzú, el Estado de Guatemala y la URNG firman el *Acuerdo sobre el Definitivo Cese al Fuego.*
- **7 de diciembre de 1996.** En Estocolmo, Suecia, el Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral.*
- **12 de diciembre de 1996.** En Madrid, España, el Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo sobre Bases para la Incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la Legalidad.*
- **18 de diciembre de 1996.** El Congreso de la República emite el Decreto 145-96, *Ley de Reconciliación Nacional.*
- **29 de diciembre de 1996.** El Gobierno del Estado de Guatemala y la URNG suscriben el *Acuerdo Sobre el Cronograma para la Implementación, Cumplimiento y Verificación de los Acuerdos de Paz. Se firma el Acuerdo de Paz Firme y Duradera.*



4.2. Contenido de la reforma

El 16 de octubre de 1998, el Congreso de la República aprueba el Acuerdo Número 41-98, aprueba el contenido de las *Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala*, que serían sometidas a Consulta Popular. El Acuerdo está contenido en 50 artículos que reúnen una diversidad de cuestiones.

En este apartado, primero se señala, brevemente, las reformas por artículo y, luego, se presentan las cuatro preguntas que fueron sometidas a aprobación de la población en Consulta Popular.

La reforma al artículo 1º es, quizás, una de las más interesantes. Al párrafo existente se tamiza el término persona agregando el adjetivo *humana*. Se adiciona un segundo párrafo que reza: *La nación guatemalteca es una y solidaria, dentro de su unidad y la integridad de su territorio es pluricultural, multiétnica y multilingüe*. Esta reforma, de haber sido aprobada, reconfiguraría al Estado y a la sociedad guatemalteca, tras siglos de invisibilización, exclusión e intentos de integración, se reconocería el carácter pluricultural de la sociedad.

A esta primera reforma se agregan los cambios a los artículos 66 y 70, referidos a reconocer la identidad de los pueblos mayas, garífuna y xinca y, particularmente, reconoce a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas e impone la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando medidas administrativas afecten sus derechos.

En el artículo 94, referido a la *Obligación del Estado, sobre la salud y asistencia social*, se establece taxativamente que dicha función debe proveerse de forma



gratuita. Se reforma el artículo 110, referido a la indemnización de trabajadores del Estado, elimina el máximo de 10 años de indemnización a los que pueden acceder los trabajadores del Estado y descarta que altos funcionarios puedan acceder a esta prestación.

Se reforma el inciso g) del artículo 135, cambiando la obligación que corresponde a todo ciudadano de prestar servicio militar y social, a prestar servicio militar o social. Se reforma el artículo 143, referido al *Idioma oficial*, estableciendo en su lugar *Idiomas*, detallando los diferentes idiomas mayas, xinca y garífuna que reconoce. En cuanto a la potestad legislativa e integración del Congreso contenida en el artículo 157, que ya ha sufrido una reforma, se incrementa de uno a dos diputados el mínimo que deberá elegir cada distrito, con lo cual se incrementa también el número de diputados a elegir por lista nacional y, en consecuencia, se incrementa el total de diputados que integrarían el Congreso.

Dentro de las atribuciones del Congreso y el proceso de formación de la ley, se reforman los artículos 164, 166, 167, 171, 173 y 176. Dichas reformas implican una mejor oportunidad de los candidatos a diputado para renunciar al cargo que ocupare hasta dos días después de la convocatoria a elecciones. En cuanto a la interpelación, amplía la misma a los secretarios designados o nombrados por el Presidente del Ejecutivo. Se crea una Comisión del Congreso cuya función sería controlar a los órganos de inteligencia del Estado. En cuanto a la Consulta Popular, se establece que la misma, cuando la convoque el Congreso, debe ser por mayoría calificada. En lo que refiere a las iniciativas de ley, se garantiza a la ciudadanía el poder opinar sobre la misma antes de emitir cualquier dictamen.



En lo que refiere al Organismo Ejecutivo, se reforman los artículos 182 y 183. Especialmente se dispone la creación de una Ley que regule las funciones de los servicios de seguridad de la Presidencia y Vicepresidencia. Se suprime la facultad del Presidente de exonerar multas y recargos.

Se reforman los artículos 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 214, 215, 216, 217, 219 y 222, referidos al Organismo Judicial. Acorde con la reforma realizada en el artículo 1º, se reconoce el Derecho consuetudinario indígena y se impone que al administrar justicia se respete el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población. Se incorpora como garantía del Organismo Judicial la carrera judicial. En cuanto a los antejuicios promovidos en contra de jueces y magistrados, de los mismos conocerán los *Tribunales de responsabilidad*. Los requisitos para ser magistrado o juez se ciñen a la carrera judicial a implementarse. Se crea el Consejo de la Carrera Judicial y las funciones administrativas y de personal son trasladadas al Consejo de Administración. Se incrementa del 2 al 6% del Presupuesto de Ingresos Ordinarios del Estado el presupuesto del Organismo Judicial. Se incrementa de 13 a 15 los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, su período de funciones se amplía a siete años y el de la Presidencia a dos. Se reestructura la conformación de la Comisión de Postulación y su número de integrantes se establece en 10.

En el *Régimen administrativo*, se reforma el artículo 225, estableciendo que el Sistema de Consejos de Desarrollo será el medio principal de participación de la población en la gestión pública. Se regula a nivel constitucional los diferentes niveles de Consejos de Desarrollo y se advierte que su integración y políticas deben atender



a la realidad multiétnica, pluricultural y multilingüe del país.

Se modifica el Capítulo V, pasándose a denominar *Ejército de Guatemala* y *Fuerzas de Seguridad Civil*. Se reforman los artículos 244, 245 y 246, 248 y 249, referidos al Ejército. Con dicha reforma, esencialmente se establece taxativamente que el Ejército forma parte de la estructura jerárquica del Organismo Ejecutivo, dependiendo del Ministerio de la Defensa Nacional. El Ministro de la Defensa Nacional podrá ser de carrera o civil. Se limita el acudir al Ejército para funciones de orden público, imponiendo al Presidente la obligación de informar al Congreso sobre la adopción de esta medida, quien podrá aprobarla, modificarla o improbarla. Se podrá reconocer el derecho al sufragio a los miembros del Ejército, si así lo deciden dos legislaturas consecutivas. Se reconoce a nivel constitucional a la Policía Nacional Civil y se establecen sus funciones principales.

Se reforma el artículo 251, referido al Ministerio Público, pese a que la reforma es total, solamente se reitera lo ya establecido, adicionando un último párrafo, fundamental para las funciones autónomas de dicha institución, en el cual se indica que el Fiscal General de la República también podrá ser removido por el Congreso de la República, con el voto de las dos terceras partes del total de diputados, sin condicionar que medie *causa justificada debidamente establecida*.

Se adicionan siete disposiciones transitorias cuya finalidad es permitir e instrumentalizar las transiciones y modificaciones contenidas en los artículos precedentes ya reseñados.

La exposición que se realiza en esta investigación, a manera de reseña,



evidencia la complejidad y amplitud de la reforma pretendida. Esta situación motivo amparos e inconstitucionalidades, y acuerdos y modificaciones de decretos, tendiente a solventar dos situaciones esenciales: una adecuada divulgación del contenido de la reforma que se sometería a consideración de la población y el replanteamiento de las preguntas que aparecerían en la boleta de la Consulta Popular respectiva.

Finalmente la reforma constitucional se plantea en cuatro preguntas que son sometidas a Consulta Popular²⁴⁶:

PREGUNTA UNO:

¿Ratifica usted las reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala, aprobadas por el Congreso de la República en materia de “Nación y Derechos Sociales”, contenida en los artículos: 1, 66, 70, 94, 110, 135 literal g), 143, Transitorios 13, 30 y 32?

PREGUNTA DOS:

¿Ratifica usted las reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala, aprobadas por el Congreso de la República en materia de “Organismo Legislativo” contenidas en los artículos: 157, 164 penúltimo párrafo, 166, 167, 171 inciso n), 173, 176. Transitorio 28?

PREGUNTA TRES:

¿Ratifica usted las reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala, aprobadas por el Congreso de la República en materia de “Organismo Ejecutivo” contenida en los artículos: 182, 183 se suprime la literal r) y se reforma la literal t), 225, 244, 245, 246, 248, 249, 250; transitorio 33; y la reforma de la denominación del Capítulo V del Título V y las adiciones de la Sección Primera y Sección Segunda, del mismo,

²⁴⁶ Cf. Tribunal Supremo Electoral, *Acuerdo Número 229-99*, 21 de mayo de 1999.



contenidas en los artículos 33, 34 y 40 de las Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala?

PREGUNTA CUATRO:

¿Ratifica usted las reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala, aprobadas por el Congreso de la República en materia de “Organismo Judicial y Administración de Justicia” contenida en los artículos: 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 222, 251. Transitorios 29, 31 y 34?

4.3. Resultados de la Consulta Popular

El proceso de reforma constitucional iniciado en 1998, como implementación necesaria de los cambios comprometidos en los Acuerdos de Paz, fue largo y confuso. Demasiadas preguntas, unas 50, demasiados temas complejos, es por ello que la Corte de Constitucionalidad indicó al Congreso de la República la necesidad de agrupar las reformas en temas y concretarlas en cuatro preguntas que, de igual manera, no despejaron la nebulosa de dudas que guardaba la población que salió a votar aquel domingo 16 de noviembre de 1999.

Sumado al desconocimiento común del texto constitucional y de las implicaciones de las reformas que se sometían a la aprobación del electorado, se debe tener en cuenta las actitudes de sectores de la sociedad civil (iglesias evangélicas, empresarios, la confrontación en los diarios y medios de comunicación, y el voto rural enfrentado al voto urbano y clase media dieron como resultado un NO a la reforma constitucional.

La Revista Digital Envío razona los resultados indicando que si bien el



abstencionismo fue alto esto no fue en sí una sorpresa, lo que sí resultó serlo fue el triunfo del NO: **“El triunfo del NO fue una gran sorpresa.** Tal vez fue una caricatura de Prensa Libre la que lo captó mejor. Al abrir una urna-caja de sorpresas, de esas de resorte, salta un tremendo NO que deja con la boca abierta y una cara de asombro horrorizado a varios protagonistas de los Acuerdos de Paz: el Presidente Arzú, Rodrigo Asturias (Gaspar Ilom) y Arnoldo Noriega, representante de la URNG en la Comisión de Acompañamiento. Al fondo, el candidato presidencial del PAN Oscar Berger. No solo fueron ellos. La sorpresa por la victoria del NO fue generalizada. El abstencionismo esperado resultó un poco menor que el registrado en la consulta popular de 1994 sobre reformas constitucionales para depurar al Congreso, acusado entonces de gran corrupción. En 1994 solo el 15% de los empadronados asistió a las urnas”²⁴⁷.

