

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



**M. Sc. JAVIER ERNESTO FIDEL MONTERROSO CASTILLO**

GUATEMALA, AGOSTO DE 2021

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

**LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL  
EN GUATEMALA**

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 el Maestro

**JAVIER ERNESTO FIDEL MONTERROSO CASTILLO**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL  
(Magister Scientiae)**

Guatemala, agosto de 2021

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

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras  
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García  
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González  
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia  
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johana Chevez Juárez

**CONSEJO ACADÉMICO DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras  
DIRECTOR: Dr. Luís Ernesto Cáceres Rodríguez  
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios  
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz  
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN**

PRESIDENTE: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
VOCAL: Dr. Jorge Alberto González Barrios  
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

**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, Escuela de Estudios de Postgrado)



Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez

Guatemala, 12 de julio de 2021

Señor Director de la Escuela de  
Estudios de Postgrado de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho.

REF: RES: D.E.E.P. D.D.C. 88-2015

Señor Director:

Con la presente me permito informar que en mi condición de tutor de la tesis **"PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA: LA SOBERANÍA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE"**, de la que es autor el MSc. Javier Ernesto Fidel Monterroso Castillo, se han realizado los cambios recomendados por la terna examinadora.

Atentamente,

Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez

Guatemala, 13 de agosto de 2021

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

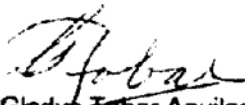
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

### **LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA**

Esta tesis fue presentada por el **M.Sc. Javier Ernesto Fidel Monterroso Castillo** del Doctorado en Derecho Constitucional, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 1450

**Dra. Gladys Tobar Aguilar**  
Doctorado en Educación y Licenciatura  
en Letras  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 1450



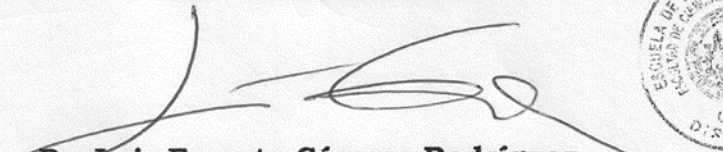
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**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, 20 de agosto del dos mil veintiuno.-----

En vista de que el MSc. Javier Ernesto Fidel Monterroso Castillo aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 19-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA”**. 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. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



## **DEDICATORIA**

**A mi esposa Gardenia Enedina de la Maza Castellanos, por su amor y apoyo incondicional**

**A mi madre Marina Leticia Castillo Ventura, por su ejemplo y cariño**

**A la Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi alma mater**

**Al pueblo de Guatemala, esperando que el contenido de la tesis ayude a mejorar sus condiciones actuales**

# ÍNDICE



	Pág.
INTRODUCCIÓN .....	i
CAPÍTULO I.....	1
1. LA CONSTITUCIÓN Y LA SOBERANÍA .....	1
1.1 Las diferentes definiciones de Constitución .....	1
1.1.1 Breve prefacio histórico .....	1
1.1.2 Definiciones modernas de Constitución .....	5
1.1.3 Constitución formal y Constitución material .....	10
1.2 Clasificación de las constituciones .....	12
1.2.1. Constitución escrita y Constitución consuetudinaria .....	13
1.2.2 Constitución rígida y Constitución flexible.....	15
1.2.3 Constitución originaria y Constitución derivada.....	18
1.2.4 Constitución programática y Constitución utilitaria .....	21
1.2.5 Constitución normativa, Constitución nominal y Constitución semántica... 22	
1.2.6 Constitución desarrollada y Constitución no desarrollada.....	24
1.3 La estructura de la Constitución.....	25
1.3.1 Preámbulo.....	26
1.3.2 Parte dogmática .....	27
1.3.3 Parte orgánica .....	28
1.3.4 Normas neutras .....	29
1.3.5 Cláusulas de reforma.....	29





<b>1.3.6 Clasificación de las normas constitucionales</b> .....	<b>30</b>
<b>1.3.6.1 Normas de eficacia directa</b> .....	<b>30</b>
<b>1.3.6.2 Normas de eficacia indirecta</b> .....	<b>31</b>
<b>1.4 La soberanía</b> .....	<b>32</b>
<b>1.4.1 Orígenes históricos de la soberanía</b> .....	<b>33</b>
<b>1.4.2 Características de la soberanía</b> .....	<b>37</b>
<b>1.4.3 Consecuencias de la soberanía</b> .....	<b>38</b>
<b>1.4.4 Los límites de la soberanía</b> .....	<b>40</b>
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>47</b>
<b>2. EL PODER CONSTITUYENTE</b> .....	<b>47</b>
<b>2.1 Definición de poder constituyente</b> .....	<b>47</b>
<b>2.2 Teorías sobre el fundamento del poder constituyente</b> .....	<b>52</b>
<b>2.2.1 Contractualismo</b> .....	<b>52</b>
<b>2.2.2 Teoría normativista de Hans Kelsen</b> .....	<b>54</b>
<b>2.2.3 Teoría existencial-decisionista de Carl Schmitt</b> .....	<b>56</b>
<b>2.2.4 Teoría materialista</b> .....	<b>56</b>
<b>2.3 Características del poder constituyente</b> .....	<b>58</b>
<b>2.4 El sujeto del poder constituyente</b> .....	<b>65</b>
<b>2.5 Poder constituyente y soberanía</b> .....	<b>68</b>
<b>2.6 Poder constituyente y poder constituido</b> .....	<b>72</b>
<b>2.7 Clasificación del poder constituyente</b> .....	<b>75</b>
<b>2.7.1 Poder constituyente originario</b> .....	<b>75</b>
<b>2.7.2 Poder constituyente derivado</b> .....	<b>78</b>



<b>2.7.3 Doctrinas que niegan que la facultad de reforma sea un poder constituyente</b>	<b>80</b>
<b>2.8 Los límites del poder constituyente originario</b>	<b>82</b>
2.8.1 Inexistencia de límites autónomos del poder constituyente originario	83
2.8.2 Doctrinas que establecen límites al poder constituyente originario	85
2.8.2.1 Limitaciones lógicas	85
2.8.2.2 El derecho natural	86
2.8.2.3 Limitaciones históricas y políticas	86
2.8.2.4 Los instrumentos internacionales de derechos humanos	88
<b>2.9 La creación de la Constitución</b>	<b>95</b>
2.9.1 El proceso constituyente	95
2.9.2 El acto constituyente	100
2.9.3 Procedimientos para crear una Constitución	101
2.9.3.1 Los procedimientos monárquicos	102
2.9.3.2 Los procedimientos democráticos	102
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>109</b>
<b>3. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN</b>	<b>109</b>
3.1 Cuestiones preliminares	109
3.2 Concepto de reforma constitucional	113
3.3 Funciones de la reforma constitucional	113
3.4 Características del poder constituyente reformador	117
3.5 Los tipos de reforma constitucional	120
3.6 La iniciativa para la reforma constitucional	122



<b>3.6.1 Iniciativa por el parlamento o Congreso de la República .....</b>	<b>123</b>
<b>3.6.2 Iniciativa presentada por el presidente .....</b>	<b>124</b>
<b>3.6.3 Iniciativa popular .....</b>	<b>124</b>
<b>3.6.4 Iniciativa presentada por el poder judicial o el tribunal constitucional .....</b>	<b>125</b>
<b>3.7 Los procedimientos para la reforma constitucional .....</b>	<b>126</b>
<b>3.7.1 Sistema de decisión parlamentaria única .....</b>	<b>129</b>
<b>3.7.2 Sistema de doble deliberación parlamentaria .....</b>	<b>132</b>
<b>3.7.3 Sistema de deliberación por dos parlamentos sucesivos .....</b>	<b>132</b>
<b>3.7.4 Sistema de aprobación parlamentaria y referendo popular .....</b>	<b>134</b>
<b>3.7.5 Sistema aprobación por parte de una convención o Asamblea Constituyente .....</b>	<b>136</b>
<b>3.7.6 Sistemas donde interviene el poder ejecutivo en la aprobación de la reforma .....</b>	<b>138</b>
<b>3.7.7 Sistemas donde las reformas se someten a aprobación directa del pueblo .....</b>	<b>140</b>
<b>3.7.8 Sistemas donde interviene el órgano de control de constitucionalidad .....</b>	<b>141</b>
<b>3.7.9 Sistema mixto .....</b>	<b>142</b>
<b>3.8 Los sistemas de reforma constitucional en la legislación comparada .....</b>	<b>144</b>
<b>3.8.1 Constituciones que se reforman por el parlamento en una decisión única (sistema A.1).....</b>	<b>144</b>
<b>3.8.2 Constituciones que se reforman por el sistema de doble deliberación parlamentaria (sistema A.2) .....</b>	<b>145</b>
<b>3.8.3 Constituciones que se reforman por la deliberación de dos parlamentos sucesivos (sistema A.3).....</b>	<b>146</b>



<b>3.8.4 Constituciones que se reforman por el sistema de aprobación parlamentaria y referendo popular (sistema A.4) .....</b>	<b>147</b>
<b>3.8.5 Constituciones que se reforman por parte de una convención o Asamblea Constituyente (sistema A.5) .....</b>	<b>147</b>
<b>3.8.6 Constituciones donde interviene el poder ejecutivo en el trámite de la reforma (sistema A.6).....</b>	<b>148</b>
<b>3.8.7 Constituciones donde las reformas se someten a aprobación directa del pueblo (sistema A.7) .....</b>	<b>151</b>
<b>3.8.8 Constituciones que para ser reformadas deben pasar antes por un control de constitucionalidad (sistema A.8) .....</b>	<b>151</b>
<b>3.8.9 Constituciones que para ser reformadas utilizan varios sistemas (sistema mixto) .....</b>	<b>152</b>
<b>3.9 Los límites de la reforma constitucional .....</b>	<b>165</b>
<b>3.9.1 La corriente ilimitacionista .....</b>	<b>166</b>
<b>3.9.2 La corriente limitacionista.....</b>	<b>169</b>
<b>3.9.3 Caracterización de los límites del poder reformador.....</b>	<b>173</b>
<b>3.9.3.1 Límites implícitos y límites explícitos .....</b>	<b>174</b>
<b>3.9.3.2 Límites autónomos y límites heerónomos.....</b>	<b>175</b>
<b>3.9.3.3 Límites absolutos y relativos .....</b>	<b>176</b>
<b>3.10 Los límites a la reforma constitucional en la legislación comparada .....</b>	<b>181</b>
<b>3.10.1 Constituciones que establecen límites explícitos y absolutos para su reforma.....</b>	<b>181</b>
<b>3.10.2 Constituciones que establecen límites implícitos para su reforma.....</b>	<b>186</b>
<b>3.10.3 Constituciones que establecen límites relativos para su reforma.....</b>	<b>187</b>



<b>3.10.4 Constituciones que no establecen límites al poder constituyente reformador .....</b>	<b>189</b>
<b>3.11 El control jurisdiccional sobre la reforma constitucional .....</b>	<b>190</b>
<b>3.11.1 Doctrinas que niegan el control constitucional sobre la reforma constitucional.....</b>	<b>191</b>
<b>3.11.2 Doctrinas que aceptan el control constitucional sobre la reforma constitucional en forma limitada .....</b>	<b>193</b>
<b>3.11.3 Doctrinas que aceptan el control constitucional sobre la reforma constitucional en forma absoluta .....</b>	<b>194</b>
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>199</b>
<b>4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA.....</b>	<b>199</b>
<b>4.1 La reforma constitucional en la historia constitucional de Guatemala.....</b>	<b>199</b>
<b>4.1.1 La Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825.....</b>	<b>200</b>
<b>4.1.2 El Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851.....</b>	<b>204</b>
<b>4.1.3 La Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879 .....</b>	<b>206</b>
<b>4.1.4 Constitución de la República de Guatemala de 1945.....</b>	<b>207</b>
<b>4.1.4.1 La reforma de los artículos no esenciales .....</b>	<b>208</b>
<b>4.1.4.2 La reforma de los artículos esenciales y reforma total.....</b>	<b>208</b>
<b>4.1.5 La Constitución de la República de 1956.....</b>	<b>211</b>
<b>4.1.6 La Constitución Política de 1965 .....</b>	<b>214</b>
<b>4.2 Caracterización de la Constitución de Guatemala de 1985 .....</b>	<b>217</b>
<b>4.3 La estructura de la Constitución de la República de 1985 .....</b>	<b>220</b>
<b>4.3.1 Preámbulo.....</b>	<b>220</b>
<b>4.3.2 Parte dogmática .....</b>	<b>221</b>



<b>4.3.3 Parte orgánica .....</b>	<b>222</b>
<b>4.3.4 Normas neutras .....</b>	<b>224</b>
<b>4.3.5 Disposiciones transitorias y finales .....</b>	<b>224</b>
<b>4.4 Regulación de la reforma constitucional en la Constitución Política de la República de 1985 .....</b>	<b>225</b>
<b>4.4.1 La iniciativa de reforma .....</b>	<b>225</b>
<b>4.4.2 Los procedimientos de reforma.....</b>	<b>228</b>
<b>4.4.2.1 Reforma por Asamblea Nacional Constituyente .....</b>	<b>228</b>
<b>4.4.2.2 Reformas por el Congreso de la República .....</b>	<b>234</b>
<b>4.4.3 Los límites a la reforma constitucional .....</b>	<b>237</b>
<b>4.4.3.1 Límites de carácter explícito y absoluto .....</b>	<b>238</b>
<b>4.4.3.2 Los límites implícitos .....</b>	<b>244</b>
<b>4.4.4 Posibilidades de una reforma constitucional total en Guatemala .....</b>	<b>245</b>
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>251</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>253</b>
<b>ANEXO 1 .....</b>	<b>261</b>
<b>Regulación de la iniciativa de reforma constitucional en la legislación comparada .....</b>	<b>261</b>
<b>ANEXO 2 .....</b>	<b>263</b>
<b>Sistemas de reforma constitucional en la legislación comparada .....</b>	<b>263</b>



## INTRODUCCIÓN

El tema de las reformas constitucionales es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos del derecho constitucional, en él se refleja el histórico debate entre la corriente que propugna por la estabilidad del sistema constitucional como marco esencial del funcionamiento del Estado y la que plantea que toda generación tiene derecho a crear su propia Constitución Este debate también ha tenido repercusiones en nuestro país, donde, desde hace algunos años, algunos sectores sociales han intentado impulsar, sin éxito, reformas a la Constitución No es casualidad que las únicas reformas constitucionales que lograron ser aprobadas en 1993 fueran producto de una crisis institucional que amenazó el entonces aún incipiente constitucionalismo guatemalteco. Sin embargo, esa tendencia continúa y tarde o temprano llegará el momento que como sociedad se haga una discusión seria sobre la necesidad o no de reformar nuestra Constitución

Este trabajo pretende aportar al debate sobre la reforma constitucional en Guatemala, en especial sobre ¿Cuáles son los alcances y limitaciones que tiene una Asamblea Nacional Constituyente para modificar la Constitución Política de la República de Guatemala? partiendo de la hipótesis de que “la Asamblea Nacional Constituyente, aún sea convocada mediante los procedimientos establecidos en la actual Constitución Política de la República, es una expresión del poder soberano popular y como tal no está sujeto a los límites formales establecidos por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, por lo tanto, puede modificar la totalidad de la Constitución Política de la República, incluyendo los artículos establecidos como irreformables, o bien, aprobar una nueva Constitución Todo ello para que, desde una perspectiva técnica-científica, los diferentes actores académicos, políticos y sociales puedan contar con bases teóricas para discutir sobre el tema.



Para ello, se realizó una extensa investigación documental, tanto de textos clásicos como de los más modernos de la doctrina constitucional, así como un análisis de legislación comparada, a forma de lograr tener una perspectiva lo más amplia posible de los límites de la reforma constitucional en nuestro país.

En el capítulo primero, a manera de introducción se presentan conceptos básicos fundamentales para entender el tema de la reforma constitucional, tales como las definiciones de Constitución y soberanía, además, se abordaron los distintos tipos de constituciones y la estructura básica de los textos constitucionales, para lo cual se consultó fuentes documentales de reconocidos autores, siempre intentando construir los conceptos propios. Con base en los diferentes aportes de la doctrina.

El capítulo segundo, también realizado por medio del análisis y síntesis de las principales teorías constitucionales, aborda lo relacionado con el concepto de poder constituyente, sus características, clasificación, límites y el proceso para crear las constituciones, en algunos casos atreviéndonos a aportar críticas a las concepciones de algunos autores.

El capítulo tercero, es sin duda fundamental en el estudio, toda vez que aborda en específico el tema de la reforma constitucional, comenzando desde el concepto y naturaleza del poder constituyente derivado, también llamado poder constituyente de reforma, y especialmente sus alcances y limitaciones, utilizando, además de la investigación bibliográfica, las herramientas que proporciona la legislación comparada. Para el efecto, se analizaron las constituciones de algunos países europeos y americanos que han influido por sus aportes al constitucionalismo mundial, así como países latinoamericanos y centroamericanos, por considerarlos cercanos a la tradición constitucional de Guatemala.





Finalmente, el capítulo IV aborda el tema de la reforma constitucional en Guatemala, tanto desde una perspectiva histórica, como mediante el análisis jurídico de su regulación, enfocándose principalmente en los límites establecidos para la reforma de la Constitución guatemalteca. Se reitera en que el presente estudio se hace con el objetivo de presentar las principales corrientes, que han abordado el tema del poder constituyente reformador, a efecto, sirva como aporte técnico para futuras discusiones de carácter académico o político, que sin un fundamento teórico pueden caer en simple demagogia.





## CAPÍTULO I

### 1. LA CONSTITUCIÓN Y LA SOBERANÍA

#### 1.1 Las diferentes definiciones de Constitución

Sin duda, el presente estudio debe iniciar con una reflexión sobre el significado y las diferentes acepciones de la palabra “Constitución” y cuáles de todas estas serán de utilidad para el presente estudio.

##### 1.1.1 Breve prefacio histórico

Desde el punto de vista etimológico la palabra *Constitución* proviene del latín *Constitutio*, y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española significa “esencia y calidades de una cosa que la constituye como es y la diferencian de las demás”.<sup>1</sup>

La palabra *Constitución* es conocida desde la antigüedad y servía para definir a la forma y sistema de gobierno que tiene cada Estado y la ley fundamental que lo organiza. Ya Aristóteles en su obra *La política* escrita en el siglo IV antes de Cristo, utiliza en varias ocasiones el término “Constitución”, para referirse a la forma de organización de los Estados griegos y otros Estados antiguos contemporáneos, Constitución Política o gobierno es “la organización o el poder establecido entre los habitantes de la ciudad...La Constitución es la que determina con relación al Estado la organización regular de todas las magistraturas, sobre todo la soberana, y el soberano

---

<sup>1</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa-Calpe, Vigésimo primera edición. Madrid, 1992. Pág 387.



de la ciudad es en todas partes el gobierno, el gobierno es, pues, la Constitución misma”.<sup>2</sup>

En este punto, hay que recordar que los griegos estaban organizados en Estado-ciudades denominadas polis, de ahí que cada ciudad griega tenía su propia Constitución, es decir, su propia forma de organización del poder. Vale también hacer la aclaración, que lo que Aristóteles examinó y comparó en su momento fueron, en realidad, no modelos constitucionales, sino lo que la teoría del Estado llamaría hoy sistemas de gobierno, sin embargo, la referencia al gran pensador griego se realiza para demostrar que hace 2,500 años el término *Constitución* ya era conocido y utilizado en la ciencia política para definir la forma de gobierno de los Estados, aunque aún estaba lejos de tener el mismo significado que en nuestra época.

Por su parte, en la República romana se reconoció la diferencia entre leyes ordinarias y normas fundamentales y para referirse a las leyes que regulan la organización del Estado usaban la expresión *rem publican constituere*.<sup>3</sup> Sin embargo, al igual que muchas instituciones jurídicas, durante el imperio el significado de la palabra *constitutio* cambió, y se usaba el término para referirse a la legislación aprobada por el emperador.<sup>4</sup>

Aunque, a pesar de que los griegos y los romanos ya conocían este vocablo, la idea moderna de Constitución todavía estaba muy lejos de tener el significado moderno. Fue hasta 1215, con la lucha de los nobles ingleses, que se logra la aprobación de la *Carta Magna* en Inglaterra, por medio de la cual el rey Juan reconoce y concede derechos a

---

<sup>2</sup> Aristóteles, *La política* Editorial Espasa-calpe, decimocuarta edición, Madrid, 1980. Pág 85.

<sup>3</sup> Jellinek. Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de cultura económica. Primera edición en español. México. 2000. Pág. 458

<sup>4</sup> Herrera, Flavio. *Derecho romano*. Escuela de estudios de postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2020. Pág. 63. En el mismo sentido, Pisarello, Gerardo. *Procesos constituyentes caminos para la ruptura democrática*. Editorial Trota. Madrid. 2014. Pág 22



los ciudadanos, cuando se comienza a tener la noción de una ley fundamental que establezca límites al poder real y derechos fundamentales. Posteriormente, algunos tratadistas franceses, influidos por el iusnaturalismo comienzan a hablar del concepto de *lex fundamentalis* como las leyes superiores a las leyes ordinarias y que regulan incluso la actividad del rey.<sup>5</sup> Sin embargo, el advenimiento del absolutismo en Europa conllevó también, la supresión de algunos derechos ya ganados y un mayor centralismo y poder en la figura del rey.

Otro antecedente importante del constitucionalismo se encuentra en el siglo XVII, cuando los colonos ingleses que fundan las primeras colonias inglesas en el actual territorio de los Estados Unidos de América suscriben las llamadas *cartas de colonización* con las empresas que tienen licencia del rey de Inglaterra para fundar colonias,<sup>6</sup> en estos instrumentos, ejemplos históricos del contrato social, los padres de familias de colonos se comprometen por unanimidad a fundar comunidades con una completa regulación de su forma de gobierno, siendo el más célebre de ellos el *Fundamental orders of Connecticut*, adoptado en 1639, donde se establece el Poder Legislativo, ejecutivo y judicial de las nuevas colonias, así como los derechos y obligaciones de los colonos, tanto que algunos autores consideran este instrumento la primera Constitución escrita de la historia, posteriormente, los reyes de Inglaterra les otorgaron cartas a las colonias norteamericanas que fueron también tomados como antecedentes para el constitucionalismo norteamericano.

Nuevamente en Inglaterra, en el contexto de la revolución gloriosa, se sentaron las bases del moderno constitucionalismo al establecer por una parte los derechos y obligaciones de los ciudadanos en el *Agreement of the people* de 1647 y la regulación de las instituciones fundamentales de un gobierno en el *Instrument of government*,

---

<sup>5</sup> Jellinek. Ob. Cit. Pág 460.

<sup>6</sup> Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis. Vigésima primera edición, Colombia. Pág. 333



aprobado en 1654, y aunque este último instrumento estuvo en vigencia solamente por unos años, se considera la única Constitución escrita inglesa en la historia. Desde esa fecha, al hablar de Constitución inglesa se hace referencia al conjunto de leyes fundamentales, decisiones legislativas y judiciales que contienen los principios elementales del gobierno inglés.

Entre los grandes teóricos del siglo XVIII encontramos referencias al vocablo *Constitución*, así, Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes* (1748), utiliza el término para referirse a la forma del ordenamiento político de un Estado, de hecho, el libro undécimo se denomina “De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”, y el capítulo VI del mismo libro se titula “De la Constitución de Inglaterra”.<sup>7</sup> Juan Jacobo Rousseau en su obra el *Contrato social* de 1762, utiliza indistintamente los conceptos de *pacto social* para referirse al acuerdo entre los ciudadanos para formar un Estado, *contrato social* para referirse a la forma jurídica que toma el pacto social y *leyes fundamentales* y *leyes políticas* para referirse a las normas que regulan las relaciones entre los ciudadanos y el Estado y la forma de gobierno. Pero, en su obra de 1765 *Propuesta de Constitución para Córcega*, ya utiliza esta palabra para designar a la ley suprema que establece la forma de gobierno de un Estado.

En Estados Unidos nació el moderno concepto de Constitución. Es importante recordar que los Estados Unidos de América alcanzaron su independencia de Inglaterra en 1782, y que las 13 colonias inglesas estaban unidas por un instrumento denominado “Artículos de la confederación” y gobernados por el Congreso de la República de la Confederación, el cual, en mayo de 1787, convocó a una convención que debía reunirse en la ciudad de Filadelfia con el fin de “adecuar la Constitución federal a las

---

<sup>7</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Editorial jurídica salvadoreña. Primera edición. El Salvador. 2002 Pág. 110



exigencias del gobierno y el mantenimiento de la unión”.<sup>8</sup> Esta convención, tras un largo debate, decidió que no era suficiente reformar los Artículos de la confederación, sino que era necesario construir un nuevo tipo de gobierno y aprobaron la Constitución de los Estados Unidos de América. Ya en la recopilación de artículos de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay publicados en periódicos de Estados Unidos para impulsar la nueva norma suprema y publicados después bajo el título *El Federalista* publicados en 1788 ya se usa la palabra Constitución

El constitucionalista francés Emmanuel Sieyès ya utiliza el concepto de *Constitución* en su obra *Qué es el tercer estado*, de 1789. Siguiendo el ejemplo norteamericano, en 1789 los Estados Generales de Francia se proclaman Asamblea Nacional Constituyente y aprueban la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que sería el prefacio a la Constitución de Francia de 1791. Así, podemos asegurar que el concepto moderno de *Constitución* nace a finales del siglo XVIII con las constituciones de los Estados Unidos de América y Francia.

### **1.1.2 Definiciones modernas de Constitución**

De acuerdo con el *Diccionario Jurídico* de Fernández de León *Constitución Política* es la “Ley fundamental de un Estado en que se consignan la declaración de derechos y deberes de los ciudadanos y la separación de los poderes públicos”.<sup>9</sup>

Para Jellinek, la Constitución significa orden, así como todo tipo de asociación tiene que tener normas de ordenación para limitar a sus miembros, así el Estado tiene que tener un orden “Una ordenación o Estatuto de esta naturaleza es lo que se llama Constitución ...La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios

---

<sup>8</sup> Convocatoria a la Convención Constituyente Federal. Disponible en [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/federalista/introduccion.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/introduccion.html)

<sup>9</sup> Fernández de León, Gonzalo. *Diccionario Jurídico*. Tomo II. Ediciones contabilidad moderna. Tercera Edición. Buenos Aires. 1972. Pág. 90



jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”.<sup>10</sup>

Dentro de las teorías que identifican a la Constitución como una norma suprema podemos encontrar la del jurista Austriaco Hans Kelsen. Para Kelsen la Constitución es “la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas esenciales del Estado, determina los órganos que legislan y los procedimientos para hacerlo y que además establece las relaciones básicas entre los asociados y las formas de aplicación del derecho”.<sup>11</sup>

En una especie de síntesis de las definiciones de Jellinek y Kelsen, el jurista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa define a la Constitución como “el Conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado”.<sup>12</sup>

Dentro de las muchas definiciones de la palabra *Constitución* una de las más influyentes ha sido sin duda la del jurista alemán Ferdinand Lasalle, que en su obra *¿Qué es una Constitución?* presenta tres definiciones distintas de lo que se debe entender por Constitución

En primer lugar, Lasalle presenta una definición jurídica de la *Constitución* otorgada por un monarca a su pueblo “La Constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un

---

<sup>10</sup> Jellinek, Ob. Cit. Pág. 457

<sup>11</sup> Kelsen, Hans. Teoría general del Estado, Ediciones Coyoacán. Cuarta edición. México. 2012. Pág. 187

<sup>12</sup> Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 337





país”.<sup>13</sup> Esta definición es correcta si hablamos de la Constitución inglesa o de la Constitución de Prusia, vigente en la época de Lasalle. También el autor define lo que se debe entender por Constitución en una república democrática “La Constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación”.<sup>14</sup> Como vemos, esta definición es más de carácter jurídico y se refiere a la Constitución como norma suprema del cual deviene el orden jurídico en un Estado.

Sin embargo, la definición más famosa de Lasalle es la que realiza desde el punto de vista sociológico, donde identifica a los factores reales de poder que influyen en la Constitución “He ahí pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país, la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país...Se toman esos factores reales de poder, se extiende en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados en un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”.<sup>15</sup> En el caso de su país, Prusia, Lasalle identifica seis factores reales de poder a la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la conciencia colectiva y la cultura general, y la pequeña burguesía y la clase obrera.

El también jurista alemán, Carl Schmitt propone una serie de definiciones de Constitución atendiendo al rol que juega en el Estado. Para este jurista la Constitución puede ser entendida como Unidad Política y ordenación política y social del Estado en el sentido de Jellinek. También puede entenderse como una fuerza activa e integradora, un proceso dinámico de una visión de Estado plasmada en la Constitución. También, al igual que Kelsen considera a la Constitución desde el punto de vista de

---

<sup>13</sup> Lasalle, Ferdinand, *Que es una Constitución?*. Editorial Temis, Segunda edición. Colombia 2010. Pág. 35

<sup>14</sup> *Ibidem*, Pág. 35

<sup>15</sup> *Ibidem*. Pág. 48



norma suprema, a la que llama “norma de normas”. Finalmente, Schmitt dice que la Constitución es “un conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta una comunidad”.<sup>16</sup>

El autor Alemán Herman Heller critica las definiciones de Jellinek, Kelsen y Schmitt de la siguiente forma:

No solo según una acepción vulgar, sino también en el lenguaje jurídico suele entenderse por Constitución del Estado no la estructura de un *status* político total, antes descrita, sino únicamente el contenido normativo jurídico destacado de esta realidad, no una estructura social conformada por normas, sino una estructura normativa de sentido, no un ser, sino un deber ser. La doctrina dominante, bajo la dirección de Georg Jellinek, se contenta con poner la Constitución como ser al lado de la Constitución jurídica, como deber ser, sin conexión científica de ninguna clase entre sí. Los intentos de superar este insostenible dualismo no han conducido, hasta hoy, más que a la absolutización de ambas posiciones. Kelsen hace consistir al Estado y a la Constitución en un deber ser, exclusivamente, Carl Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda normatividad. La Teoría del Estado solo podrá evitar estas unilateralidades si consigue descubrir la conexión real partiendo de la cual pueden ser explicadas y comprendidas tanto la Constitución en cuanto a ser como la Constitución jurídica normativa y el método dogmático jurídico a ella correspondiente.<sup>17</sup>

Este autor, retomando la idea de Lasalle de la “Constitución real”, considera que el concepto de Constitución debe entenderse no solo como norma jurídica fundamental que le da forma a un Estado, sino a la forma o estructura de una situación política real,

---

<sup>16</sup> Citado por Lazcano Fernandez, Román. En *Análisis comparado del poder constituyente*. Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2006. Pág 58.

<sup>17</sup> Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de cultura económica. Segunda edición. México. 2012. Pág. 328



una actividad humana que crea una realidad social concreta que ordena al Estado. “Una Constitución política solo puede concebirse como un ser al que le dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concreta”.<sup>18</sup>

Siguiendo esta línea de ideas, para Rudolf Smend la Constitución es “la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso”.<sup>19</sup>

Para el italiano Ricardo Guastini, existen cuatro significados principales del concepto de Constitución: “a) en una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”, b) en una segunda acepción “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas: *grosso modo*, el conjunto de normas – en algún sentido fundamentales – que caracterizan e identifican todo ordenamiento, c) en una tercera acepción, “Constitución” denota – simplemente – un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente), y d) en una cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea, de un peculiar régimen jurídico.”<sup>20</sup>

Es importante aclarar que, cuando Guastini se refiere a un ordenamiento político liberal se refiere a uno que reconozca derechos fundamentales como límites al poder político y división del poder, es decir, un sistema republicano. En cuanto al conjunto de normas fundamentales, este autor establece que son las que a) determinan la forma de Estado, b) las que determinan la forma de gobierno y c) las que disciplinan la producción

---

<sup>18</sup> *Ibíd.* Pág. 318

<sup>19</sup> Smend, Rudolf. Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Primera edición. Madrid. 1968. Pág. 215

<sup>20</sup> Guastini, Ricardo. *Sobre el concepto de Constitución* En Teoría de la Constitución Ensayos escogidos. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta Edición. México. 2012. Pág. 94



normativa. Finalmente, este autor hace también énfasis en que la Constitución es un instrumento jurídico, un código, una ley, diferente a las otras leyes en cuanto a los órganos y mecanismos de su aprobación y supremacía sobre las otras leyes de un Estado pues tiene carácter supremo y es fuente de las otras normas jurídicas.<sup>21</sup>

El constitucionalista español Manuel Aragón vincula el concepto de Constitución con el de democracia y limitación al poder, pero, además, la vincula directamente con su aplicación jurisdiccional “Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia”.<sup>22</sup>

Con base en las anteriores definiciones de Constitución es posible construir una definición propia que será de utilidad para el presente trabajo de investigación, entendemos por Constitución la norma jurídica fundamental de un Estado, que sirve de base para el ordenamiento jurídico del mismo, que establece las características principales del Estado, su forma de gobierno, los derechos fundamentales de sus habitantes y que se corresponde con el sistema político y social en un momento determinado de su historia.