Ante la confrontación notoria entre el *status quo* (empresarios, iglesias evangélicas, cúpula militar, políticos tradicionales, etc.) y una reforma profunda al contrato-Constitución, la incertidumbre fue creciendo de un rotundo triunfo del SÍ, que se avizoraba relativamente fácil de alcanzar cuando se suscribe el Acuerdo de Paz Firme y Duradera el 29 de Diciembre de 1996, a la posibilidad de un triunfo apenas modesto. Bastaron unos 18 meses para que los actores que se oponían a la reforma lograran convencer al ciudadano de votar por el NO (y esto se logró con el marcado abstencionismo y con el voto efectivamente negativo). Sin embargo, aun con este clima de incertidumbre, los analistas le daban la victoria al SÍ.

²⁴⁷ Revista Digital Envío, ¿Por qué el NO en la Consulta Popular?, <http://www.envio.org.ni/articulo/950> (3 de diciembre de 2016).



Esto titulaba el diario Prensa Libre, el día inmediato a la Consulta: **“GANA EL NO**. El voto de la capital marca la diferencia. El 16 de mayo de 1999 los guatemaltecos fueron llamados a las urnas para aprobar o rechazar las Reformas a la Constitución Política de la República, para dar cumplimiento a varios puntos de la firma de los Acuerdos de Paz. Supuestamente, el ‘sí’ debía triunfar en la consulta popular del domingo porque era la puerta para que los Acuerdos de Paz adquirieran rango constitucional; sin embargo, el resultado fue adverso”²⁴⁸.

Tabla No. 1

Resultados de la Consulta Popular 1999

Pregunta	Votos Sí	Votos No	Total votos válidos	Votos Nulos	Votos en blanco
No. 1. Nación y derechos sociales	328,061 47.24%	366,417 52.76%	694,478	45,750	17,503
No. 2. Organismo Legislativo	284,403 41.40%	402,593 58.60%	686,996	46,841	23,653
No. 3. Organismo Ejecutivo	294,823 42.91%	392,250 57.09%	687,073	46,522	23,928
No. 4. Organismo Judicial y Administración de Justicia	316,782 45.92%	373,003 54.08%	689,785	46,304	21,639

Fuente: elaboración propia con base en datos del Tribunal Supremo Electoral, *Consulta Popular 1999*, Guatemala, Tribunal Supremo Electoral, 2000, pág. 91.

La Consulta, además de ser compleja y de generar un alto índice de abstencionismo, evidenció una clara división del voto, las regiones con mayor

²⁴⁸ Cf. Prensa Libre, *Triunfa el “No” en consulta popular de 1999*, Guatemala, lunes 17 de mayo de 1999, págs. 1 y 3.



población no indígena y los centros urbanos se inclinaron por el NO, las regiones con población mayoritariamente indígena y rural, se inclinaron por el SÍ. Pero fue el voto del Departamento de Guatemala (Sí: 26%, No: 74%) y del Distrito Central (Sí: 23%, No: 77%) el que decidió la contienda: **“Mapa del SÍ y el NO**. En los resultados, el mapa de Guatemala quedó perfectamente partido en dos mitades. En trece departamentos del Norte, el Oriente, el Centro y el Sur, ganó el NO. La mayoría de ellos, con predominio de población ladina, con excepción de Quetzaltenango, Suchitepéquez y Sacatepéquez (donde se encuentra Antigua Guatemala) y el propio departamento de Guatemala —con la capital—, por los grandes desplazamientos migratorios de indígenas en los años 80. En nueve departamentos del Occidente y el Norte ganó el SÍ. Todos con fuerte predominio indígena, menos Petén. Fue en los departamentos donde ganó el SÍ donde la guerra estuvo más presente y fue más dura durante los años 80 y 90. En los departamentos donde ganó el NO la guerra se hizo más presente en la década de los 60. Los departamentos del altiplano noroccidental con predominio indígena son los más densamente poblados de Guatemala, si exceptuamos el altiplano central ocupado principalmente por la ciudad capital. Mirando en su conjunto las escasas diferencias entre el NO y el SÍ, queda claro que fue la enorme diferencia entre el NO y el SÍ en la capital la que inclinó la balanza nacional a favor del NO”.

Indudablemente el rechazo a las reformas de 1999 no solamente fueron un duro golpe para el Gobierno y la URNG²⁴⁹ (y para gran parte de la sociedad civil), quienes las promovieron, el NO fue el rechazo (quizá por miedo) al contenido de los Acuerdos de Paz, que hasta la fecha es uno de los pocos (si no es que el único) programas de

²⁴⁹ Cf. Villagrán Kramer, *Op. Cit.*, pág. 402.



nación que buscaba poner al día al contrato-Constitución con las exigencias del cambio social (solo superado por el *Plan Nacional de Desarrollo K'atun: nuestra Guatemala 2032*²⁵⁰). El contenido de esta reforma constitucional es, a la fecha, e incluida la iniciativa de reforma del 2016 (que se analiza a continuación), la más compleja, ambiciosa y completa que se ha pretendido realizar. Muchos de sus temas serán objeto de propuestas de reformas aisladas y particulares.

5. Las propuesta de reforma en materia de justicia de 2016

El contenido de la *Propuesta de Reforma Constitucional en Materia de Justicia*, que se presenta el 5 de octubre de 2016, es el resultado del trabajo de la *Secretaría Técnica del Diálogo Nacional* integrada por el Ministerio Público (MP), el Procurador de los Derechos Humanos (PDH), la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)²⁵¹, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y la Oficina Coordinadora Residente del Sistema de Naciones Unidas en Guatemala. Secretaría que apoyó en la gestión de esta propuesta a los Presidentes de los tres Organismos del Estado.

Luego del lanzamiento del *Diálogo Nacional* y de los *Diálogos Regionales*, la

²⁵⁰ Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, *Plan Nacional de Desarrollo K'atun: nuestra Guatemala 2032*, Guatemala, Conadur/Segeplan, 2014.

²⁵¹ “Las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala firmaron el Acuerdo de creación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), el 12 de diciembre de 2006. Después de la favorable opinión consultiva emitida por el Tribunal Constitucional en mayo de 2007, el mencionado acuerdo fue ratificado más tarde por el Congreso de la República el 1 de agosto de 2007. Como resultado, la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala fue establecida como un órgano independiente, internacional diseñado para apoyar al Ministerio Público de Oficina (MP), la Policía Nacional Civil (PNC) y otras instituciones del Estado en la investigación de los crímenes cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad ilegales y aparatos clandestinos de seguridad y, en un sentido más general, ayudar a disolver estos grupos”. Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *Mandato. Acuerdo para establecer la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala*, <http://www.cicig.org/index.php?page=mandate> (4 de diciembre de 2016).



Secretaría Técnica realiza la presentación final de las propuestas de reforma constitucional, misma que incluye en unas 70 páginas. En su Exposición de Motivos, se describen los antecedentes, objetivos, diálogos, instituciones que participaron, etc., que dan como producto la reforma en sí. El día inmediato posterior a dicha presentación, un grupo de Diputados al Congreso presentó dicha iniciativa ante la Dirección Legislativa del Congreso, a la que se le asigna el Número de Registro 5179. Entre los diputados que suscriben la iniciativa se encuentran: Mario Taracena Díaz-Sol, Felipe Alejos Lorenzana, Amílcar de Jesús Pop Ac, Manuel Eduardo Conde Orellana, Nineth Varenca Montenegro Cottom, Javier Alfonso Hernández Franco y Oliverio García Rodas.

En el contenido de dicha iniciativa de reforma constitucional tuvieron una incuestionable incidencia las protestas ciudadanas de abril de 2015, que dentro de la sinergia con los procesos legales encaminados en contra de la cúpula del Ejecutivo, dan como resultado la renuncia de la Vicepresidenta de la República y luego la del Presidente. Este proceso de depuración del poder público es, indudablemente, consecuencia del actuar del Ministerio Público y de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala en la investigación de los actos de corrupción acontecidos en el Gobierno del binomio Otto Fernando Pérez Molina e Ingrid Roxana Baldetti Elías.

5.1. Contexto

El modelo republicano, reinstaurado con la Constitución de 1985, tras tres



décadas de existencia formal no ha logrado fincar de manera robusta sus pilares en el Gobierno del Estado de Guatemala. La corrupción ha sido una patología endémica para todos los Gobiernos, en todas partes del mundo; sin embargo, las sociedades han logrado enfrentar este mal con diferentes resultados. La sociedad guatemalteca no ha realizado esta tarea con éxito, transitando de mal a peor en sus *Índices de percepción de corrupción* (IPC). Para el 2012 el Estado de Guatemala es ubicado en el puesto 113 de 174 Estados según el IPC de Transparencia Internacional. En su calificación individual (en donde 100 es percepción de ausencia de corrupción, y 0 percepción de muy corrupto), Guatemala obtiene 33 puntos de 100, muy cercano a México (34), Nicaragua (29) y Honduras (28)²⁵².

La fuerte presencia de la corrupción ha sido una constante en los Gobiernos del período de retorno a la institucionalidad. Así, recientemente, en el Gobierno de Alfonso Portillo Cabrera (2000-2004) el IPC fue de 25 puntos en 2002 y de 24 puntos en 2003; en el Gobierno de Óscar Berger Perdomo (2004-2008) el IPC fue de 25 puntos en 2006 y de 28 puntos en 2007; en el Gobierno de Álvaro Colom Caballeros (2008-2012) el IPC fue de 34 puntos en el 2009 y de 32 puntos en 2010²⁵³. Estos datos puntuales pueden llevar a la idea de que la corrupción iba en retroceso, lento eso sí, pero en retroceso. Sin embargo, también se debe tener en cuenta el auge de las redes sociales y el mayor índice de denuncias que, necesariamente, hicieron variar durante el Gobierno de Pérez Molina el nivel de tolerancia de la población ante

²⁵² Transparencia Internacional, *Índice de Percepción de la Corrupción 2012. Puntuación IPC*, http://webantigua.transparencia.org.es/ipc__s/ipc_2012/tabla_sintetica_resultados_ipc_2012.pdf (6 de diciembre de 2016).

²⁵³ *Ibid.*



una corrupción que ahora se evidenciaba sistemática y casi omnipresente en la administración pública. Esto fue, sin lugar a duda, lo que sacó a los guatemaltecos a las plazas.

El diario elPeriódico fue especialmente persistente en denunciar la corrupción imperante y, este mismo medio reseña lo ocurrido en aquel abril en que la ciudadanía dijo basta: “En abril de 2015, quedó al descubierto la escandalosa y voraz corrupción que experimenta desde siempre el Estado guatemalteco. En la nueva literatura sobre este complejo tema, se hace referencia a los casos en donde la corrupción ya no es un simple fenómeno de *mordidas* y sobrepagos de bienes y servicios que contrata el Estado, sino todo un complejo sistema de negocios y redes que operan dentro y fuera del Gobierno con el fin de trastocar los fines propios de la organización estatal, a fines lucrativos y desvían grandes sumas de dinero que se convierten en el mayor incentivo para movilizar la economía tanto en el sector público como el privado”²⁵⁴.

Otros medios, como Prensa Libre, calificaron de *Revolución ciudadana* y *Victoria ciudadana* a lo acontecido en el 2015: “**Victoria ciudadana**. Los guatemaltecos se manifestaron estruendosamente en contra de la corrupción: demandaban la salida del binomio gobernante; pero no solo eso, también una depuración del sistema político, plagado de clientelismo, arreglos bajo la mesa, contubernios y negociaciones oscuras. Esas miles de voces que llenaron la Plaza de la Constitución y muchas de las plazas cívicas del país, enviaron un mensaje claro: el abuso de poder, el enriquecimiento ilícito y la administración clientelar del aparato

²⁵⁴ elPeriódico, *20 desafíos de los siguientes 20 años*, Edición de aniversario 1996-2016, Guatemala, 23 de diciembre de 2016, pág. 18.



público debe terminar”²⁵⁵.

Es indiscutible que sin la confluencia y prestancia de instituciones como el Ministerio Público, la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala y la Corte de Constitucionalidad (entre otras), y la participación ciudadana en las calles, este proceso de depuración de las principales autoridades del Ejecutivo no hubiera sido posible.

Este combate a la corrupción también fue evidenciando la ruta necesaria (los cambios formales e institucionales) a seguir para hacer posible su control: “Las investigaciones realizadas por el Ministerio Público y la Comisión Internacional Contra la Impunidad (CICIG), dan cuenta de un fenómeno de gran corrupción sistémica, cuya solución implica seguir al menos tres pasos: el primero; continuar con el trabajo de investigación, persecución y castigo de los responsables de haber saqueado el erario público; el segundo, adoptar una política integral de transparencia y de rendición de cuentas que idealmente debería ser de rango constitucional, pero que podría iniciar con la integración de un sistema interinstitucional que involucre la tarea de prevención (un ente autónomo aún inexistente), control (Contraloría General de Cuentas), investigación (Ministerio Público) y sanción (Corte Suprema de Justicia), y, tercero, una reforma administrativa y de auditoría interna del Estado que haga funcionales los controles internos y de prevención”²⁵⁶.

A aquella manifestación del 25 de abril de 2015, le seguirían (casi todos los

²⁵⁵ Prensa Libre, *Resumen 2015. Revolución ciudadana*, Guatemala, 18 de diciembre de 2015, pág. 3.

²⁵⁶ *Ibidem*, pág. 19.



sábados posteriores) más expresiones cívicas de protesta y otros acontecimientos políticos de relevancia como la renuncia de la Vicepresidenta Roxana Baldetti (el 8 de mayo, luego de que el Congreso votara a favor de la procedencia del antejucio en su contra) y la investidura de Alejandro Maldonado como Vicepresidente de la República (el 14 de mayo). Luego de otros hechos como el caso de corrupción IGSS-Pisa, el congelamiento de las cuentas bancarias, la inmovilización de los bienes y posterior detención de la ex Vicepresidenta, acontece renuncia de varios ministros del Ejecutivo. El uno de septiembre, el Congreso le retira la inmunidad al Presidente del Ejecutivo y, al día siguiente, este presenta su renuncia. El tres de septiembre el todavía Presidente de la República, Otto Pérez Molina, es detenido preventivamente, ese mismo día el Congreso acepta su renuncia y nombra a Alejandro Maldonado como nuevo Presidente²⁵⁷.

Maldonado Aguirre asume la función de un Gobierno de transición y, el 6 de septiembre de 2015, casi de forma inmediata, se celebran elecciones generales. Sorpresivamente las votaciones para Presidente de la República son encabezadas por el candidato Jimmy Morales, quien no alcanza mayoría y tiene que ir a una segunda vuelta electoral con Sandra Torres Casanova. El domingo 25 de octubre se realiza la segunda votación, en la misma sale electo Jimmy Morales Cabrera como Presidente y como Vicepresidente Jafeth Cabrera Franco.

²⁵⁷ Cf. Siglo.21, *Cronología de la caída, Especiales Siglo.21*, Guatemala, miércoles 30 de 2015, págs. 2 y 3.



Iniciado el año 2016, el Procurador de los Derechos Humanos, la Fiscal General y Jefa del Ministerio Público, y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, con el acompañamiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, dirigen una serie de diálogos, nacionales y regionales (departamentales), amén de conocer las propuestas relativas a reformar la Constitución (particularmente el sector justicia) y plantear una sola propuesta integral ante el Congreso de la República. Los ejes temáticos a ser abordados en las mesas de diálogo fueron: a) independencia e imparcialidad judicial (OJ y Corte de Constitucionalidad); b) Ministerio Público; c) asistencia legal gratuita; d) antejuicio, y e) pluralismo jurídico.

Las mesas de diálogo se tenían previstas para iniciar en febrero, pero se desarrollan entre abril y agosto, contando con una representación bastante plural: “El procurador de los Derechos Humanos (PDH), Jorge De León Duque; Thelma Aldana, fiscal general y jefa del Ministerio Público (MP); y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Ranulfo Rojas, serán los encargados de convocar y coordinar las tres mesas de trabajo en donde se formularán las propuestas de reformas constitucionales al sector de la justicia. Estos equipos de trabajo estarán integrados por representantes de la sociedad civil, colegios de profesionales y de la academia, los cuales serán convocados a la brevedad, dijo De León”²⁵⁸.

²⁵⁸ el Periódico, *PDH, MP y CSJ liderarán reformas constitucionales al sector justicia*, Guatemala, miércoles 3 de febrero de 2016, pág. 4.



Luego de una serie de arreglos sobre la marcha, el diálogo nacional referido a la propuesta de reforma constitucional es lanzado por los presidentes de los tres poderes del Estado el 25 de abril de 2016, teniendo como fecha prevista de finalización, para las mesas de diálogo el 20 de junio, y la presentación definitiva ante el Congreso se estableció para 15 de julio. Finalmente la propuesta es presentada ante los medios de comunicación el 5 de octubre e ingresa como iniciativa de ley en el Congreso al día siguiente, asignándosele el número 5179.

La iniciativa de reforma está contenida en 25 artículos que implican los temas siguientes: antejuicio, independencia judicial, garantías del Organismo Judicial, requisitos para ser magistrados, carrera judicial, Consejo de la Carrera Judicial, Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, Integración de la Corte Suprema de Justicia, Elección de la Corte Suprema de Justicia, requisitos para ser magistrado, requisitos para ser magistrado de Cortes de Apelaciones, Asistencia legal gratuita, Gobernadores, Ministerio Público, integración de la Corte de Constitucionalidad, requisitos para ser magistrado de la Corte de Constitucionalidad, Presidencia de la Corte de Constitucionalidad, aprobación de leyes, aspectos relativos a la transición de los entes cuya integración es modificada y supresión de artículos.

Todos los temas expuestos por la Secretaría Técnica que guía el proceso de diálogo, los agrupa en cinco grandes temas estructurales: 1) Reconocimiento expreso del sistema jurídico de los pueblos indígenas y su control constitucional; 2) Garantías y principios rectores para el sistema de administración de justicia; 3) Separación de funciones administrativas y jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia; 4) Carreras profesionales, y 5) Fortalecimiento de los mecanismos



republicanos de ejercicio del poder: adopción de un sistema de control inter orgánico para la selección de las más altas autoridades judiciales y de Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público²⁵⁹.

5.2. Contenido de la propuesta

La *Exposición de Motivos* de la iniciativa de reforma constitucional en materia de justicia, que es presentada al Congreso de la República, señala como objetivos primordiales de la misma *mejorar el acceso a la justicia*, particularmente de mayorías desfavorecidas como lo son las mujeres y la población indígena. En su plenitud, la iniciativa busca *fortalecer la independencia, la imparcialidad y transparencia, asegurar la idoneidad, capacidad y honradez de los funcionarios, despolitizar los procesos de selección y nombramiento de funcionarios de este sistema, así como el reconocimiento expreso del sistema jurídico de los pueblos indígenas, conforme a las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala en materia de derechos humanos*²⁶⁰.

Dentro de la propuesta, en consideraciones generales, destaca también que la misma busca responder a la realidad multiétnica, pluricultural y multilingüe del país, asegurar la igualdad de género, garantizar la independencia e imparcialidad jurisdiccional e instaurar la separación de funciones administrativas de las jurisdiccionales²⁶¹. En su argumentación también se recalca la necesidad de superar

²⁵⁹ Secretaría Técnica de Diálogo Nacional, *Propuestas de reforma constitucional en materia de justicia*, Guatemala, 5 de octubre de 2016, pág. 14.

²⁶⁰ *Ibidem*, pág. 4.

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 5.



los intereses corporativos incrustados en el aparato estatal en general y en el sistema de justicia en particular. También se establece el enlace que existe entre las reformas en materia de justicia necesarias para implementar los Acuerdos de Paz, que se vieron frustradas en la Consulta de 1999, y las razones que dan contenido a la actual propuesta: *La reforma a la justicia como concepto y la reforma constitucional como necesidad para la transformación de aspectos estructurales de la justicia, responden a una inquietud manifestada desde hace al menos 20 años*²⁶².

La reforma la analizaremos por artículos agrupados por temas, cuando ello sea posible y sobre sus aspectos más sobresalientes.