### **1.1.3 Constitución formal y Constitución material**

Aunque existen diferentes definiciones de la palabra Constitución, existe un consenso doctrinario en que hay dos acepciones para la palabra Constitución que pueden utilizarse: la Constitución material y la Constitución formal:

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* Pág. 96 y subsiguientes

<sup>22</sup> Aragón, Manuel. *La Constitución como paradigma*. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Ob. Cit. Pág. 113



Podemos sostener que la Constitución formal es básicamente el texto escrito, codificado o no, que posee la supremacía que otorga validez a todo el resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional, por el contrario, la Constitución material, en nuestra opinión, puede referirse a todo un amplio conjunto de normas legales, de jurisprudencia constitucional y de comportamientos institucionales, que están referidos sustancialmente a materia constitucional, es decir, que incursionan en tópicos que hacen a los derechos, deberes y garantías constitucionales y la organización y funcionamiento fundamental del Estado, y que sin afectar la supremacía constitucional adquieren vigencia en la verdad real del funcionamiento del régimen constitucional.<sup>23</sup>

Aunque el término *Constitución formal* se refiere a la norma escrita llamada Constitución, el sentido del término *Constitución material* es mucho más complejo, como lo plantea el autor italiano Riccardo Guastini, quien cita, para estas definiciones de Constitución material, a múltiples fuentes:

1. En un primer sentido, se habla de Constitución material para referirse a las normas, que en cualquier ordenamiento, determinan la forma de Estado y la forma de gobierno.
2. En un segundo sentido, se habla de Constitución material para referirse al conjunto de normas sobre la legislación o, más en general al conjunto de normas sobre las fuentes.
3. En un tercer sentido, la misma expresión es utilizada para designar la “decisión política fundamental”, que a su vez puede ser concebida o como la decisión relativa a la forma de Estado, o como la decisión relativa al conjunto de los principios supremos que caracterizan a cualquier ordenamiento.

---

<sup>23</sup> Haro, Ricardo. *El control de constitucionalidad en Argentina*. En El control del poder. Homenaje a Diego Valadés. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2011. Pág. 571



4. En un cuarto sentido, se habla de la Constitución material para referirse al régimen político vigente en un Estado. El cual a su vez es concebido o como el conjunto de los fines políticos en vista de los cuales las fuerzas dominantes inspiran la acción estatal, o bien, como el real arreglo y funcionamiento de las instituciones políticas en las varias fases históricas, al margen de cuanto prescriban las correspondientes cartas constitucionales.
5. En un quinto sentido, la locución “Constitución material” es utilizada como sinónimo de Constitución viva”.<sup>24</sup>

## 1.2 Clasificación de las constituciones

Aunque pareciera que el tema de la clasificación de las constituciones no tiene relación directa con el tema objeto de estudio de la presente tesis, es necesario citar al profesor mexicano Jorge Carpizo quien plantea la utilidad de la clasificación de las constituciones de la siguiente manera:

¿Por qué este empeño en clasificar las constituciones? Primero, porque la clasificación es útil a la legislación comparada y sirve para comprender, a primera vista, las notas sobresalientes del sistema político de un país, segundo, porque tiene una importancia política que nos lleva de la mano a plantearnos el problema de qué tipo de Constitución es la mejor... y tercero, porque tiene un valor didáctico, ya que es una forma de poder conocer, con un método, una diversidad de constituciones.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Guastini. Ob. Cit. Pág. 106

<sup>25</sup> Carpizo, Jorge. *La democracia y la clasificación de las constituciones. Una propuesta.* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2123/26.pdf>, Pág. 361 <sup>25</sup>



Es precisamente, por la tercera de las razones que señala el profesor Carpizo, por lo que para el presente trabajo será de mucha utilidad hacer un breve repaso por la clasificación de las constituciones, pues para abordar el tema del poder constituyente en Guatemala es importante identificar y caracterizar a qué tipo de Constitución pertenece la guatemalteca y si esta puede o no ser reformada.

En ese sentido, hay que tomar en cuenta que existen muchas formas y sistemas de clasificación de las constituciones, pero para el presente estudio utilizaremos la que consideramos es más concreta y permite evidenciar las tipologías que consideramos más útiles para nuestros fines y es la que propone Vladimiro Naranjo Mesa.<sup>26</sup>

- a. Constitución escrita y consuetudinaria
- b. Constituciones rígidas y flexibles
- c. Constituciones originarias y derivadas
- d. Constituciones programáticas y utilitarias,
- e. Constituciones normativas, nominales y semánticas

### **1.2.1. Constitución escrita y Constitución consuetudinaria**

En la historia de las Constituciones, la primera forma de clasificación obedece a un criterio meramente formal y se refiere a si estas están escritas en un código, o si, por el contrario, se encuentran diseminadas en diferentes leyes, costumbres y hasta sentencias judiciales. Es importante aclarar que, aunque esta clasificación llama a las Constituciones consuetudinarias no significa que no estén escritas, sino simplemente, a que no se encuentran codificadas en una sola norma sino dispersas y que en ocasiones también la costumbre tiene carácter de norma suprema.

---

<sup>26</sup> Naranjo mesa, Ob. Cit. Pág. 339



Como se mencionó en la remembranza histórica, hasta el siglo XVIII no existían Constituciones codificadas, sino únicamente leyes fundamentales dispersas. La primera Constitución escrita de la historia es la de Estados Unidos de América en 1787, seguida por la de Francia en 1791. Hay que tomar en cuenta que, aunque las colonias norteamericanas elaboraron Constituciones estatales entre 1776 y 1787 estas no son de carácter nacional, sino estatal. A partir de esa fecha y siguiendo no solo el ejemplo francés y americano, sino, incluso, el estilo y estructura de esas dos constituciones paradigmáticas, la mayoría de los países del mundo aprobaron constituciones escritas.

Sin embargo, también persisten países que no cuentan con una Constitución unificada en un solo código, sino dispersas en diferentes instrumentos, por supuesto que el caso más importante es el de Reino Unido de Gran Bretaña, que tiene, hasta la fecha, un sistema jurídico consuetudinario integrado por diversas leyes fundamentales como la Carta Magna de 1215, el *Bill of rights* de 1689, los *Parliament acts* de 1911 y 1949, entre otras. Debido a la tradición jurídica inglesa, es impensable que a estas alturas de su historia vayan a decidir tener una Constitución escrita, pues no la necesitan.

Pero, Inglaterra no es la única nación con constituciones consuetudinarias, tampoco la República de Israel cuenta con una Constitución escrita, se rige por una serie de instrumentos tales como la declaración de independencia de 1948 y la proclama de ese mismo año de la Ley de ordenamiento del Estado; en ese sentido, y a diferencia de Inglaterra, el Estado de Israel decidió no tener una Constitución escrita precisamente por la precariedad de su situación política, aunque no se descarta que en un futuro puedan tener una. Otro ejemplo de constituciones consuetudinarias son las de Nueva Zelandia y Canadá, en el caso de esta última, su Constitución incluye tanto el Acta Constitucional de 1867, el Acta Constitucional de 1982 e incluso doctrinas no escritas también.





Esta clasificación ha sido criticada por diversos tratadistas, el más importante de ellos fue el británico James Bryce que se refirió a ella como “anticuada, torpemente expresada y que se prestaba a confusiones porque junto a toda Constitución escrita existen costumbres y decisiones judiciales que la completan, la amplían o la modifican y, a su vez, en las denominadas constituciones no escritas, se encuentran estatutos y leyes constitucionales”.<sup>27</sup> Es por ello que este autor plantea una nueva clasificación.

### 1.2.2 Constitución rígida y Constitución flexible

Esta clasificación se debe al historiador y político James Bryce en su ensayo de 1901 *Constituciones flexibles y rígidas*. Bryce, con sus viajes se da cuenta que en algunos países las normas constitucionales no pueden ser reformadas por el parlamento como la legislación ordinaria, lo cual establece una jerarquía normativa superior entre las constituciones y las leyes ordinarias, mientras que en otros países el parlamento sí puede modificar las leyes constitucionales, por lo que decidió llamarles “constituciones rígidas” que no pueden modificarse fácilmente y constituciones flexibles que sí pueden modificarse con mayor facilidad.

Desarrollando la idea de Bryce, el autor C. Wheare sugiere que la clasificación debería de plantearse como suprema sobre el órgano legislativo y no supremas. Serían supremas, en este caso, las que no pueden modificarse por el legislativo, es decir, las rígidas, y no supremas las que, sí pueden modificarse por el órgano legislativo, es decir, las flexibles.<sup>28</sup>

La clasificación de las constituciones en *rígidas* y *flexibles* es de mucha utilidad en el presente estudio, pues permite identificar la dificultad para reformar una Constitución y

---

<sup>27</sup> Carpizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 351

<sup>28</sup> *Ibidem*. Pág. 353.



es una de las más usadas a nivel mundial. Esta clasificación solo puede usarse con las Constituciones escritas, como bien lo plantea Vladimiro Naranjo, de la propia definición de Constitución rígida se deriva la noción de poder constituyente reformador como aquel que puede modificar la Constitución.

La Constitución rígida o firme es aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto. Esta variedad solo puede darse dentro del contexto de la Constitución en sentido formal. De ella surge una distinción entre el Poder Legislativo ordinario y el poder constituyente derivado o de revisión constitucional. La rigidez puede también provenir de una cláusula que prohíba una revisión de la Constitución por un período de tiempo determinado.<sup>29</sup>

En este punto, se debe aclarar que, dentro de las constituciones rígidas, algunos autores llaman *pétreas* a aquellas que son irreformables, es decir, que no tienen un mecanismo previsto para su reforma, y aunque han existido varias constituciones que pueden ser consideradas pétreas, casi la totalidad de las constituciones contemporáneas son reformables, no obstante, tienen algunos artículos denominados pétreos, aquellos que no pueden modificarse.

Se llama Constitución flexible o elástica, aquella cuya modificación sigue el mismo procedimiento establecido para la reforma de las leyes ordinarias. Gran Bretaña nos ofrece el ejemplo de este tipo de Constitución por cuanto las reglas constitucionales pueden allí ser modificadas por el Parlamento a través de una ley ordinaria, o por los jueces a través de una nueva jurisprudencia, o por el establecimiento de costumbres contrarias a la regla. Otros casos de Constitución escrita flexible son las cartas francesas de 1814 y 1830, la Constitución italiana

---

<sup>29</sup> Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 340.



de 1848, la Constitución de Canadá de 1867, la de Sudáfrica de 1909, la Constitución rusa de 1918 y la Constitución irlandesa de 1922.<sup>30</sup>

El concepto de *rigidez* ha sido criticado porque casi todas las constituciones del mundo son rígidas, es decir, tienen un procedimiento específico para su reforma y no las puede modificar el Congreso de la República. Sin embargo, es necesario hacer notar que Bryce, en realidad, intentaba destacar si existían requisitos formales para la reforma constitucional.

Por otra parte, como bien lo plantea Naranjo Mesa, dentro de la propia rigidez constitucional, existen muchas formas de reformar la Constitución como se demostrará más adelante en la investigación.

La rigidez constitucional ofrece una variada gama de matices, según que el procedimiento de reforma sea más o menos complicado. En Suiza y Estados Unidos, por ejemplo, el procedimiento es bastante complejo, mientras que en la Unión Soviética, Noruega, Finlandia y otros países, apenas resulta un tanto agravado respecto al proceso legislativo ordinario.<sup>31</sup>

Cabe destacar que, algunas constituciones, desde un criterio de permanencia en el tiempo, no establecen el mecanismo de reforma constitucional explícitamente; en estos casos, esas constituciones deben ser tomadas como rígidas, pues con base en el principio de legalidad del Estado, que establece que este solo puede hacer lo que explícitamente ha sido establecido en la ley, el Poder Legislativo no podría arrogarse esta facultad, a menos que la Constitución explícitamente se la otorgara, como bien lo plantea Manuel Aragón.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, Pág 340.

<sup>31</sup> *Ibidem* Pág. 340



Quizá conviniera, entonces, ampliar el sentido de la rigidez admitiendo que ésta puede existir no sólo expresa sino también tácitamente. O sea, que Constitución rígida es aquella que (prevea o no un procedimiento especial para su reforma) no puede ser modificada por ley ordinaria.<sup>32</sup>

### 1.2.3 Constitución originaria y Constitución derivada

Otra forma de clasificar a las constituciones es la que plantea el *ius* filósofo Alemán Karl Lowesntein en su *Teoría de la Constitución* de 1957, donde clasifica a las constituciones en originarias y derivadas. Para este autor, son *constituciones originarias* las que tienen un contenido verdaderamente innovador, que inauguran una doctrina o instituciones nunca plasmadas por otras constituciones. Son *constituciones derivadas* las que contienen elementos que ya están presentes en otras constituciones, las cuales toman como ejemplo.

Por Constitución originaria puede entenderse aquella que contiene principios nuevos, verdaderamente originales, para la organización política de un Estado. Es una Constitución creadora en cuanto establece pautas y sistemas de organización y principios filosóficos para la vida estatal que anteriormente no habían sido consagrados en un documento constitucional. Por Constitución derivada, en cambio, se entiende aquel tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales.<sup>33</sup>

La Constitución originaria es aquella que crea un nuevo principio funcional para el proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal, es decir es originaria en cuanto no sigue principios funcionales asentados o contruidos

---

<sup>32</sup> Aragón, Manuel. *Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional*. Revista de Estudios políticos No. 50. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1986. Pág. 26

<sup>33</sup> Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 342



por otras leyes fundamentales. La Constitución derivada es aquella que adapta su realidad y a sus necesidades los principios funcionales de una Constitución originaria, es decir, que introduce con sus propias peculiaridades, los principios del proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal contenidos en otra Constitución a su normatividad constitucional.<sup>34</sup>

Usualmente, se toman como ejemplo de constituciones originarias la de Estados Unidos de América que crea, entre otros elementos novedosos, los derechos individuales, la división de poderes, el control constitucional de las leyes, la república federal. También las constituciones francesas de la época revolucionaria han sido usualmente catalogadas como originarias, así como la Constitución soviética de 1918.

Muchos consideran, por ejemplo, que las constituciones de los países hispanoamericanos, promulgadas después de su independencia de España, fueron básicamente copiadas, o al menos inspiradas, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, por tanto, aquellas serían del tipo de las derivadas, en tanto que esta sería originaria. Ello podría aceptarse si se parte de la base de que la mayoría de las nuevas repúblicas americanas siguieron no solo el esquema de separación de poderes y de organización del gobierno establecido por los convencionalistas de Filadelfia, sino también los principios filosóficos – o parte de dogmática – consagrados en Norteamérica. Pero las constituciones jamás se “copian”, puesto que cada una debe amoldarse, como se ha dicho, a las circunstancias históricas, políticas, económicas sociales o culturales de cada Estado al cual han de aplicarse sus normas.<sup>35</sup>

Sin embargo, como el mismo Lowenstein reconoció, clasificar a una Constitución de *originaria* o de *derivada* implica un juicio de valor muy subjetivo, por otra parte, es

---

<sup>34</sup> Carpizo. Ob. Cit. Pág. 359.

<sup>35</sup> Naranjo Mesa, Op. Cit. Pág. 342



imposible, a estas alturas, crear algo totalmente nuevo, pues es lógico que los constituyentes sean influenciados por la obra de otros constituyentes, sobre todo de obras tan importantes como las ya mencionadas.

Lo cierto es que las constituciones originarias han sido en verdad poco frecuentes. La tendencia general en el mundo moderno ha sido la de ir adaptando las constituciones, a través del sistema de sucesivas reformas, a los requerimientos del momento y a las circunstancias cambiantes en la vida de los pueblos, solamente los grandes cambios revolucionarios suelen producir nuevas formas constitucionales. Así, por ejemplo, las constituciones soviéticas de 1918 y 1923 pueden también clasificarse dentro del esquema de las originarias.<sup>36</sup>

Además, otro de los problemas de esta forma de clasificación, es que, aunque una Constitución tenga elementos realmente novedosos, que podrían considerarse originarios, si la mayoría de su estructura e instituciones devienen de otras constituciones anteriores, no pueden considerarse como originarias, sino que se clasifican como derivadas, tal es el caso de la Constitución mexicana de 1917, que es la primera en el mundo que establece derechos económicos y sociales, pero como es de carácter republicana, federal y democrática es derivada de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Otros tipos de constituciones originarias han sido las leyes fundamentales inglesas que establecieron el sistema de gobierno parlamentario, la francesa de 1793 que estableció el régimen de asamblea, las constituciones napoleónicas que introdujeron el cesarismo plebiscitario, la Carta Otorgada francesa de 1814 y la belga de 1831 que reconcilió el principio monárquico con la soberanía popular. En la época contemporánea los ejemplos de Constitución originaria son muy

---

<sup>36</sup>Ibídem. Pág. 342



escasos, de hecho, casi todas las constituciones vigentes en la actualidad podrían ubicarse dentro del esquema de las derivadas, sin que ello implique que sean copias textuales de otras anteriores o de modelos foráneos”.<sup>37</sup>

#### **1.2.4 Constitución programática y Constitución utilitaria**

Esta clasificación también es autoría de Karl Lowenstein, y va relacionada con diferenciar aquellas constituciones que tienen plasmado en su contenido una ideología, o sea, un programa ideológico a las que llama programáticas, de aquellas que solamente describen las instituciones de gobierno y los principios generales a las que denomina utilitarias.

La clasificación de las constituciones en ideológico-programáticas y en utilitarias, responde al criterio de si la Constitución tiene un programa ideológico y si estar cargada ideológicamente, o si solo presenta un cuadro utilitario con la finalidad de regular el mecanismo del proceso gubernamental”.<sup>38</sup>

Este tema es sumamente polémico, pues autores como Hans Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho* pretenden quitar toda ideología del derecho, en este sentido, todas las constituciones deberían ser utilitarias. Sin embargo, las constituciones políticas son precisamente políticas porque establecen una forma de ordenar el poder y de acuerdo con las definiciones de Constitución de autores como Lasalle, Heller o Smend, todas las constituciones tienen una determinada ideología y una visión de Estado y de sociedad que reflejar, por lo que, todas las constituciones son programáticas.

Lowenstein reconoce esta realidad, y plantea que el constitucionalismo moderno ha pasado por dos etapas: la primera, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX,

---

<sup>37</sup>Ibídem, Pág. 343

<sup>38</sup> Carpizo. Ob. Cit. Pág. 359



cuando las constituciones estaban imbuidas de la ideología liberal y proponían dentro de su contenido, a lo que podría llamarse la primera oleada del constitucionalismo moderno, pero Lowenstein señala que, una vez que el constitucionalismo liberal fue aceptado en el mundo occidental y los “componentes liberales no parecían requerir ningún énfasis especial surgió otro tipo de Constitución que se presentó como un cuadro puramente utilitario destinado a regular, sin intenciones ideológicas declaradas u ocultas, el mecanismo del proceso gubernamental”.<sup>39</sup>

Aunque lo que plantea en este caso Lowenstein es cierto para muchas constituciones de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, como las que él mismo pone de ejemplo, la Constitución alemana de 1871, o las francesas de 1875 y 1946. Sin embargo, hay que recordar que el siglo XX vio el nacimiento del Estado social y, por consiguiente, de las constituciones que planteaban un Estado social y democrático de derecho, constitucionalizando los derechos económicos y sociales, como la Constitución mexicana de 1917, la alemana de 1919 o la guatemalteca de 1945, que pueden catalogarse como programáticas.

De la misma forma, para muchos países la llegada del neoliberalismo implicó reformas constitucionales para disminuir el Estado, lo cual también es parte de un programa político, es muy difícil encontrar constituciones de carácter utilitario, aunque es muy común que los programas establecidos en las constituciones programáticas se queden en letra muerta y no se cumplan.

### **1.2.5 Constitución normativa, Constitución nominal y Constitución semántica**

La última de las clasificaciones de Lowenstein es la llamada clasificación ontológica, que divide las constituciones en normativas, nominales y semánticas, esta clasificación

---

<sup>39</sup> Citado por Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 343





se refiere más a la concordancia que tenga la Constitución con la realidad política del Estado que regula. Esta clasificación parte de la tesis, ya señalada por Heller, que entre la realidad y la normativa constitucional existe una diferencia, a veces pequeña, pero a veces muy grande, por lo que las constituciones se clasifican de acuerdo con qué tan cerca o lejos estén de esa realidad política y social.

La Constitución normativa es aquella en la que la realidad del proceso político se realiza de acuerdo con lo señalado en la norma constitucional, existe adecuación entre realidad y norma. Como ejemplo, destacó a Gran Bretaña, Suecia, Estados Unidos e Italia. La Constitución nominal es aquella en donde no existe una concordancia absoluta entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales, a causa de una serie de factores de índole social y económica, como la falta de educación en general, la inexistencia de una clase media independiente, sin embargo, hay la esperanza de esa concordancia se pueda dar tarde o temprano, debido a la buena voluntad de los detentadores y de los destinatarios del poder. La Constitución nominal tiene una función educativa y su meta es la de convertirse en una Constitución normativa. Como ejemplos destacó a México, Argentina, Uruguay y Costa Rica. La Constitución semántica es aquella en que el proceso del poder está congelado en beneficio de quienes efectivamente detentan el poder. Es decir, no hay concordancia entre la realidad y la norma escrita, y si no existiese ninguna Constitución escrita, el proceso real del poder no sería muy diferente al que acontece. En estos casos la Constitución más bien sirve para estabilizar y eternizar a los detentadores del poder que como un instrumento para limitar el propio poder. Como ejemplos destacó casi a todos los Estados islámicos.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Carpizo. Ob. Cit. Pág. 360



Es evidente que este tipo de clasificación supera el mero análisis normativo comparado y sería necesario realizar un análisis propio de la ciencia política y de la sociología del derecho, para determinar a qué tipo de Constitución pertenece la de cada Estado. Pero, aún más importante es que Lowenstein escribe en una época donde se acaba de terminar la amenaza del nazismo y se construye un nuevo orden mundial, muy diferente al sistema y al mundo en que se vive hoy, 60 años después, donde fenómenos como la globalización, las pandemias, las crisis económicas, entre otros factores, han abierto aún más la brecha entre los planteamientos del constitucionalismo y la realidad social.

No es que antes de este siglo no existiesen fenómenos similares a los planteados, sino que, al no existir un modelo constitucional social que estableciera una serie de derechos económicos y sociales, tampoco existía un nivel de incumplimiento tan grande de los mandatos constitucionales. *Grosso modo*, podría afirmarse que varias de las constituciones que Lowenstein clasificó como normativas en los años 50, serían hoy clasificadas como nominales.

### **1.2.6 Constitución desarrollada y Constitución no desarrollada**

Finalmente, dentro de las formas de clasificación de las constituciones, también encontramos la que se refiere a su extensión. En ese sentido, son constituciones desarrolladas las que tienen muchos artículos, por lo general más de 100 o 200, en los que se desarrollan diversos temas, derechos humanos, instituciones del Estado y, a veces, temas que bien podrían ser objeto de leyes ordinarias; por el contrario, las constituciones no desarrolladas son aquellas que tienen pocos artículos, el ejemplo más importante de este último tipo es la de Estados Unidos de América, la cual solamente tiene 7 artículos.



### 1.3 La estructura de la Constitución

Otro aspecto importante de la teoría constitucional, que es importante abordar para contextualizar teóricamente el presente estudio, es la estructura de la Constitución, pues como se verá más adelante, si bien es cierto, algunas constituciones pueden ser reformadas totalmente, otras prohíben la modificación de determinados artículos e incluso, de capítulos completos.

Por supuesto que, en este punto, ya se refieren a las constituciones de tipo escrito, pues son estas las que tienen una estructura determinada, como ya se explicó anteriormente, las llamadas consuetudinarias se componen de una serie de leyes y costumbres dispersas, mientras que las escritas están codificadas.

Por ser una ley ordinaria, la Constitución mantiene la forma jurídica que tienen las leyes en el Estado, es decir, está compuesta por títulos, capítulos, artículos y numerales, en algunos países, en vez de la división por capítulos, se utilizan secciones y numerales. La estructura de la mayoría de constituciones modernas se deriva de las constituciones francesas de la época revolucionaria (1789-1799).

Lógicamente, la estructura de cualquier obra, incluyendo las constituciones, deben obedecer a los objetivos de la institución, y como ya se vio en las definiciones anteriores, las constituciones pueden tener varios objetivos, tales como:

1. Organizar el ejercicio del poder del Estado
2. Limitar y dividir el poder del Estado (en el caso de las constituciones liberales)
3. Establecer un programa político-ideológico de Estado y Nación
4. Crear la base para la legislación ordinaria del Estado
5. Establecer los derechos y obligaciones de los ciudadanos



Para Naranjo Mesa, la estructura básica de las constituciones es la siguiente<sup>41</sup>

- a. Preambulo
- b. Parte dogmática
- c. Parte orgánica
- d. Normas neutras
- e. Clausula de reforma

### 1.3.1 Preámbulo

Para Fernández de León, el preámbulo es la “parte primera de una ley en que se exponen los motivos por que se promulga, su utilidad, su necesidad, su alcance”.<sup>42</sup> En materia constitucional en el preámbulo se colocan los principios filosóficos y políticos generales que orientan la Constitución

El preámbulo es una tradición que se remonta a la Constitución de los Estados Unidos de América, que comienza con la frase “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos”, solo con esa frase ya se plantea que la Constitución está inspirada en la doctrina de la soberanía popular, contrapuesta a la soberanía real.

En el caso de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879 el preámbulo comienza con una frase similar “Nosotros los representantes del pueblo soberano de Guatemala”, mientras que en la actual Constitución Política de la República de 1985 el preámbulo comienza con las frases “Invocando el nombre de Dios. Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala...”. Esto significa que, en primer lugar, se plantea el reconocimiento constitucional de una deidad superior a la que se le pide

---

<sup>41</sup> Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 352

<sup>42</sup> Fernandez de León. Ob. Cit. Tomo IV. Pág. 138



apoyo para elaborar la Constitución y que, además, también se reconoce la doctrina de la soberanía popular.

### **1.3.2 Parte dogmática**

Esta parte contiene la declaración de los derechos humanos fundamentales que reconoce el Estado. Dependiendo del tipo de Estado se reconocen derechos de carácter individual, sociales y culturales, colectivos, sexuales y reproductivos y cualesquiera otros que el estado reconozca. Sin duda, la parte dogmática más célebre e influyente de todas las partes dogmáticas de una Constitución fue la de Francia de 1793, que contenía la declaración de derechos del hombre y del ciudadano aprobada en forma independiente por la Asamblea Nacional Constituyente de 1789, y que pronto se convirtió en el modelo a seguir para el resto de constituciones escritas.

Aunque, por lo general, estos se encuentran después del preámbulo, algunas constituciones comienzan con la parte orgánica y dejan la parte dogmática posterior, por ejemplo, la Constitución de Cádiz de 1812 o la de la Federación Centroamericana de Naciones de 1824. También es común que, aunque la mayoría de los derechos fundamentales se encuentran concentrados en la parte dogmática, algunos otros se encuentren diseminados en el resto del articulado.

También las constituciones no escritas tienen declaraciones de derechos, aunque estas suelen consistir en un documento independiente y separado del resto del texto constitucional, tal como es el caso de Inglaterra y el *Bill of Rights*.

Las primeras constituciones solamente incluían derechos individuales (civiles y políticos), no fue sino hasta 1917 que las constituciones empezaron a incorporar en su parte dogmática los derechos económicos y sociales, siendo la primera en hacerlo la



Constitución mexicana. Algunas constituciones como la guatemalteca contienen artículos como el 44 que permiten considerar como derechos fundamentales, otros derechos, aunque estos no estén taxativamente consignados en el texto constitucional.

Para el presente estudio esta parte de la Constitución tiene una importancia particular, pues muchas constituciones, incluyendo la de Guatemala, contienen limitaciones para reformar la parte dogmática, las cuales pueden ser incluso de carácter absoluto.

### **1.3.3 Parte orgánica**

Otra de las partes fundamentales de toda Constitución es la llamada parte orgánica, que contiene los lineamientos esenciales que definen la forma de organizar el poder del Estado. En esta parte, se consignan los aspectos relativos a la división territorial del Estado, el tipo de Estado que puede ser unitario o compuesto, el régimen político que puede ser monarquía limitada, república liberal, dictadura del proletariado, el sistema de gobierno que puede ser presidencialista, parlamentarista o de asamblea.

En esta parte también se perfilan las principales instituciones del Estado, principalmente las funciones de los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como los órganos de control como el Ministerio Público, la Contraloría de Cuentas, el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo Electoral, tanto en sus funciones como en los procedimientos para el nombramiento, la elección o la designación de sus titulares. También se regulan los límites del poder del Estado, sus condiciones de ejercicio y los controles a los que están sometidos los gobernantes.

Si bien cada Constitución y cada Estado tienen sus elementos particulares, existen muchos elementos similares entre aquellas constituciones que tienen el mismo tipo de Estado y el mismo tipo de gobierno y no existe tampoco mucha variación, ni siquiera



entre las atribuciones de los órganos, lo que fortalece la fundamentación de la crítica a la clasificación de constituciones originarias y derivadas.

Para efectos del presente estudio, tienen particular relevancia las limitaciones a la reforma de la parte orgánica de la Constitución que presentan varias constituciones, como se verá más adelante. Si bien la conformación y organización de los poderes del Estado son temas que deberían ser relativamente posible reformar en cualquier Constitución en esta parte también se establecen algunos temas, considerados fundamentales, para el modelo constitucional, tales como el tipo de Estado, el régimen político o el sistema de gobierno, por lo que, en algunos sistemas estos temas son artículos pétreos o bien, reformables solo con procedimientos específicos.

#### **1.3.4 Normas neutras**

La mayoría de las constituciones contienen normas que no se refieren directamente a la organización del Estado, ni tampoco contienen derechos fundamentales, pero que regulan materias que el constituyente decidió que eran lo suficientemente importantes como para estar en la Constitución tales como el ejercicio de ciertas profesiones, y la regulación de los regímenes de familia, entre otros. En el caso de la Constitución de la República de Guatemala, se pueden citar como ejemplo las normas constitucionales que regulan la educación universitaria privada.

#### **1.3.5 Cláusulas de reforma**

Finalmente, la mayoría de las constituciones contienen una o más normas que regulan específicamente los mecanismos para su propia reforma. Es usual que estos se encuentren al final de las constituciones, pero también hay algunas que incluyen este apartado entre su área orgánica, en la sección donde se regula la actividad legislativa.



Por ser esta materia el objeto principal del presente estudio, se abordará en específico y a detalle en el capítulo III, así como sus limitaciones, modalidades y un análisis comparado de los distintos sistemas de reforma constitucional.

### **1.3.6 Clasificación de las normas constitucionales**

Algunos autores como Gustavo Zagrebelsky establecen una clasificación de las normas constitucionales en varias categorías de acuerdo con las funciones que cumplen y los objetivos que persiguen. Es posible que al igual que con el tema de la estructura de la Constitución este tópico nos sea de utilidad para abordar el tema de los límites a la reforma constitucional. Para este autor las normas constitucionales pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a. Normas de eficacia directa
- b. Normas de eficacia indirecta

#### **1.3.6.1 Normas de eficacia directa**

Este tipo de normas son aquellas que están redactadas de tal forma, que pueden ser invocadas directamente por una persona para hacer valer sus derechos en un caso concreto, y por ello, pueden aplicarse directamente por los órganos jurisdiccionales, o en su caso, por la administración pública.

Cuando la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder servir de regla en casos concretos, debe ser utilizada directamente





por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, trátase de los jueces, de la administración pública o de particulares.<sup>43</sup>

### **1.3.6.2 Normas de eficacia indirecta**

Por su naturaleza o por su forma de redacción, este tipo de normas no pueden ser aplicadas en forma directa en los casos concretos, sino que deben ser desarrolladas por leyes ordinarias, estas a su vez, se subdividen de la siguiente manera:

- a. Normas de eficacia diferida
- b. Normas de principio
- c. Normas programáticas

#### **a. Normas constitucionales de eficacia diferida**

Este tipo de normas son las que establece la organización de instituciones del Estado, que requieren, además, una norma posterior e incluso, una reglamentación para desarrollarse. Por ejemplo, las normas que establece la organización de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, las normas que crean la institución del procurador de los derechos humanos y del Ministerio Público, entre otros.

#### **b. Normas constitucionales de principio**

Como bien lo platea el citado autor, las constituciones contienen muchas normas que establecen principios, los cuales no son creados para ser aplicados directamente por un juez o por la administración a un caso concreto, más bien requieren de una

---

<sup>43</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *La Constitución y sus normas*. En Teoría de la Constitución Ensayos escogidos. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta Edición. México. 2012. Pág. 80



interpretación especial, esta puede darse por el legislador a través de normas generales, aunque, también los jueces constitucionales pueden realizar este ejercicio.

Mientras que las reglas establecen lo que se debe o no se debe en circunstancias determinadas por la misma regla, los principios establecen orientaciones generales que han de seguirse en todos los casos que puedan presentarse, aunque no estén predeterminados por el mismo principio. Por tanto, un principio tiene una capacidad expansiva mayor que la de una regla, pero, a diferencia de ésta, necesita de una posterior actividad de concreción que relacione al principio con los casos específicos.<sup>44</sup>

### **c. Normas constitucionales programáticas**

Finalmente, las constituciones también tienen normas de tipo programático, que se refieren, esencialmente, a los aspectos políticos-sociales, esta sería la parte ideológica de la Constitución donde las fuerzas políticas dominantes al momento de la elaboración de la misma dejaron plasmada su influencia.

## **1.4 La soberanía**

Antes de abordar el tema del poder constituyente, es importante aclarar el significado y alcance del término soberanía, que es un concepto clave en la teoría del Estado y de vital importancia para entender al poder constituyente.