Antejuicio. Se reforma el artículo 154 constitucional, al cual se le adicionan cuatro párrafos. El cambio fundamental radica en que el gozar de esta prerrogativa *no es impedimento para realizar investigación penal.* Esta reforma, inicialmente, planteaba retirar el antejuicio a los alcaldes; sin embargo, se evidenció que la oposición local sería muy fuerte al punto que podría provocar el rechazo total de las reformas constitucionales. La reforma a este artículo fue improbada en la sesión del Congreso de la República del 28 de noviembre de 2016.

Prerrogativas de los diputados. Se reforma el artículo 161, específicamente establece que serán suspendidos los diputados cuando se les dicte auto de procesamiento en que se le vincule a proceso penal. Anteriormente la suspensión procedía cuando se decretare prisión provisional. La reforma a este artículo fue improbada en la sesión del Congreso de la República del 28 de noviembre de 2016.

²⁶² *Ibídem*, pág. 8.



Jurisdicción indígena. Se reforma el artículo 203 referido a la *Independencia del Organismo Judicial y potestad para juzgar*, al cual se le adicionan dos párrafos.

Históricamente este es un paso trascendental dentro del ordenamiento estatal, pues siempre se había invisibilizado el sistema jurídico indígena. Se establece que *Las autoridades indígenas ancestrales ejercen funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias instituciones, normas, procedimientos y costumbres siempre que no sean contrarios a los derechos consagrados dentro de la Constitución y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos*. La reforma a este artículo aún está pendiente de discusión.

Garantías y principios rectores para el sistema de administración de justicia. Se reforman los artículos 205 y 207. Las garantías de la administración de justicia se amplían, con la reforma se propone un sistema de carrera profesional, el respeto a la pluriculturalidad, la asistencia legal y gratuita en todas las ramas de la administración de justicia, y se establecen los principios de oralidad, publicidad, celeridad, unidad, intermediación, equidad, economía procesal y acceso a las garantías del debido proceso como fundamentales para todo proceso.

Se establece un sistema de carrera judicial semiabierto. Se reforman los artículos 208, 217 y 222. Con la reforma la carrera judicial abarcará todas las judicaturas, desde jueces de paz hasta magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En el caso de los magistrados de Cortes de Apelaciones, tres cuartas partes serán ocupados por el sistema de carrera judicial, debiendo haber desempeñado el cargo de juez de primera instancia durante 8 años o haber ejercido la profesión de abogado por 15 años. Para aspirar al cargo de juez de primera instancia se requiere haber



desempeñado la función de juez de paz por lo menos tres años o, haber ejercido la profesión de abogado durante 6 años. Esto, como se verá más adelante, conlleva la supresión de las Comisiones de Postulación específicas. Los jueces y magistrados de las Cortes de Apelaciones tendrán estabilidad en el cargo por tiempo indefinido, siendo evaluados cada dos años. Se establece como edad de retiro obligatorio, los 75 años. También se establece que los magistrados suplentes estarán contratados a tiempo completo, razón por la cual no podrán ejercer la profesión de forma liberal, esto para garantizar la independencia en el ejercicio de sus cargos.

Corte Suprema de Justicia. Se reforman los artículos 214, 215 y 216. La integración de la Corte Suprema de Justicia continúa siendo de 13 magistrados. Al ser suprimida la Comisión de Postulación específica, 9 magistrados emergerán del sistema de carrera judicial, debiendo tener por lo menos 9 años de experiencia como magistrado de Salas de Apelaciones. Los otros cuatro miembros serán abogados con por lo menos 15 años de ejercicio. La propuesta de todos los magistrados la realizará el Consejo Nacional de Justicia, quien presentará al Congreso el triple de candidatos a elegir. La magistratura será por un período personal de nueve años, pudiendo ser reelectos en una sola ocasión.

La Corte Suprema de Justicia se integrará en tres cámaras y sus respectivos magistrados serán electos por especialidad. La presidencia de la Corte se rotará cada tres años entre los presidentes de las Cámaras.

Consejo Nacional de Justicia. Se reforman los artículos 209 y 210. Se crea el Consejo Nacional de Justicia que es otro de los grandes pilares de esta reforma,



y que viene a reconfigurar el modelo de división de poderes. El Consejo Nacional de Justicia tendrá como funciones específicas asumir las funciones administrativas del Organismo Judicial y reemplazar en sus funciones a las Comisiones de Postulación específicas. Se integra por 10 miembros, que durarán seis años en sus funciones pudiendo ser reelectos una sola vez. El Consejo Nacional de Justicia se divide en dos direcciones: la Dirección de la Carrera Judicial, integrada por 7 miembros (un juez de paz, un juez de primera instancia y un magistrado de Corte de Apelaciones, escogidos por sorteo por el Congreso; un representante de la Corte Suprema de Justicia electo por 2/3 parte de su pleno; tres profesionales de distintas disciplinas electos por los primeros cuatro miembros) y la Dirección Administrativa, integrada por tres miembros (una persona electa por 2/3 parte de la Corte Suprema de Justicia; una persona electa por 2/3 partes del Congreso de una terna propuesta por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; y una persona designada por el Presidente de la República de una terna propuesta por el Congreso).

Las funciones más relevantes de Consejo Nacional de Justicia son las de conocer y aprobar la lista de postulados a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad; recibir protesta de magistrados y jueces; establecer las políticas judiciales, administrativas y financieras, y realizar la evaluación de desempeño de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Ministerio Público. Se suprime la Comisión de Postulación específica, se incrementa de cuatro a seis años el período de funciones del Fiscal General de la República, y se establece que solo podrá ser reelecto en una ocasión. Dicho cargo siempre será nombrado por el Presidente de la República, ahora de una nómina de



cuatro candidatos, dos propuestos por el Congreso y dos propuestos por la Corte Suprema de Justicia. Se suprime la facultad del Presidente de la República de destituir al Fiscal General, este último será suspendido de su cargo en caso se dicte auto de procesamiento en su contra y será removido en caso de ser declarado culpable.

Corte de Constitucionalidad. Se reforman los artículos 269, 270, 271- e inciso b) del artículo 272. La forma de elección de los magistrados a la Corte de Constitucionalidad es modificada en su totalidad, suprimiendo la facultad del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y del Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, de nombrar a un magistrado titular y un magistrado suplente respectivamente. Los tres organismos del Estado conservan esa función, la de elegir magistrados para integrar la Corte de Constitucionalidad, pero ya no de forma directa.

Se incrementa de cinco a nueve los magistrados titulares y se establecen únicamente tres magistrados suplentes. Su período pasa de cinco a nueve años, sin poder optar a reelección, renovándose la cohorte por tercios. Se establece como requisitos el haberse desempeñado como magistrado de la Corte Suprema de Justicia o de Corte de Apelaciones durante ocho años, o haber ejercido la profesión de abogado por 20 años.

Los magistrados a la Corte de Constitucionalidad se elegirán de tres en tres cada tres años renovando por tercios a la Corte. En cada ocasión el Consejo Nacional de Justicia elegirá a un magistrado entre un candidato propuesto por el



Ejecutivo y otro propuesto por el Legislativo; el Organismo Ejecutivo hará lo mismo entre un candidato postulado por el Consejo Nacional de Justicia y otro postulado por el Congreso; un tercero será electo por el Congreso entre un candidato postulado por el Ejecutivo y otro postulado por el Consejo Nacional de Justicia. Los magistrados suplentes serán electos uno por cada uno de los órganos electores antes detallados.

La Corte de Constitucionalidad resolverá en pleno y en única instancia los asuntos en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de Justicia, el Congreso, el Presidente y Vicepresidente de la República y el Tribunal Supremo Electoral. Su presidencia ya no será rotativa, se elegirá al Presidente de la Corte de Constitucionalidad por sorteo dentro de los que manifiesten interés, el período será de tres años sin opción a reelección.

Artículos transitorios. Emisión de leyes. Las reformas adicionan seis artículos transitorios, del 29 al 34. Dentro de los aspectos relevantes se establece la obligación de la Corte Suprema de Justicia de remitir al Congreso, en un plazo no mayor a seis meses, las siguientes iniciativas de ley: a) del Organismo Judicial; b) reformas a la Ley del Ministerio Público; c) reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; d) reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos; e) reformas a la Ley en Materia de Antejucio; f) Ley que regule lo relativo a Conflictos de Jurisdicción, y g) reformas a diferentes cuerpos legales. Finalmente se establece la implementación de mecanismos y procedimientos para la integración de los organismos que sufrieron reformas.



5.3. Análisis sobre la viabilidad y conveniencia de la reforma

Respecto de la posibilidad de que la propuesta de reforma constitucional al sector justicia prospere, ya el Congreso de la República, en su sesión de 28 de noviembre de 2016, dejó en claro que el camino no era necesariamente positivo. Esto sin contar la segunda fase que devendrá con la posible Consulta Popular. En el ámbito nacional, varios juristas han dado a conocer su criterio no solo sobre el contenido, sino sobre la conveniencia de la reforma.

Gabriel Orellana Rojas indicó que la Constitución sí necesita ser revisada a fondo, que dicha reforma debe ser producto de un debate nacional y que el actual Congreso no tiene la capacidad política para hacer semejante trabajo. Al preguntársele si hay alguno o algunos aspectos constitucionales que ameriten ser reformados, este respondió: “Por supuesto que sí. Si queremos una solución contemporizadora y no emitir una nueva Constitución, hay una serie de temas que vendrían a calmar temporalmente esas necesidades. La administración de justicia es uno. Dos, legislar el tema de los partidos políticos, porque en tanto no se regule constitucionalmente a los partidos, vamos a seguir en el mismo pantano en que nos encontramos. La Ley Electoral y de Partidos Políticos, a quienes menos les conviene que se modifique es a los partidos, y ellos son los que tienen la llave para modificarla. Si no reducimos al orden a los partidos, nunca vamos a tener un Congreso eficiente y régimen de partidos adecuados a la modernidad”²⁶³.

Para Orellana Rojas, de plantearse una nueva Constitución, existen diversos

²⁶³ Siglo.21, *Constitución amerita una revisión de fondo*, Foro.21, Guatemala, jueves 25 de febrero de 2016, págs. 2 y 3.



temas a tenerse en cuenta: “Ahora, si de emitir una nueva Constitución se trata, hay temas que también son candentes y que ameritarían la reforma constitucional integral. Simplemente, regular temas relativos a la propiedad, hay temas omitidos como el derecho de aguas, el derecho de la propiedad indígena, la colegiación profesional obligatoria, porque los colegios fueron víctimas de una distorsión de su función eminentemente gremial, se han politizado enormemente”²⁶⁴.

Las referencias sobre las reformas que necesita la Constitución, expuestas por Orellana Rojas, hablan de una reforma constitucional integral que sobrepasa a la propuesta de reforma que actualmente conoce el Congreso. Además, anticipó que la actual legislatura no estaría a la altura para asumir este momento político tan trascendente para la sociedad guatemalteca. Desde la postura de Orellana Rojas, la Constitución necesita ser adecuada en lo referente a *garantizar la independencia de los órganos fiscalizadores del Estado*.²⁶⁵

Alejandro Balsells Conde también entiende que la reforma que necesita la Constitución es más compleja y supera evidentemente a la iniciativa que conoce actualmente el Congreso: “El reconocimiento de los derechos humanos, la estructura propia del Estado, las garantías constitucionales y los medios extraordinarios que tenemos de defensa. También el procedimiento de reformas que debe hacerse como lo dice la Carta Magna. Cuando es una reforma inconstitucional, es una reforma nula. Por eso hay que tener cuidado”.

En cuanto a las reformas al sector justicia, Balsells Conde coincide en alguna

²⁶⁴ *Ibidem*, pág. 1.

²⁶⁵ *Ibidem*, pág. 2.



medida con las que se conocen en el Congreso. A ser cuestionado respecto de las reformas que requiere el sector justicia y, particularmente, la elección de magistrados, indicó: “El expresidente Ramiro de León Carpio destruyó la Reforma de 1993 y 1994. Fue un paso para atrás en la carrera judicial, aunque hay algunas modificaciones que tienen mérito. No se elegían a los magistrados de apelaciones por comisiones de postulación, sino la Corte Suprema de Justicia daba la lista y era por seis años. No sé por qué lo hicieron. La presidencia rotativa de la Corte Suprema de Justicia es una monumental estupidez. Un año cada uno, con nueve magistrados como estaba antes eran suficientes; para qué queremos 13 como hay ahora. Esto es otro absurdo. La Reforma de 1993 y 1994 demostró que lo anterior no era sano. Tampoco las comisiones de postulación fueron sanas. Hay que reformar drásticamente el tema judicial, privilegiar la carrera judicial y un sistema disciplinario fuerte. Los abogados litigantes no tenemos un mecanismo para quejarnos de varias situaciones que provocan los jueces”²⁶⁶.

Balsells Conde también entiende la necesidad de separar las funciones jurisdiccionales y las funciones propiamente administrativas de la Corte Suprema de Justicia, de establecer la carrera judicial como garantía y la conveniencia de suprimir la facultad del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y del Consejo Superior Universitario de nombrar magistrados ante la Corte de Constitucionalidad: “Lo primero es debatir. Que la Corte Suprema de Justicia se dedique solo a la labor jurisdiccional y el Consejo a los temas operativos. Dos tercios del tiempo los

²⁶⁶ Siglo.21, *La Constitución no es la culpable de los males*. Foro.21, Guatemala, lunes 29 de febrero de 2016, pág. 2.



magistrados se dedican a temas administrativos. Creo conveniente privilegiar la carrera judicial, no se trata de inventar el agua azucarada y no solo copiar de otras partes. En Guatemala no hay carrera judicial. Si fuera juez no me conviene ser magistrado porque el Congreso los elige por cinco años, pero si soy juez y hago un buen trabajo tengo continuidad. Diría que el Colegio de Abogados no debiera elegir a los magistrados, ni tampoco el Consejo Superior Universitario. Que los abogados litigantes elijan a los jueces representa un conflicto de intereses”²⁶⁷.

Por su parte, Carlos Rodríguez-Cerna Rosada también considera que es un grave riesgo el depositar la esperanza en que las cosas cambiarán mediante una reforma constitucional. Manifiesta su oposición a la reforma y su desconfianza hacia los actuales diputados al Congreso. Sin embargo, sí considera necesario el separar las funciones administrativas de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre su negativa a la reforma constitucional, Rodríguez-Cerna indica: “Soy contrario a que se realice una reforma constitucional; comparto el pensamiento de los grandes preclaros, quienes son reacios al tema de reformar. En Guatemala tenemos un exacerbado prurito por pretender resolver y solucionar todos los males de la patria echándoles mano a las leyes... Nuestro problema no es de leyes; es de hombres. Nos falta que lleguen personas a ejercer los cargos públicos que sean actores con verdadera y auténtica vocación democrática. Eso nos falta en Guatemala; las leyes nunca van a ser perfectas, porque son obra humana y tampoco

²⁶⁷ *Ibidem*, pág. 3.



lo es la Constitución; tienen errores y es perfectible”²⁶⁸.

El constitucionalista citado evidencia lo peligroso de una reforma constitucional bajo el modelo electoral y de partidos político imperantes y la limitación que puede presentar la propuesta de reforma que él denomina *la propuesta de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala*: “¿En manos de quién va a estar la reforma constitucional? De los diputados ¿Conviene eso? Mire lo que pasó cuando los bancos metieron el golazo y ahora son los prestamistas del Estado. Mejor nos quedamos por el momento con lo que tenemos. Una reforma constitucional se debe postergar hasta que tengamos otro sistema de partidos políticos producto de la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Estados Unidos ha seguido con su misma Constitución desde hace muchos años y la han sabido llevar... Este sistema actual es incompatible con la independencia judicial... Aplaudo los logros que ha tenido la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, pero en el tema de las propuestas de reformas no comparto con ellos, porque solo son reformas tímidas, si no es que malas. Creo que no tuvieron a un constitucionalista cuando las redactaron”²⁶⁹.

6. Factores reales que condicionan la propuesta de reforma constitucional de 2016

Si bien la investigación no puede extenderse en demasía sobre la viabilidad de la iniciativa de reforma de 2016, pues no es este el objeto central de estudio, sí

²⁶⁸ Siglo.21, *Hay cambios que urgen en el sector justicia. Foro.21*, Guatemala, jueves 18 de febrero de 2016, págs. 2 y 3.

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 2.



procederá a realizar observaciones respecto de dicha propuesta y los factores reales que pueden llegar a determinar el contenido de una reforma constitucional en el Estado de Guatemala.

El proyecto de reforma constitucional expuesto en las páginas inmediatas anteriores (en el final del punto 5.1), resume en cinco grandes *puntos estructurales* su contenido. De la lectura y análisis de este se pueden precisar tres objetivos concretos: 1) fortalecer el sistema de justicia mediante una nueva conformación e integración del Organismo Judicial; 2) como corolario a dicho fortalecimiento, establece una diferente integración de la Corte de Constitucionalidad como un ente de control del poder, y 3) el reconocimiento del pluralismo jurídico.

La investigación confrontó, analizó y diagnosticó si la propuesta de reforma constitucional encaminada en 2016 y que aún se discute en el Congreso de la República (2017), acoge los factores reales que orientan las necesidades de reforma constitucional en la Guatemala contemporánea. Derivado de esto, se establece si la propuesta de reforma de 2016 responde o no a los problemas y necesidades de reforma constitucional que exigen dichos factores reales.

6.1. Los límites del sistema republicano

Conforme a lo expuesto y analizado sobre los alcances del poder de reforma constitucional (De Vega, García Cuadrado y Häberle, en el Capítulo III, punto 2, de esta investigación): *el poder de reforma constitucional está reglado y ordenado por la Constitución es, en consecuencia, limitado, y la actividad de revisión (la reforma*



*constitucional) no puede ser entendida como una actividad soberana y libre*²⁷⁰ Uno de los límites infranqueables para el poder de reforma constitucional en el ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra contenido en el artículo 281 de la Constitución (también ya analizado). No se puede modificar la forma republicana de Gobierno, ni los artículos 140 y 141 de la Constitución. La República tiene como primer pilar la división de poderes.

La reforma que se pretende realizar, indudablemente busca atender las necesidades, que según los postulantes, presenta el sistema de justicia en Guatemala, y que, conforme estos mismos, amerita ciertas respuestas. Una de ellas, quizá la más trascendente en el esquema republicano de división de poderes, es la que somete a consideración la reforma de los artículos 209, 215 y 269 de la Constitución, creando el Consejo Nacional de Justicia y modificando la forma de designación de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad.

Debe tenerse en claro que la presente investigación no se pronuncia en contra de la conveniencia de separar las facultades administrativas de las jurisdiccionales en el Organismo Judicial, ni escapa a su entendimiento la necesidad y conveniencia de una integración más amplia y con períodos de gestiones mayores de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad. La investigadora lo tiene claro, pero considera que es manifiestamente evidente que las reformas contenidas en la iniciativa 5179, referidas a la creación del Consejo Nacional de Justicia,

²⁷⁰ De Vega, *Op. Cit.*, pág. 65.



exceden las facultades que la Constitución reconoce al poder de reforma constitucional. Si bien la propuesta de reforma no reforma, de manera directa, ninguno de los artículos tenidos como pétreos, con la pretendida creación del Consejo Nacional de Justicia sí está vulnerando, de forma directa, el principio de división de poderes (ese esquema) trazado por el legislador constituyente del 84-85.

Al analizar la propuesta de reforma, la creación del Consejo Nacional de Justicia y sus facultades, se evidencia que no es un cambio que pueda pasar como una adecuación, un mejor acomodamiento de las autoridades y de distribución de facultades dentro del Organismo Judicial. Se está modificando profundamente la configuración del poder dentro del Organismo Judicial creando una especie de poder bicéfalo solo comparable a una reforma que separara, dentro del Ejecutivo, la calidad de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Esto modificaría el modelo de división de poderes de forma directa, y esta no es una mera apreciación en la presente investigación, esta es una afirmación que se deriva de la misma propuesta de reforma.