---

<sup>44</sup> Ibídem. Pág 83



### 1.4.1 Orígenes históricos de la soberanía

Para entender a cabalidad el concepto de soberanía, es importante hacer un breve recorrido histórico sobre la evolución del concepto. Según los estudiosos de la teoría del Estado, no se encuentra ni entre los griegos ni entre los romanos nociones del concepto de “soberanía del Estado”, la razón, argumentan, es que los poderes que convivían con el Estado no competían en poder con este, sino que tenían ámbitos de intervención separados.<sup>45</sup>

Fue hasta la Edad Media, en el marco de la lucha entre los príncipes de los Estados medievales europeos para mantener su supremacía, primero, a lo interno de su territorio, frente a los señores feudales, y a lo externo frente al poder del emperador del sacro imperio romano, y luego del papa, que surge el concepto y la doctrina de la soberanía del Estado.

Fue contra el sacro imperio romano, que primero se enfrentaron los Estados, recordemos que tras la disolución del imperio romano de occidente en el siglo IV, Europa comenzó a configurar su estructura política en Estados independientes, hasta que Carlomagno se proclama emperador del sacro imperio carolingio en el año 800; este y posteriormente su sucesor, el sacro imperio romano-germánico, intentaron imponer condiciones de vasallaje a los reyes europeos, quienes se opusieron a ello en reiteradas ocasiones. Los emperadores llegaron en algún momento de la historia de la Edad Media a conceder el título de *rey* cuando la línea de sucesión no estaba clara. Fue en Francia donde los reyes enfrentaron con más fuerza las pretensiones imperiales, llegando a acuñar la frase “el rey de Francia es emperador en su reino” y la máxima “los reyes no tienen soberanos ni cosas temporales”.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Jellinek, Ob. Cit. Pág. 404

<sup>46</sup> Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 236



Además del emperador, también el papa se opone al poder real, la lucha entre el poder papal y el de los reyes se remonta al deseo de los papas de ser los árbitros supremos de todos los reinos cristianos, basados en la doctrina de que todo poder proviene de Dios, y de que el papa es el representante de este en la tierra. La teoría del carácter divino del poder y la potestad del papa de nombrar reyes llegó incluso a disputar su autoridad en varias ocasiones contra el emperador, y además de causar acalorados debates jurídicos y políticos se llegó a verdaderos enfrentamientos armados con diversos reyes europeos durante buena parte de la Edad Media y el renacimiento.

Finalmente, los señores feudales se oponían, en ocasiones también de forma armada, al poder del rey y del Estado, como lo plantea Jellinek: “El señor feudal, y más tarde las ciudades libres, crean una situación que en algunos países (piénsese en la época del interregno) llega a la negación total del Estado”.<sup>47</sup> Debe recordarse que, durante el feudalismo los señores feudales no solo tenían sus propios ejércitos, sino que también acuñaban su propia moneda, cobraban impuestos, emitían leyes en su territorio e impartían justicia.

La lucha por la soberanía real, que en ese momento personificaba al Estado, duró varios siglos, y se desarrolló tanto en el plano militar como en el político, en este último jugó un papel fundamental el jurista francés Jean Bodin, que en 1576 publica su obra *Los seis libros de la República*, en el cual expone que la soberanía era:

El poder supremo sobre ciudadanos y súbditos, no limitado por leyes, superior a cualquier otro poder dentro del territorio del Estado y que es el poder del rey. Al declarar que la soberanía era un atributo esencial del gobierno, Bodino trataba de poner el fundamento teórico de la independencia del Estado nacional francés frente a la autoridad del emperador, del papa y los barones feudales. La

---

<sup>47</sup> Jellinek. Ob. Cit. Pág. 410



soberanía significaba la suprema autoridad normativa del rey de Francia frente a todos los poderes reales.<sup>48</sup>

Otra idea central en el pensamiento de Bodin, es que el atributo primario de la soberanía es el poder de dar leyes a los ciudadanos, tanto colectiva como individualmente.

Sin embargo, al igual que sus contemporáneos, Bodin vinculaba al Estado con el rey, por lo que la soberanía era un atributo del Estado que ejercía este último, durante el siglo XV y XVI los Estados-nación absolutistas se fueron consolidando en Europa, junto a la doctrina de la soberanía real, manteniendo esta vinculación, hasta el punto de que Luis XIV de Francia llegó a afirmar “el Estado soy yo”.

Siguiendo esta corriente sobre la soberanía real, encontramos al gran teórico del absolutismo Thomas Hobbes, quien además, plantea que la soberanía real no tiene límites “una opinión que repugna a la naturaleza del estado es que quien dispone del poder soberano esté sujeto a las leyes civiles...él no está sujeto a las leyes que ha establecido el soberano, porque estar sujeto a las leyes significa estar sujeto al Estado, es decir, al representante soberano, o lo que es lo mismos, a sí mismo: lo cual no es sujeción sino libertad”.<sup>49</sup>

Fue Juan Jacobo Rosseau, en su libro *El contrato social*, quien redefinió el concepto de soberanía estableciendo esta ya no como facultad del monarca, sino como una facultad inherente al pueblo, al cual, en diversos momentos, en su libro, llama el soberano:

En el mismo momento, en vez de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos

---

<sup>48</sup> Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Fondo de cultura económica. Segunda edición. México. 1960. Pág. 86

<sup>49</sup> Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición. México. 1980. Pág. 176



miembros como voces tiene la asamblea; cuyo cuerpo recibe del mismo acto su unidad, su ser común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que de este modo es un producto de la unión de todas las otras tomaban antiguamente el nombre de Ciudad, y ahora el de República o de cuerpo político, al cual sus miembros llaman Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, y potencia comparándole con sus semejantes. Por lo que mira a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo y en particular se llaman ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos, como sometidos a las leyes del Estado.<sup>50</sup>

Rousseau explica en este párrafo que el Estado nace de la libre asociación del pueblo, que es soberano, y que, a su vez, el pueblo también es soberano, es decir, que identifica dos soberanías, la del pueblo y la del Estado. La primera de tipo político y la segunda de tipo jurídico.

La teoría de Rousseau se convirtió en una bandera de lucha para el liberalismo y la burguesía del siglo XVIII, que necesitaba una teoría para fundamentar que el poder que una vez perteneció a los reyes ahora debía pertenecer al pueblo. Tanto la Constitución de los Estados Unidos de 1787 como las de Francia de 1791 y 1793 toman el concepto de soberanía popular ideado por Rousseau y, posteriormente, casi todas las constituciones del mundo occidental lo han asumido.

Actualmente, no hay discusión en los Estados democráticos modernos, sobre que el Estado es soberano a lo interno de su territorio, y que el pueblo es un elemento fundamental del Estado, que es quien ejerce la soberanía, es decir, la soberanía es el poder supremo sobre el que no hay otro más dentro del territorio. Sin embargo, es importante ahondar un poco más sobre las características de la soberanía, sus

---

<sup>50</sup> Rousseau, Juan Jacobo. *El contrato social*. Edicomunicació. España, 1998. Pág. 35



alcances y principalmente, sobre sus límites, pues tienen relación directa con los alcances y límites del poder constituyente.

#### **1.4.2 Características de la soberanía**

Como señala Jellinek, la soberanía es un concepto jurídico que establece la supremacía del Estado sobre cualquier otro poder. Naranjo Mesa señala que la soberanía tiene una serie de características esenciales<sup>51</sup> que se explican a continuación:

- a. Es única e indivisible: no es posible admitir fraccionamientos o divisiones en el ejercicio de la soberanía, o el Estado es titular de la soberanía total, o simplemente no es Estado soberano.
- b. Es absoluta: por su naturaleza, este atributo no admite escalas o grados. Por eso los Estados actúan en un plano de igualdad en el derecho internacional.
- c. Es permanente: existe en tanto exista el Estado y no se agota con su ejercicio.
- d. Es excluyente: donde una soberanía tiene vigencia no puede existir otra soberanía, esta característica se deriva de su desarrollo histórico y es que no puede haber un poder distinto dentro de un territorio que compita con el poder del Estado, mucho menos otro Estado.
- e. Es indelegable e inalienable: la soberanía le pertenece al Estado y al pueblo, ningún individuo o grupo puede arrogarse la soberanía, lo que distingue a la soberanía popular de la soberanía real.
- f. Es incondicional: no puede estar sujeta a condición o término.

---

<sup>51</sup> Naranjo. Ob. Cit. Pág. 250



Por su parte, el autor español Gurutz Jauregui plantea como características de la soberanía:

- a) Poder supremo por encima de cualquier otro poder (religioso, económico, etcétera).
- b) Poder originario no derivado de ningún otro, en la medida en que le ha sido otorgado por el pueblo.
- c) Poder independiente de cualquier otro.<sup>52</sup>

Al analizar las anteriores características de la soberanía podemos concluir que, la soberanía es un atributo jurídico fundamental del poder del Estado moderno. Sin embargo, la situación se hace más compleja entre los Estados federales y las confederaciones de Estados, en los cuales la soberanía de los Estados en lo individual sí se encuentra dividida o limitada al ser parte de la federación o confederación.

Así mismo, aunque estas características son aplicables a lo interno de los Estados, existen limitaciones a la misma de carácter internacional que abordaremos posteriormente.

### **1.4.3 Consecuencias de la soberanía**

De acuerdo con el autor francés Georges Vedel, las consecuencias de la soberanía del Estado son que este posee un poder de autoorganización y, en segundo lugar, la facultad de expedir normas jurídicas:

- a) Poder de autoorganización. Este poder se traduce en que el Estado mismo, a través de sus propios integrantes, es quien se fija sus propias reglas de organización, sin que para ello puedan intervenir otros Estados o potencias

---

<sup>52</sup> Jauregui, Gurutz. Estado, soberanía y Constitución, en *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta Edición. México. 2012. Pág. 423





extranjeras. Esto lo hace a través de su Constitución Política, dentro de esta Constitución se determina el régimen político que la nación quiere adoptar, así como la extensión y límites de los órganos que ejercerán, a nombre del Estado, sus funciones. De esta manera, el poder constituyente aparece como una primera consecuencia de la soberanía.

- b) Poder de expedir normas jurídicas. Mediante la organización prescrita por la Constitución para la expedición de las leyes, o a través de los actos o mandatos del gobierno, el Estado produce normas de carácter jurídico cuyo cumplimiento es obligatorio para quienes lo integran transitoria o definitivamente. Esto no significa que los órganos de los cuales emanan esos mandatos sean soberanos. De ahí que la Constitución establezca jerarquías dentro de las normas jurídicas, en ocasiones son de mayor jerarquía los actos que emanan del Parlamento, que aquellos provenientes del Gobierno. Por otra parte, el control constitucional de las leyes, conforme está consagrado por nuestra Constitución hace que ninguno de los órganos del poder público pueda considerarse como soberano. Si lo fuera, sus actos no podrían estar sometidos a este control. En este sentido, puede decirse que el estado es soberano, pero no los órganos que emanan de él.<sup>53</sup>

Como se puede ver, la soberanía permite al Estado autoorganizarse, lo que conlleva a decidir qué órganos de gobierno van a ejercer el poder y las funciones públicas, sus límites, su forma de elección, en general el sistema de gobierno y la forma de aprobación de las leyes, así como los derechos fundamentales de sus habitantes, todo esto que conforma la Constitución. Es decir que, la soberanía confiere el poder a un Estado de elaborar su propia Constitución

---

<sup>53</sup> Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 251



Sin embargo, aunque la soberanía es absoluta, permanente, indelegable, indivisible, inalienable y excluyente, no es totalmente ilimitada. Las doctrinas modernas reconocen que la soberanía tiene límites, como explicaremos a continuación.

#### **1.4.4 Los límites de la soberanía**

Uno de los temas más complejos y polémicos de la teoría del Estado contemporánea es la de los límites a la soberanía de los Estados, y si bien la presente tesis no tiene como objetivo principal la soberanía, sí es importante al menos establecer las posiciones sobre el tema, pues los límites a la soberanía son también los límites al poder constituyente, que sí es objeto principal de la presente investigación.

Son básicamente dos las teorías que niegan el monopolio de la soberanía estatal para emitir normas jurídicas o limitar el papel de estas; por un lado, las corrientes pluralistas que plantean límites internos a la soberanía y, por otro, las corrientes monistas que plantean límites externos al Estado.

La corriente “pluralista” plantea que a lo interno de los Estados existen otros grupos o instituciones con poderes similares a los del Estado, incluso en las dos funciones principales del mismo, como son la de expedir normas jurídicas e impartir justicia “Los pluralistas afirman que la autoridad del Estado como creador del derecho no es exclusiva, hay, dentro del Estado, grupos y asociaciones cuyo poder normativo está coordinado con el del Estado y es de igual rango que el de éste.

No tratan los pluralistas como los anarquistas de abolir el Estado, quieren únicamente privarle de la soberanía. Señalan el hecho de que el hombre, además de ser miembro del Estado, se asocia normalmente dentro del Estado con otros grupos cuya autoridad acata y respeta voluntariamente. Tales grupos pueden ser, por ejemplo, una iglesia,



una organización profesional, un gremio o un sindicato. La doctrina pluralista sostiene que esos grupos son o deben ser autónomos y estar en paridad con el Estado. “En su existencia y organización deben ser independientes de la voluntad del Estado. En su esfera particular deben ser considerados tan soberanos como el Estado en la suya”.<sup>54</sup> En el caso de Guatemala, podría considerarse afines a estas ideas quienes sostienen la corriente de la plena autonomía de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, postulados del llamado pluralismo jurídico.

Sobre este punto, se debe tomar en cuenta que, si bien en un Estado conviven diversos grupos sociales y que para las actividades que desarrollan estos grupos pueden reglamentarse, todos ellos deben reconocer la supremacía de la soberanía estatal, por ejemplo, la Junta Directiva de una colonia puede emitir un reglamento de convivencia para sus vecinos, pero este siempre será inferior a las leyes del Estado.

Como bien lo plantea Bodenheimer:

Algunos Estados modernos pueden dar, o estar dispuestos a dar, un grado muy grande de autonomía a ciertas organizaciones existentes dentro de sus fronteras. La vida diaria real de los ciudadanos está gobernada actualmente por códigos profesionales interiores de las fábricas, acuerdos comerciales o reglamentos de los clubes. Pero en caso de que estas fuentes de autoridad jurídica entren en conflicto – entre sí o con las leyes promulgadas por el Estado – la última palabra en la materia corresponde al Estado.<sup>55</sup>

Del mismo modo, los grupos indígenas a los cuales el Estado ha reconocido la capacidad de solventar sus conflictos mediante sus formas tradicionales de resolución, en ningún momento pueden sustituir la supremacía del Estado por la de sus autoridades ancestrales. Si bien es cierto, el concepto de *pueblo* es tanto de carácter

---

<sup>54</sup> Bodenheimer, Ob. Cit. Pág. 84

<sup>55</sup> Ibídem. Pág. 92



sociológico como político, es en todo caso, inferior al Estado, los pueblos no tienen soberanía.

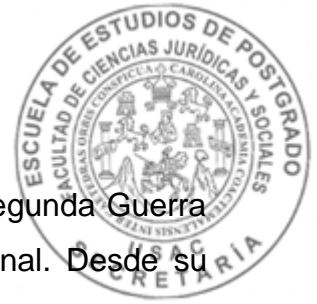
Por otro lado, la doctrina monista también establece un límite a la soberanía del Estado, esta doctrina plantea la supremacía jerárquica del ordenamiento internacional sobre los ordenamientos nacionales. Esta teoría es, para muchos teóricos de la teoría del Estado y del derecho constitucional una amenaza directa a la noción de la soberanía estatal.

En ocasión de la fundación y funcionamiento de la Organización de las Naciones Unidas, se ha formado todo un movimiento que trata de proteger los derechos del hombre en todos sus órdenes, individuales y sociales, espirituales y materiales, por encima de las organizaciones, antes herméticas de los Estados particulares. El concepto clásico de la soberanía del Estado, absoluta e ilimitada, repelente a cualquier intervención, se está desmoronando por este movimiento de protección a los derechos universales del hombre.<sup>56</sup>

Sobre este tema hay que recordar que el mundo vivió en el siglo XX dos guerras mundiales, cuya cifra de muertes y costos económicos no habían tenido comparación hasta esa fecha. Después de la Primera Guerra Mundial (1914-1919) se creó la Sociedad de las Naciones que se proponía establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales. Sin embargo, fue un fracaso y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) presentó horrores nunca antes vistos por la humanidad, incluyendo la violación sistemática de los derechos humanos y el genocidio de gran parte del pueblo judío.

---

<sup>56</sup> Tena Ramirez, Citado por Lazcano. Ob. Cit. Pág 120

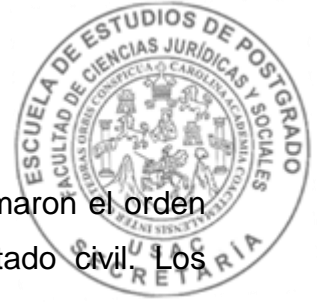


La Organización de las Naciones Unidas (ONU) surge después de la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo de mantener la paz y la seguridad internacional. Desde su fundación, los países miembros han elaborado instrumentos internacionales que todos sus Estados deben respetar para pertenecer a ella. Estos instrumentos internacionales son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, entre otros instrumentos referentes a los derechos humanos.

El objetivo de crear estos instrumentos a los que los Estados deben adherirse es, precisamente, evitar que vuelvan a ocurrir casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos como los que pasaron durante las dos guerras mundiales, y que fueron avalados por los ordenamientos jurídicos de los propios Estados sin oposición alguna de la comunidad internacional. Por lo anterior, se decidió que estos instrumentos internacionales estén sujetos a los Estados que conforman a la ONU y que esta corriente se rija por una supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno.

Algunos autores que podría catalogarse como los más radicales en cuanto a la corriente monista, como Luigi Ferrajoli, llegan a afirmar incluso la muerte de la soberanía como atributo del Estado moderno:

Con el nacimiento de Naciones Unidas, esta antinomia entre los conceptos tradicionales de soberanía y ciudadanía, por un lado, y el derecho constitucional interno de los Estados, por otro, ha despuntado también en el nivel del derecho internacional. Tanto el principio de soberanía externa como la idea de ciudadanía como presupuesto de los derechos humanos están reñidos con la Carta de Naciones Unidas de 1945 y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.



Al menos en un plano normativo, estos dos documentos transformaron el orden jurídico del mundo, llevándolo del estado de naturaleza al estado civil. Los Estados signatarios quedaron legalmente sujetos a normas fundamentales: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los derechos humanos. Desde aquel momento, la soberanía se tornó un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico.<sup>57</sup>

La postura contraria es la corriente dualista, la cual dentro de sus planteamientos sostiene la inexistencia de un ordenamiento jurídico superior al de los Estados nacionales y que la soberanía y la libre autodeterminación de los Estados les permiten tomar las decisiones internas sin ninguna autoridad externa, así sea de un organismo multilateral como la ONU:

La postura opuesta, que la doctrina conoce como dualismo, destaca la soberanía de las naciones y postula la inexistencia de una jerarquía obligatoria entre los ordenamientos internacional y nacional, salvo respecto de las reglas internacionales expresamente aceptadas como propias por el derecho interno, o previamente transformadas en derecho nacional mediante un procedimiento de “transformación”, preceptuado por el propio derecho nacional.<sup>58</sup>

Sobre este punto debe tomarse en cuenta que, los Estados nacionales, precisamente en ejercicio de la soberanía que poseen, libremente se han decidido por pertenecer a los organismos internacionales y a suscribir los convenios y tratados internacionales de derechos humanos de la ONU, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y demás tratados y convenios de derecho internacional público, que en el mismo sentido, de acuerdo a las convenciones de

---

<sup>57</sup> Ferrajoli, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta Edición. México. 2012. Pág. 401

<sup>58</sup> *Ibidem*. Pág. 121



derecho internacional público y a los mismos convenios, los Estados son soberanos en abandonar las convenciones y tratados internacionales y ejercer su derecho a la libre determinación, tal y como recientemente lo hizo el Reino Unido de Gran Bretaña al abandonar la Unión Europea.

Sin embargo, es evidente que en el contexto mundial es casi imposible para un Estado aislarse del resto del mundo y no suscribir estos convenios ni pertenecer a los organismos multilaterales, sobre todo en una economía mundial interdependiente, y aún más, si se es un país en vías de desarrollo. Con lo que, de hecho, en el actual sistema económico mundial, la soberanía de los Estados a nivel internacional es bastante relativa.

Como mencionamos anteriormente, no es el objetivo de esta investigación abordar en forma exhaustiva el concepto de soberanía ni la supremacía del ordenamiento jurídico internacional sobre el nacional. Pero sí es importante abordar el tema de las limitaciones de la soberanía, porque precisamente la facultad de elaborar y aprobar la Constitución de un estado es consecuencia directa de la soberanía, por lo que, de los límites que se reconozcan a esta se derivan también, en buena medida, los límites que se establecen para el poder constituyente, como analizaremos a detalle en el siguiente capítulo de la tesis.







## CAPÍTULO II

### 2. EL PODER CONSTITUYENTE

#### 2.1 Definición de poder constituyente

Sin duda, indagar en la etimología de las palabras nos permite identificar claramente su significado, en el caso de la palabra *poder* según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se deriva del latín *potere*, y significa “tener expedita la facultad o potencia de hacer una cosa”.<sup>59</sup> Mientras que la palabra *constituir* deriva también del latín, *constituere* que significa “establecer, erigir, fundar”,<sup>60</sup> la definición etimológica de *poder constituyente* sería: el poder o la facultad de fundar o establecer.

Los romanos ya utilizaban el término *constituere* desde una perspectiva de creación jurídica, como lo plantea Gerardo Pisarello:

En el derecho público romano, el verbo designaba una práctica legislativa muy específica: aquella que permitía establecer o alterar las leyes e instituciones fundamentales de la República. No se trata pues, de producir cambios cualesquiera, sino cambios en las instituciones básicas de la comunidad política. En su forma jurídica de *rei publicate constituendae*, la capacidad de constituir aludía al poder para iniciar cambios legales radicales. El título de *constitutor*, por su parte, remitía a aquel que ejercía la potestad de reformar y transformar.<sup>61</sup>

El significado moderno de la palabra constituyente se deriva del francés *constituant* que significa “lo que instituye”, “lo que establece”, “lo que crea”, “lo que organiza

---

<sup>59</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima primera edición, Madrid, España, 1992. Pág. 1155

<sup>60</sup> *Ibidem*, Pág. 387.

<sup>61</sup> Pisarello, Ob. Cit. Pág 22.



institucionalmente”.<sup>62</sup> En ese sentido, en idioma español, *constituyente* es un adjetivo que se usa para calificar a las “Cortes, asambleas, convenciones, Congreso de la Repúblicas, etc, convocados para elaborar o reformar la Constitución del Estado”.<sup>63</sup>

Esto nos lleva a las definiciones técnico-jurídicas dentro de las cuales se encuentra la que proporciona el *Diccionario jurídico* de G. Fernández de León, que define al poder constituyente como “El que está situado por encima de los poderes ordinarios del Estado para elaborar una determinada ley o carta fundamental, llamada Constitución”.<sup>64</sup>

El poder constituyente, como lo concibió en un principio la corriente revolucionaria francesa, se trata de un “poder original” que no se poya en ningún poder anterior, es un poder incondicionado, exterior y anterior al derecho. Y, por último, su fundamento no está en ninguna legalidad, sino en la legitimidad democrática.<sup>65</sup>

De la misma forma, otros autores han definido lo que es el poder constituyente: “Es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario”.<sup>66</sup> o bien las siguientes:

“Poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar Constitución al Estado, es decir para organizarlo”.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1984. Pág, 41

<sup>63</sup> Real Academia Española, Ob. Cit. Pág. 387.

<sup>64</sup> Fernández De León, G. *Diccionario jurídico*, Ediciones contabilidad moderna, Buenos Aires, Argentina, 1972. Pág, 119.

<sup>65</sup> Aguilera Portales, Rafael. *Teoría política del Estado Constitucional*. Editorial porruá. México. 2011. Pág. 204.

<sup>66</sup> Linares Quintana, Segundo. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, Pág. 439.

<sup>67</sup> Bidart Campos, Citado por naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág, 363



“Aquella energía que dispone autónoma y realmente de capacidad de decisión y formación para organizar un Estado”.<sup>68</sup>

“La voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador”.<sup>69</sup>

“La soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua”.<sup>70</sup>

Para Carl Schmitt el poder Constituyente es “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.<sup>71</sup>

Podemos ver que algunas de las definiciones anteriores, especialmente las de Naranjo Mesa y Sánchez Agesta, otorgan al poder constituyente la capacidad de creación del Estado, aspecto que no comparto, debido a que en la mayoría de tratados sobre teoría del Estado, se establece que los elementos del Estado son el territorio, la población, el poder público y el reconocimiento de otros Estados,<sup>72</sup> y tal y como dice Porrúa Pérez de estos elementos, el territorio y la población pueden considerarse elementos previos al Estado,<sup>73</sup> es decir. que ya existían antes de que el Estado se constituyese como tal, y a que el poder constituyente actuase, por lo que no se puede afirmar que el poder constituyente le de nacimiento o cree esos elementos y, como tal, tampoco puede

---

<sup>68</sup> Sachica, Luis Carlos. *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Editorial Temis, Bogotá. 1976. Pág. 55

<sup>69</sup> Sanchea Agesta, Luis, *Lecciones de derecho político*, Editora Nacional. Madrid, 1968. Pág. 339

<sup>70</sup> Sánchez Viamonte, Carlos. *El Poder Constituyente*. Editorial Kapeluz. Argentina. 1975. Pág. 611

<sup>71</sup> Citado por Lazcano Fernandez, Ob. Cit. Pág. 98

<sup>72</sup> Jellinek Georg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Pág. 368 y Porrúa Pérez, *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, cuadragésima edición, México. Pág. 1990

<sup>73</sup> Porrúa, Ob. Cit. Pág. 277



atribuírsele la creación del Estado. En el mismo sentido, si el reconocimiento de los otros Estados hacia un Estado es otro de sus elementos esenciales, ese reconocimiento no puede venir tampoco del poder constituyente. De tal manera que, no es posible afirmar que el poder constituyente es aquel que crea el Estado, toda vez que hay elementos de lo que conocemos como Estado que son anteriores al ejercicio del poder constituyente.

En este punto, es importante tomar en cuenta que, si bien en una Constitución por lo general se establecen temas atinentes al territorio y a la población de un Estado, estas son realidades fácticas con nacimiento anterior al de la Constitución

Pero, además, afirmar que el poder constituyente da nacimiento o crea un Estado es cierto para aquellos Estados que fueron creados con el nacimiento del constitucionalismo, como es el caso de Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos u otros que lograron su independencia y tuvieron un proceso constituyente inmediato, es decir que pasaron de ser colonias de otros países o imperios y se convirtieron en Estados. Sin embargo, la mayoría de los Estados europeos como Francia, Inglaterra, Alemania, entre otros, ya existían antes de sus primeros procesos constituyentes, por ejemplo, en el caso de Francia, el Estado francés ya existía antes de 1791, año en que fue aprobada la Constitución revolucionaria, la Constitución no da nacimiento al Estado Francés, sino que lo organiza en una monarquía constitucional, al igual que la de 1795 lo convierte en una república.

En el mismo caso, la Constitución de 1985 no crea al Estado de Guatemala, que fue creado desde la separación de la Federación Centroamericana de Naciones en 1856. Es decir que, en ocasiones el nacimiento o creación de los Estados se da con las constituciones y en otras no.



Del mismo parecer es el autor mexicano Román Lazcano Fernández, quien señala:

La Declaración Americana de Independencia y la Revolución francesa de 1789 significan el comienzo de una nueva época en este respecto (...) En la declaración de independencia de 1776 no puede reconocerse con plena claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgía una nueva formación política, coincide con el acto de crear la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos Estados. Es diferente a lo que ocurre con la Revolución francesa de 1789: aquí no surgía una nueva formación política, un nuevo Estado. El estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan sólo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y forma de su propia existencia política.<sup>74</sup>

Es por ello que el poder constituyente no puede definirse como aquel que le da creación a un Estado, pues entonces solo podría considerarse poder constituyente aquel que le dio la primera Constitución o la primera estructura formal a un Estado, lo que dejaría fuera de esta definición a la mayoría de constituyentes de la Historia mundial.

En ese sentido, me parecen más atinadas las definiciones de Fernández de León, Linares Quintana, Bidart Campos y Sánchez Viamonte, quienes dicen que el poder constituyente es aquel que le da el ordenamiento jurídico fundamental al Estado, es decir, su norma fundamental que lo organiza, su Constitución.

Con base en las anteriores definiciones, podemos definir al poder constituyente como aquel que tiene la facultad para darle a un Estado una norma jurídica fundamental que lo organiza jurídica y políticamente, llamada Constitución.

---

<sup>74</sup> Lazcano. Ob. Cit. Pág. 103.



En las siguientes páginas de este capítulo, explicaremos el fundamento del poder constituyente, sus características y quién es el titular de este, así como los distintos tipos de poder constituyente que reconoce la doctrina.

## **2.2 Teorías sobre el fundamento del poder constituyente**

¿De dónde proviene el poder constituyente? ¿Cuál es su fundamento para poder crear una Constitución que organiza un Estado? Sobre este tema existen varias teorías al respecto.

### **2.2.1 Contractualismo**

El contractualismo es, sin duda, la doctrina fundamental que da origen a la teoría del poder constituyente, en efecto, debemos recordar que el principio fundamental de los contractualistas es que la comunidad de hombres libres, plenamente conscientes, otorgan parte de su libertad para firmar un contrato social y crear un nuevo ente con personalidad propia e independiente de la de cada uno de ellos: el Estado. El momento de creación y suscripción del pacto social es cuando el poder constituyente se pone en funcionamiento.

Así, podemos encontrar en Thomas Hobbes (1588-1679), uno de los padres de la teoría contractualista que refiere el origen del poder constituyente:

Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre se le otorgará por mayoría el derecho de representar a la persona de todos (...) De esta institución de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del



pueblo reunido (...) Esto es algo más que consentimiento o concordia, es una unidad real de todo aquello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres, mi derecho de gobername a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera.<sup>75</sup>

Podemos ver que Hobbes se refiere al momento de creación del Estado, y como tal, al momento de ejercicio del poder constituyente que realizan los fundadores del Estado, en ese sentido, se puede afirmar que, para este autor, el poder constituyente se deriva de la voluntad de los hombres libres.

En el mismo sentido, Jean Jaques Rousseau (1712-1778) se refiere a la capacidad de los hombres libres que dan parte de su voluntad para crear un ente distinto que es el Estado, y precisamente ahí, es donde podemos encontrar el origen del poder constituyente:

Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy el de República o cuerpo político, el cual es denominado Estado.<sup>76</sup>

Pero, sin duda, fue el académico francés Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), considerado el padre del concepto del poder constituyente, el que basado en las ideas de Rosseau, desarrolló el concepto del poder constituyente y que se origina de la

---

<sup>75</sup> Hobbes, Thomas, *Leviathan*. Ob. Cit. 142

<sup>76</sup> Rosseau. Ob. Cit. Pág. 35



voluntad de la nación, además, también desarrolla la idea de poder constituyente y poder constituido, de la cual hablaremos más adelante.

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. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad vemos en primer término las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo, las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ella no pueden tocarla. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en ese sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda Constitución forman su primer grado. Las segundas deben ser restablecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen en último análisis de la nación.<sup>77</sup>

### **2.2.2 Teoría normativista de Hans Kelsen**

Kelsen, en su polémico libro *Teoría del Estado* señala que el poder constituyente reside en el pueblo, pues este es la fuente última de todo derecho y, en ese sentido, niega la existencia de un poder constituyente en una asamblea que redacte la Constitución. Para este autor la doctrina del poder constituyente no puede tener otro sentido que el

---

<sup>77</sup> Sieyes, Emmanuel, *Que es el tercer estado*. Madrid. Ediciones Aguilar. 1973. Pág. 72





de poner dificultades a la modificación de las normas constitucionales. Kelsen habla de la norma fundamental como origen lógico de la Constitución y que como hipótesis jurídica tendrá la virtualidad de establecer la autoridad constituyente; en cambio, el contenido de la Constitución proviene del acto de la voluntad empírica de la autoridad constituyente.

Para Kelsen el tema del poder constituyente es puro derecho natural y no tiene otra finalidad sino la de poner dificultades a la reforma de ciertos preceptos jurídicos, como es el caso de establecer una mayoría calificada de votos o un número total de votantes (quorum) también calificado. En esta forma no puede suponerse un poder constituyente diferente del legislativo.<sup>78</sup>

Algunos autores interpretan que, para Kelsen, la función de la norma fundamental hipotética es fundamentar jurídicamente el poder Constituyente,<sup>79</sup> en ese sentido, hay que recordar que para Kelsen la norma fundamental hipotética es una hipótesis o presuposición trascendental necesaria para postular la validez del derecho.

Kelsen también explicaba como un grupo revolucionario que triunfa puede lograr generar una norma fundamental válida:

Conforme a la teoría de Kelsen, cuando un movimiento revolucionario ha triunfado y creado la nueva institucionalidad, el sentido subjetivo de los actos de mandato del nuevo orden son interpretados conforme a una nueva orden fundante básica que determina cuales son los órganos fundamentales, originarios, constituyentes, creadores del nuevo orden.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Editorial nacional, México, 1965, Pág. 330

<sup>79</sup> De esa opinión es Ulises Schimil, citado por Carpizo Jorge, en: *Algunas reflexiones sobre el poder constituyente*, en *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*, Editorial Porrúa-UNAM, Primera edición, México, 2000 Pag. 209

<sup>80</sup> Noguera Fernández, Albert. *Hacia una redefinición de la teoría del poder constituyente*. En *Teoría y Práctica del poder constituyente*. Editorial Tyrant Lo Blanch. Valencia. 2014. Pág. 167



### **2.2.3 Teoría existencial-decisionista de Carl Schmitt**

Para la concepción jurídica de Schmitt lo político antecede necesariamente a lo jurídico, lo que existe políticamente es jurídicamente digno de existir. De ahí que para él un sistema constitucional será tanto más valioso, cuanto más decida las cuestiones fundamentales de la organización política de un Estado, o cuanto mejor establezca los procedimientos destinados a que ciertos órganos, tomen esas decisiones en los momentos de emergencia o de crisis.

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 decisión consciente que la unidad política adopta y se da a sí misma por medio del titular del poder constituyente. La Constitución vale en virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da.

### **2.2.4 Teoría materialista**

El materialismo histórico nunca desarrolló una teoría del Estado ni de la Constitución pues en dicha doctrina tanto el derecho como el Estado eran instrumentos de opresión de una clase dominante sobre otra y pertenecían a la superestructura, que estaba a su vez, condicionada por la base económica conformada por las relaciones sociales de producción.

La noción de poder constituyente no fue desarrollada por los principales teóricos marxistas. Sin embargo, Ferdinand Lasalle (1825-1864) en su obra *¿Que es una*



*Constitución?* Expone que el poder constituyente reside en los factores reales de poder que rigen en el seno de las sociedades y que son quienes elaboran la Constitución.

Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.<sup>81</sup>

Dentro de los factores reales de poder, para Lasalle se encuentran la monarquía, la nobleza, la gran burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía y la clase obrera, y la conciencia colectiva y la cultura general, estos factores de poder o poderes reales son los que definen el contenido de una Constitución y es sobre los cuales se encuentra el poder constituyente como tal, en ese sentido, los legisladores, incluso los constituyentes, y el poder constituyente como tal, son solo instrumentos de dichos poderes.

Las llamadas escuelas sociológicas, de orientación marxista, establecen duras críticas al concepto de poder constituyente y a la noción de pueblo, calificándolas de teorías capitalistas:

Las tesis sociológicas entienden que el poder constituyente es esencialmente ideológico, en el sentido de anticapitalista. La Constitución afirman Méndez y Sanín, acaba siendo una Constitución encriptada, una categoría de análisis a partir de la cual se puede revelar, a diversas escalas la farsa del liberalismo político como fundamento legítimo de la democracia y su papel encubridor de los nuevos dispositivos del poder global.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Lasalle. Ob. Cit. Pág. 40.

<sup>82</sup> Martínez Dalmau, Rubén. *El debate sobre la naturaleza del poder constituyente* en En Teoría y Práctica del poder constituyente. Editorial Tyrant Lo Blanch. Valencia. 2014. Pág. 113



## 2.3 Características del poder constituyente

Las características del poder constituyente son determinadas por la concepción que los diversos autores tienen del mismo, así por ejemplo según Naranjo Mesa las características son:

1. Comunidad soberana, es decir, el pueblo como titular de la soberanía nacional.
2. La facultad de darse su propio ordenamiento jurídico/político fundamental a través de una Constitución
3. Puede ser originario-primario cuando actúa para dar este ordenamiento por primera vez, o para cambiarlo por otro distinto, y derivado cuando delega en un cuerpo específico, que puede ser un poder constituido, la facultad de reformar o modificar el ordenamiento, es decir de hacer alguna reforma constitucional.<sup>83</sup>

Para Sánchez Viamonte, las características principales del poder constituyente son:

1. Originaria, porque es su primera manifestación de soberanía y da origen al orden jurídico.
2. Extraordinaria, porque a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el poder constituyente solo actúa cuando es necesario dictar una Constitución o reformarla y cesa cuando ha llenado su cometido.
3. Suprema, porque es superior a toda otra manifestación de autoridad, desde que crea o constituye los poderes constituidos, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites.
4. Directa, porque según la doctrina que inspiró su creación, su ejercicio requiere la intervención directa del pueblo por medio del referéndum o el plebiscito.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 362

<sup>84</sup> Sánchez Viamonte, Ob.Cit. Pág 611



Para Carl Schmitt, el poder constituyente tiene las siguientes características:

1. El poder constituyente es una voluntad política, la Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino en una decisión política proveniente de un ser político.
2. Una vez ejercido el poder constituyente no se agota o desaparece, sigue subsistiendo esa voluntad que es el poder constituyente, por ello todo conflicto o lagunas constitucionales que afecten a las bases mismas de la decisión política, tan solo puede ser decidido mediante la voluntad del poder constituyente, del pueblo.
3. El poder constituyente es unitario e indivisible, y no puede considerarse en coordinación con los otros poderes constituidos.
4. El poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas ni a procedimientos, está siempre en estado de naturaleza, el pueblo manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de existencia de la unidad política.
5. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución pueden señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad.
6. Una Constitución es legítima cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente descansa en su decisión.

Para el autor español Luis Sánchez Agesta, las características del poder constituyente son la de ser originario, indivisible, permanente y eficaz:

1. Originario, esto es, un poder ajeno a toda competencia previa, a toda reglamentación predeterminada que, al contrario de lo que sucede con los poderes constituidos, no existe dentro, sino fuera del Estado. Por encima de él



no existe ningún otro poder político: es la autoridad suprema, incondicionada, libre de todo formalismo, fundada en sí misma y omnipotente en el poder constitucional.

2. Es indivisible ya que no se coordina con los otros poderes constituidos, sino que sirve de fundamento previo a todos ellos; las competencias y atribuciones de estos poderes son creadas, modificadas o renovadas por el poder constituyente.
3. Es permanente e inalienable, puesto que su ejercicio, así sea esporádico, lo exterioriza y evidencia su potencia; subsiste siempre por encima del orden que engendra.
4. Es eficaz, por cuanto el poder constituyente está dotado de una fuerza histórica efectiva, apta para lograr los fines que se propone.

El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior, su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo. Puede quizás presentarse como un puro hecho de fuerza, pero normalmente debe buscarse su fundamento en un derecho superior al positivo. Aparece como una legitimidad trascendente, en contradicción con el derecho positivo, invocando valores de justicia superiores a este o apoyándose en necesidades históricas o en títulos de derecho que el derecho positivo es incapaz de solventar o realizar (...) Este carácter radicalmente originario, o, por expresarlo históricamente, revolucionario, del poder constituyente, le distingue de aquellas creaciones del orden que tienen su fundamento en una norma constitucional (...) como hecho revolucionario entraña una violencia jurídica.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Sánchez Agesta, Ob. Cit, Pág. 339



En el mismo sentido, el autor Saa Velásco identifica las notas características del poder constituyente así:

1. El poder constituyente originario es fuente y punto de partida de la normatividad jurídica.
2. No conoce disposición dispositiva alguna anterior ni mucho menos una Constitución de la cual pueda derivar su competencia, es ilimitado desde el punto de vista positivo.
3. Supone una situación de hecho o una interrupción del orden institucional del Estado, situaciones superadas con la labor constituyente originaria. Es pues, en el sentido estricto, el genuino poder constituyente.
4. Su funcionamiento es extraordinario, tanto en el tiempo como en el órgano escogido para su concreción.
5. Su labor, la expedición de una primera o de una nueva Constitución es intrínsecamente válida.<sup>86</sup>

Para el autor mexicano Jorge Carpizo, el poder constituyente reviste las siguientes características:

- a. Es una especie de Poder Legislativo.
- b. Pertenece a la nación, aunque esta lo ejerce a través de representantes.
- c. Los representantes que ejercitan el poder constituyente actúan más bien como representantes de la nación, en tanto que los legisladores lo hacen como representantes del Estado, o sea, que el poder constituyente está más próximo a la nación y el Poder Legislativo más próximo al Estado.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Citado por Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 373

<sup>87</sup> Carpizo, Jorge, Algunas Reflexiones... Pág. 207



Dentro de los autores guatemaltecos podemos citar a Alberto Pereira Orozco quien establece las siguientes características del poder constituyente:

1. El titular del poder constituyente es el pueblo, como titular de la soberanía de la nación.
2. El poder constituyente tiene como principal función, establecer el ordenamiento jurídico-político del Estado, por medio de la promulgación de una Constitución
3. El poder constituyente puede ser originario o derivado.
4. Debe ser supremo. Su supremacía se traduce en que debe actuar sobre todos los otros poderes que se desarrollan individual o colectivamente dentro de una comunidad humana.
5. Debe ser coercitivo. Su coercitividad se manifiesta en la capacidad de someter a tales poderes.
6. Debe ser independiente. Su independencia consiste en no estar subordinado a fuerzas exteriores o ajenas al pueblo o nación para las que el citado poder establezca su estructura jurídica básica.<sup>88</sup>

Gustavo Zagrebelsky considera que el poder constituyente tiene como características ser extraordinario e irrepetible:

Una vez promulgada la Constitución, ese poder se halla destinado a desaparecer y a no ser evocado nunca más, cediendo su puesto a los poderes simplemente constituidos. En definitiva, la función constituyente, a diferencia de todas las otras, se consume en un único acto de ejercicio.<sup>89</sup>

Para el análisis de las características del poder constituyente debemos tomar en cuenta que las características de un fenómeno son aquellas particularidades que lo diferencian

---

<sup>88</sup> Pereira Orozco, Alberto, *Poder Constituyente*. Ediciones de pereira. Guatemala, 2013, Pág. 45

<sup>89</sup> Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 69





de otros fenómenos. Es decir, las características del poder constituyente son aquellos elementos diferenciadores respecto a otros poderes o a otras facultades del Estado.

En ese sentido no son características del poder constituyente, por ejemplo, que pueda ser originario o derivado como lo dicen Pereira Orozco y Naranjo Mesa, pues esta es la clasificación del poder constituyente y no un rasgo específico como explicaremos más adelante, pero baste decir en este momento que el poder constituyente originario y el derivado tienen muchas características compartidas.

Tampoco es una característica del poder constituyente que su titular sea el pueblo, pues el tema de la titularidad del poder constituyente es algo distinto en cada etapa del desarrollo histórico de las naciones, como se podrá ver más adelante.

Un tema de controversia es la característica de permanencia o temporalidad del poder constituyente, pues si bien los autores Sánchez Viamonte y Saa Velasco coinciden en que una característica de este es ser extraordinario y temporal, otros como Sánchez Agesta y Carl Schmitt afirman que, una característica es su permanencia, pues, aunque el órgano que lo ejecuta es temporal, sus efectos (la Constitución por él aprobada) es permanente. De esta misma opinión es Lezcano Fernández, quien opina que:

Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el poder constituyente.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Lazcano, Ob. Cit. Pág. 99



En cuanto a que su poder es ilimitado, es una característica que, precisamente es el punto controversial que da origen a la presente investigación y que se abordará más a profundidad en los siguientes capítulos, pero *a priori* tampoco puede ser considerado una característica determinante del poder constituyente.

Tampoco puede ser considerada como una característica el hecho de que, por lo general, se requiera de un rompimiento institucional para que el mismo funcione, pues el poder constituyente derivado puede ser convocado para reformar la Constitución sin necesidad de un rompimiento constitucional; además, la historia está llena de ejemplos donde esto sucede sin lo primero.

Coincido en que una característica del poder constituyente es ser unitario e indivisible, tal como lo hacen Lazcano, Sánchez Agesta y Schmitt, en un estado no puede admitirse más de un poder constituyente en el mismo espacio-tiempo.

Por lo anterior considero que las características del poder constituyente son las siguientes:

1. Tiene como función dotar al Estado de un ordenamiento jurídico-político denominado Constitución en ese sentido es un poder de carácter legislativo.
2. Es soberano respecto a los otros poderes del Estado y respecto a otros Estados.
3. Es permanente, pues en cualquier momento es posible modificar o crear una nueva Constitución
4. Es único e indivisible. Solo puede haber un titular de este en el mismo momento histórico determinado, un poder constituyente es excluyente de otro poder y no puede ser compartido con otro poder del Estado.



## 2.4 El sujeto del poder constituyente

Habiendo definido qué es el poder constituyente y sus principales características, corresponde ahora determinar quién es el ente que posee el poder constituyente, es decir, quién o quiénes tienen la facultad de aprobar la Constitución Política de un Estado.

La respuesta no es fácil, pues depende qué tipo de Estado sea, es decir, el régimen político que impere en un Estado en un momento determinado, de eso dependerá quién es el órgano, o la entidad que tiene el poder constituyente.

Como bien lo señala Sánchez Agesta:

El titular del poder constituyente no es quien quiere o quien se cree legitimado para hacerlo, sino quien puede, es decir, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza de ese orden. En consecuencia, el poder constituyente podrá ser un dictador, un tirano, una clase social, o bien, el pueblo.<sup>91</sup>

En la concepción medieval el poder constituyente, al igual que toda otra forma de poder, provenía de Dios, como lo señala Lazcano Fernández: “Según la concepción medieval solo Dios tiene una *potestas constituens*”<sup>92</sup>, Vladimiro Naranjo también señala este punto: “En la antigüedad, en la Edad Media y en buena parte de los tiempos modernos, por influencia de los pensadores y humanistas religiosos, era general la creencia de que Dios era el único titular del poder constituyente”.<sup>93</sup> Derivada de esta concepción teológica del poder constituyente, era Dios quien creaba las naciones y

---

<sup>91</sup> Sánchez Agesta, Ob. Cit. Pág. 366

<sup>92</sup> Lazcano, Ob. Cit. Pág. 102

<sup>93</sup> Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 377



otorgaba el poder a los reyes, que eran elegidos por Dios para gobernar en su nombre y, como se explicó anteriormente, Jean Bodin plantea que el rey detentaba la soberanía del Estado y, por lo tanto, también el poder constituyente.

Una de las primeras concepciones del poder constituyente popular se debe al teólogo y jurista calvinista Johannes Althusius (1563-1638), para quien el pueblo tenía una *potestas contituta* que vendría a ser el equivalente de un poder constituido y limitado por la obediencia a Dios.<sup>94</sup> Si bien, inferior al poder de Dios, la existencia de esa potestad es ya un cuestionamiento directo al despotismo monárquico.

Sin embargo, las ideas de Juan Jacobo Rosseau sobre que la soberanía del Estado no descansa sobre el rey, sino sobre el pueblo, y de que este es el encargado de la aprobación de las leyes representan un hito fundamental en cuanto al poder Constituyente. Con base en la doctrina de la soberanía popular Sieyes se refiere a que el poder constituyente reside en la nación, lo cual no es un sinónimo exacto de pueblo, pero que en cuanto a oposición al poder del rey y representación de la voluntad popular es fundamental para el cambio de paradigma, recordemos en este punto que los Estados generales fueron convocados por el rey de Francia en 1789, pero que los mismos Estados decidieron constituirse en Asamblea Nacional Constituyente. Así, desde la independencia de los Estados Unidos de América y la revolución francesa el pueblo se convierte en el titular del poder constituyente.

También los individuos particulares han sido titulares del poder constituyente, fue así por ejemplo en la época de la restauración monárquica en Francia (1815-1830) cuando el rey se convirtió en sujeto del poder constituyente.<sup>95</sup> Un antecedente de esto fueron, sin duda, las cartas otorgadas y las constituciones napoleónicas, estas últimas aun cuando estuvieran revestidas de formalismos y hubieran sido emitidas por asambleas

---

<sup>94</sup> Pisarello. Ob. Cit. Pág. 24

<sup>95</sup> Lazcano, Ob. Cit. Pág 104



constituyentes, era el emperador el que estaba detrás delegando en estas su poder constituyente de facto, tal como fue la Constitución de Bayona de 1808, la primera Constitución en la historia política de Guatemala.

Para el profesor Argentino Ricardo Vanossi en la evolución histórica de la titularidad del poder constituyente se pueden distinguir 3 etapas:

- a. La titularidad unipersonal en las monarquías de fundamentación teocrática o pragmática absolutista.
- b. La titularidad colectiva plural, que radica en el tercer estado o estado llano, en la nación o en el pueblo.
- c. Un sistema mixto donde descansa en el poder popular y en la monarquía.<sup>96</sup>

Sin embargo, hoy por hoy podemos afirmar que el titular del poder constituyente en la mayoría de los Estados democráticos en el mundo es el pueblo, que solo el pueblo tiene la facultad de emitir una Constitución y como tal es el sujeto del poder constituyente. En ese sentido, en un sistema democrático de gobierno solo el pueblo puede ser el titular del poder constituyente, pues en él descansa también la soberanía, requisito indispensable para poder emitir una norma jurídica fundamental.

En la teoría democrática el titular del poder constituyente solo debe y puede ser el pueblo, puesto que dicho poder pertenece originaria y esencialmente al pueblo y que no se puede ejercer de un modo satisfactorio sin su directa intervención.<sup>97</sup>

Aunque algunas teorías señalan que cuando los tribunales constitucionales por medio de su interpretación jurisprudencial integran la Constitución están también cumpliendo

---

<sup>96</sup> Citado por Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 378

<sup>97</sup> Sanchez Viamonte. Ob. Cit. Pág. 435.



funciones de poder constituyente; estas teorías confunden la función de interpretación de los tribunales constitucionales con la función de aprobación o modificación de la Constitución que tiene la autoridad y la naturaleza de poder constituyente y potestades constituidas, esencial también en la doctrina del poder constituyente y a la que nos referiremos posteriormente.

## **2.5 Poder constituyente y soberanía**

Ya que estamos totalmente claros en que, en un Estado democrático de derecho el único sujeto legítimo para ostentar el poder constituyente es el pueblo, conviene hacer muy rápidamente la aclaración de la relación entre poder Constituyente y soberanía. Recordemos que el concepto de soberanía, sus características y consecuencias se estudiaron en el primer capítulo.

Conviene hacer esta aclaración debido a que algunos autores tienen confusión entre ambos términos, así, por ejemplo, Bidart Campos tiene una enorme confusión, dice este tratadista argentino:

El poder constituyente se ejercita para establecer un orden constitucional, o para modificarlo. Y se ejercita con legitimidad o sin ella, por individuos que detentan su titularidad o su uso. La soberanía en cambio es una cualidad del Estado, que consiste en no derivar la validez de su ordenamiento jurídico de otra instancia superior. Cuando se ejercita el poder constituyente originario, puede afirmarse que, en sentido estricto, no existe todavía un Estado, en este acto se va a fundamentar, se va a concretar, se va a individualizar jurídica y políticamente; cuando se cumple en forma derivada, se va a reformar una Constitución pero tanto en uno como en otro caso, ese poder se coloca al margen del poder constituido, sea por serle anterior, cuando crea el Estado, sea por desarrollarse



marginalmente cuando modifica su ordenamiento. Y aún en el caso fáctico del poder constituido que altera las vigencias constitucionales, puede distinguirse el uso común y ordinario del poder, de esa otra extralimitación de competencias que va a operar una metamorfosis constitucional. La soberanía, por el contrario, solo puede comprenderse dentro del Estado, como cualidad de su poder constituido, de ese poder que en forma continuada da expresión vital al Estado, desarrolla sus competencias, pone en acción sus funciones, y le brinda curso dinámico a su existir cotidiano. La soberanía no existe hasta que el Estado se crea, no hay una soberanía precedente, diluida en la comunidad o en cualquier otro ente: mientras no hay Estado no hay soberanía.<sup>98</sup>

Me parece que Bidart Campos confunde, en este caso, la soberanía del Estado, con el poder soberano del pueblo. Si bien en es cierto que la doctrina caracteriza a la soberanía como un atributo del Estado, el autor se olvida que la misma no es una ficción jurídica, sino descansa en quien ostenta en un momento político determinado el máximo poder en un Estado, y así como la soberanía real se defiende precisamente frente al poder de los señores feudales, del papa y del emperador, así también, el pueblo mediante las revoluciones obtuvo esa soberanía del monarca.

La soberanía no es un atributo que el pueblo pueda “colocar al margen” del poder, el pueblo posee soberanía y es la misma soberanía del pueblo, nacida del común acuerdo de voluntades, la que se traslada al Estado, el cual es soberano frente a los otros poderes, así como el pueblo es también soberano frente a los poderes o individuos que quieran competir con él por la supremacía en el Estado, por ejemplo, el sector empresarial.

---

<sup>98</sup> Citado por Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 379



Además, cuando analizamos la definición del poder constituyente argumentamos que el poder constituyente no crea al Estado, sino que le da forma jurídica al mismo, y que en casos como el de Francia, donde ya existía un Estado antes de su primera Constitución escrita, ya existía también la soberanía del Estado, la cual residía en el rey hasta que el pueblo le arrebató ese poder soberano y aprueba la Constitución en otros casos como Estados Unidos el poder soberano le correspondía al rey de Inglaterra, pero los independentistas se rebelan contra ese poder y ganan no solo una guerra sino también su soberanía dentro del territorio, y soberanamente aprueban su Constitución

En ese mismo sentido lo plantea Román Lazcano que afirma “El titular de la soberanía en este continente es el pueblo, él constituye al Estado jurídicamente por medio de la expedición de su ley fundamental: la Constitución en donde, el pueblo consigna su forma de gobierno, crea los poderes públicos, establece sus respectivas facultades y reserva un área de libertad a los individuos, frente a la cual se impone el poder de los órganos del Estado, ya que debe respetarla”.<sup>99</sup>

El Estado es soberano a lo interno frente a los otros micropoderes que existen en la sociedad (iglesias, sindicatos, sector empresarial, organizaciones no gubernamentales, etc.) y a lo externo frente a los otros Estados, pero esa esta proviene de la misma soberanía del pueblo.

Es precisamente la soberanía, la que da como consecuencia la aprobación de la Constitución como lo señala Sánchez Viamonte “la soberanía propiamente dicha, aquella que tratan de fundamentar y explicar Suárez, Bodin, Hobbes, Locke, Rosseau, Sieyes y Kant, que según ellos tiene su manifestación en la ley, no es otra cosa que el poder constituyente, porque la ley a que ellos se refieren no es sino la Constitución”.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Lazcano. Ob. Cit. Pág 159

<sup>100</sup> Sanchez Viamonte. Ob. Cit. Pág. 268





Pero vincular la soberanía con el poder constituyente, ha provocado también confusión en algunos autores como el mexicano Tena Ramírez, que afirman que el pueblo es el titular de la soberanía pero que “subsumió en la Constitución su propio poder soberano, y, en consecuencia, una vez ejercitada, reside exclusivamente en la Constitución por lo que la Constitución es la soberana”.<sup>101</sup>

Estas confusiones también se dieron en la doctrina constitucional europea, durante mucho tiempo, buena parte de la doctrina consideró que, si la Constitución era soberana, el poder constituyente no podía serlo, que este debía entenderse subsumido en el marco constitucional y en la actuación de los poderes constituidos. Si a esto agregamos la concepción kelseniana de que la Constitución debía considerarse un texto jurídico antes que político, entendemos cómo se intentaba limitar el alcance del principio representativo y limitar las posibilidades de que la población pudiera participar en forma directa del ejercicio del poder constituyente.

Sobre este punto, hay que tener presente que la aprobación de una Constitución es un acto de soberanía del pueblo, pero esto no agota la soberanía ni transfiere la soberanía del pueblo a la Constitución en ese sentido, debe recordarse que algunas de las características de la soberanía son que es permanente, indelegable e irrenunciable, aún respecto a la misma Constitución pues, aunque se haya aprobado, la soberanía del Estado persiste en el pueblo que es su titular en forma permanente.

Nuevamente, Sánchez Viamonte aclara el concepto “los conceptos de soberanía y de poder constituyente se identifican y confunden...tanto la soberanía como su expresión el poder constituyente consiste en la voluntad general (Rosseau) o voluntad política (Schmitt) del pueblo. Pero eso solo ocurre cuando el pueblo lo forman seres humanos

---

<sup>101</sup> Citado por Lazcano. Ob. Cit. Pág 159



libres e iguales, dueños de su voluntad o, si se quiere, de su albedrío, como hombres y como ciudadanos”.<sup>102</sup>

En ese mismo sentido, se pronuncia el expresidente mexicano Miguel de la Madrid, quien considera que “la soberanía es la facultad del pueblo, de la comunidad nacional, para auto determinarse políticamente, para escoger la estructura estatal y la forma de gobierno que más le acomode, esta facultad es inseparable de su titular y no es susceptible de delegación, enajenación, ni de traslación y, en consecuencia, el pueblo no puede haber subsumido su soberanía en la Constitución”<sup>103</sup>

Parece ser que, tanto Bidart Campos como Tena Ramírez confunden la soberanía de la Constitución y del Estado, que es de carácter jurídica con la soberanía del pueblo, que es de carácter política. Está claro, entonces, que el pueblo no renuncia a la soberanía al aprobar la Constitución, al contrario, esta sigue siendo una atribución del pueblo quien la mantiene y Con base en esa soberanía puede decidir reformar esa Constitución en cualquier momento (salvo que en la misma Constitución haya decidido incorporar límites relativos, lo que analizaremos más adelante), o si así lo desea, aprobar una nueva Constitución

## **2.6 Poder constituyente y poder constituido**

Es precisamente el “padre” del poder constituyente, Emmanuel Sieyes, el que en su inmortal obra también habla por primera vez de la diferencia del poder constituyente y los poderes constituidos cuando establece que “Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación”<sup>104</sup> y un poco más claro:

---

<sup>102</sup> Sánchez Viamonte. Ob. Cit. Pág. 415

<sup>103</sup> Ibídem. Pág 160

<sup>104</sup> Sieyes, Ob. Cit. Pág. 108



“Los Estados generales, aún en asamblea, son incompetentes para decidir nada sobre la Constitución Este derecho no pertenece más que a la nación sola, independiente – no nos cansaremos de repetirlo – de todas las normas y todas las condiciones”.<sup>105</sup>

Del mismo modo, plantea los límites de acción del poder constituido respecto a sí mismos:

“Una Constitución supone ante todo un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar...Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la Constitución de los otros”.<sup>106</sup>

Guastini dice sobre el poder constituido: “Se llama *constituido* a todo poder *legal*, es decir, conferido y regulado por normas positivas vigentes (y ejercido de conformidad con ellas)”.<sup>107</sup>

Lazcano Fernández apunta sobre esta materia:

“Del mismo concepto de Constitución se infiere la diferencia entre poder constituyente, por una parte, y poderes constituidos, por la otra: el primero es el que genera la Constitución y al hacerlo, genera también los poderes constituidos y sus respectivas competencias. Los poderes constituidos estarán siempre sujetos al orden establecido por el poder constituyente”.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Ibídem, Pág. 116

<sup>106</sup> Ibídem. Pág 120

<sup>107</sup> Guastini, Ob.Cit. Pág. 103

<sup>108</sup> Lazcano. Ob. Cit. Pág. 93



Jorge Carpizo establece las diferencias entre el poder constituyente y los poderes constituidos de la siguiente manera:

1. El poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución.
2. El poder constituyente es un poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución.
3. El poder constituyente es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos están completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de su competencia.
4. El poder constituyente es poder de una sola función: dar una Constitución los constituidos poseen múltiples funciones.
5. El poder constituyente no gobierna, los constituidos fueron creados precisamente para gobernar.<sup>109</sup>

Es decir que, en un Estado puede haber dos tipos de poderes, uno de ellos es el poder constituyente que recae en el pueblo y que es el encargado de aprobar la Constitución y otros poderes que Sieyes llama delegados, que no tienen facultades para aprobar una Constitución es decir los poderes del Estado que conocemos en la clásica separación de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), o bien, los órganos de control como los Tribunales Constitucionales o el Ministerio Público.

Para Vladimiro Naranjo, los poderes constituidos son “Todos aquellos que la Constitución consagra como titulares de las distintas funciones del Estado. Ejemplos de poderes constituidos son el Congreso de la República o Parlamento, la Presidencia de la República, la administración de justicia, los órganos de control y fiscalización, la organización electoral, las autoridades territoriales, las fuerzas armadas, etc. En la práctica es un poder constituido – generalmente el órgano legislativo, o en casos

---

<sup>109</sup> Carpizo, Algunas reflexiones. Pág. 212



excepcionales una Asamblea Constituyente – el que actúa como constituyente derivado”.<sup>110</sup>

En la parte final del párrafo, Vladimiro Naranjo señala un aspecto importante de debate, y es que, si bien se tiene claro en la doctrina que un poder constituido como es el Congreso de la República de la República no puede ser un poder constituyente originario, muchas veces los Congreso de la Repúblicas, parlamentos o asambleas legislativas son también poderes constituyentes derivados. Esto nos lleva a aclarar la diferencia entre *poder constituyente originario* y *poder constituyente derivado*, es decir, a la clasificación de los distintos tipos de poder constituyente.

## 2.7 Clasificación del poder constituyente

La mayoría de tratadistas clasifican el poder constituyente en *originario* y *derivado*, a continuación, expondremos las principales características de cada uno de ellos.

### 2.7.1 Poder constituyente originario

Para el autor del Cabo Martín, el poder constituyente originario tiene las siguientes características:

1. Es original, en el triple sentido de que procede de sí mismo, es inicial en cuanto se autoimpulsa para actuar en el momento que él mismo decide (y cuando no es así su existencia es solo latente o potencial) sin que tenga que esperar a ser convocado y es inaugural en el sentido rupturista con lo anterior y por tanto, “fundador”.

---

<sup>110</sup> Naranjo Mesa, Ob.Cit. 376



2. Es incondicionado, actúa sin límites prefijados porque no es un poder regulado, juridizado.
3. Su fundamento es exclusivamente su legitimidad democrática.<sup>111</sup>

El autor Luis Carlos Sachica se refiere a las características del poder constituyente originario de la siguiente forma:

- a. Es un poder no recibido, no deriva de otro, nace de sí mismo, es su propia fuente, porque, precisamente, es del que nacen los demás poderes – los poderes constituidos que conforman el Estado – y del que se deriva su legitimidad, es pues, un poder autogenerado.
- 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.
- 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 del cual no se puede discutir su validez jurídica, su legalidad, pues él la crea.
- 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.
- e. En la respectiva coyuntura política solo los factores y circunstancias de la realidad determinan el obrar revolucionario. De modo que libre y arbitrariamente, crea el Estado necesario, el que convenga, el que responda al interés del constituyente.

---

<sup>111</sup> De Cabo Martín, Carlos. *Capitalismo, democracia y poder constituyente*. En Teoría y Práctica del poder constituyente. Editorial Tyrant Lo Blanch. Valencia. 2014. Pág. 21



Es, entonces, 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. Por lo cual, es el poder, valga la expresión, que llena cualquier vacío de poder, el que hace lo que hay que hacer cuando nada hay prescrito. Si es así, toda teoría del constituyente es absolutista, cualquiera que sea su titular: el pueblo, la nación, una élite, un hombre.<sup>112</sup>

Como vemos, Sachica es de la idea de que el poder constituyente originario no tiene ningún límite, en ese sentido sus ideas son similares a las de Schmitt, Saa Velázco y Sánchez Agesta. Sin embargo, como veremos más adelante, otros autores sí establecen límites para el poder constituyente, aún sea el originario.

Luis Recasens Siches, se refiere al poder constituyente originario de la siguiente manera:

La producción originaria, aquella en virtud de la cual se crea la norma fundamental de un sistema jurídico, sin apoyo en alguna norma jurídica anterior y superior, es, también, el caso de una Constitución que surge al crearse un nuevo Estado, o cuando, la Constitución surge con el fenómeno de la conquista de un nuevo territorio, o finalmente, la Constitución que surge por vía revolucionaria. Esta producción originaria del derecho es la que se le llama poder constituyente. Cuando se funda por primera vez un nuevo orden estatal o cuando se rompe un orden jurídico para sustituirlo por otro nuevo, se da entonces la actividad constituyente, que se caracteriza por no tener como antecedente la legitimidad de un orden jurídico positivo y vigente y, además,

---

<sup>112</sup> Citado por Pereira Orozco. Ob. Cit. Pág. 48



porque esa actividad constituyente va a dar nacimiento a un nuevo orden jurídico.<sup>113</sup>

Poder constituyente originario, es entonces, el que crea una nueva Constitución sin importar si la misma es la primera Constitución del Estado que le da nacimiento al mismo o si es una nueva Constitución que solamente modifica la estructura del Estado, así sería un poder constituyente originario el que creó la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, después de los gobiernos militares de facto que gobernaron de 1982 a 1985, pero también lo sería el que aprobó la Constitución de 1965, producto de un golpe de Estado militar y que creó un Estado contrainsurgente, la de 1956 que es la del golpe de Estado liderado por Carlos Castillo Armas en contra del gobierno de Jacobo Árbenz, también es originaria la de 1945 después de la revolución de octubre de 1944, también la de 1879 que establece el Estado Liberal, así mismo, se puede considerar que el Acta Constitutiva de la República de Guatemala funda el Estado guatemalteco después de la caída de la Federación Centroamericana de Nacionales y también la Constitución federal de 1824, pues todas las asambleas constituyentes que aprobaron las respectivas constituciones fueron soberanas y creadoras de un nuevo orden jurídico- político.