El ejemplo insinuado en el párrafo anterior servirá para entender por qué se afirma que la propuesta de reforma (la creación del Consejo Nacional de Justicia) vulnera el principio *pétreo* de la división de poderes. Si se pretendiera reformar la Constitución para establecer que las jefaturas de Estado y de Gobierno se separen (como sucede en los sistemas de Gobierno de tipo parlamentario), entenderíamos que se está afectando el *quid* mismo del modelo republicano adoptado. Así, la creación de un Consejo Nacional de Justicia con las facultades pretendidas solo sería viable mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente



plenipotenciaria, ni siquiera sería facultad de una ANC de reforma, mucho menos es facultad del Congreso de la República, pues se está redistribuyendo el ejercicio del poder, creando un nuevo ente (el Consejo Nacional de Justicia) con facultades que fueron asignadas originalmente a otros entes, como es el caso de los entes que conforman las Comisiones de Postulación, los entes facultados para nombrar magistrados a la Corte de Constitucionalidad, y a la misma Corte Suprema de Justicia. La inclusión del Consejo Nacional de Justicia altera la división de poderes y, siendo dicha división fundamento del modelo republicano de Gobierno, vulnera el artículo 281 que en su parte conducente ordena: *En ningún caso podrán reformarse los artículos..., ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de Gobierno.*

Además del evidente exceso en las facultades de reforma contenidas en la iniciativa 5179, en cuanto al Consejo Nacional de Justicia, también se puede objetar que, al igual que la reforma del 93-94, la propuesta ha detectado un problema (la extrema influencia de factores de poder no propios para una administración de justicia sana e imparcial), pero la reforma no atiende el problema de fondo, solo traslada el problema a un nuevo ente. No hay nada, en concreto, que garantice con alguna expectativa de eficacia que los tentáculos de la corrupción no someterán también a los integrantes del Consejo Nacional de Justicia. Se está creando un súper poder cuya independencia se hace descansar en una suerte de nominaciones cruzadas cuando la historia inmediata dejó en claro que la corrupción es capaz de llegar a todos los niveles.

En esta intención, de crear el Consejo Nacional de Justicia y de reformular el



mecanismo para elegir a todos los magistrados del sistema de justicia (magistrados de salas de apelaciones, magistrados de la Corte Suprema de justicia y magistrados de la Corte de Constitucionalidad), además de crear una verdadera carrera judicial y de introducir la carrera ministerial (para los funcionarios del Ministerio Público), se buscaba atender a tres factores reales que transversalmente han motivado las diferentes propuestas de reforma a la Constitución de 1985: combatir la ausencia de fortaleza institucional, hacer efectivos los mecanismos de control del poder y, con estos dos cambios, disminuir los altos índices de opacidad y de corrupción que han debilitado el modelo de Estado constitucional de Derecho en Guatemala.

Sin embargo, la propuesta de reforma constitucional de 2016 además de establecer cambios que exceden a la facultad de reforma que posee el Congreso de la República, no ataca el problema de fondo, pues no da respuesta a la ausencia de institucionalidad. No se crean ninguna ruta que permita, cuando menos, esperar que en un lapso (no excesivo) el Estado de Guatemala cuente con instituciones fuertes y con verdaderas políticas públicas que sean capaces de sobrevivir a los criterios particulares del Gobierno de turno.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 posee una robusta *Declaración de derechos*, pero su contraparte orgánica, destinada al control del poder, es sumamente débil. Los reiterados abusos de poder, de los que se ha dado cuenta en esta investigación y que hacen posible los altos índices de opacidad y corrupción, no son atendidos en la propuesta de reforma de 2016. La pretendida redistribución de facultades no solo excede el poder de reforma, tampoco resuelve el problema del control del poder. No existe ningún aporte novedoso trascendental



en este sentido, solamente se traslada el problema evidenciado en las Comisiones de Postulación a otro ente (el Consejo Nacional de Justicia), pero no existen mecanismos reales que garanticen que este nuevo ente pueda enfrentar con éxito el embate al que seguramente será sometido por los factores reales de poder.

6.2. Previsión de resultado en un procedimiento consultivo

En cuanto a la viabilidad política de la reforma (con base en el estudio de las circunstancias que determinaron la aprobación y no aprobación de las consultas del 93 y del 99) estimo que, en caso de ser aprobada, al ser sometidas a ratificación, el resultado tiene grandes posibilidades de ser negativo. Aparentemente los que formularon la propuesta, sus asesores, olvidaron el factor decisivo que implica el poder local. Con la primera pretensión del retiro del antejuicio a los alcaldes, *la reforma había nacido muerta*, aun suprimido dicho cambio, la reforma no es *atractiva* (si se permite el término) para el poder local. La reforma del 93-94 implicaba el aumento del 8 al 10% de la asignación del Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado a las municipalidades del país, la propuesta de reforma del 99 no incluía un incentivo semejante para el poder local, tampoco lo tiene la actual propuesta de reforma.

El poder local adolece de las mismas patologías que el poder central. El poder institucionalizado, como lo señala Borja Cevallos, *es el que ha sido despojado de lo personal, de lo caprichoso, incierto y accidenta*²⁷¹, estamos ante el mismo problema pero, esta vez, multiplicado por cientos (338 municipios). La propuesta de reforma

²⁷¹ Borja Cevallos, *Enciclopedia de la...*, Tomo II, pág. 1093.



de 2016 nada dice sobre la fortaleza institucional y control del poder en el ámbito local. En consecuencia, tampoco atiende el tema de la opacidad y la corrupción que tan latente se encuentra en el ámbito del poder local.

La propuesta de reforma constitucional de 2016 no solo no tuvo en cuenta el factor decisivo del poder local para la aprobación de la reforma en la respectiva consulta popular, tampoco atendió los reclamos de los vecinos que ven en la debilidad institucional, la ausencia de mecanismos de control eficaces y en la corrupción imperante, los principales factores que impiden el desarrollo de su municipio. El escenario que se avizora para la respectiva consulta popular resulta negativo, pues no contaría con el impulso de las autoridades municipales (ya que en nada les *beneficia*), y el vecino tampoco encuentra en las mismas un cambio que implique una mejor gestión municipal.

6.3. Justicia y potestades jurisdiccionales

En cuanto a la jurisdicción indígena, su aprobación implicaría un importante avance en el reconocimiento de la multiculturalidad del Estado de Guatemala y en el respeto y eficacia de los derechos de los pueblos indígenas. Indudablemente este cambio implica grandes retos de implementación, mismos que la propuesta de reforma parece confiar, en su resolución, al contenido de las leyes que ordena sean propuestas y aprobadas. El tema de la carrera judicial, como garantía del sistema de administración de justicia es otro cambio de indudable necesidad y valor para el fortalecimiento de la institucionalidad en todos sus aspectos.

En cuanto a la Corte de Constitucionalidad, es innegable que la propuesta de



reforma es beneficiosa en cuanto al aumento de la cantidad de sus magistrados (de cinco pasaría a nueve), y lo es también en lo referido a la estabilidad y continuidad (pues aumenta de cinco a nueve años el período de ejercicio del cargo y establece una renovación menos traumática, por tercios, de la Corte). Sin embargo, al cambiar la forma de su nominación, particularmente con las facultades que se le reconocen al Consejo Nacional de Justicia, se altera el equilibrio establecido por el constituyente del 84-85 en el modelo de división de poderes. La tendencia, previo a esta propuesta de reforma, era que el modelo de Comisiones de Postulación fuera también implementado para la Corte de Constitucionalidad. Una simple revista al Digesto Constitucional guatemalteco dará cuenta de que hemos probado con casi todos los mecanismos de designación para los cargos de magistrados (en el Organismo Judicial y más recientemente en la Corte de Constitucionalidad), y sus resultados han sido poco satisfactorios, esto debe hacer entender que se está ante un problema que es más de fondo que de forma.

Un aspecto final que surge de la comparación con la única reforma que ha sido ratificada para la Constitución del 85, es que existen ciertos temas a los que es común recurrir. La iniciativa de reforma 5179 contiene reformas a artículos que ya fueron reformados en el 93-94. Esto es, que lo que se pretendió subsanar con la reforma del 93-94 hoy nuevamente se cree que se puede subsanar con otra reforma. Los artículos en los que se insiste son: 161 (prerrogativas de los diputados), 215 (elección de la Corte Suprema de Justicia), 217 (elección de magistrados de Cortes de Apelaciones), 222 (suplencia de magistrados de la Corte Suprema de Justicia), y 251 (nombramiento y período de funciones del Fiscal General y Jefe del Ministerio



Público).

El tema de reforma a la justicia y potestades jurisdiccionales, en principio responde de buena manera a los factores reales que han impulsado las diferentes propuestas de reforma constitucional: fortalecer el sistema de justicia y la búsqueda de la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas. Indudablemente, aspectos como la implementación de la carrera judicial y ministerial, responden de buena manera a estos factores. Aunado a ello, la ampliación de los períodos de las más altas magistraturas (Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad), así como la mayor estabilidad de los jueces en su gestión, vendrían a fortalecer la independencia y objetividad judicial.

En lo que refiere a la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas, y en el entendido de que el tema aún no ha sido abandonado por parte del Congreso de la República, las incidencias que su propuesta e intento de aprobación han generado en la sociedad guatemalteca, se hace previsible que este correrá la misma suerte que en las discusiones constituyentes de 1945 y 1985: no será aprobado.

Si bien las máximas autoridades de los pueblos indígenas solicitaron al Congreso de la República que se retirara de la discusión del artículo 203 lo referente al reconocimiento del *Derecho y jurisdicción indígena*, esta postura debe analizarse con suma prudencia. Dicha decisión ha sido entendida como una posición madura por parte de los pueblos indígenas para que dichos cambios no obstaculicen otras reformas al sector justicia. Sin embargo, es apreciación de la investigadora (con base en los datos aquí expuestos), que esta nueva marginación y exclusión a este reclamo



legítimo de los pueblos indígenas a acceder en igualdad a su derecho y jurisdicción propios (siempre dentro de los límites de la misma Constitución y de los derechos humanos), puede generar la certeza en los pueblos indígenas que el modelo de Estado-nación de Guatemala no los incluye dentro de su visión de desarrollo. Y esto último resulta ser sumamente peligroso para la estabilidad e institucionalidad del Estado. En razón de esto, en la presente investigación se entiende que la propuesta, como tal, sí responde al problema de la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, es evidente que dicha reforma no prosperará.

7. Análisis final de las reformas constitucionales expuestas

En esta investigación se entiende que la necesidad de reformar una Constitución deviene, en algunos casos, de la deficiente forma en que fueron tratados o postergados temas fundamentales para la organización social y su Gobierno. Para el caso del constitucionalismo guatemalteco contemporáneo e inmediato (la Constitución de 1985), resulta evidente que aspectos como lo relativo a pueblos indígenas y la carrera judicial (para citar dos ejemplos contenidos en las propuestas de reforma), al ser postergados y no atendidos adecuadamente era previsible que permanecieran como una necesidad latente. Así, los factores reales que orienten una reforma constitucional pueden ser contingentes, al buscar responder a una necesidad inmediata, pero existirán otros cuyo carácter fundamental los hará ser recurrentes en las propuestas de reforma constitucional que se planteen.