### **2.7.2 Poder constituyente derivado**

Como ya fue señalado anteriormente, la mayoría de la doctrina hace una diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Este último recibe, además, diferentes nombres, tales como poder constituyente delegado, poder constituyente reformador, poder constituyente de reforma, poder constituyente de revisión o poder constituyente instituido.

---

<sup>113</sup> Citado por Lazcano, Ob. Cit. Pág. 92





El poder constituyente se llama derivado, cuando el ordenamiento jurídico nuevo surge de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos ya existentes en vigor. Su funcionamiento está previsto en disposiciones de la Constitución anterior, la cual dispone procedimientos especiales para su revisión o reforma. De ahí que una de sus características sea la legalidad, esto es, la sujeción al derecho establecido, del cual deriva su eficacia. Al contrario del poder constituyente originario, el derivado está situado en el interior y no en el exterior del orden jurídico preexistente. Por esta razón la puesta en marcha del poder constituyente derivado no ofrece mayor dificultad, ya que se remite a los procedimientos que para el efecto han sido establecidos previamente en la Constitución”.<sup>114</sup>

El poder constituyente derivado sería aquel cuyo ejercicio está circunscrito y reglado por la Constitución originaria que le da fundamento o base, para cumplir con la función de modificar, total o parcialmente, la organización política y jurídica. La cualidad fundamental del poder constituyente derivado se encuentra en la subordinación originaria del mismo respecto de la manifestación del poder constituyente fundacional.<sup>115</sup>

Como vemos, de las definiciones anteriores, el poder constituyente derivado es aquel que está facultado para realizar reformas en la Constitución vigente. La diferencia entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado es que el primero decide el orden jurídico y se da su propia Constitución, mientras que el derivado es el que se encarga de las reformas constitucionales de acuerdo con procedimientos establecidos por el poder constituyente originario.

---

<sup>114</sup> Naranjo Mesa, Ob. Cit. Pág. 376

<sup>115</sup> Pereira Orozco, Ob. Cit. Pág. 47



“En realidad en la mayoría de los casos es el poder constituyente derivado el que actúa, tanto para establecer como para reformar el ordenamiento jurídico-político de un Estado. Y lo hace, a su vez, a través de poderes constituidos, es decir de instituciones ya consagradas en la Constitución, o por medio de aquellas que para el efecto establezca el titular del poder constituyente originario”.<sup>116</sup>

### **2.7.3 Doctrinas que niegan que la facultad de reforma sea un poder constituyente**

Aunque la separación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado es la más aceptada, en la doctrina no existe unanimidad en esta clasificación, pues hay autores que no reconocen que el poder de reforma constitucional sea un verdadero poder constituyente.

Uno de estos autores es Carpizo, quien señala “Esta es una distinción (la de poder constituyente originario y derivado) muy socorrida pero no acertada, porque a la Constitución la reforma el propio poder constituyente o un órgano que creó el poder constituyente, y que no puede identificarse con él, aunque actúa de acuerdo con las normas y procedimientos que el poder constituyente decidió”.<sup>117</sup>

Otro autor que no está de acuerdo con la clasificación de poder constituyente originario y derivado es Luis Sachica, pues él considera que solo existe poder constituyente originario cuando se crea la Constitución este autor considera que la facultad de reforma de la Constitución no debe denominársele poder constituyente derivado, sino que es una facultad del poder constituido por las siguientes razones:

---

<sup>116</sup> Naranjo Mesa, Ob.Cit. Pág. 376

<sup>117</sup> Carpizo, Ob. Cit.



- a. Es una atribución radicada en un poder constituido, uno de los creados por el constituyente. Luego, mal puede tener carácter de constituyente quien nada constituye por sí mismo, puesto que, por el contrario, ha sido constituido para conservar lo que decidió el auténtico constituyente.
- b. El poder reformador es una simple competencia jurídica reglada y limitada por la Constitución. No es incondicional, no es potestad de creación ni de cambio, está restringida a mantener la Constitución adecuándola, sin poder cambiarla.
- c. Por consiguiente, el poder de reforma es, ante todo, un poder conservador, por no ser originario, ni fáctico ni incondicional. El concepto de competencia implica, de suyo, limitación, como también está envuelta en la idea de reforma, porque los reformadores transforman sin cambiar lo reformado, de manera que sus principios y estructuras son permanentes.<sup>118</sup>

Otro autor que niega que el poder de reforma constitucional sea un poder constituyente es Recasens Siches, quien sobre el efecto opina:

No hay que confundir al auténtico poder constituyente con la competencia legal establecida en las constituciones para su propia reforma, el poder revisor de la Constitución de ninguna manera es poder constituyente *stricto sensu*, primero porque es un poder constituido y segundo porque éste cedería una facultad constitucional que podría conflictuar la división de poderes, en virtud de que poder sería el que pudiera convocar o en su defecto el Congreso de la República ordinario erigirse como Asamblea Constituyente por la sencilla razón de que es un poder constituido, cuya existencia deriva de la propia Constitución. No es un poder constituyente auténtico, porque no tiene su fuerza y su valor en sí mismo,

---

<sup>118</sup> Citado por Pereira, Ob. Cit. Pág. 48



sino que, si tiene competencia para reformar la Constitución es porque esta misma se la está otorgando”.<sup>119</sup>

Como vemos, para Recaséns Siches, Sachica, Carpizo y otros, solo existe el poder constituyente originario, el que elabora una Constitución mientras que la facultad de reforma constitucional no es un poder constituyente como tal, sino un poder constituido, pues es la misma Constitución la que faculta a este con poder para una reforma constitucional.

Es importante tomar en cuenta estas teorías, pues el objetivo central de la tesis es precisamente sobre los límites que tiene el llamado poder constituyente derivado, es decir, los límites para la reforma constitucional. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos tanto el poder constituyente originario como el poder constituyente derivado usan la misma forma jurídica, la Asamblea Constituyente, lo cual explicaremos más adelante.

## **2.8 Los límites del poder constituyente originario**

En este punto, es importante tomar en cuenta que para buena parte de la doctrina no existen límites jurídicos para el poder constituyente originario, sin embargo, la doctrina más reciente, sobre todo a partir de la universalización de los derechos humanos y la aprobación de los instrumentos internacionales, reconoce que también hay límites jurídicos, incluso para el poder constituyente originario.

---

<sup>119</sup> Citado por Lazcano, Ob. Cit. Pág. 94



### 2.8.1 Inexistencia de límites autónomos del poder constituyente originario

De la investigación realizada se determinó que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el poder constituyente originario no tiene como límite la legalidad impuesta por la Constitución vigente en el momento en que este realiza un acto constituyente, es decir, que es totalmente independiente del ordenamiento jurídico nacional, le da nacimiento a un nuevo orden jurídico, y en ese sentido puede cambiarlo todo.

El padre del concepto del poder constituyente, Emmanuel Sieyés, era de esta opinión:

El poder constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante de sus poderes, debe hallarse en esta función, libre de toda sujeción, y de toda otra forma que aquella que le plazca adoptar”.<sup>120</sup>

“El poder constituyente no puede estar sometido a ningún precepto positivo anterior, pues es superior y previo a toda norma establecida”.<sup>121</sup> El poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable.<sup>122</sup>

En el mismo sentido, se pronuncia Lazcano:

En primer lugar, no puede darse un procedimiento regulador al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente, es decir, el poder constituyente no puede aceptar un procedimiento positivizado por una norma

---

<sup>120</sup> Sieyés. Ob. Cit. Pág. 115

<sup>121</sup> Recaséns Siches, citado por Lazcano, Ob. Cit. Pág. 92

<sup>122</sup> Carl Schmitt, citado por Lazcano, Ob. Cit. Pág. 104



anterior, que regule su actividad, el poder constituyente es libre para actuar y para decidir en las formas que crea convenientes (...) La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad.<sup>123</sup>

De la misma opinión es Carpizo, quien afirma que “El Poder constituyente no tiene límites jurídicos internos, puesto que se encuentra en la nada jurídica, como afirma Tena Ramírez” el autor de la Constitución carece en su tarea de limitaciones jurídicas”.<sup>124</sup>

Dentro de los autores que establecen que el poder constituyente originario no se encuentra limitado jurídicamente encontramos a Linares Quintana, para quien “El poder constituyente originario es jurídicamente ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originalmente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de carácter positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que considere más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre este y los habitantes”.<sup>125</sup> En ese mismo sentido se expresa Sánchez Viamonte que señala: “cuando el poder constituyente opera en la etapa primigenia – inicial y creadora del Estado – lo hace sin limitación alguna, porque la única limitación posible consistiría en la preexistencia de una voluntad jurídica proveniente del mismo titular y dotada de sus mismos atributos y características”.<sup>126</sup>

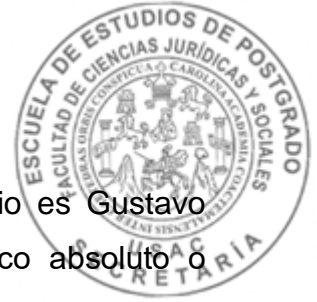
---

<sup>123</sup> Lazcano. Ob.Cit. Pág. 107

<sup>124</sup> Carpizo. Algunas reflexiones. Pág. 215

<sup>125</sup> Citado por Naranjo Mesa, Ob.Cit. Pá. 375

<sup>126</sup> Sánchez Viamonte, Ob. Cit. Pág. 375



Otro autor que no reconoce límites en el poder constituyente originario es Gustavo Zagrebelsky, quien afirma: “El poder constituyente es el poder político absoluto o soberano (es decir, sin límites jurídicos) y concentrado (es decir, no repartido con otros sujetos).<sup>127</sup>

## **2.8.2 Doctrinas que establecen límites al poder constituyente originario**

Como primer punto, y la doctrina en este caso, sí concuerda en que deben considerarse las limitaciones llamadas naturales, que consisten en limitaciones materiales por motivos naturales extrajurídicos que el legislador constitucional no puede cambiar, dentro de estas se menciona la famosa máxima que dice que “el parlamento inglés pueda cambiarlo todo menos el sexo de las personas”. En ese sentido, el poder constituyente no podría decretar que el cielo es de color rojo, o que las personas en Guatemala son todas de una misma raza o etnia, pues eso devendría naturalmente en un imposible, aunque la misma Constitución lo dijera.

### **2.8.2.1 Limitaciones lógicas**

El autor mexicano Felipe Tena Ramírez se refiere a los límites del poder constituyente, agrupándolas en lógicas o inmanentes, históricas, políticas y de derecho internacional. Para este autor, las limitaciones lógicas derivan de la propia finalidad del poder constituyente que es formular una Constitución e implantar un orden jurídico y político, por lo tanto, el este no puede implementar un orden político anárquico o absolutista, es decir, que el poder constituyente sí es la facultad del pueblo de auto determinarse no puede dejar de determinarse.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 67

<sup>128</sup> Citado por Lazcano. Ob Cit. Pág 120



### 2.8.2.2 El derecho natural

El derecho natural es otro límite histórico al poder constituyente; en efecto, ya el padre del concepto de la soberanía Jean Bodin en los seis libros de la República señalaba como límites para la soberanía: *La ley de Dios y la naturaleza* (derecho natural). Desde el punto de vista iusnaturalista cualquier Estado y Constitución y, por lo tanto, también el poder constituyente tendría sus límites en el derecho natural, como una barrera infranqueable.

Uno de los principales expositores de esta teoría es Maurice Hauriou, que en su libro *Principios de Derecho Constitucional* habla de la existencia de una superlegalidad constitucional que se forma con “los principios fundamentales del régimen, es decir, todos los principios del orden individualista que están en la base del Estado y de los principios de las libertades individuales”.<sup>129</sup> Es por ello que ha sido calificado por otros autores como un iusnaturalista individualista.

### 2.8.2.3 Limitaciones históricas y políticas

En cuanto a las limitaciones de tipo histórico el autor señala el reconocimiento a los derechos del hombre y el principio a la separación de poderes como límites para el poder constituyente. Dice este autor que, el poder constituyente tiene, además, limitaciones políticas, es decir, tiene que tomar en cuenta la realidad política de la sociedad para que su obra sea eficaz. Finalmente, Tena reconoce como límite para el poder constituyente originario el que impone el derecho internacional, especialmente la protección universal de los derechos humanos.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Citado por Naranjo, Ob. Cit. Pág. 266

<sup>130</sup> Citado por Lazcano, Ob. Cit. Pág. 120.





Analizando las ideas de este constitucionalista podemos estar de acuerdo con varias de ellas, como las de carácter lógico o las de carácter histórico, en efecto, más por cuestiones prácticas que por cuestiones teóricas, un poder constituyente no puede suprimir los derechos naturales, ni tampoco ir en contra del principio de separación de poderes cuando es precisamente uno de los principios fundamentales del constitucionalismo moderno. Sin embargo, no estoy de acuerdo con que el poder constituyente este limitado por cuestiones de carácter político, pues este es precisamente originario, el que cambia un sistema de gobierno, un sistema de organización que el propio pueblo define, y si bien es cierto que siempre debe haber una concordancia con el contexto político imperante en el momento del acto constituyente, el poder constituyente puede superar ese momento y plantear una nueva estructura del Estado, por ejemplo, el salto cualitativo que sucede en Francia durante el siglo XVIII cuando se pasa de una monarquía absoluta a una monarquía limitada y posteriormente a una República.

Por otra parte, Lazcano Fernández acepta como limitaciones al poder constituyente originario las siguientes:

- a. De finalidad, el objetivo de establecer un orden jurídico y no la anarquía.
- b. De índole histórica y sociológica, dado que no se puede desconocer la evolución histórico-política de la nación, y tendrán influencia en él la propia ubicación geográfica y el poder de los países vecinos, así como factores que derivan de la estructura económica.
- c. De índole política, lo que Lasalle señaló como los factores reales de poder en la comunidad. Por ejemplo, la Constitución mexicana de 1824 confirmó en el país la intolerancia religiosa, puesto que en ese momento la Iglesia Católica era el factor político más poderoso en México.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibidem*. Pág. 123



En similares términos se pronuncia Recaséns Siches, para quien el poder constituyente está sometido a normas de carácter ético e índole valorativa, y debe ser congruente consigo mismo, seguir ciertas ideas rectoras en cuanto a filosofía política y valores sociales.<sup>132</sup>

Para el mexicano Jorge Carpizo, el poder constituyente y el derecho internacional tienen una serie de limitaciones de naturaleza metajurídica:

El derecho internacional puede ser un límite, pues el orden jurídico que crea:

- a) Tendrá que restringirse al territorio de ese Estado, internacionalmente aceptado.
- b) No podrá, a menos que incurra en responsabilidad internacional, desconocer los tratados que haya firmado el regimen anterior o desconocer el derecho internacional.
- c) Difícilmente podrá desconocer las facultades que el derecho internacional señala a los extranjeros.

#### **2.8.2.4 Los instrumentos internacionales de derechos humanos**

La limitación del poder constituyente que deviene de los instrumentos internacionales de derechos humanos universal o regionalmente reconocidos parece ser la limitación más importante y que mayor debate jurídico plantea en los últimos años, y deviene de la creación de una supralegalidad mundial que afecta el concepto tradicional de soberanía como se conocía hasta hace algunos años. Quienes se adscriben a la corriente del neoconstitucionalismo establecen que el poder constituyente no puede legislar en contra de lo que estos instrumentos internacionales ratificados por los Estados establecen, y que aunque lo hicieran esto no sería válido a nivel internacional,

---

<sup>132</sup> Lazcano, Ob. Cit, Pág. 93



*ius* filósofos de la talla de Jurgen Habbermas o Luigi Ferrajoli, redefiniendo la idea kantiana de la sociedad cosmopolita y la república mundial, hablan de una Constitución mundial o un constitucionalismo global que estaría representado por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Un ejemplo de cómo los Estados-nación aprenden a cambiar la concepción de sí mismos. Las innovaciones jurídicas introducidas por las élites políticas funcionan en ocasiones como un vaticinio que finalmente se cumple. La legislación constitucional que se crea por encima de los Estados-nación anticipa el cambio en su propia percepción, pero éste solo lo propiciarán sus destinatarios en el momento de su puesta en marcha. De este modo, el espíritu de las propuestas jurídicas, que en un primer momento solo se reconocieron de forma declamatoria, se va interiorizando gradualmente. Esto ocurre tanto en el caso de los Estados como en el de los ciudadanos. A medida que los Estados ponen en práctica normas para la cooperación acordadas soberanamente, descubren las ventajas de comportarse ya no solo como actores colectivos independientes, sino también como miembros de organizaciones internacionales.<sup>133</sup>

De esta suerte, resurge con más fuerza que nunca la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, capaz de coordinar sus exigencias en diferentes instancias: planetarias, regionales, estatales, y, sobre todo, locales, sin renunciar por eso a ninguna de ellas. No se trataría claro esta, de un mero cosmopolitismo fugitivo, dirigido a liquidar las diferencias nacionales o los elementos clásicos del estado constitucional, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, una rígida subordinación de unos frente a otros, o con respecto

---

<sup>133</sup> Habbermas, Jurgen. *Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?*. En análes de la cátedra Francisco Suarez. España, 2005.



a terceros sistemas (...) Desde un punto de vista jurídico, un proyecto de este tipo comportaría sentar las bases de un constitucionalismo mundial garantista, en abierta tensión con la lógica de la globalización y que, al menos en su dimensión normativa, se encuentra parcialmente esbozado en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de Derechos de 1948 o los Pactos de 1966, por mencionar solo algunos.<sup>134</sup>

Pero quienes promueven este constitucionalismo global reconocen que, si bien los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden hacer las veces de una declaración de derechos fundamentales mundialmente aceptada, hacen falta instituciones que garanticen su cumplimiento:

Es reconocer la embrionaria Constitución global que ya existe en la Carta de Naciones Unidas y en los diversos pactos y declaraciones de derechos humanos. Implica ver la realidad desde el punto de vista de un constitucionalismo global que ya ha sido formalmente establecido, incluso aunque carezca de garantías institucionales.<sup>135</sup>

Hasta el momento, la idea de un constitucionalismo global es solo una utopía neoconstitucionalista que se encuentra aún muy lejos de concretarse, los derechos humanos y los instrumentos internacionales pueden considerarse un límite para el poder constituyente originario, toda vez que los principales instrumentos de derechos humanos se encuentren ya inmersos en la cultura jurídica mundial en forma insoslayable, y son una herencia directa del derecho natural, que como ya se mencionó, también es un límite histórico.

---

<sup>134</sup> Gerardo Pisarello, *Globalización, Constitucionalismo y derechos, las vías del cosmopolitismo jurídico*. En Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos. Editorial Trotta. Madrid, 2007, Pág. 171

<sup>135</sup> Ferrajoli. Ob.Cit. Pág. 403



Es por ello que, algunos autores como el chileno Nogueira Alcalá aseguran que el derecho internacional sí puede imponer límites al poder constituyente de un Estado, para este autor las normas de derecho internacional pueden considerarse supraconstitucionales.

En nuestra época contemporánea, el derecho internacional puede imponer límites al poder constituyente de un Estado. Louis Favoreu sostenía que ya, a partir de mediados del siglo XX, cada vez más se podían considerar normas de Derecho del Estado aquellas obtenidas del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario, las cuales podían denominarse normas internacionales o supranacionales supraconstitucionales. El poder constituyente originario de un Estado sólo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente, como son, por ejemplo, las normas de *ius cogens* o las normas de tratados internacionales que han determinado las fronteras del Estado o las del Derecho Internacional convencional, incorporadas válidamente al Derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión.<sup>136</sup>

A criterio de Nogueira Alcalá, si un poder constituyente reconoció los instrumentos internacionales de derechos humanos y estos fueron incorporados al texto constitucional, un nuevo poder constituyente, así sea originario, no podría retroceder en esta decisión, con lo que, se establecería una suerte de dependencia de un poder constituyente originario con su predecesor otro poder constituyente originario:

El poder constituyente originario queda limitado por obra de la integración previa de determinadas normas internacionales. La decisión de un constituyente de dotar de aplicabilidad irreversible a determinados sistemas normativos

---

<sup>136</sup> Nogueira Alcalá, Ob.Cit. Pág 481



internacionales o supranacionales limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un orden jurídico al que las pretensiones innovadoras de un nuevo constituyente no pueden afectar. La obra de un nuevo poder constituyente originario es, en tales casos, la expresión formalizada de una potestad constituyente limitada (...) Los sistemas normativos internacionales incorporados por constituyentes al ordenamiento interno, en razón de su régimen de aplicación, limitan, incluso, a la Constitución misma en su operatividad, debido a la prevalencia de tales sistemas. En este sentido, puede sostenerse, con Requejo Pagés, que "el poder constituyente se diluye históricamente en tantos poderes cuantos en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de Constitución no pueden ya desproveer de su condición de aplicables."<sup>137</sup>

Sin embargo, la mayoría de quienes propugnan por esta doctrina no toman en cuenta que adscribirse a la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos es una decisión que toman los poderes constituidos, tales como el ejecutivo y los Congreso de la Repúblicas nacionales, por lo que se estaría supeditando las decisiones del poder constituyente a decisiones de política internacional tomadas por poderes constituidos. Sin embargo, quienes asumen esta teoría afirman que estas decisiones tomadas por los poderes constituidos se hicieron al abrigo de la Constitución vigente, lo que los impregna de constitucionalidad.

Este límite entre el derecho internacional y el derecho constitucional es, sin duda, el más claro ejemplo de hasta qué punto las decisiones de derecho internacional pueden ser límites a la soberanía de los Estados y de los poderes constituyentes, por supuesto que algunos ejemplos de cómo podría aplicarse esto, son más fáciles que otros, por ejemplo, un Estado que ha firmado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la esclavitud y el poder constituyente, decide aprobar formas de

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*, Pág. 482



esclavitud en una nueva Constitución las mismas no podrían ser aplicables, pues violentan no solamente el pacto de derechos civiles y políticos, sino también principios de derecho natural como es el respeto a la dignidad humana y la libertad individual. Sin embargo, la situación se hace más compleja en ciertas decisiones, tales como establecer en una nueva Constitución la pena de muerte después de haber ratificado el Pacto de San José que expresamente prohíbe este punto.

El fundamento jurídico de quienes propugnan estos límites al poder constituyente originario puede encontrarse en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que se refiere a las colisiones entre tratados y constituciones, en su artículo 27, el cual precisa:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46." A su vez, el artículo 46 dispone que: "El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Además, se puede tomar también como base jurídica para estos límites internacionales lo establecido en el artículo 53 de dicha convención, la cual determina que una norma imperativa de derecho internacional general es aquella "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". En ese sentido, se puede considerar como normas imperativas de derecho internacional los principios *pacta sunt*



*servanda*, no discriminación, prohibición de la esclavitud, prohibición de genocidio, imprescriptibilidad de crímenes de la humanidad, los derechos básicos de la persona humana, las cuales constituyen normas de *ius cogens*.

En realidad, el debate respecto a la supremacía de los derechos humanos sobre la Constitución y sobre el poder constituyente, es en buena medida de índole teórica y muy poco productiva en la práctica. Lo que la historia ha demostrado es que las constituciones han ido aumentando cada vez más el ámbito de aplicación de los derechos e incorporando nuevos, sin restringirlos, y es que en pleno siglo XXI el Estado constitucional es precisamente aquel donde los derechos humanos se reconocen plenamente.

Si nos encontramos ante un Estado que se reclama parte del constitucionalismo democrático, su fin último será siempre asegurar, garantizar y promover los derechos humanos o fundamentales de la persona humana, para lo cual el Estado se organiza jurídicamente; no hay Estado constitucional democrático sin aseguramiento y garantía de los derechos humanos. Un Estado que no los asegure y garantice efectivamente constituye un sistema autocrático revestido de formalidades constitucionales, y dicho Estado, en lenguaje de Lowenstein, sólo dispone de una Constitución semántica, no siendo nunca un Estado Constitucional.<sup>138</sup>

Sin embargo, sí se reconocen experiencias, sobre todo de reformas constitucionales en donde los derechos reconocidos constitucionalmente han sido restringidos, pero no a un punto que conlleve violación a instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que hace imposible invocar estos para proteger los derechos, sino mediante incorporación de medidas, sobre todo de carácter económicas, que conllevan una disminución en las capacidades del Estado para prestar servicios básicos esenciales,

---

<sup>138</sup> *Ibidem*. Pág. 484





afectando principalmente los derechos económicos y sociales ya reconocidos en las mismas constituciones; de esto hablaremos más adelante cuando abordemos el tema de los límites al poder constituyente derivado.

## **2.9 La creación de la Constitución**

Habiendo ya identificado qué es el poder constituyente, sus características y limitaciones, corresponde ahora referirnos a qué sucede cuando el poder constituyente se pone en funcionamiento, es decir, la creación de la Constitución. La creación de una Constitución no es un proceso sencillo, conlleva una serie de procesos, actos y procedimientos, que intentaremos explicar a continuación.

### **2.9.1 El proceso constituyente**

Para entender la diferencia entre proceso constituyente y acto constituyente tenemos que volver a las definiciones básicas de Constitución que planteamos en el Capítulo I, principalmente a la diferencia entre Constitución material y Constitución formal. Cuando nos referimos a proceso constituyente se está creando la Constitución material y cuando nos referimos a acto constituyente se está creando la Constitución formal, como bien lo plantea Gerardo Pisarello:

Una cosa, pues, es un proceso dirigido a modificar la Constitución material, esto es, las relaciones y las estructuras de poder 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.<sup>139</sup>

El proceso constituyente es el proceso político y social de cambio de estructuras políticas y sociales dominantes que llega a su culminación con un acto constituyente, como tal, es incierto determinar con exactitud cuándo comienza un proceso constituyente e incluso cuando termina. Sobre este punto Pisarello señala:

La apertura de un proceso constituyente suele hacerse coincidir con la convocatoria de una asamblea o convención encargada de redactar una nueva Constitución Y su cierre, con la promulgación de esta. Desde una perspectiva menos formalista, un proceso constituyente abarca mucho más. Una serie de dinámicas de cambio, jurídicas y no jurídicas, desplegadas entre la crisis de los regímenes que se impugnan hasta la sedimentación de los nuevos órdenes político-constitucionales.<sup>140</sup>

En ese sentido, no se debe confundir el proceso constituyente con una revolución, pues son términos que pueden llegar a parecer similares, por ejemplo, el concepto de revolución que el tratadista francés Georges Boudeau vincula directamente con la idea de cambio constitucional, para Bourdeo el término revolución en su acepción más general es:

La sustitución de una idea del derecho por otra, por lo tanto, agrega, el hecho constitutivo de la revolución es la oposición entre la idea del derecho que defienden los gobernantes y la que, habiendo conquistado la adhesión del pueblo, pretende erigirse en la idea de la institución estatal.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Pisarello. Ob. Cit. Pág. 21

<sup>140</sup> *Ibidem*. Pág. 12

<sup>141</sup> Citado por Lazacano. Ob. Cit. Pág. 262.



Podemos diferenciar entonces, bajo una visión formalista, una revolución de un proceso constituyente de la siguiente forma: por ejemplo, la independencia de los Estados Unidos es un proceso que cambió las estructuras sociales y políticas de esta nación, fue una lucha por la independencia que comenzó en 1775 y que culminó con un acto constituyente que fue la convocatoria a la Asamblea Constituyente en 1787 y, este a su vez, concluyó con un acto constituyente que es la aprobación de la Constitución en 1787. En el caso de la revolución francesa, fue una revolución que cambió las estructuras de poder político y social en Francia que comenzó en 1789 con la convocatoria de Luis XIV a los Estados generales, en este caso, el proceso constituyente comenzó cuando la asamblea de Estados generales se autoproclama como Asamblea Constituyente y culmina con la aprobación de la primera Constitución francesa en 1791, aunque en este caso, también se podría decir que el proceso constituyente culmina con la ascensión al poder de Napoleón Bonaparte y la Constitución del año VIII en 1799, ya que durante ese periodo se aprobaron las constituciones de 1793 y 1795.

Pero, bajo una visión más amplia, un proceso constituyente puede incluir mucho más que la aprobación de una Constitución como lo plantea el ya citado autor:

En términos históricos, un proceso constituyente es todo menos un fenómeno esquemático. Tratándose de un hecho extraordinario, suele ser complejo, caótico y con frecuencia desborda a quienes lo impulsan. Si bien supone la aprobación de una nueva Constitución no suele reducirse a ello. A lo largo del proceso constituyente pueden derogarse leyes y normas específicas del régimen anterior e imponerse otras nuevas. Un gobierno provisional o una Asamblea Constituyente, de hecho, pueden adoptar múltiples decisiones dirigidas a



neutralizar las fuerzas que se oponen al cambio o a reforzar a los grupos sociales que los apoyan.<sup>142</sup>

Siguiendo a Pisarello, un proceso constituyente comienza con una ruptura al sistema predominante, producto por lo general de una situación de tensión extrema, esto es porque muchas veces los procesos constituyentes inician con una revolución, así por ejemplo, la revolución mexicana fue un proceso político contra el régimen de 35 años de Porfirio Díaz que culminó con un proceso constituyente que en 1917 y dio como resultado la Constitución mexicana, el proceso constituyente rompe con el modelo constitucional porfirista y prohíbe la reelección presidencial. En el mismo sentido, la Revolución de octubre de 1944 fue un proceso revolucionario que puso fin al modelo de Constitución plasmado en 1879 y que había sido modificado en sucesivas oportunidades permitiendo la reelección indefinida, esta revolución culminó con el proceso constituyente que aprobó la Constitución de 1945 y que representó el fin del modelo constitucional liberal y caudillista.

Sin embargo, no todos los procesos constituyentes son de carácter violento, también pueden darse como resultado de demandas sociales por la vía pacífica, por medio de elecciones democráticas que llevan al poder a funcionarios con ideas innovadoras sobre el derecho y los derechos y que impulsen cambios políticos y sociales que tengan como corolario la aprobación de una Constitución por ejemplo, en España el proceso democratizador que inició en 1975 con el fallecimiento de Francisco Franco culminó con un proceso constituyente que representa el cambio de una dictadura hacia un sistema social y democrático de derecho representado en la Constitución española de 1978. En ese mismo sentido, se puede hablar del proceso constituyente en Guatemala en 1985, donde se retoma el sistema democrático de gobierno y se

---

<sup>142</sup> Pisarello. Ob. Cit. Pág. 12



terminan las dictaduras militares, proceso que inició con la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente en 1984.

Asimismo, se puede interpretar que los llamados procesos constituyentes del denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que incluyen el proceso constitucional en Colombia en 1991, la Constitución de Venezuela de 1999, de Ecuador en 2008 y de Bolivia en 2009, representan cambios sustanciales de modelo constitucional y que fueron elaboradas en el marco de elecciones democráticas.

No comparto el planteamiento de Pisarello en cuanto a que, puedan considerarse procesos constituyentes aquellos que no terminan con una Constitución en mi criterio si un proceso constituyente no culmina con un acto constituyente, estamos ante una revolución sin proceso constituyente, aunque este logre hacer reformas económicas y sociales, pero lo que caracteriza a un proceso constituyente es que culmine con la elaboración de una nueva Constitución o reformas constitucionales que cambien las relaciones de poder existentes.

Sin embargo, sí comparto la idea de que en ocasiones puede haber actos constituyentes sin procesos constituyentes, es decir, puede haber un cambio constitucional que no altere las relaciones reales de poder, sino sea solo de tal magnitud que mantenga el sistema tal y como está. O en palabras del autor: “Los propios procesos materiales de cambio no tardaron en demostrar que la aprobación de una nueva Constitución no asegura una modificación automática en las relaciones de poder”.<sup>143</sup> Ejemplos de este tipo de procesos son la Constitución guatemalteca de 1965, que no representa ningún cambio real en las relaciones de poder ni en el modelo jurídico respecto a la Constitución de 1956, sino solamente un cambio de texto constitucional y un recrudescimiento del carácter represivo del Estado.

---

<sup>143</sup> *Ibíd.* Pág. 47



Eso nos lleva a otro elemento planteado por Pisarello, esta vez respecto al contenido de los procesos constituyentes, pues como bien lo plantea el autor, no todos los procesos constituyentes representan avances en relación con el modelo constitucional, en algunos casos, también pueden representar retrocesos en materia de derechos humanos y democracia, a lo que él llama procesos constituyentes desdemocratizadores o procesos deconstituyentes.

Esta perspectiva, por supuesto, se realiza desde los marcos jurídicos valorativos del autor, quien, desde una visión neoconstitucionalista, pone como parámetros los derechos humanos que son reconocidos en las constituciones. Así, serían procesos democratizadores, aquellos procesos constituyentes que permitieron ampliar el marco de protección a los derechos humanos o que incorporan nuevos derechos en el ordenamiento constitucional de los Estados. En contraposición, son procesos deconstituyentes o desdemocratizadores, aquellos que disminuyen derechos humanos fundamentales o dificultan su exigibilidad real.

Para el autor, son procesos deconstituyentes la Constitución de Guatemala de 1956, la Constitución chilena de Pinochet en 1980, la Constitución peruana de Fujimori en 1993, y las reformas a la Constitución Argentina de 1994.