Del análisis y exposición de los factores reales que condicionan las reformas constitucionales en la sociedad guatemalteca contemporánea, en esta investigación se puede concluir que existen factores latentes que están presentes en las tres grandes propuestas de reformas a la Constitución de 1985 (1993, 1999 y 2016). La mayoría podría subsumirse en uno solo: *la ausencia de poder institucionalizado consolidado*. Con base en el estudio histórico-institucional de la evolución del *Estado de derecho*, y de los diferentes estudios e índices que fueron utilizados para desarrollar los factores reales de las reformas, en esta investigación se entiende que todas las organizaciones políticas (antiguas, modernas y contemporáneas) ostentaron u ostentan algún grado de institucionalidad, la ausencia absoluta de la misma implicaría lo que se conoce como un *Estado fallido*, una institucionalidad inconsistente es propia de los Estados denominados *débiles* o en *riesgo*, y una institucionalidad alta es lo que hoy entendemos como *Estado constitucional de derecho*.

El legislador constituyente de 1984-1985 proveyó a la sociedad guatemalteca de una Constitución robusta en materia de derechos fundamentales, pero deficiente en cuanto a mecanismos efectivos de control político para una sociedad tan permeada por la corrupción como lo ha evidenciado ser la sociedad guatemalteca. La revisión del contenido que se reformó en 1993 y de la iniciativa de 1999 y la actual propuesta de reforma, se concluye que, salvo por lo relativo *salud y asistencia social* (de la iniciativa de 1999) y de lo relativo a pueblos indígenas (presente en las iniciativas de 1999 y 2016), su casi totalidad está destinada a readecuar la aspectos de la parte orgánica de la Constitución.



La ausencia de fortaleza institucional, la ineficacia de los mecanismos de control del poder y la fuerte presencia de opacidad en los actos de la administración pública, son evidencia de un sistema republicano débil. La sociedad guatemalteca no ha logrado someter el ejercicio del poder público a la Constitución, al Derecho, esto es lo que se conoce como institucionalización del poder, *que adviene cuando maduran y se consolidan en la sociedad ciertas instituciones políticas, o sea modelos de comportamiento y reglas de conducta considerados como correctos y convenientes, de aceptación general, que con el correr del tiempo se protegen por normas jurídicas*²⁷². Esas instituciones y reglas de comportamiento son, para nuestro sistema de Gobierno, los principios y las normas republicanas.

En esta investigación se entiende que si bien gran parte del contenido de las reformas propuestas ha sido considerado necesario y conveniente, no se debe hacer descansar en los cambios constitucionales la expectativa de institucionalidad. Si se entiende la institucionalidad como “un atributo básico del imperio o de la república, dentro de un Estado de derecho. Por consiguiente se entiende que, si un Estado en ejercicio de su plena soberanía configura su distribución político-administrativa a la luz de la división de poderes, luego, esa república, se hará de todos los organismos que dirijan ese imperio y su ejecución al servicio de las personas y en pos del bien común. En líneas generales e intuitivas, debe entenderse que una sociedad o un Estado tienen su institucionalidad más avanzada y fuerte, cuanto más eficientes sean las normativas y leyes que se aplican, y cuanto menos distorsiones se verifiquen en

²⁷² Borja Cevallos, *Enciclopedia de la...*, Tomo II, pág. 1093.



las regulaciones y resoluciones²⁷³, se entenderá también que la ausencia de institucionalidad solo determina una realidad que es producto de algo más complejo que la mera ausencia de normativa adecuada. Entramos en el campo de la moral ciudadana y de la ausencia o presencia de formación de los individuos de una sociedad para vivir en una república.

El tema de la ineficacia de los derechos de los pueblos indígenas es mucho más complejo y, seguramente, es propio de una investigación multidisciplinaria. Conforme al contenido desarrollado en esta investigación, la autora concluye que existe una marcada exclusión cuando se trata de reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Su adecuado desarrollo constitucional ha sido relegado una y otra vez, razón por la que estará siempre latente como una necesidad a ser atendida adecuadamente en el contrato-Constitución de la sociedad guatemalteca.

También será necesario el estudiar la conveniencia de mantener o no un poder de reforma constitucional derivado, depositado en el Congreso de la República, pues es mejor que los cambios y readecuaciones constitucionales sean atendidos por un ente elegido específicamente para ese cometido. Además, con la presente investigación, se estima haber establecido que parte relevante del contenido de la reforma de 2016 (lo referente a la creación y facultades del Consejo Nacional de Justicia) excede las facultades del poder de reforma constitucional tal y como quedó establecido por el constituyente de 1984-1985.

²⁷³ Lexicoon, *Institucionalidad*, <http://lexicoon.org/es/institucionalidad> (16 de diciembre de 2016).



Conclusión

La reforma constitucional es uno de los mecanismos previstos dentro de la institucionalidad de todo Estado constitucional de derecho para la actualización de su pacto político. Dicha adecuación puede responder a diferentes factores que, para el caso del Estado de Guatemala, han oscilado entre aspectos políticos (control del poder y transparencia), económicos, sociales e institucionales (fortaleza institucional). En los treinta y dos años de vigencia de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, se han presentado unas catorce iniciativas para su reforma, de las mismas las más relevantes han sido la de 1993 (ratificada), la de 1999 (no ratificada) y la de 2016-2017 (que es actualmente discutida por el Pleno de Diputados). El desarrollo de la investigación permitió comprobar la hipótesis planteada al establecer que, dentro de los factores reales que condicionaron y configuraron el contenido de dichas propuestas de reforma constitucional, fueron recurrentes: a) la ausencia de fortaleza institucional; b) la ineficacia de los mecanismos de control del poder; c) la opacidad; d) un sistema de justicia débil, y e) la ineficacia de los derechos de los pueblos indígenas. Estos factores no han sido atendidos, o han sido atendidos de manera inadecuada, lo que ha provocado su inclusión en la mayoría de propuestas de reforma a la Constitución Política del Estado de Guatemala.



Bibliografía

- ÁLVAREZ ARAGÓN, Virgilio (ed.) *et al. Guatemala: historia reciente (1954-1996)*. Tomo I. **Proceso político y antagonismo social**. Guatemala: Flacso, 2012.
- ÁLVAREZ ARAGÓN, Virgilio (ed.) *et al. Guatemala: historia reciente (1954-1996)*. Tomo II. **La dimensión revolucionaria**. Guatemala: Flacso, 2013.
- ANDRÉS ANTOLÍN, María Rosario. **Los pueblos indígenas en el constitucionalismo guatemalteco: grandes ausencias y pequeñas presencias**. España: Euskal Herriko Unibersitatea, 2010.
- ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN DE MÉXICO. **Código de Conducta del Archivo General de la Nación. Glosario**. http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/109340/Codigo_de_Conducta_CEPCI_2016_vf_internet.pdf (21 de octubre de 2016).
- ARTOLA, Miguel. **Constitucionalismo en la historia**. Letras de Crítica. España: Crítica, 2005.
- ASENSI SABATER, José. **Constitucionalismo y Derecho constitucional**. España: Tirant lo Blanch, 1996.
- ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Madrid, España: Ariel, 2012.
- ÁVALOS, Mario. **Pluralismo jurídico. Gestión de la multiculturalidad en Guatemala**. <http://www.iccp.org.gt/article/gestion-de-la-multiculturalidad-en-guatemala/> (19 de agosto de 2016), 2015.
- BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho constitucional**. Tomo I. 2a ed. Argentina: La Ley, 2006.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coor), *et al.* **Introducción al Derecho constitucional**. Madrid, España: Tecnos, 2011.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BORJA CEVALLOS, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BORJA CEVALLOS, Rodrigo. **Enciclopedia de la Política**. Tomos I y II. 4a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.



- BREWER-CARÍAS, Allan R. **Constituciones iberoamericanas. Venezuela**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- BRYCE, James. **Constituciones flexibles y Constituciones rígidas**. Madrid: Civitas, 1952.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoría general del Estado**. Prefacio a cargo de Héctor GROSS ESPIELL. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- COLOMER VIADEL, Antonio (coord). **Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América**. Valencia, España, Ugarit, 2011.
- COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA. **Mandato. Acuerdo para establecer la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala**. <http://www.cicig.org/index.php?page=mandate> (4 de diciembre de 2016), 2016.
- COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA —CICIG—. **Sistema de medición de la impunidad en Guatemala**, Guatemala: (s.e.), 2015.
- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (CEH). **Guatemala memoria del silencio. Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico**. Guatemala: Editorial Litoprint, 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. DIRECCIÓN LEGISLATIVA. **Iniciativa 5179, Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en Materia del Sector Justicia**. Guatemala, 2016.
- CONSEJO NACIONAL DE DESARROLLO URBANO Y RURAL. **Plan Nacional de Desarrollo K'atun: nuestra Guatemala 2032**. Guatemala: Conadur/Segeplan, 2014.
- CONTRERAS REYNOSO, José Daniel. **Breve historia de Guatemala**. Guatemala: Editorial Piedra Santa, 2006.
- DE CABO MARTÍN, Carlos. **Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional**. Volúmenes I y II. Barcelona, España: PPU, 1993.
- DE OTTO, Ignacio. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Segunda edición. Barcelona, España: Ariel, 2001.



DE VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid, España: Tecnos, 2011.

DIARIO DE CENTRO AMÉRICA. **Acuerdos de Paz cumplen 20 años**. Guatemala: jueves 29 de diciembre de 2016, pág. 5.

EL ESPECTADOR. **10 artículos para entender el 11 de septiembre de 2001**. <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/10-articulos-entender-el-11-de-septiembre-de-2001-articulo-654005>, 2017 (27 de marzo de 2017).

ELPERIÓDICO. **20 desafíos de los siguientes 20 años**. Edición de aniversario 1996-2016. Guatemala, 23 de diciembre de 2016, pág. 18.

ELPERIÓDICO (2016). **PDH, MP y CSJ liderarán reformas constitucionales al sector justicia**. Guatemala: miércoles 3 de febrero de 2016, pág. 4.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid, España: Trotta, 1995.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)**. Madrid, España: Marcial Pons, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Madrid, España: Trotta, 2011.

FORTIN, Javier. **Transfuguismo partidario en Guatemala: un caso de altos costos de asociación, monopolio partidario y bajos costos de transacción**. España: Universidad de Salamanca, 2010.