### **2.9.2 El acto constituyente**

Se denomina acto constituyente al momento en que el poder constituyente, haciendo uso de la soberanía, aprueba una Constitución, en palabras de Recaséns Siches “es el acto primordial y originario de soberanía superior”.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> Citado por Lazcano. Ob. Cit. Pág. 92



Zagrebelsky afirma: “La Constitución, como fuente formal es el acto producido por el poder constituyente”.<sup>145</sup>

Sánchez Viamonte entiende como acto Constituyente “el hecho o hechos históricos de voluntad política, necesarios para la formación y estructuración del Estado”.<sup>146</sup>

Sin embargo, considero que el distinguido autor equivoca el concepto de proceso constituyente con el acto constituyente, que también es un proceso histórico, pero es el que realiza la Asamblea Constituyente o el órgano encargado de aprobar la Constitución, el acto constituyente es la elaboración de la Constitución, momento en que se pone a funcionar el poder constituyente. Podemos decir que, el proceso constituyente es una categoría política, el acto constituyente es una categoría jurídica.

No existe una única forma de realizar el acto constituyente y crear una Constitución, en el transcurso de la historia han existido varios mecanismos o procedimientos para la creación de las constituciones. Sin embargo, haremos una enumeración y análisis de los mas comunes.

### **2.9.3 Procedimientos para crear una Constitución**

Dentro de los distintos procedimientos para crear una Constitución es importante tomar en cuenta que a lo largo de la historia han existido solamente dos titulares del poder constituyente: el rey y el pueblo, por razones didácticas abordaremos en forma muy general los procedimientos monárquicos, y nos concentraremos en los procedimientos democráticos.

---

<sup>145</sup> Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 67

<sup>146</sup> Sánchez Viamonte. Ob. Cit. Pág. 563.



### **2.9.3.1 Los procedimientos monárquicos**

#### **a. El pacto**

Producto de las revoluciones o la presión social, los reyes se vieron compelidos u obligados a reconocer derechos a sus súbditos, recordemos por ejemplo, que aún hoy la Constitución de Inglaterra se compone de algunos instrumentos jurídicos fundamentales que devienen de la época monárquica, por ejemplo, la Carta Magna de 1215 o el Bill of Rights de 1689, el primero de ellos fue objeto de una negociación entre los nobles y el monarca y el segundo fue impuesto por esos mismos nobles al monarca durante la revolución gloriosa. En todo caso, aunque la doctrina los reconoce como pactos, en realidad fueron concesiones que los monarcas se vieron obligados a asumir para mantener su poder real.

#### **b. La carta otorgada**

La carta otorgada es el instrumento constitucional por medio del cual un monarca absolutista se autoestablece límites al ejercicio de su propio poder. En algunos casos también son producto de la presión social, como el caso de la Constitución Rusa de 1906, por medio de la cual el Zar Nicolás II crea la дума y le otorga algunos poderes legislativos simbólicos. Otro ejemplo, más importante para Guatemala, es la Constitución de Bayona de 1808, por medio de la cual Napoleón Bonaparte le da su primera Constitución a España y, por lo tanto, a sus colonias americanas.

### **2.9.3.2 Los procedimientos democráticos**

Sin duda, los procedimientos democráticos son los más relevantes para el presente estudio, y hay que comenzar diciendo que debido a que el poder constituyente no tiene





una limitación jurídica, puede ser como este lo considere, ya que le corresponde solo al pueblo determinar la forma por la cual va a ejercitar su poder soberano. Sin embargo, la historia constitucional nos demuestra que son básicamente 4 métodos:

1. La Convención
2. La Asamblea Constituyente
3. El *referendum* constitucional
4. El plebiscito

A continuación, abordaremos los elementos más importantes de cada uno de ellos:

#### **a. La convención**

Históricamente es el método más antiguo de elaborar una Constitución en forma democrática, ya que fue este el que utilizó el pueblo de los Estados Unidos de América para aprobar su Constitución en 1787.

La convención es un cuerpo legislativo convocado con el único propósito de aprobar una Constitución, una vez aprobada, esta es disuelta, sin embargo, ha habido ocasiones donde la convención aprueba algunas leyes fundamentales junto a la Constitución.

Actualmente, muy pocas constituciones vigentes han sido aprobadas por una convención, entre estas se puede mencionar a la de la República Federal de México de 1917.



## **b. La Asamblea Constituyente**

Usualmente, se tiende a confundir y pensar que el titular del poder constituyente es la Asamblea Constituyente, pero es importante aclarar que, en un Estado democrático de derecho, el único titular del poder constituyente, tanto originario como derivado es el pueblo.

La Asamblea Nacional Constituyente se puede definir como una asamblea de carácter legislativo, que es democráticamente elegida y representativa de la población, y que es la forma de organización jurídica por medio de la cual el poder constituyente elabora una Constitución.

Lazcano aclara las diferencias entre Asamblea Constituyente y poder constituyente así:

I.- El poder constituyente es sinónimo de pueblo y soberanía. El poder Constituyente es el pueblo que decide un orden jurídico, que constituye una Constitución.

II.- La Asamblea Constituyente es la designada por el pueblo con un objetivo específico: discutir y aprobar una Constitución<sup>147</sup>

Cada estado tiene sus propias normas para la convocatoria e integración de una Asamblea Nacional Constituyente, en ocasiones, la convoca el Congreso de la República (por ejemplo, en Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia, España) otras veces el poder ejecutivo (Caso de Bolivia) y en ocasiones directamente el órgano electoral. Por lo general, se elige de la misma forma que al Organismo Legislativo y su conformación se establece en el decreto o acuerdo de convocatoria.

---

<sup>147</sup> Lazcano. Ob.Cit. Pág. 128



Sin embargo, al ser elegido en forma popular por el sistema de partidos políticos se corre el riesgo de que la asamblea se politice y los representantes signifiquen los intereses de la clase política tradicional y no del pueblo. Es por ello que, algunas asambleas constituyentes han optado por un sistema mixto, en el cual parte de los integrantes son de elección popular y otra parte son electos por “colegios electorales”, es el caso de la Asamblea Constituyente de Bolivia del año 2006 que aprobó la actual Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, donde se integraron una parte por partidos políticos y otra parte por movimientos sociales de carácter nacional o local.

En ocasiones, también se han integrado asambleas constituyentes no electas popularmente, sino designadas por el poder ejecutivo o los grupos dominantes, tal como fue el caso del Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851 o la Constitución de la República de Guatemala de 1965. En estos casos las asambleas constituyentes carecen de legitimidad democrática y, por lo tanto, también las constituciones que fueron producto de estas, pues no representan fielmente al poder constituyente del pueblo.

La historia de la Asamblea Constituyente se remonta a 1789 en Francia, cuando los Estados generales convocados por el rey Luis XVI se autoproclaman en Asamblea Nacional Constituyente y elaboran la Constitución de 1791. Los asambleístas franceses como Sieyés explicaban en ese entonces que, la Asamblea Constituyente representaba al poder constituyente originario mediante el sistema de democracia representativa y las características generales de la asamblea, incluyendo el de ser un órgano que decide pero no gobierna “no es necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individualmente el poder constituyente, pueden depositar su confianza en representantes que solo se reunirían en asamblea para este objeto, sin poder ejercer por si mismos ninguno de los poderes constituidos”.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> Sieyés. Ob.Cit. Pág. 116



En ocasiones la Asamblea Constituyente aprueba la Constitución y esta entra en vigor automáticamente, en otras, el pueblo aprueba la Constitución por medio de un *referéndum* o plebiscito, a este tipo de asamblea se le denomina Asamblea Proyectista, pues solamente elabora el proyecto de Constitución que debe ser aprobado por el pueblo. Entre las constituciones aprobadas por ese procedimiento se puede citar a la Constitución francesa de 1793 y la de Alemania de 1949.

Una Asamblea Constituyente, por lo general, es convocada cuando se ha llevado a cabo un rompimiento en el orden constitucional y es necesario aprobar una nueva Constitución. En la historia son muy pocos los casos en que una Asamblea Constituyente originaria ha sido convocada durante la vigencia de una Constitución uno de ellos es la Constitución de Colombia en 1990, cuando, producto de los sismas políticos que vivió ese país por causa del narcotráfico se llevó a cabo una reforma integral del Estado; hay que aclarar en este punto, que originalmente, esa asamblea había sido convocada para reformar la Constitución de 1886, pero declarándose soberana decidió aprobar una nueva Constitución. Abordaremos este punto a profundidad más adelante.

En el caso de Guatemala, todas las constituciones, incluyendo la vigente de 1985, han sido aprobadas por asambleas constituyentes, así fue en 1825 con la Constitución Política del Estado de Guatemala, en 1851 con el Acta Constitutiva de la República de Guatemala, en 1879 con la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, en 1945, 1956 y 1965 con la Constitución de la República de Guatemala, y en 1985 con la Constitución Política de la República de Guatemala, aunque como ya lo mencionamos, algunas de estas no fueron realmente democráticas sino constituciones impuestas por el poder de facto.



### c. El referéndum constitucional

El *referéndum* es el procedimiento por medio del cual se someten al voto popular las leyes o decisiones políticas de especial trascendencia, en este caso, un proyecto de Constitución También es el mecanismo mediante el cual el pueblo ejerce su poder constituyente en forma directa y no indirecta, como es el caso de la Asamblea Constituyente.

Algunas veces el *referéndum* se realiza sobre un proyecto de Constitución elaborado por una Asamblea Constituyente, y otras veces es el poder ejecutivo el que somete al pueblo el proyecto de Constitución De esta última forma se aprobó la Constitución de Francia vigente en 1958.

### d. El plebiscito

La historia del plebiscito se remonta a la antigua Roma, cuando se sometían a discusión algunos asuntos de los tribunos. En la práctica, el procedimiento del plebiscito es similar al *referéndum*, ya que el pueblo directamente elige aprobar o no un proyecto de Constitución es por ello que, algunos autores consideran que ambos son sinónimos.

El referéndum para la aprobación de reformas constitucionales es una figura bastante común en el derecho constitucional contemporáneo. A veces, se le denomina también plebiscito, la identificación entre ambos términos, con los matices que se quiera, ha permitido señalar que, en realidad en los fundamental son sinónimos.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Carbonell. Ob. Cit. Pág. 394



Sin embargo, Naranjo Mesa opina que no son sinónimos y establece algunas diferencias entre ambos procedimientos:

Por una parte, mientras el referéndum se hace sobre un texto ya elaborado de proyecto de Constitución o de reforma Constitucional, o de ley, o de cualquier otro tipo de decisión normativa, para que sea refrendado por el pueblo, el plebiscito generalmente se hace en torno a una pregunta, a una propuesta genérica o, en algunos casos, como ocurre con las dictaduras, a una persona. De este hecho surge otra diferencia: mientras el referéndum supone un clima de plenas garantías y libertades públicas y es un mecanismo propio de democracias bien cimentadas, el plebiscito personal se suele realizar en regímenes autocráticos, en un clima de restricción a las libertades públicas, sobre todo a la de expresión, y tiene por objeto la adhesión o la legitimación del gobernante de turno.<sup>150</sup>

Como vemos, Naranjo Mesa, al igual que la doctrina francesa, es particularmente crítico de la utilización del plebiscito, pero es más debido a que ese instrumento fue utilizado por dictadores como Napoleón Bonaparte o Augusto Pinochet para la aprobación de Constituciones en Francia y Chile, que porque de verdad existan diferencias sustanciales entre este mecanismo y el *referéndum*. En la legislación constitucional comparada, ambos términos se utilizan indistintamente.

Por lo general, tanto en el *referéndum* como en el plebiscito se establece una pregunta a la población sobre la aprobación de la Constitución la cual puede ser respondida por un sí o no, en algunas legislaciones como la guatemalteca el plebiscito y el *referéndum* se regulan en la figura de la consulta popular.

---

<sup>150</sup> Naranjo. Ob. Cit. Pág. 388



### CAPÍTULO III

## 3. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

### 3.1 Cuestiones preliminares

Como se pudo identificar cuando abordamos el concepto de Constitución hay muchas interpretaciones de lo que es y debe ser una Constitución. Por una parte, están las concepciones realistas de la Constitución que plantean que las constituciones reflejan el sistema político y social de un Estado en un momento determinado de su historia. También están las concepciones normativistas de la Constitución para las cuales las constituciones establecen programas políticos y sociales a desarrollarse por parte de los poderes constituidos, en ese sentido, son también una aspiración de Estado, son el “deber ser” del Estado. Esta última forma de entender la Constitución en ocasiones se esgrime como criterio de muchos juristas para evitar la reforma constitucional, bajo el argumento de que “La Constitución no necesita reformas, solo necesita ser implementada”, o “el problema no es la Constitución es que no ha sido bien implementada”, lo cual en ocasiones son frenos para una necesaria reforma constitucional en textos constitucionales que ya no se adecuan a las realidades políticas de un Estado. Por tal razón, es importante tomar en cuenta las palabras del constitucionalista mexicano Miguel Carbonell, que expresa:

El de la reforma de la Constitución es uno de esos temas “encrucijada” del derecho constitucional. En él se percibe como en pocos la frontera difusa entre derecho y política, donde se mezclan consideraciones de orden puramente normativo con otras de carácter filosófico-ideológicas y hasta sociológicas... la actividad de reforma constitucional es un ejercicio más de democracia dentro del Estado constitucional contemporáneo y no un ejercicio cualquiera, pues



ciertamente la actividad reformadora del texto constitucional siempre opera para afectar decisiones que en algún tiempo anterior se han considerado fundamentales por los habitantes de un Estado. Con la reforma constitucional, se modifica la concepción de la “utopía concreta” y el modelo de diseño de vida que el Constituyente había previsto y entendido como deseables para un Estado.<sup>151</sup>

Por supuesto que los constituyentes al aprobar una Constitución la elaboran con un ánimo de permanencia, para que se mantengan vigentes el mayor tiempo posible, y el ejemplo de la Constitución de Estados Unidos, con sus 232 años de vigencia es una aspiración para todo constituyente. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que toda obra humana, incluyendo las constituciones son perfectibles, incluso la Constitución de los Estados Unidos ha sido reformada un total de veintisiete veces desde su promulgación en 1787, siendo la última de ellas en 1971, cuando se decidió bajar la edad mínima para el sufragio a 18 años. Otro ejemplo paradigmático sobre reformas constitucionales es la de México, que en sus 103 años de vigencia ha sido reformada 700 veces, y el artículo 73, relativo a las facultades del Congreso de la República ha sido reformado 50 veces.<sup>152</sup>

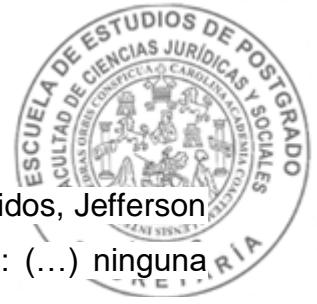
Viene a colación debido a que el criterio de que una Constitución no debe ser reformada es bastante subjetivo. Si bien la pregunta de cuántas veces y qué tan seguido debe ser reformada una Constitución es un tema de debate desde el inicio del constitucionalismo, como bien lo demuestra la correspondencia entre dos de los autores de *El federalista* expuesto a continuación a modo de ejemplo:

---

<sup>151</sup> Carbonell, Miguel. *Sobre la reforma constitucional y sus funciones*”. En Teoría de la Constitución Ensayos escogidos. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. Quinta Edición. México. 2012. Pág. 371

<sup>152</sup> Datos de Lazcano. Ob. Cit. Pág. 230





Escribiendo desde París, donde era embajador de los Estados Unidos, Jefferson le dice a Madison en una misiva del 6 de septiembre de 1789: (...) ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo. toda Constitución y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años. En respuesta a Jefferson, también por medio de una carta, Madison expresa sus dudas sobre la conveniencia de reformar con tanta frecuencia un texto constitucional o de darlo por caducado por el simple relevo generacional. Se pregunta Madison en una carta del 4 de febrero de 1790: "¿Un Gobierno reformado con tanta frecuencia no se haría demasiado mutable como para conservar en su favor los prejuicios que la antigüedad inspira y que tal vez constituyen una saludable ayuda para el más racional de los Gobiernos en la más ilustrada era? ¿No engendraría tan periódica revisión facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar experiencia? La supervivencia de una forma de gobierno debe hallarse, dice Madison, en la utilidad que le pueda suponer para las generaciones futuras; si dicha utilidad no existe, entonces habrá que cambiar la forma de gobierno, pero eso no es algo que se pueda predeterminar con una temporalidad acotada, como lo propone Jefferson.<sup>153</sup>

Al intelectual y revolucionario francés Nicolás de Condorcet, se le atribuye la célebre frase: "Cada generación tiene derecho a gobernar con sus propias ideas". Es decir, los constitucionalistas clásicos tenían una enorme claridad sobre que las constituciones deben irse adecuando a las necesidades de los tiempos, y que una generación que elaboró una Constitución no puede imponer su visión jurídica y política para siempre.

---

<sup>153</sup> Citados por Carbonell. Miguel *Sobre la Constitución viviente*. Revista de estudios constitucionales Vol. 10. No. 2. Santiago de Chile. 2012. Pág 2



El autor Miguel Carbonell llama la atención sobre que los riesgos de la no reforma de las constituciones, da pie para la mutación constitucional vía interpretación judicial, que es mucho más riesgosa pues en ocasiones puede tergiversar totalmente el contenido de la Constitución de acuerdo con los criterios del intérprete, lo que ha dado lugar al concepto de Constitución viviente:

¿Cómo reconciliar los límites que impone una Constitución escrita (y por tanto estática en su texto, en ausencia de reformas al mismo), con una realidad dinámica y siempre cambiante, de forma que la carta suprema pueda ir acompañando a la sociedad a través de los múltiples cambios que experimenta? Obviamente, si todas las cláusulas constitucionales fueran claras en su significado, los problemas serían mucho menores. Algunas de ellas desde luego que lo son, pues contienen mandatos específicos cuyo significado no da lugar a grandes debates. Pero la mayor parte de las normas constitucionales están redactadas en forma de principios y, en esa virtud, su contenido preciso no es fácil de determinar. Para poder aplicar esas normas a casos prácticos, se debe necesariamente llevar a cabo una interpretación.<sup>154</sup>

Lo anterior sirve de introducción a un tema fundamental en la teoría constitucional como lo es el de la reforma a la Constitución. En el presente capítulo intentaremos contestar preguntas como ¿Qué es una reforma constitucional? ¿Quién puede realizar una reforma constitucional? ¿Cómo se realizan las reformas constitucionales en las diferentes constituciones? ¿Existen límites para la reforma constitucional? ¿Qué tipo de límites? ¿Cuándo es conveniente realizar reformas a la Constitución Política? Para ello analizaremos la doctrina en la materia, así como las herramientas que nos brinda la legislación comparada.

---

<sup>154</sup> Ibidem. Pág. 1



### **3.2 Concepto de reforma constitucional**

Podemos definir a la reforma constitucional como todo cambio, modificación, adición, supresión, innovación o variación de cualquier forma que se haga sobre el texto constitucional.

### **3.3 Funciones de la reforma constitucional**

Poco se ha escrito acerca de la importancia que tiene para un sistema constitucional reformarla cada cierto tiempo, sin que nos estemos refiriendo con ello a que exista un lapso determinado en el que haya que hacer tal reforma, sino más bien a que con el paso de los años los fenómenos sociales se van haciendo más complejos y la Constitución en primer lugar, debe velar por no perder la vigencia, estar al día en cuanto al avance que el derecho tiene, los problemas políticos y sociales que se suscitan y que afectan las relaciones políticas de la comunidad. Es decir, la Constitución no puede ser ajena al devenir histórico de la humanidad y del Estado concreto, debe irse actualizando cuando sea necesario, sin necesidad de cambiar sus postulados fundamentales.

Sin deteriorar la normatividad y el sentimiento constitucionales, pero sin detener el cambio cuando sea necesario, la reforma constitucional puede constituir – y constituye de hecho en muchos casos – la mejor garantía del propio sistema constitucional, lo que equivale a decir que la reforma constitucional es también una garantía de la democracia.<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Ob. Cit. Pág. 377



El constitucionalista alemán Peter Haberle, habla de dos tipos de modificaciones constitucionales: las que se hacen para adaptarse a los cambios sociales que se producen en una sociedad y las que se hacen para provocar cambios sociales en una sociedad:

Las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a procesos evolutivos que ya se han producido en los hechos, pero también pueden pretender inducir tales procesos. Deben distinguirse pues la “modificación de adaptación” y la “modificación de creación”. En principio, la duración y la estabilidad parecen hablar en contra de la modificación de la Constitución, pero esta modificación también puede ser útil para la duración y estabilidad de una comunidad cuando son “oportunas”.<sup>156</sup>

Podemos determinar tres grandes funciones que cumplen, o deberían cumplir las reformas constitucionales:

- A. Modernizar el aparato estatal. Una de las principales funciones de las reformas constitucionales es actualizar el sistema de gobierno de un Estado para acoplarlo a las necesidades de una ciudadanía cada vez más exigente y un sistema que privilegia la tecnocracia y meritocracia. Si bien muchos de estos cambios pueden realizarse mediante modificaciones a la legislación ordinaria, por lo general los requisitos y la forma de integración y funcionamiento de los cargos más altos del aparato de gobierno se encuentran regulados en la Constitución. Si bien no nos referimos en este caso a un cambio de modelo del Estado ni a variar de un sistema presidencialista a uno parlamentarista, (pues esto requeriría una nueva Constitución), sí se deben realizar cada cierto tiempo la incorporación de algunos mecanismos para mejorar el sistema de selección,

---

<sup>156</sup> Haberle, Peter. *El Estado constitucional* Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México, 2003. Pág. 140



nombramiento y rendición de cuentas de quienes conforman los altos cargos del aparato de gobierno, por ejemplo, incorporando carreras profesionales en la administración del gobierno, o mejorando los sistemas de selección de las altas autoridades, incorporando principios de probidad, etc.

- B. La incorporación de nuevos derechos o formas de garantizar los derechos ya existentes. Así como en algunas constituciones fue necesario incorporar a los derechos de segunda generación (por ejemplo en Argentina), también los derechos de tercera y cuarta generación (derechos colectivos, sexuales y reproductivos) debieran tener una protección constitucional especial en todas las constituciones. No obstante, es cierto que existen instrumentos internacionales que los regulan, así como algunas constituciones que tienen cláusulas que los incorporan aunque no estén consignados expresamente en el texto (Artículo 44 de la Constitución de Guatemala). En la práctica muchos operadores de justicia y funcionarios del Estado, que son los llamados a proteger los derechos humanos, no los aplican al no estar consignados en el texto constitucional. Pero más importante aún, no es suficiente enunciar los derechos en un texto constitucional, sino establecer también los mecanismos de garantías de los mismos, pues un derecho sin un sistema adecuado de protección de los mismos es letra muerta. Así como al incorporar los derechos de segunda generación el Estado tuvo que crear toda una institucionalidad específica para garantizarlos, así también debe suceder con los nuevos derechos, y esto requiere una reforma constitucional.
- C. Como un proceso democratizador. Desde la perspectiva estructural funcionalista, un Estado es un mecanismo de satisfacción de necesidades sociales, algunas materiales y otras políticas. Si el cuerpo social siente la necesidad de cambios en las estructuras del poder político, social o económico



presionará al Estado para lograr esos cambios que muchas veces requieren procesos constitucionales o una modificación en la Constitución Política. En ese sentido, promover los cambios a la Constitución puede convertirse en una válvula de escape para las peticiones sociales y para prevenir los estallidos sociales que pueden provocarse si estas demandas no encuentren una solución.

Desde luego, los vínculos entre democracia y reforma constitucional son insoslayables. De hecho, la posibilidad de que una Constitución sea reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos por parte de los sujetos a los que pretende regular), en tanto puede ser cambiada, todos deben en principio obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, deben intentar el cambio por la vía constitucional exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba jurídica como legitimación para salir del orden constitucionalmente establecido.<sup>157</sup>

Hay que tener claro que la reforma constitucional nunca debe ser realizada por cuestiones coyunturales, por modas jurídicas o políticas o por conveniencia política de un grupo en el poder. La reforma constitucional puede ser una herramienta importante para la democracia, pero también, si es mal utilizada, puede debilitar la fuerza normativa de la Constitución y, por lo tanto, del sistema jurídico y del Estado.

La reforma constitucional no debe emprenderse para llevar al texto de la Constitución necesidades coyunturales o intereses meramente partidistas. Esas necesidades e intereses deben valorarse junto a los beneficios de la estabilidad constitucional, de su identificación clara por los destinatarios y, en definitiva, por el

---

<sup>157</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Pág. 372



entendimiento de que cumplir la Constitución sin intentar cambiarla (siempre que efectivamente se trate de un cumplimiento y no de un “falseamiento”), aunque suponga ciertas desventajas transitorias, es una de las mejores formas de conservar e incrementar su fuerza normativa.<sup>158</sup>

### **3.4 Características del poder constituyente reformador**

En el capítulo anterior, analizamos la naturaleza jurídica y las características del poder constituyente en general, así como del poder constituyente originario, y aunque también se dieron definiciones sobre el poder constituyente derivado o reformador, conviene en este capítulo ahondar en su naturaleza jurídica y sus características esenciales. Tomando en cuenta que, como establecimos en el capítulo anterior, para muchos académicos no es un verdadero poder constituyente, sino un poder constituido.

Para Lazcano el poder reformador es “un poder constituido pero supraestatal, por lo que podría definirse paralelamente diciendo que es un poder inherente al pueblo o nación, de naturaleza político-jurídica, ejecutor de mecanismo de reformas a la Constitución creada por el poder constituyente”.<sup>159</sup>

Esta doble naturaleza de ser a la vez un poder constituido, se encuentra establecido en la Constitución y es creado por el poder constituyente originario, pero a la vez, puede reformar y, en ese sentido, crear nuevas normas constitucionales, eso es lo que hace que algunos autores nieguen que el poder reformador o poder derivado es en realidad parte del poder constituyente.

---

<sup>158</sup> *Ibíd.* Pág. 376

<sup>159</sup> Lazcano. *Ob. Cit.* Pág. 201



Sin embargo, no puede obviarse que el poder constituyente reformador muchas veces crea normas constitucionales que se sitúan en el mismo nivel suprajurídico que aquellas creadas por el poder constituyente originario, por lo que negar la naturaleza constituyente del mismo obedece más a cuestiones solamente teóricas y no a la realidad constitucional. Es por ello que no comparto en lo planteado por Sachica cuando establece que el poder constituyente reformador es en esencia un poder conservador y no creador, hay varios ejemplos de que los poderes constituyentes derivados o reformadores han creado normas jurídicas innovadoras en los ordenamientos constitucionales, por citar dos ejemplos, el caso del Artículo 14 Bis en la Constitución Argentina, producto de las reformas constitucionales de 1957 y que incorpora los derechos económicos y sociales, o el caso de la reforma al Artículo 251 de la Constitución de Guatemala, reformado en 1993 que crea el proceso penal acusatorio.

Aunque a mi criterio el poder reformador sí es un poder constituyente en el estricto sentido, no es soberano, pues está sometido a las reglas que el poder constituyente originario le impone, así pues, comparto lo que plantea Nogueira Alcalá:

El poder constituyente instituido o poder de reforma Constitucional, a diferencia del poder constituyente originario, nace de la propia Constitución es un poder jurídicamente normado, y reconoce las limitaciones jurídicas que la propia Constitución dispone, aún cuando su producto normativo tiene la misma naturaleza y fuerza normativa de la Constitución<sup>160</sup>

Lazcano señala como características del poder constituyente reformador las siguientes:

---

<sup>160</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. *Poder constituyente y reforma constitucional, enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno*. En el control del poder, homenaje a Diego Valadés, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, Primera edición, México, 2011. Pág. 469





- Es una atribución indeclinable del pueblo, y actúa de conformidad con las normas prescritas en la Constitución
- Es un poder constituido, pero es constituyente respecto de los poderes estatales.
- Es un poder representativo.
- Es un poder de decisión y no de ejecución.<sup>161</sup>

A estas características se debe agregar que es un poder de carácter permanente, pues en cualquier momento el pueblo puede hacer reformas a la Constitución esta característica se presenta, aunque existan algunas constituciones que tengan limitación temporal para hacer las reformas, pues pasado el plazo establecido para las mismas la facultad reformadora se mantiene.

Estableciendo las características del poder constituyente derivado, se podría decir que son las siguientes:

- Es un poder limitado, no es soberano como el poder constituyente originario, pues esta limitado por este.
- Es un poder constituido, pues el constituyente originario es quien lo crea, pero es superior a los otros poderes constituídos del Estado, su función es hacer reformas a la Carta Magna que pueden modificar a los otros poderes constituídos.
- Es un poder permanente, en cualquier momento el pueblo o sus delegados pueden hacer reformas a la Constitución aunque en ocasiones se pongan plazos temporales en los que no se pueden hacer reformas.
- Es un poder de carácter legislativo, de decisión y no de ejecución.

---

<sup>161</sup> *Ibidem*. Pág. 204



### 3.5 Los tipos de reforma constitucional

La reforma Constitucional puede ser de dos tipos: parcial, también llamada limitada o específica, o total, también llamada completa, integral o absoluta. La reforma total, en realidad, no es una reforma sino una sustitución de una Constitución por otra nueva, sin embargo, como veremos más adelante algunas legislaciones reconocen la reforma total.

La reforma es parcial cuando solo se modificarán alguno o algunos artículos de la Constitución, aunque estos artículos sean considerados fundamentales. También es reforma parcial cuando se aprueban uno o dos artículos nuevos de la Constitución. Todas las constituciones contemplan el mecanismo para realizar reformas parciales.

Para Ricardo Guastini, existen tres tipos posibles de reforma constitucional: a) la introducción de una norma nueva, b) la supresión de una norma preexistente, c) la sustitución de una norma preexistente (es decir la supresión de una norma vieja combinada con la introducción de una norma nueva).<sup>162</sup>

La reforma es total o absoluta cuando se pretende reformar toda la Constitución, es decir, aprobar una nueva Constitución. Algunas constituciones no contemplan la reforma total o absoluta, por ejemplo, México, Estados Unidos de América y Guatemala, pues estas constituciones tienen un ánimo de permanencia indefinida en el tiempo. Algunas otras sí contemplan mecanismos para su reforma total, como Bolivia, Nicaragua y Costa Rica.

Varios autores plantean, con razón, que la reforma total de la Constitución no puede considerarse una reforma, sino la instauración de un nuevo orden constitucional: “Una

---

<sup>162</sup> Guastini. Ob.Cit. Pág 105.



cosa es la simple reforma constitucional, otra – aunque sea enmascarada – es la instauración de una nueva Constitución. Una cosa es el ejercicio de un poder constituido (el poder de reforma), y otra es el ejercicio del poder constituyente.<sup>163</sup>

Aunque la reforma constitucional sea de carácter parcial, sí puede trastocar ciertos elementos fundamentales de la Constitución que modifiquen la esencia de la misma, por ejemplo, el Artículo que establece el tipo de Estado, o la forma de gobierno, a esto se refiere el autor citado cuando expone: “una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica, otra cuestión es modificar el “espíritu” de la Constitución existente, o sea, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan”.<sup>164</sup> Esta reflexión nos lleva al tema de los límites de la reforma constitucional que será abordado a detalle más adelante.

Se debe definir como reforma constitucional entonces la introducción, supresión o sustitución de normas no fundamentales en la Constitución entendiendo como normas fundamentales de la Constitución aquellas que no modifican sustancialmente el conjunto de valores ético-políticos en las que se cimienta el ordenamiento jurídico de un Estado.

La reforma total a la Constitución no puede entenderse como una reforma, sino como la aprobación de una nueva Constitución. Sin embargo, como se analizará más adelante, varias constituciones modernas contemplan dentro de los artículos referentes a la reforma constitucional la vía establecida para su reforma total. Por lo que, aunque doctrinariamente no pueda hablarse en estos casos de reforma constitucional en el ordenamiento jurídico de estos países, sí se considera como tal.

---

<sup>163</sup> *Ibidem*. Pág. 104

<sup>164</sup> *Ibidem*. Pág. 104



### 3.6 La iniciativa para la reforma constitucional

La iniciativa de reforma constitucional es el primer paso para la reforma, y es la facultad de presentar una propuesta de modificación a la Constitución con la que se activa el poder constituyente de reforma. La facultad de proponer reformas a la Constitución está establecida por el poder constituyente originario, en la propia Constitución la cual puede ser una propuesta completa, parcial, o simplemente un conjunto de ideas sobre lo que hay que modificar en la Constitución

Naranjo Mesa explica la importancia del tema de la iniciativa de la reforma constitucional:

Uno de los medios para lograr una mayor estabilidad para una Constitución es el de limitar la posibilidad de emprender reformas a la misma. Por lo general se confiere este derecho al órgano del Estado al cual se quiere dar, en un sistema determinado mayor preponderancia política. Así, en el sistema presidencial la iniciativa de la reforma es compartida entre las ramas ejecutiva y legislativa, cuando no se le da exclusivamente al gobierno, lo cual resulta a todas luces antidemocrático, en tanto que en el sistema parlamentario se le da, generalmente con exclusividad al Parlamento. Pero si lo que se quiere es ampliar la democracia, a través de una mayor y más directa participación ciudadana en materia tan trascendental como esta, la iniciativa debe dársele también al pueblo.<sup>165</sup>

De igual modo, se pronuncia Miguel Carbonell:

La iniciativa de reforma, dentro de cualquier procedimiento de creación normativa, tiene una importancia fundamental. El sujeto que tiene la facultad de

---

<sup>165</sup> Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 393



iniciar un procedimiento de reforma constitucional tiene la posibilidad de fijar la agenda del poder constituyente derivado, es decir la posibilidad de determinar el momento y el contenido que deben tener las reformas.<sup>166</sup>

Podemos ver entonces, que es típico de los sistemas autoritarios que la reforma solo pueda provenir del ejecutivo, mientras que un sistema es más democrático si permite que la población directamente pueda proponer reformas a la Constitución.