FRIEDMANN, Wolfgang. **El Derecho en una sociedad en transformación**. México: Fondo de Cultura Económica, 1966.

GARCÍA CUADRADO, Antonio M. **Principios de Derecho constitucional**. España: Eolas, 2011.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Breve historia constitucional de Guatemala**. Guatemala: Editorial Universitaria, 2015.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Constituciones iberoamericanas. Guatemala**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **El estatuto indígena en la Constitución guatemalteca de 1945**. Guatemala: Editorial Serviprensa, 2010.

GARRORENA MORALES, Ángel. **Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.



GOBIERNO DE GUATEMALA / UNIDAD REVOLUCIONARIA NACIONAL
GUATEMALTECA. **Acuerdos de Paz**. Guatemala: Ediciones Universitarias
AYAN, 2002.

GRAU, Luis. **El constitucionalismo americano**. Madrid, España: Dykinson, 2011.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2007.

HÄBERLE, Peter y Domingo GARCÍA BELAUNDE (coord). **El control del poder**.
Homenaje a DIEGO VALADÉS. Tomo II. México: Instituto de Investigaciones
Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2011.

HARVEY, Ricardo J. G. **Manual de historia constitucional argentina**. Buenos
Aires, Argentina: Moglia, 2005.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid, España: Pedro Cruz
Villalón Editor, 1992.

INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE —IDEA—. **ConstitutionNet**. <http://www.constitutionnet.org> (10 de octubre de 2016).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE). **Caracterización República de
Guatemala**. <https://www.ine.gob.gt/index.php/estadisticas/caracterizacion-estadistica> (10 de agosto de 2016).

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. **El Constitucionalismo. Proceso de formación y
fundamentos del Derecho constitucional**. Tercera edición. Madrid, España:
Marcial Pons, 2005.

KELSEN, Hans. **Una teoría realista y la Teoría pura del Derecho**. Buenos Aires,
Argentina: Centro Editor de América Latina, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Buenos Aires, Argentina: Eudeba, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Traducción de Luis Legaz Lacambra.
Granada, España: Comares, 2002.

KRAUSE, Martín / FUNDACIÓN LIBERTAD Y PROGRESO. **Índice de Calidad
Institucional 2015**. México: RELIAL, 2015.

LAFUENTE BALLE, José María. **Introducción al Derecho constitucional. La
Constitución en acción**. España: Aranzandi, 2012.

LASALLE, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?** Estudio preliminar de Eliseo
AJA. Barcelona, España: Ariel, 1984.



- LEGARRE, Santiago. **Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos**. Buenos Aires, Argentina: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2005.
- LEVINSON, Sanford. **Nuestra Constitución antidemocrática**. Madrid, España: Marcial Pons, 2012.
- LEXICOON. **Institucionalidad**. <http://lexicoon.org/es/institucionalidad> (16 de diciembre de 2016).
- LIBERTAD Y PROGRESO. **Nosotros**. <http://www.libertadyprogresonline.org/nosotros/> (27 de marzo de 2017).
- LINARES QUINTANA, Segundo V. **Teoría e historia constitucional**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Alfa, 1958.
- LINDE PANIAGUA, Enrique. **Constitucionalismo democrático**. Madrid, España: Códex, 2002.
- LUJÁN MUÑOZ, Jorge. **Guatemala. Breve historia contemporánea**. Segunda edición. México: Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2002.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y Jesús A. FERNÁNDEZ SUÁREZ. **Curso de teoría del Derecho**. Barcelona, España: Ariel, 2014.
- MALEM, Jorge, Jesús OROZCO y Rodolfo VÁSQUEZ (comp). **La función judicial**. Barcelona, España: Gedisa, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Del espíritu de las leyes**. El Salvador: Jurídica Salvadoreña, 2002.
- MURILLO MARTÍNEZ, Pastor Elías. **Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: para reparar las injusticias históricas y la discriminación**. Revista del Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, No. 41. Colombia: ILSA, 2009.
- NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. **El Concepto de Pueblos Indígenas**. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background_es.htm (10 de agosto de 2016).
- NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. 10a ed. Colombia: Temis, 2006.



- NEGRI, Antonio. ***El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad.*** Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1994.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. ***Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal.*** Madrid, España: Sequitur, 2012.
- PAPADÓPOLO, Midori. ***Del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución. Análisis jurídico-constitucional del golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución.*** Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael de ASÍS. ***Curso de teoría del Derecho.*** Segunda edición. España: Marcial Pons, 2000.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. ***La garantía en el Estado Constitucional de derecho.*** España: Trotta, 1997.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. ***Lecciones de teoría constitucional.*** Segunda edición. España: Colex, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, SORIANO DÍAZ, Ramón Luis, y GÓMEZ TORRES, Carmelo José (dir). ***Diccionario jurídico. Filosofía y Teoría del Derecho e Informática jurídica.*** Granada, España: Comares Editores, 2004.
- PISARELLO, Gerardo. ***Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática.*** Colección: *Estructuras y Procesos.* Serie: *Derecho.* Madrid, España: Trotta, 2014.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco. ***Teoría del Estado. Teoría política.*** 25a ed. México: Porrúa, 1992.
- PRENSA LIBRE. ***Resumen 2015. Revolución ciudadana.*** Guatemala: 18 de diciembre, de 2015, pág. 3.
- PRENSA LIBRE. ***Triunfa el "No" en consulta popular de 1999.*** Guatemala: lunes 17 de mayo de 1999, pág. 3.
- PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. ***Informe Anual Circunstanciado. Situación de los Derechos Humanos y Memoria de Labores 2015.*** Guatemala: PDH, 2016.



PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual de Situación del Derecho Humano de Acceso a la Información 2015**. Guatemala: PDH, 2016.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Lanzamiento Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016**. https://www.youtube.com/watch?v=nvJFkoA4_BI (16 de diciembre de 2016).

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Más allá del conflicto, luchas por el bienestar. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016**. Guatemala: PNUD, 2016.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Lecciones de Derecho constitucional**. Argentina: Depalma, 1995.

REALE, Miguel. **Teoría tridimensional del Derecho**. Madrid, España: Tecnos, 1997.

REHBINDER, Manfred. **Sociología del Derecho**. Traducción de Gregorio Robles. Madrid: Pirámide, 1980.

REPÚBLICA. **Así perdió el poder la magistrada Stalling**. <http://republica.gt/2017/02/asi-perdio-el-poder-la-magistrada-blanca-stalling/> (27 de marzo de 2017).

REVISTA DIGITAL ENVÍO. **¿Por qué el NO en la Consulta Popular?** <http://www.envio.org.ni/articulo/950> (3 de diciembre de 2016).

RICHTER, Marcelo Pablo Ernesto. **Diccionario de Derecho constitucional. Con definiciones y conceptos jurídicos emitidos por la Corte de Constitucionalidad**. Segunda edición. Guatemala: (s.e.), 2009.

SÁCHICA, Luis Carlos. **Derecho constitucional general**. 4a ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Teoría de la constitución**. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2004.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. **Derecho constitucional**. 7a ed. México: Porrúa, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid, España: Trotta, 2009.

SARTORI, Giovanni. **Ingeniería constitucional comparada**. Tercera edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid, España: Alianza Universidad



Textos, 1996.

SECRETARÍA DE LA PAZ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. **Acuerdos de Paz** (1 de diciembre de 2016), <https://hablandoguatemala.files.wordpress.com/2011/05/los-acuerdos-de-paz-en-guatemala.pdf>

SECRETARÍA TÉCNICA DE DIÁLOGO NACIONAL (2016). **Propuestas de reforma constitucional en materia de justicia**, http://www.cicig.org/uploads/documents/2017/14_Proj_Reforma_Constitucional.pdf (5 de octubre de 2016).

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **¿Qué es el tercer Estado?** Introducción, traducción y notas de Francisco Anaya. Madrid, España: Ediciones Aguilar, 1973.

SIGLO.21. **Cronología de la caída. Especiales Siglo.21**. Guatemala: miércoles 30 de 2015, págs. 2 y 3.

SIGLO.21. **Hay cambios que urgen en el sector justicia. Foro.21**. Guatemala: jueves 18 de febrero de 2016, págs. 2 y 3.

SIGLO.21. **Constitución amerita una revisión de fondo. Foro.21**. Guatemala: jueves 25 de febrero de 2016, págs. 2 y 3.

SIGLO.21. **La Constitución no es la culpable de los males. Foro.21**. Guatemala: lunes 29 de febrero de 2016, pág. 2.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Los pueblos indígenas y sus derechos**. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, México: Unesco, 2007.

TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho constitucional mexicano**. 16a ed. México: Porrúa, 1978.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepción de la Corrupción 2012. Puntuación IPC**, http://webantigua.transparencia.org.es/ipc__s/ipc_2012/tabla_sintetica_resultados_ipc_2012.pdf (6 de diciembre de 2016).

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepción de la Corrupción 2015**. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf (16 de diciembre de 2016).

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. **Memoria. Consultas Populares (1993-1994). Elección de Diputados (1994)**. Guatemala: Delgado Impresos, 1995.



TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. **Consulta Popular 1999**. Tomo I. Guatemala: Tribunal Supremo Electoral, 2000.

VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. **Biografía política de Guatemala. Volumen II. Años de guerra y años de paz**. Guatemala: Editorial de Ciencias Sociales, Flacso, 2004.

Legislación nacional y fallos

Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Guatemala: 1985. Incluida su reforma de 1993.

Asamblea Nacional Constituyente. **Decreto Número 1-85, Ley Electoral y de Partidos Políticos**. Guatemala: 1985. Incluidas sus reformas.

Asamblea Nacional Constituyente. **Decreto Número 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad**. Guatemala: 1986. Incluidas sus reformas.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1993). **Sentencia del 25 de mayo de 1993**. Guatemala: Digesto constitucional.

Legislación extranjera

Asamblea Nacional. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Promulgada el 9 de febrero de 2009.

Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Caracas, 20 de diciembre de 1999.

Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución de la República del Ecuador**. Ratificada mediante referéndum constitucional, 28 de septiembre de 2008.

Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución de la República Federativa de Brasil**. Brasilia, 5 de octubre de 1988.

Congreso Constituyente. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Ciudad de México, 31 de enero de 1917.

Convención Nacional Constituyente. **Constitución de la Nación Argentina**. Ciudad de Santa Fe, 22 de agosto de 1994.

Cortes Generales. **Constitución Española**. En vigencia desde el 29 de diciembre de 1978.