En ese sentido, Naranjo Mesa plantea que la iniciativa de reforma puede ser restringida, compartida o popular. Es restringida cuando se establece en forma exclusiva como potestad del gobierno, ya sea al ejecutivo o al legislativo. Es compartida cuando la potestad la tienen el parlamento y el ejecutivo. Y finalmente, es popular cuando se le da al pueblo también esta facultad.

En la mayoría de constituciones la reforma constitucional puede provenir de una o varias de las siguientes fuentes:

- a. El parlamento o Congreso de la República.
- b. El presidente.
- c. El pueblo.
- d. Otras instituciones del Estado.

### **3.6.1 Iniciativa por el parlamento o Congreso de la República**

En todas las constituciones analizadas el parlamento o Congreso de la República tiene la facultad de proponer reformas a la Constitución lo que parece lógico pues el Congreso de la República es un ente elegido directamente por el pueblo y representa en buena medida sus necesidades, aspiraciones y deseos.

---

<sup>166</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Ob. Cit. Pág. 394



A diferencia de la legislación ordinaria, que en la mayoría de constituciones puede ser presentada por un diputado, algunas constituciones establecen que las reformas constitucionales solo pueden ser presentadas por un grupo de diputados.

### **3.6.2 Iniciativa presentada por el presidente**

En muchas constituciones, principalmente las de Estados con tipo de gobierno presidencialista, se permite que el presidente de la República tenga iniciativa para proponer reformas a la Constitución. Esto es debido a que, en estos sistemas, el presidente, al igual que el Congreso de la República, es elegido popularmente, por lo que, también es representante directo del poder soberano del pueblo. Esto implica que en estos Estados el presidente tiene funciones de poder constituyente derivado en forma conjunta con el Congreso de la República.

Aunque el Congreso de la República sigue siendo el poder del Estado que por su propia naturaleza tiene la iniciativa de reforma constitucional, actualmente muchas constituciones establecen la facultad al presidente, ya sea solo o en consejo de ministros, para presentar propuestas de reformas a la Constitución.

### **3.6.3 Iniciativa popular**

El titular tanto del poder constituyente originario, como del derivado o reformador es el pueblo, es por ello que, parece no solo lógico, sino también legítimo, que en muchas constituciones se permita a los ciudadanos presentar propuestas para la reforma a la Constitución.



Sin embargo, esto también presenta algunas dificultades prácticas. En principio ninguna Constitución permite a una persona en lo individual presentar propuestas de reformas a la Constitución en todas las normas fundamentales en las que se permite que el pueblo presente directamente propuestas de reforma se establece un número mínimo o un porcentaje de ciudadanos que pueden proponer la reforma. En algunas constituciones más recientes como la colombiana de 1991, se permite también que algunas organizaciones populares de carácter local o sectorial presenten propuestas de reforma.

En la práctica las propuestas que provienen de la población puede ser el texto de un artículo constitucional o un texto completo de reformas, e incluso una nueva Constitución a la que se acompañan las firmas de los que la proponen.

En el anexo 1 se presenta un cuadro en el que se establece el número mínimo o porcentaje de ciudadanos necesario en cada Constitución para presentar reformas en ella.

#### **3.6.4 Iniciativa presentada por el poder judicial o el tribunal constitucional**

Aunque es un caso muy atípico, también se da la posibilidad de que la iniciativa de reforma constitucional sea presentada por el poder judicial o el tribunal constitucional, en ese sentido cabe notar que estos entes no tienen la misma legitimidad popular, pues rara vez son electos por el pueblo y no los representan directamente, sin embargo, si se reconoce la especialización en el tema jurídico legal, especialmente en los tribunales constitucionales, lo que los legitima en algunas legislaciones para contar con capacidad de presentar la iniciativa de reforma.



### **3.7 Los procedimientos para la reforma constitucional**

Los procedimientos para la reforma constitucional son los mecanismos jurídicos por medio de los cuales actúa el poder constituyente derivado para hacer reformas a la Constitución política.

Una de las principales diferencias entre el poder constituyente derivado o reformador y el poder constituyente originario, es que este último, debido al carácter soberano y autónomo de su funcionamiento, tiene la libertad absoluta de plantear como funciona, sin ataduras jurídicas, aunque por lo general actúa mediante la figura jurídica de la asamblea nacional constituyente, o mediante una convención especial que es elegida para redactar una nueva Constitución. En cambio, el constituyente derivado depende de la forma específica que el poder constituyente originario haya determinado para la reforma constitucional, es decir que cada Constitución tiene una forma jurídica distinta de organizar el poder constituyente derivado.

El tema del procedimiento es uno de los más importantes dentro del tema de las reformas constitucionales, casi tan importante como el de las reformas mismas, toda vez que determina aspectos como la posibilidad o no de la discusión sobre los contenidos de la reforma constitucional, la participación ciudadana e incluso la legitimidad de las mismas, es por ello que autores como Bryce ha señalado que la regulación del procedimiento de reforma constitucional es la parte más importante de cualquier carta fundamental:

En la reforma constitucional, el procedimiento adquiere una relevancia máxima, quizá solamente equiparable a la importancia del propio procedimiento legislativo parlamentario, piénsese, por un momento, en la trascendencia de otorgar o no a ciertos sujetos la iniciativa de reforma o en la existencia o no de la





ratificación popular a través del referéndum, o bien, finalmente en las dificultades prácticas que puede representar un procedimiento de reforma excesivamente rígido.<sup>167</sup>

Uno de los temas centrales respecto al procedimiento de reforma constitucional es el relativo al órgano del Estado sobre el cual recae el peso de la reforma, y se plantea de esta manera, pues en muchos sistemas la responsabilidad es compartida entre varios órganos. Sin embargo, la variedad de los sistemas de procedimientos es tan amplia que es muy difícil ejemplificarlos todos.

De hecho, en la historia del constitucionalismo se observan tantas variedades configurativas de la reforma constitucional que es difícil establecer pautas generales que la identifiquen de manera unívoca, más allá de las obvias que existen en cualquier sistema con una Constitución rígida. De esta forma, la reforma constitucional, vale insistir en ello, debe ser estudiada y comprendida a la luz de las disposiciones particulares de cada orden constitucional concreto. Ahora bien, ante la imposibilidad de exponer todos los sistemas de reforma constitucional que existen en la actualidad, debe optarse por aquellos que puedan ser los más representativos. Como toda elección subjetiva, la que aquí se hace no deja de ser en alguna medida arbitraria.<sup>168</sup>

Los órganos más comunes a los que en los diferentes sistemas se les da la facultad para elaborar y aprobar las reformas constitucionales son:

- a. El parlamento.
- b. Un órgano especial, el cual puede ser una convención o una Asamblea Constituyente.

---

<sup>167</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Pág. 37

<sup>168</sup> *Ibidem*. Pág. 380



- c. El pueblo, mediante un plebiscito o un *referendum*.
- d. Sistema mixto, donde intervienen dos o mas de los anteriores.

El tema del órgano que ostentará el poder constituyente derivado es de naturaleza esencial en la democracia como lo plantea Lowenstein:

La ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible (...) deben participar en ella el gobierno, el Parlamento y el pueblo organizado como electorado.<sup>169</sup>

Otras corrientes también afirman que, aunque el poder constituyente reformador es un poder constituido, es necesaria una separación entre este y los otros poderes constituidos establecidos en la Constitución pues son poderes de jerarquía y funciones diferentes:

Si se acepta que el poder reformador es un poder distinto al resto de poderes constituidos, conviene que esa diferencia se proyecte, cuando menos, en la distinta integración o funcionamiento de uno y otros, es decir, que ningún poder constituido pueda identificarse en cuanto a “órgano” con el poder revisor de la Constitución<sup>170</sup>

A pesar de la diversidad de sistemas para reformar la Constitución se puede caracterizar los procedimientos o mecanismos más comunes para integrar el poder constituyente de reforma; siguiendo a Nogueira Alcalá estos se pueden agrupar así:<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> Citado por Carbonell. Ob. Cit. Pág, 386

<sup>170</sup> *Ibidem*. Pág. 386

<sup>171</sup> Nogueira. Ob. Cit. pág 470



- a. Sistema de decisión parlamentaria única.
- b. Sistema de doble deliberación parlamentaria.
- c. Sistema de deliberación de dos parlamentos sucesivos.
- d. Sistema de decisión parlamentaria y *referendum* por decisión del cuerpo político de la sociedad.
- e. Sistema de debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una convención o Asamblea Constituyente.

A estos sistemas antes planteados por Nogueira podemos agregar otros mecanismos de aprobación de las reformas:

- f. Sistemas donde el poder ejecutivo interviene en la aprobación de la reforma.
- g. Sistemas en los que el poder judicial interviene en la aprobación de la reforma.
- h. Sistemas mixtos.

A continuación, explicaremos a grandes rasgos cada uno de estos modelos:

### **3.7.1 Sistema de decisión parlamentaria única**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A1. En este sistema la reforma a la Constitución es aprobada directamente por el parlamento o Congreso de la República Nacional, ya sea este de tipo unicameral o bicameral. Generalmente esa decisión se toma por medio de una mayoría calificada, en algunas legislaciones es de dos terceras partes y en otras es de tres quintas partes de sus miembros.



Este método es bastante común y es por ello que, los teóricos del Poder Legislativo incluyen dentro de las funciones típicas del mismo, el de ser un poder constituyente derivado, tal como lo hace Vladimiro Naranjo:

En muchos países la Constitución confía al Parlamento o Congreso de la República el poder constituyente derivado, esto es la facultad de hacer reformas a la Carta. Esta facultad, quizá la de mayor trascendencia que pueda tener el parlamento, se le otorga o bien de manera exclusiva o compartiéndola con otros órganos del Estado o con el pueblo mismo, es decir, combinándola con los procedimientos de la democracia directa. Cuando los parlamentos o congresistas se abocan una reforma constitucional actúan no como legisladores sino como constituyentes. Por lo demás, los procedimientos que utilizan en este caso son procedimientos especiales, diferentes a los utilizados para la formación de la ley.<sup>172</sup>

Pero además del procedimiento especial para aprobar las reformas constitucionales y la ley ordinaria, también es fundamental en este sistema separar claramente las funciones ordinarias del parlamento y las funciones que cumple como poder constituyente derivado:

En todo caso, es importante que, si existe identidad entre el Poder Legislativo ordinario y el órgano reformador de la Constitución, aparte de los requisitos de las mayorías y del procedimiento dificultado, se disponga constitucionalmente que toda reforma constitucional deba ser expresa, es decir, que siempre quede bien claro en qué momentos el Legislativo actúa como poder constituyente derivado.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 276.

<sup>173</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Pág. 387



Se entiende que el constituyente originario que, establece que el propio Congreso de la República pueda hacer reformas a la Constitución, está delegando en un poder constituido como es el parlamento, la atribución de poder constituyente derivado lo permite, en buena medida, porque el mismo es electo popularmente y actúa en forma representativa del pueblo. Sin embargo, es evidente que este sistema es el menos adecuado para la reforma constitucional, pues en primer lugar el Congreso de la República Nacional, aunque es electo popularmente, no tiene el mandato específico directo de hacer cambios en la Constitución como sí lo tendría una convención o asamblea constitucional convocada para el efecto, en ese sentido, algunos autores como Nogueira Alcalá cuestionan el “riesgo de que el órgano parlamentario no exprese auténticamente la voluntad popular, tergiversando la voluntad del cuerpo político de la sociedad”.<sup>174</sup>

Pero, sin duda, el mayor problema de este sistema lo representa el hecho de que los Congreso de la Repúblicas nacionales cambian y dependen de elecciones generales que se realizan cada cierto tiempo, y que muchas veces están integrados por políticos que actúan en forma coyuntural, por lo que dejar en manos de estos la reforma del Estado no pareciera ser lo más adecuado. Este problema disminuye un poco en el caso de los sistemas parlamentarios, donde existen dobles cámaras y la reforma debe pasar al senado o cámara alta luego de haber sido aprobada por el Congreso de la República o cámara baja, esto permite una doble revisión, mayor representatividad y reflexión sobre el contenido de la reforma, especialmente porque en la mayoría de sistemas que cuentan con doble cámara, la cámara alta está conformada por parlamentarios con mayor experiencia o más jerarquía dentro de la organización política.

---

<sup>174</sup> Nogueira Alcalá. Ob. Cit. Pág. 470



### **3.7.2 Sistema de doble deliberación parlamentaria**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A2. La diferencia entre este sistema y el de decisión parlamentaria única, es que se exige una mayor discusión del proyecto de reformas, este puede ser separado por un intervalo definido en la Constitución o por la necesidad de que la decisión se tome en debates separados. En cuanto al período de tiempo, este puede variar de unos días a meses o incluso años.

En síntesis, este sistema sigue teniendo los mismos problemas que el anterior, es decir, la poca representatividad del Poder Legislativo en cuanto a la voluntad constituyente del pueblo y su vinculación político partidista coyuntural, más vinculada a elecciones por el poder político y a ofertas de campaña coyuntural que a una reflexión seria sobre el modelo constitucional. Además, el lapso que media entre las discusiones del proyecto de reforma, que por lo general es tan solo de algunos meses, no garantiza una mayor reflexión sobre los alcances de una reforma constitucional.

Al igual que el sistema de decisión parlamentaria, la única ventaja de este sistema es que causa muy pocos gastos al Estado, pues el parlamento es un órgano permanente y que ya funciona normalmente. Además, este sistema permite una mayor celeridad en la aprobación de las reformas, lo cual puede ser muy importante para un grupo en el gobierno que tenga dentro de sus planes la reforma constitucional.

### **3.7.3 Sistema de deliberación por dos parlamentos sucesivos**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A3. En este sistema siempre se mantiene el poder constituyente derivado en forma absoluta en el parlamento o Congreso de la República, quien tiene la facultad de aprobar las



reformas. Sin embargo, para su aprobación se exige que la misma sea evaluada por dos legislaturas diferentes, es decir, una legislatura puede presentar la moción de la reforma y comenzar a discutir la propuesta, pero la misma debe ser aprobada por la siguiente legislatura.

La ventaja de este sistema, es que permite una mayor deliberación sobre la reforma constitucional, y aunque es un órgano eminentemente político como el Congreso de la República el que la aprueba, al ser dos legislaturas diferentes, separadas por un período que puede ser de varios años, permite mayor reflexión sobre la misma, evitando el riesgo de reformas de tipo coyuntural, incluso permite que sean partidos distintos, con ideologías distintas las que controlen el Congreso de la República durante las dos legislaturas, con lo que la reforma no estaría sujeta a una sola visión política partidista.

Un aspecto interesante, es que en este sistema la voluntad popular juega un papel indirecto en la aprobación de la reforma constitucional, pues al mediar una elección de por medio se le da la oportunidad al soberano de elegir a sus representantes en el Congreso de la República, sabiendo que se discute una reforma constitucional, por lo que seguramente parte de la oferta y del debate político de los partidos durante el proceso electoral será su posición respecto a la reforma constitucional que se deberá discutir durante el nuevo período legislativo. Esto también plantea una dificultad práctica, es común que en los países que utilizan este sistema y donde hay un cambio de partido de gobierno, el nuevo abandone la propuesta de reforma impulsada por el anterior gobierno.

Existen dos variantes para este sistema. La primera es la utilizada en Estados con gobiernos presidencialistas y es donde se debe esperar a que termine el período de la legislatura que aprobó las reformas, celebrar elecciones y luego integrar la segunda



legislatura que deberá conocer nuevamente las reformas. La segunda variante, es común en Estados con gobierno de tipo parlamentario y, es que, una vez aprobadas las reformas, la legislatura que las aprobó es disuelta y se convoca inmediatamente a elecciones para formar la nueva, la cual tiene como primer asunto a tratar volver a conocer la propuesta de reformas. Al final, el objetivo de que sea una nueva legislatura electa para el efecto se cumple con cualquiera de las dos variantes

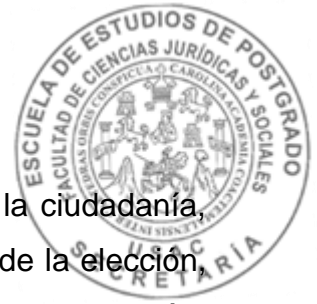
#### **3.7.4 Sistema de aprobación parlamentaria y referendo popular**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A4. En este sistema el poder constituyente se distribuye en dos órganos distintos: el parlamento y el pueblo, quien tiene la decisión definitiva. En efecto, bajo este procedimiento se da primero una decisión parlamentaria donde este órgano, actuando como poder constituyente reformador, elabora o discute la propuesta de reforma constitucional, la cual puede ser aprobada mediante una sola lectura o por medio de dos o más lecturas.

Pero la decisión definitiva y, en ese sentido, la voluntad del poder constituyente reformador se da por la decisión del cuerpo político de la sociedad, es decir, el pueblo, mediante un referendo por medio del cual se aprueba o imprueba la propuesta de reformas a la Constitución. En ese sentido, este sistema se puede dividir en dos etapas, la primera deliberativa llevada a cabo en el parlamento, y la segunda de carácter eminentemente decisoria que se lleva a cabo en las urnas.

Este sistema tiene la ventaja de representar la voluntad inequívoca del cuerpo político de la sociedad, quien toma la decisión directamente por medio del *referéndum*, sin necesidad de intermediarios, sin embargo, plantea también una serie de dificultades que lo hacen ser el más costoso económicamente.





En primer lugar, se deben desarrollar mecanismos para garantizar que la ciudadanía, es decir el soberano, sea informada adecuadamente de las alternativas de la elección, y de la dimensión y posibles consecuencias de la reforma sometida a su consideración. En ese sentido si el poder político de turno está interesado en la aprobación de la reforma es muy probable que se de esta información, y que se genere todo un mecanismo de propaganda sobre las mismas, lo que conlleva también un gasto de recursos del Estado. Si, por el contrario, no hay un verdadero interés en la aprobación de esta, seguramente la información no será la suficiente para motivar al pueblo a apoyar la reforma en las urnas.

Por lo tanto, el traslado de la información que representa una reforma Constitucional para que esta sea conocida y aprobada por el pueblo conlleva un importante esfuerzo de mediación pedagógica y de síntesis, que se hacen más complejo aún en pueblos como la mayoría de los países latinoamericanos con poca cultura de lectura y menos aún capacidad de comprensión de temas complejos de derecho constitucional o Teoría del Estado. En el mundo moderno, la proliferación de las redes sociales con la cantidad de información tanto falsa como verdadera respecto cualquier tema y la posibilidad de que cualquier persona sea una formadora de opinión presenta tantos retos como oportunidades, para los impulsores de las reformas por esta vía.

Además, el referendo debería realizarse en forma transparente y limpia, para que sea la verdadera expresión del soberano poder constituyente, y esto implica una serie de condiciones tales como un padrón electoral verificado, autoridades electorales autónomas, eficientes y probas, juntas electorales independientes conformadas por ciudadanos, mecanismos de seguridad para evitar fraudes en la elección, es decir, todas las garantías de un proceso electoral.



En síntesis, este método es el más directo a expresar la voluntad inequívoca del soberano constituyente, pero también es el más oneroso y complejo de implementar, sobre todo en una era en que la información no verificada circula libremente.

### **3.7.5 Sistema aprobación por parte de una convención o Asamblea Constituyente**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A5. Este sistema de reforma constitucional se caracteriza por no involucrar al Congreso de la República o parlamento ordinario, sino que se convoca a una Asamblea Constituyente o a una Convención especialmente elegida para la única tarea de elaborar y aprobar las reformas a la Constitución, esta asamblea o convención sería la que posee el poder constituyente derivado.

Dentro de las ventajas de este sistema se presenta la especialidad del ente encargado de elaborar las reformas, dado que la única tarea de esta convención o asamblea es elaborar y discutir las mismas, hay menos involucramiento en cuestiones coyunturales y políticas partidistas, lo que permite una mayor discusión y reflexión para el poder constituyente.

Además, como se explicó anteriormente, la convención o asamblea es la forma jurídica comúnmente utilizada por el poder constituyente originario para elaborar la mayoría de las constituciones es por ello que al establecer una asamblea o convención para el poder constituyente derivado pareciera ser lo más lógico, ya que sus decisiones finalmente tendrán la misma fuerza normativa que las de la asamblea originaria.

Aunque presenta muchas ventajas, este sistema también conlleva algunas dificultades, en primer lugar, se debe convocar a una elección popular específica para elegir a los



miembros de la asamblea o convención, lo que conlleva gastos de recursos para el Estado. Además, la elección se llevaría a cabo por el mismo sistema de partidos políticos lo que conllevaría indefectiblemente una politización de la elección, aunque más ideológica y menos personal, debido a que no se estaría eligiendo un presidente o representante político para un cargo determinado sino a un representante que deberá discutir la propuesta de reforma constitucional.

Al igual que en el sistema de decisión por *referéndum*, la elección de los representantes de la asamblea debe llevarse a cabo mediante un sistema electoral que garantice la pureza y transparencia de las elecciones, lo que implica las garantías a las que ya se hicieron mención cuando analizamos ese sistema.

Este modelo tiene dos variantes, dependiendo si se refiere a una Asamblea Constituyente o a una asamblea proyectista. En el primer caso la Constitución es aprobada directamente por la propia asamblea o convención y entra en vigor después de esto, en el segundo caso si la Constitución redactada por la asamblea o convención debe pasar a ser aprobada por el pueblo a través de un *referéndum* o plebiscito.

Un punto importante para tomar en cuenta sobre este sistema es que, se recomienda que se establezcan claramente los límites de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en aquellos casos en los que funcionarían al mismo tiempo dos poderes legislativos: la Asamblea Constituyente y el Congreso de la República o Parlamento, esto debido a que pueden incurrir en competencia o confusiones. La historia constitucional tiene ejemplos de asambleas constituyentes que además de aprobar la Constitución, se convirtieron en órganos de gobierno que no reconocían ningún límite jurídico, el caso más famoso es la Convención Revolucionaria Jacobina en 1793 durante la época conocida como “el terror”.



El hecho de que la asamblea reformadora de la Constitución funcione al mismo tiempo que el Poder Legislativo ordinario puede llegar a originar enfrentamientos, en un caso, o duplicidades innecesarias, en otro. Lo primero sucedería, si los miembros del legislativo no pudieran serlo, a la vez, del órgano encargado de realizar la reforma, lo segundo, si fueran sustancialmente los mismos sujetos, ya que entonces estarían pronunciándose en el poder reformador como lo harían en el legislativo ordinario, con lo cual se borrarían, de hecho, las pretendidas diferencias entre uno y otro.<sup>175</sup>

Para evitar estas confusiones es que algunas legislaciones establecen que cuando se convoca a una Asamblea Constituyente se debe disolver al Congreso de la República ordinario, o establecer claramente la temporalidad y especificidad de la asamblea constituyente:

De lo anterior se desprende la exigencia que el sujeto que ejerce la función constituyente sea distinto de los que ejercen las funciones constituidas: en caso contrario se recrearía la condición del ejercicio de un poder en estado puro, un poder ilimitado al margen del derecho. Además, tal poder distinto ha de ser temporal, es decir, debe disolverse apenas ejercida su específica función. Si el soberano perdura en su posición *legibus soluta* se inutilizan todas las reglas del poder político.<sup>176</sup>

### **3.7.6 Sistemas donde interviene el poder ejecutivo en la aprobación de la reforma**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A6. Aunque en esencia el poder constituyente derivado es un poder vinculado al Poder

---

<sup>175</sup> *Ibidem*. Pág. 387

<sup>176</sup> Zagrebelsky. *Ob. Cit.* Pág. 70



Legislativo, en algunos sistemas se incorpora en el procedimiento al Organismo Ejecutivo en algún momento del trámite.

En este sistema, el poder constituyente derivado se encuentra dividido entre dos organismos diferentes, el Congreso de la República y el ejecutivo, ambos poderes constituidos y entre los cuales no existe jerarquía, sino mecanismos de control.

Aunque es normal que el ejecutivo intervenga como ponente de la iniciativa de reformas constitucionales, en este sistema hacemos referencia a los que permiten intervenciones del ejecutivo durante el proceso de aprobación o posterior al mismo, a semejanza del veto presidencial que tienen muchos sistemas jurídicos en la aprobación de la legislación ordinaria.

Se puede, por un lado, argumentar que el poder constituyente originario que estableció este mecanismo y que vincula a dos poderes del Estado, lo hace precisamente para que exista un tipo de control de intrapoderes y evitar la concentración de la función legislativa y la de poder constituyente derivado en el parlamento, promoviendo una adecuada separación en uno de los poderes más importantes de un Estado, como es el de aprobar reformas constitucionales.

Por otro lado, también podría argumentarse que es un resabio de sistemas autoritarios, pues le están otorgando mucho poder al Organismo Ejecutivo, entonces es común que estos sistemas se establezcan en países cuyos procesos constitucionales fueron controlados por el poder ejecutivo y donde el poder constituyente no fue del todo independiente a este.

Lo que tal vez si sea conveniente, es prohibir que el ejecutivo pueda vetar el procedimiento de reforma, prohibición que debe alcanzar tanto a la posibilidad de que



pueda “congelar” una iniciativa, como la de que pueda retrasar o prohibir su entrada en vigor. Esto es especialmente importante en aquellos casos en que se permita la participación popular. La participación del ejecutivo en la reforma constitucional, tanto de *iure* como de *facto*, suele ser mayor en los regímenes autoritarios; de hecho Lowenstein señala que “allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritaria”.<sup>177</sup>

### **3.7.7 Sistemas donde las reformas se someten a aprobación directa del pueblo**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A.7. La diferencia con el sistema A.4 es que la propuesta de reformas no es conocida por el Organismo Legislativo, sino que es directamente sometida a votación popular, donde por lo general, las personas solo pueden aprobar o desaprobar el paquete general de reformas.

Considero que este sistema presenta la dificultad de no tener una discusión seria y jurídica sobre las reformas, sino únicamente la elección popular, que, si bien es legítimo en términos democráticos, es riesgoso en términos jurídicos, pues, recordemos que una reforma constitucional tiene que ver con la forma del Estado, los derechos fundamentales y las obligaciones ciudadanas, aspectos todos, que merecen una discusión profunda antes de ser sometidos a una votación popular.

Sobre este sistema, el autor Miguel Carbonell señala que uno de los riesgos es el de confundir el poder constituyente originario con el poder constituyente derivado, ya que,

---

<sup>177</sup>Ibídem. Pág. 389



si bien ambos provienen de la soberanía popular, uno (el derivado) está sujeto a normas por ser un poder constituido, mientras que el originario no.

La participación política del pueblo en el procedimiento de reforma causa notables enredos, pues en no pocas ocasiones ha querido verse en esa participación el ejercicio no del poder de reforma como poder constituido, sino del poder constituyente originario (...). En ningún momento, la reforma que cuente con la participación del pueblo puede transformarse en un acto de soberanía popular, porque, de lo contrario, estaría violentándose la lógica del Estado constitucional y confundiendo el poder de reforma (como poder constituido y, por tanto, sujeto al derecho) con el poder constituyente originario (este sí soberano y, por tanto, no sujeto a normas)".<sup>178</sup>

Aunque después, el mismo autor acota: "Pueden representar un ejercicio útil para fomentar la educación cívica y reafirmar, a través de la consecución del máximo consenso posible, la integración política que persiguen las normas constitucionales".<sup>178</sup>

### **3.7.8 Sistemas donde interviene el órgano de control de constitucionalidad**

Para efectos del presente estudio este sistema se identificará como sistema A8. También se debe mencionar como un sistema propio de reforma constitucional aquel que incorpora un control previo de constitucionalidad sobre la propuesta de reformas, ya sea este del Organismo Judicial, un tribunal constitucional o cualquier otro organismo del Estado que tenga estas funciones. En estos casos el control de constitucionalidad se efectúa antes de la aprobación de las reformas, ya sea como

---

<sup>178</sup>Ibíd. Pág. 393



parte del procedimiento previamente establecido en la Constitución o mediante una acción constitucional promovida por una persona o entidad legitimada para hacerlo.

En algunas constituciones que contemplan más de un sistema de reformas, es el Tribunal Constitucional o el órgano jurisdiccional el que decide qué sistema debe utilizarse, dependiendo de los artículos que haya que reformar. Este sistema sin duda es uno de los más complejos y cuestionados dentro de la amplia gama de sistemas de reforma constitucional, y conlleva una discusión sobre los alcances del control constitucional en materia de reformas constitucionales. Este tema será estudiado con detenimiento cuando abordemos los límites al poder constituyente derivado.

### **3.7.9 Sistema mixto**

Finalmente, hay que mencionar la existencia de un sistema mixto, que combina algunas de las opciones ya anteriormente mencionadas. Una de las más comunes, es que después de la aprobación de las reformas por parte de la asamblea o convención constituyente, el texto pase a ser aprobado por un *referéndum* democrático, con lo cual se daría una doble validación a las reformas.

Es común que los sistemas mixtos se establezcan porque en un sistema constitucional existen dos tipos de normas: aquellas consideradas fundamentales y para las cuales se prevén mecanismos más rígidos de reforma y las normas no fundamentales para las cuales el sistema de reforma es más flexible.

Este sistema es criticado por algunos constitucionalistas, que consideran que de alguna forma eso crea una especie de jerarquía entre las normas constitucionales:





Lo que hay que contestar primero para estar en capacidad de resolver con éxito la duda del único o doble procedimiento es si, dentro de la Constitución todas las normas son iguales o si hay normas que deben tener especial protección frente a la reforma, en otras palabras, se trata de saber si conviene tener dentro de la Constitución un “núcleo duro” de normas, compuesto casi siempre por los derechos fundamentales y/o por la forma de Estado, o bien que todas ellas puedan ser modificadas con los mismos requisitos (...) De ese debate pueden extraerse argumentos importantes a favor de la conveniencia de crear un solo procedimiento de reforma, de lo contrario al tener dos procedimientos diferenciados, pueden producirse notables disfuncionalidades en el sistema de fuentes, alterando la jerarquía paritaria de todas las normas constitucionales para crear un doble rango dentro de ellas: las que fueran especialmente rígidas se ubicarían en una posición de primacía, mientras que las protegidas por el procedimiento menos rígido quedarían en un segundo escalón”.<sup>179</sup>

Sin embargo, otros constitucionalistas opinan que sí existe jerarquía entre las normas constitucionales, y que eso es, no solamente el fundamento para la existencia de normas pétreas sino también para que existan dos sistemas diferentes de reforma en la misma Constitución dependiendo el tipo de normas que se pretenden modificar:

La Constitución es fuente de derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del derecho. Eso significa que debe reconocérsele eficacia inmediata y directa, en conformidad con los fines que se propone. Esta afirmación, válida en líneas generales, debe ser valorada en relación con las diversas categorías en que pueden subdividirse las normas de la Constitución Si bien todas deben ser entendidas

---

<sup>179</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Pág. 389



*magis ut valeant*, de modo consiguiente a su carácter fundamental, no todas poseen el mismo valor.<sup>180</sup>

### **3.8 Los sistemas de reforma constitucional en la legislación comparada**

Como mencionamos anteriormente, las constituciones de todo el mundo plantean distintos procedimientos para su reforma. A continuación, intentaremos clasificar algunas de las más importantes para nuestro contexto jurídico utilizando la clasificación ya descrita.

#### **3.8.1 Constituciones que se reforman por el parlamento en una decisión única (sistema A.1)**

Dentro de las constituciones que utilizan este sistema de reforma encontramos la de la República Federal de Alemania, que en su Artículo 79 establece:

La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto... Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.

Como vemos, en Alemania hay dos cámaras legislativas, la Bundestag que es la cámara baja o Congreso de la República y que se elige democráticamente por la mayoría de los electores y el Bundesrat, la cámara alta o Senado y que representa a

---

<sup>180</sup> Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 79



los Estados (*Landers*). La reforma Constitucional necesita lograr la mayoría calificada para ser aprobada.

Dentro de este grupo de constituciones, se puede mencionar también la de Portugal, que en su artículo 285 señala que las mismas deberán ser aprobadas con las dos terceras partes del total de diputados. Otras constituciones que utilizan este sistema de reforma son las de Croacia y de Turquía.

### **3.8.2 Constituciones que se reforman por el sistema de doble deliberación parlamentaria (sistema A.2)**

Dentro de las constituciones que utilizan este sistema está la de la República Federal de Brasil, en donde ambas cámaras legislativas deben votar por la propuesta en dos ocasiones, con la mayoría calificada de tres quintas partes de sus respectivos miembros.

Se puede considerar que la República Federal de México también utiliza este sistema, pues el Artículo 135 establece que primero debe votar la reforma el Congreso de la República de la Unión (Federal), y después deben aprobar las legislaturas de cada uno de los Estados:

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 República 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 y de la Ciudad de México.



### **3.8.3 Constituciones que se reforman por la deliberación de dos parlamentos sucesivos (sistema A.3)**

Este modelo es utilizado en varios países europeos, tales como Holanda, Islandia, Luxemburgo, Suecia, Noruega, Finlandia, Grecia. Por ejemplo, en el Artículo 15 de la Constitución Política de Suecia se establece:

Toda ley fundamental se adoptará mediante dos acuerdos de idéntico tenor, no pudiéndose adoptar el segundo hasta que se hayan celebrado elecciones al Parlamento en todo el Reino, después de la primera resolución, y de que se haya reunido el Parlamento Nuevo.

En América, es importante destacar la utilización de este sistema en nuestros países vecinos El Salvador y Honduras. En el caso de El Salvador, el Artículo 248 establece lo siguiente: “La reforma de esta Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los diputados electos”.

Para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se publicará en el diario oficial.

El procedimiento para la reforma constitucional en Honduras es muy similar a la de El Salvador, incluso comparten la necesidad de aprobarse con mayoría calificada de dos tercios del total de diputados en ambas legislaturas; el Artículo 373 de la Constitución hondureña establece:

La reforma de esta Constitución podrá decretarse por el Congreso de la República Nacional, en sesiones ordinarias, con dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros. El decreto señalará al efecto el Artículo o artículos



que hayan de reformarse, debiendo ratificarse por la subsiguiente Legislatura ordinaria, por igual número de votos, para que entre en vigor.

#### **3.8.4 Constituciones que se reforman por el sistema de aprobación parlamentaria y referendo popular (sistema A.4)**

Dentro de las constituciones que utilizan este sistema para su reforma podemos mencionar las de Japón, Polonia y en América la de la República Bolivariana de Venezuela, que en su Artículo 344 establece el procedimiento para la aprobación por parte del Congreso de la República, y el procedimiento para celebrar el *referéndum* constitucional:

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”.

#### **3.8.5 Constituciones que se reforman por parte de una convención o Asamblea Constituyente (sistema A.5)**

Una de las constituciones que utilizan este sistema es la de la República Federal de la Argentina, que exige la necesidad de que la reforma sea aprobada por el Congreso de la República, pero que la elabore una convención constituyente especialmente convocada para el efecto.



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 de la República con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

### **3.8.6 Constituciones donde interviene el poder ejecutivo en el trámite de la reforma (sistema A.6)**

Una Constitución de América Latina donde interviene el poder ejecutivo en el proceso de aprobación de la reforma es la de la República de Chile, en donde el presidente puede incluso oponerse a la reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República en forma parcial o total, como se regula en los Artículos 127 y 128 de la Constitución:

Artículo 127...El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VII, XI, XII o XV, necesitará, en cada cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Artículo 128. El proyecto que aprueben ambas Cámaras pasará al presidente de la República. Si el presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y estas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según



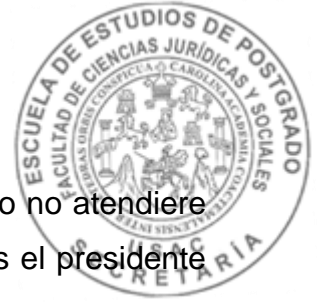
corresponda de acuerdo con el artículo anterior y se devolverá al presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que este consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

Por la particularidad del sistema de reforma chileno considero oportuno ahondar en él. Sin duda nos parece atípico que se de esta especie de diálogo entre dos poderes del Estado, por un lado el Congreso de la República, que tiene la potestad para aprobar la reforma, pero la misma debe ser sancionada por el presidente, como sucede con la legislación ordinaria en nuestro sistema; sin embargo, el presidente también tiene la posibilidad de proponer enmiendas a la reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República, lo que me lleva a plantear que el poder constituyente derivado en Chile se ejerce a través de los dos órganos, del legislativo y del ejecutivo.

Es también importante destacar que la Constitución chilena contempla en el proceso constitucional la convocatoria al soberano por medio de la figura del plebiscito, sin embargo, esta no forma parte del proceso ordinario de reforma, sino únicamente opera en dos casos:

- a. Que el presidente de la república rechazare totalmente la reforma, pero que el Congreso de la República ordene publicarla, entonces el presidente puede convocar al plebiscito para pedir la opinión del pueblo sobre la totalidad de la reforma.



- b. Que el presidente rehaga parcialmente la propuesta y el legislativo no atendiere las recomendaciones del presidente y ordene publicarla, entonces el presidente puede convocar al plebiscito para pedir la opinión del pueblo.

El soberano, entonces, juega un papel de decisión final en el enfrentamiento entre ambos poderes del Estado, algo que me parece adecuado, pues el poder constituyente, así sea el derivado, deviene del pueblo, quien lo delega en los poderes del Estado, ambos con el mismo nivel de representación popular en un sistema presidencialista, pero al haber discrepancia entre los mismos entonces el pueblo tiene la última palabra. Es innegable que el sistema de reforma constitucional chileno está vinculado a que la Constitución fue aprobada en 1980, aún bajo la dictadura de Augusto Pinochet, quien de esta forma se garantizó contar con un poder de veto sobre la reforma constitucional, lo cual lo convierte en un sistema antidemocrático.

El caso de Francia es especial, pues si bien tiene en esencia este sistema de aprobación por el parlamento y después validación de lo aprobado por el pueblo en *referéndum* (Sistema A.4), la Constitución da otra posibilidad, y es que el presidente de la República tiene la facultad de llamar al parlamento convocado en Congreso de la República, es decir un Congreso de la República ampliado con los miembros del parlamento, una especie de súper Congreso de la República, donde se necesita la aprobación por parte de tres quintos de los integrantes, como se establece en el siguiente artículo:

“El proyecto o proposición de reforma deberá ser examinado en las condiciones de plazo fijadas en el tercer párrafo del Artículo 42, y votado por ambas Cámaras en términos idénticos. La reforma será definitiva después de ser aprobada por *referéndum*”.

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a *referéndum* cuando el presidente de la República decida someterlo al parlamento convocado en Congreso de





la República; en este caso, el proyecto de reforma solo quedará aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. La mesa del Congreso de la República será la de la Asamblea Nacional.

Vemos entonces en Francia un sistema donde el presidente de la República tiene la posibilidad de evitar el *referéndum* y llamar a integrar el parlamento convocado en Congreso de la República; si bien en este caso el presidente no tiene poder de decisión sobre la reforma, sí puede disponer que esta no sea sometida al referendo, sino que la vuelva a conocer el parlamento y el Congreso de la República, con lo cual en la práctica sí tiene un importante poder de decisión.

### **3.8.7 Constituciones donde las reformas se someten a aprobación directa del pueblo (sistema A.7)**

Por ser este sistema uno de los más atípicos y riesgosos, no muchas constituciones se adhieren al mismo; en la investigación realizada solo la Constitución de Uruguay utiliza lo utiliza dentro de los diferentes sistemas que contempla, por tener más de un procedimiento de reforma, explicaremos esta Constitución dentro de los sistemas mixtos.

### **3.8.8 Constituciones que para ser reformadas deben pasar antes por un control de constitucionalidad (sistema A.8)**

Por ser este tema uno de los más novedosos dentro del sistema de reformas a la Constitución, tampoco tiene muchos adeptos, en la investigación realizada se pudo comprobar que la Constitución de Ecuador contempla la intervención de la Corte de Constitucionalidad para determinar cuál de los dos sistemas de reforma se utiliza. Por tener más de un procedimiento de reforma, explicaremos esta Constitución dentro de los sistemas mixtos.



### **3.8.9 Constituciones que para ser reformadas utilizan varios sistemas (sistema mixto)**

Hasta ahora hemos analizado constituciones que se reforman con algunos de los diversos sistemas de reforma que propone Nogueira Alcalá. Sin embargo, en la práctica muchas constituciones utilizan más de un sistema de reforma. Algunas veces la utilización de uno u otro sistema depende si se refiere a reformas totales o parciales a la Constitución, sin embargo, en otras ocasiones se establece la posibilidad de usar uno u otro sistema.

Precisamente, la Constitución vigente más antigua del mundo, la de los Estados Unidos de América plantea que para su reforma pueden utilizarse dos sistemas:

1. Reformas propuestas por el Congreso de la República (sistema A.1)
2. Reformas propuestas por una convención convocada específicamente para el efecto (sistema A.5)

Pero al ser también la república federal más antigua que existe, es lógico que las reformas aprobadas por cualquiera de los dos sistemas deben ser ratificadas por las legislaturas de los Estados que la conforman, como lo establece la Constitución en su Artículo 5.

Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso de la República propondrá enmiendas a esta Constitución o, a solicitud de las legislaturas de las dos terceras de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en cualquier caso, poseerán la misma validez como si fueran parte de esta Constitución para todo efecto, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por



medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según el Congreso de la República haya propuesto uno u otro modo para la ratificación.

Nótese que, en el caso de los Estados Unidos de América, al igual que en el caso de la República Federal de México, al ser repúblicas de tipo federal tienden a sustituir los *referéndums* o plebiscitos por la aprobación de las legislaturas de los Estados que conforman la federación.

Otra Constitución que tiene dos opciones para su reforma, y que por su importancia e influencia conviene destacar es la de España, la cual en sus Artículos 167 y 168 establece el procedimiento para su reforma:

#### 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 de la República 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 de la República, 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 II, Sección 1.a, 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.

Podemos ver que España utiliza dos modelos para la reforma constitucional de acuerdo con si las reformas se refieren a temas considerados fundamentales o no fundamentales:

1. En el caso de reformas a temas no fundamentales se utiliza el modelo de aprobación por parte de las dos cámaras del Congreso de la República, y queda la facultad potestativa de someter la aprobación al soberano mediante *referéndum* (sistemas A.1 y/o sistema A.4).
2. En el caso de reforma total de la Constitución, o sobre temas fundamentales tales como la forma del Estado y del gobierno (Título preliminar), los derechos fundamentales (Capítulo II, sección 1era. del Título I) y a la corona (Título II), la reforma deberá ser aprobada por dos parlamentos diferentes y obligatoriamente sometida a *referéndum* para su ratificación (sistema A.3 y sistema A.4).

También una de las constituciones más recientes de América Latina, la de Bolivia, tiene dos procedimientos distintos de reforma:



1. En el caso de las reformas parciales a la Constitución las puede aprobar la Asamblea Legislativa y posteriormente someterlas a *referéndum* (sistema A.4).
2. En el caso de la reforma total de la Constitución o aquella que afecte sus bases fundamentales, derechos, deberes y garantías, deberán ser aprobadas a través de una Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria y el texto constitucional aprobado deberá ser sometido al *referéndum* (sistema A.5).

Ambos mecanismos de reforma están contenidos en el Artículo 411 de la Constitución:

- 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.



En Centroamérica también las constituciones de Nicaragua y Costa Rica contienen sistemas bastante parecidos para la aprobación de las reformas constitucionales.

En el caso de Nicaragua, el artículo 192 establece que para aprobar reformas parciales a la Constitución es necesario la aprobación por parte del Congreso de la República de la República en dos legislaturas diferentes (sistema A.3):

Artículo 192. Tramite de la iniciativa de reforma parcial. La iniciativa de reforma parcial deberá señalar el o los artículos que se pretenden reformar con expresión de motivos; deberá ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de sesenta días. El proyecto de reforma recibirá a continuación el tramite previsto para la formación de la ley. La iniciativa de reforma parcial deberá ser discutida en dos legislaturas.

Y el Artículo 193 de la Constitución de Nicaragua señala que para la aprobación total de la reforma constitucional solo podrá realizarse por una Asamblea Nacional Constituyente (sistema A.5):

193. Trámite de la iniciativa de reforma total. La iniciativa de reforma total seguirá los mismos trámites fijados en el artículo anterior, en lo que sea conducente a su presentación y dictamen. Al aprobarse la iniciativa de reforma total, la Asamblea Nacional fijará un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional conservará su mandato hasta la instalación de la nueva Asamblea Nacional Constituyente.

En el caso de Costa Rica el proceso de reforma parcial, al igual que en el caso de Nicaragua, deberá ser aprobado por dos legislaturas distintas, sin embargo, el Artículo 195 de la Constitución de Costa Rica, adicionado en el año 2002 establece como alternativa a la aprobación por parte de la segunda legislatura a que el proyecto de



reforma sea sometido ante el soberano por medio de un referéndum (Sistema A.3 o sistema A.4).

Artículo 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

- 1) La proposición en que se pida la reforma de uno o más artículos debe presentarse a la asamblea en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados.
- 2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión.
- 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.
- 4) Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la asamblea.
- 5) Acordado que procede la reforma, la asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo.
- 6) El mencionado proyecto pasará al poder ejecutivo, y este lo enviará a la asamblea con el mensaje presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo.
- 7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al poder ejecutivo para su publicación y observancia.



- 8) De conformidad con el Artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a *referéndum* después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

De acuerdo con el Artículo 196 de la Constitución de Costa Rica, para la reforma total se requiere de la convocatoria a una Asamblea Constituyente (Sistema A.5):

Artículo 196.- La reforma general de esta Constitución, solo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del poder ejecutivo.

El caso de Uruguay es paradigmático, pues contiene tres sistemas diferentes de reforma constitucional de los que hemos enumerado y explicado hasta ahora, como lo demostraremos a continuación:

1. En la Constitución de Uruguay se establece el sistema de aprobación de la reforma por parte del parlamento y ratificación por parte del soberano por medio del plebiscito, (Sistema A.4). Para el efecto, el Artículo 331 inciso "d" regula:

La Constitución podrá ser reformada, también, por leyes constitucionales que requerirán para su sanción, los dos tercios del total de componentes de cada una de las Cámaras dentro de una misma legislatura. Las leyes constitucionales no podrán ser vetadas por el poder ejecutivo y entrarán en vigor luego que el electorado convocado especialmente en la fecha que la misma ley determine exprese su conformidad por mayoría absoluta de los votos emitidos y serán promulgadas por el presidente de la asamblea general.





2. También la Constitución prevé la posibilidad convocar a una convención nacional para que apruebe la propuesta de reforma, la cual deberá ser ratificada por el pueblo en plebiscito (Sistema A.5), sobre este punto el Artículo 331 inciso “c” establece:

Los senadores, los representantes y el poder ejecutivo podrán presentar proyectos de reforma que deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los componentes de la asamblea general (...) Aprobada la iniciativa y promulgada por el presidente de la asamblea general, el poder ejecutivo convocará, dentro de los noventa días siguientes, a elecciones de una Convención Nacional Constituyente que deliberará y resolverá sobre las iniciativas aprobadas para la reforma, así como sobre las demás que puedan presentarse ante la convención. El número de convencionales será doble del de legisladores. Conjuntamente se elegirán suplentes en número doble al de convencionales. Las condiciones de elegibilidad, inmunidades e incompatibilidades serán las que rijan para los Representantes (...) Su elección por listas departamentales, se regirá por el sistema de la representación proporcional integral y conforme a las leyes vigentes para la elección de Representantes. La convención se reunirá dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que se haya promulgado la iniciativa de reforma (...) Las resoluciones de la convención deberán tomarse por mayoría absoluta del número total de convencionales, debiendo terminar sus tareas dentro del año, contado desde la fecha de su instalación. El proyecto o proyectos redactados por la convención serán comunicados al poder ejecutivo para su inmediata y profusa publicación (...) El proyecto o proyectos redactados por la convención deberán ser ratificados por el cuerpo electoral, convocado al efecto por el poder ejecutivo, en la fecha que indicará la Convención Nacional Constituyente.



3. La Constitución también prevé en su Artículo 331 incisos “a” y “b” que las propuestas de reformas presentadas sean sometidas directamente a conocimiento del soberano a elección popular sin pasar por el proceso de aprobación en el parlamento (Sistema A.7), la diferencia es que en el inciso “a” la propuesta de reforma procede de un grupo de ciudadanos, mientras que en el inciso “b” la propuesta proviene de legisladores:

A. Por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional, presentando un proyecto articulado que se elevará al presidente de la asamblea general, debiendo ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata (...) La asamblea general, en reunión de ambas Cámaras, podrá formular proyectos sustitutivos que someterá a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular.

B. Por proyectos de reforma que reúnan dos quintos del total de componentes de la asamblea general, presentados al presidente de esta, los que serán sometidos al plebiscito en la primera elección que se realice.

Para que el plebiscito sea afirmativo en los casos de los incisos A) y B), se requerirá que vote por "Sí" la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a los comicios, la que debe representar, por lo menos, el treinta y cinco por ciento del total de inscritos en el Registro Cívico Nacional.

También la Constitución de Colombia contiene tres mecanismos distintos de reforma, en primer lugar, en su artículo 375 establece el sistema de aprobación por dos parlamentos consecutivos (Sistema A.3):

Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el gobierno, diez miembros del Congreso de la República, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados



y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

La Constitución también regula en el Artículo 376 el sistema de reforma constitucional por parte de una Asamblea Constituyente (Sistema A.5):

Artículo 376. Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso de la República podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. Se entenderá que el pueblo convoca la asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

La asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso de la República para reformar la Constitución durante el término señalado para que la asamblea cumpla sus funciones. La asamblea adoptará su propio reglamento.

Finalmente, la Constitución en sus artículos 377 y 378 también regula las reformas a la Constitución mediante aprobación del Congreso de la República de la República y ratificación del soberano mediante plebiscito (Sistema A.4).



Artículo 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso de la República, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Artículo 378. Por iniciativa del gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso de la República, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso de la República incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Analizando el sistema de reforma constitucional en Colombia, es importante hacer notar que cuando las reformas abordan aspectos no fundamentales se utilizan los sistemas A.3 y A.5, mientras que si las reformas abordan temas fundamentales de la Constitución se utiliza el sistema A.4. Sin duda, esto sucede porque el *referéndum* es la forma más legítima de elección, pues participa directamente el soberano en la decisión, mientras que en los otros sistemas son sus delegados, lo que no garantiza plenamente la voluntad popular.



Finalmente, en este pequeño análisis comparativo se debe tomar en cuenta a la Constitución de Ecuador, que sin duda por ser una de las más recientes del continente pues fue aprobada en el año 2008, cuando ya la corriente neoconstitucionalista estaba en boga, incorpora dentro del proceso de reforma a la Constitución a la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, se pone en este apartado de las constituciones con sistemas mixtos pues contempla también tres sistemas de reforma constitucional.

En primer lugar, si la reforma no altera la estructura de la Constitución o el carácter y elementos constitutivos del Estado o no establece restricciones a los procedimientos de reforma de la Constitución, esta puede ser aprobada por la Asamblea Legislativa en dos debates realizados en dos momentos distintos, el segundo de los cuales se realizará un año después del primero (Sistema A.2), como se regula en el Artículo 441 de la Constitución:

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 sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

En el mismo caso de reformas a temas no fundamentales de la estructura del Estado, la Constitución también puede ser aprobada mediante el sistema de aprobación por el Congreso de la República y ratificación por *referéndum* (Sistema A.4), tal como se prevé en el Artículo 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



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.

A diferencia de la Constitución de Colombia que sí establece una jerarquía respecto al sistema A.4 sobre los otros sistemas de reforma constitucional, la de Ecuador no lo hace, ya que las reformas no fundamentales pueden aprobarse por los mismos sistemas. Pareciera ser que, en la forma como están regulados es más expedito el sistema A.4 que el sistema A.2, entonces si el poder ejecutivo está interesado en aprobar una reforma más rápido, podría optar por ese método. Sin embargo, el aporte novedoso de la Constitución ecuatoriana es el rol que juega la Corte Constitucional, que de acuerdo al Artículo 443 es el ente encargado de determinar cuál de los dos sistemas es aplicable al caso concreto: “La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”.

Finalmente, la Constitución de Ecuador contempla un tercer sistema de reforma, y es para el caso de la reforma total de la Constitución, para lo cual deberá ser convocada una Asamblea Constituyente (Sistema A.5); las reformas aprobadas por la asamblea deberán ser ratificadas por *referéndum* según el Artículo 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 y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigor, requerirá ser aprobada mediante *referéndum* con la mitad más uno de los votos válidos.

### **3.9 Los límites de la reforma constitucional**

Uno de los temas centrales de la presente investigación, se refiere a determinar si la actuación del poder constituyente derivado, es decir, la facultad de hacer reformas a la Constitución tiene límites de carácter normativo autónomos, o si, por el contrario, al igual que sucede con el poder constituyente originario solo tiene límites extrajurídicos o heterónomos. Además, nos interesa determinar si en esta facultad de reforma constitucional es importante determinar si, en caso existan, estos límites a la facultad reformadora de la Constitución pueden estar establecidos por el poder constituyente originario o si puede hacerlo un poder constituido. Finalmente, nos interesa determinar hasta qué punto las reformas constitucionales pueden hacerse sobre todo el texto constitucional, aunque cambien el fondo y el sentido de la Constitución.

Estos aspectos han sido poco abordados en la teoría constitucional, pues como lo señala Lazcano Fernández:

Existe una cierta confusión en la doctrina en torno al problema de las limitaciones o ausencia de límites del poder reformador de las constituciones, consecuencia, según esperamos demostrar, de que no siempre se ha separado



con suficiente claridad los conceptos de poder constituyente y poder reformador, función constituyente y función reformadora. Por lo que, en ocasiones, al pensar en las posibles limitaciones del poder y de la función reformadora, se consideren en realidad las del poder y de la función constituyente, por otra parte, es así mismo, frecuente la asimilación del poder y de la función creados, con sus antecesores, todo lo cual es fuente de confusiones.<sup>181</sup>

Sobre los límites al poder reformador existen dos grandes corrientes: la primera de ellas es la corriente ilimitacionista, que establece que el poder constituyente reformador no tiene límites; la segunda es en contraposición la corriente limitacionista, que establece una serie de límites a la actuación del poder constituyente reformador.

### **3.9.1 La corriente ilimitacionista**

No es casualidad que la corriente ilimitacionista de la reforma constitucional haya nacido en Francia; debemos recordar que el Artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 establece que “un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

Así mismo, el primer gran constitucionalista francés Emmanuel Sieyès es un férreo partidario de la reforma constitucional; para este autor: “la nación no puede enajenar ni prohibirse el derecho de reformar la Constitución y, cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho de cambiarla cuando su interés lo exija”.<sup>182</sup>

Para la corriente ilimitacionista, la reforma constitucional no está sujeta a ningún límite, el poder constituyente derivado es soberano para reformar la obra del poder

---

<sup>181</sup> Lazcano, Ob. Cit. Pág. 206

<sup>182</sup> Citado por Lazcano, Ob. Cit. Pág 97





constituyente originario, únicamente se deben seguir las vías reglamentarias para hacerlo que establece la misma Constitución, tal como lo plantea el mismo Sieyès: “Solamente una representación extraordinaria, con facultades específicas para ello, puede modificar la Constitución o hacer una nueva”.<sup>183</sup>

La teoría ilimitacionista se basa en la concepción del poder constituyente derivado como un órgano soberano y autónomo, como lo sostenía Juan Jacobo Roseau en las consideraciones sobre la Constitución de Polonia “no hay nada en la naturaleza de la soberanía que impida que la Constitución se reforme siguiendo las mismas formalidades que se usaron para expedirla”.<sup>184</sup>

Debe notarse que tanto Sieyès como Rosseau son partidarios de la reforma absoluta, pero aclaran que siempre y cuando se sigan las mismas formalidades para la aprobación de la Constitución, es decir, si la Constitución fue aprobada por una Asamblea Constituyente debe ser reformada por ese mismo sistema.

Para el también francés Rene Carré de Malberg lo único que se necesita para que una reforma constitucional sea válida es que se siga el procedimiento indicado en la propia Constitución, incluso según este autor: “Seguido el procedimiento señalado por la Constitución, el poder revisor puede reformar la Constitución en algunos puntos, pero puede, inclusive también derogarla y reemplazarla totalmente”.<sup>185</sup>

George Burdeau, otro eminente constitucionalista francés, también es partidario de la corriente ilimitacionista, pues afirma que el poder constituyente carece de limitaciones:

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, Pág. 97

<sup>184</sup> Citado por Rosanovich, Damian Jorge en *Sabiduría política y praxis gubernativa en J.J. Rosseau*. Revista páginas de filosofía, Año XI, número 13, Buenos Aires, 2010. Pág. 16

<sup>185</sup> Carré de Malberg, Rene, *Teoría general del Estado*. Fondo de cultura económica, vigésima edición, México, 2000, Página 355.



El término poder de revisión no implica de ninguna manera que la autoridad investida con el, solo sea competente para modificar algunas disposiciones de la Constitución. Puede también establecer una Constitución nueva...el poder constituyente del presente carece de derecho de limitar el poder constituyente del futuro.<sup>186</sup>

El punto fundamental de esta corriente es que, no distingue diferencias entre el poder constituyente originario y el poder constituyente de reforma, pues en esencia ambos derivan de la soberanía popular, como lo plantea el autor español Javier Ruiperez:

Circunstancia esta, que, en último extremo, se deriva de la plena, total, radical y definitiva equiparación conceptual que realizan entre el poder constituyente originario, que por definición es poder fáctico, revolucionario, político, existencia, absoluto, soberano e ilimitado en el contenido formal y material de su voluntad, y el poder de reforma.<sup>187</sup>

En síntesis, la corriente que no le pone límites al poder constituyente revisor nace y se desarrolla principalmente en Francia, y lo único que exige es que se siga el mismo procedimiento que para elaborar la Constitución originaria o que dicho procedimiento se encuentre regulado en la misma Constitución. En ese sentido, para esta corriente no existe diferencia entre las facultades del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado o reformador.

---

<sup>186</sup> Lazcano, Ob. Cit. Pág 214.

<sup>187</sup> Ruiperez, Javier. Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del estado y de la Constitución sobre los límites materiales y la revisión constitucional. Editorial Porrúa. Instituto mexicano de derecho procesal constitucional. México. 2014. Pág. 174



### 3.9.2 La corriente limitacionista

Contraria a la corriente ilimitacionista que plantea que el poder constituyente revisor es soberano y, por lo tanto, puede hacer cualquier cambio en el texto constitucional, la corriente limitacionista establece una serie de límites al poder constituyente reformador, es decir que, no considera que este sea soberano al igual que el originario, sino que lo considera un poder menor en jerarquía y por lo tanto con menores facultades.

Uno de los principales expositores de esta corriente es el autor alemán Karl Schmitt, para este pensador:

La facultad de reformar la Constitución contiene tan solo la facultad de practicar en las leyes constitucionales reformas, adiciones, redefiniciones, supresiones, etc. Pero manteniendo la Constitución. No es la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de reforma constitucional”.<sup>188</sup>

Para fundamentar su tesis Schmitt plantea varios argumentos que es conveniente mencionar:

- A. El poder constituyente es el titular de la soberanía, y su función consiste en pronunciar las decisiones, actividad intransferible por razones que es inútil repetir, sin duda, puede delegarse el ejercicio, pero no la potestad misma, por tanto, la asamblea representativa quiere y habla por el titular del poder constituyente.
- B. El poder reformador, como poder constituído, tiene su competencia determinada por su creador en la Constitución la que necesariamente es limitada, y no puede

---

<sup>188</sup> Citado por Lazcano. Ob. Cit. Pág 212.



ser absoluta porque ello equivaldría a una delegación de la facultad que pertenece al soberano y solo a él, de determinar las competencias.

- C. Reformar la Constitución no puede ser una facultad equivalente a destruir para sustituirla por otra, porque después, el poder reformador desaparece, ya que no tiene la categoría de poder constituyente, no se puede pasar de una democracia a una monarquía como forma de Estado, porque el plebiscito que la decretara sería la prueba indubitable de que la nueva monarquía descansa sobre el poder constituyente del pueblo.<sup>189</sup>

Es claro que para Schmitt el poder constituyente revisor no es en realidad un poder constituyente, sino un poder constituido que tiene facultades limitadas para cambiar algunos artículos de la Constitución, pero que a diferencia del poder constituyente originario carece de la soberanía para cambiar temas de fondo de la Constitución, por ejemplo, la forma de gobierno.

El poder de revisión constitucional no es el poder constituyente (o una prolongación suya), como ocurriría si la Asamblea Constituyente nunca se hubiera disuelto. Es un poder constituido, aunque se trate del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual. Por tratarse de un poder constituido, es natural que tenga límites, más allá de los cuales se transformaría en un poder constituyente, en oposición a lo que el mismo poder constituyente ha establecido, y manifestándose, así, como un poder extra y contra *ordinem*. Una posibilidad de este tipo no sería admisible: el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución: si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo

---

<sup>189</sup> Ibidem. Pág. 213



enemigo “los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos”.<sup>190</sup>

Dentro de los autores norteamericanos de la corriente limitacionista, encontramos al célebre William Marbury, quien plantea que cuando el constituyente originario estableció la función de reformar la Constitución no se planteó en la posibilidad de destruirla

No es concebible que el pueblo, al conferir a las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados el poder de hacer enmiendas a la Constitución hubiera entendido que autorizaba la adopción de cualquier medida que a pretexto de enmendar, produjera el efecto de destruir, en todo o en parte, a alguno de los miembros de la unión perpetua (...) el término enmienda implica las adiciones o cambios, dentro de los lineamientos del instrumento original, que tengan por efecto superar, o mejor expresado, llevar a cabo el propósito para el cual fue construido.<sup>191</sup>

Se debe tomar en cuenta que al ser un Estado federal la Constitución de Estados Unidos de América tiene dentro de sus temas principales la autonomía de los Estados que lo conforman, de allí la importancia de los términos de unión perfecta.

Dentro de los autores mexicanos partidarios de esta corriente podemos mencionar a José María Castillo Velasco quien, bajo una perspectiva eminentemente iusnaturalista, planteaba límites claros al poder reformador, principalmente, en materia de los derechos humanos reconocidos por la Constitución; para este autor el constituyente reformador no puede limitar los derechos establecidos por el constituyente originario:

---

<sup>190</sup> Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 73

<sup>191</sup> Lazcano. Ob. Cit. Pág. 2015.



Pero las adiciones y reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos del hombre ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y las consecuencias de ella. Y nunca podrán ser de esta manera, porque esos derechos y la soberanía del pueblo son naturales, proceden de la naturaleza del hombre, son condiciones indispensables de su vida y de su desarrollo: porque la libertad y el derecho no son concesiones de la ley ni del gobernante, sino verdades eternas e inmutables que el gobernante y la ley deben respetar siempre, proclamar siempre y siempre también defender y asegurar.<sup>192</sup>

La corriente limitacioncita ha construido argumentos jurídico-políticos para explicar el porqué es necesario establecer límites para la reforma constitucional, y es para proteger los artículos fundamentales del texto constitucional:

Una función esencial de la reforma constitucional es asegurar, sobre todo a través de la creación de procedimientos agravados o muy agravados de modificación (función garantista), que existen espacios dentro del Estado que están fuera del alcance del poder político. De lo que se trata es de crear bienes constitucionales que no queden al arbitrio de alguna mayoría política contingente, para que ningún sujeto político (como parte del proceso político) pueda disponer por si mismo de la fundamentación misma de la convivencia social, que no es otra cosa que el orden creado por la Constitución y esto con el fin de proteger, por poner un ejemplo obvio, las premisas universalísticas de los derechos fundamentales, que de otra forma quedarían ligados a la concepción – particular – que de ellos tuviera la parte política.<sup>193</sup>

En síntesis, la corriente limitacionista es aquella que no considera en la misma jerarquía al poder constituyente originario y al poder constituyente derivado o

---

<sup>192</sup> *Ibíd.* Pág. 216

<sup>193</sup> Carbonell. *Sobre la reforma.* Pág. 376



reformador, de hecho, para algunos de sus expositores el derivado no debe ser considerado un poder constituyente sino un poder constituido. En consecuencia, el poder reformador no puede contradecir la obra del poder originario y las reformas nunca podrán contradecir aspectos centrales de la Constitución originaria, es decir la función reformadora tiene límites inquebrantables. A continuación, expondremos la caracterización de esos límites.

### **3.9.3 Caracterización de los límites del poder reformador**

En palabras del profesor chileno Nogueira Alcalá, los límites a la reforma constitucional son los “impedimentos que se establecen deliberadamente a la revisión de ciertos contenidos asegurados por la Constitución, imposibilitando así, la reforma o eliminación de dichas instituciones y respetando la continuidad constitucional”.<sup>194</sup>

Podemos definir los límites a la reforma constitucional como el sistema de frenos que se establecen en los textos constitucionales por parte del poder constituyente originario, y que impiden su reforma, modificación, disminución o alteración de cualquier tipo por parte del poder constituyente derivado. Nogueira Alcalá plantea la siguiente clasificación para los límites a la reforma constitucional:

- a. Límites implícitos y límites explícitos
- b. Límites autónomos y límites heterónomos
- c. Límites absolutos y límites relativos

A continuación, expondremos brevemente a que se refieren cada uno de ellos:

---

<sup>194</sup> Nogueira, Ob. Cit. Pág.



### 3.9.3.1 Límites implícitos y límites explícitos

Los límites explícitos, o también llamados expresos a la reforma constitucional, son aquellos impedimentos que se instituyen taxativamente en el texto constitucional para la eliminación o reforma de determinadas instituciones constitucionales. Se consideran los más importantes, pues el propio poder constituyente originario establece que son irreformables; por lo general se refieren a temas fundamentales del texto constitucional, ya sea porque su cambio acarrearía una modificación sustancial a la Constitución, o porque se refieren a temas sensibles para una cultura jurídica determinada.

Por su parte, los límites implícitos son los que no están establecidos taxativamente en el texto constitucional, pero que se derivan del mismo, así como de sus valores y principios fundamentales, y que de reformarse destruirían principios básicos fundamentales del sistema constitucional.

Lógicamente, la dificultad con los límites implícitos es que, al no estar señalados con claridad en el texto constitucional, estos límites están sujetos a la interpretación del poder constituyente reformador, lo cual sería una suerte de autolimitación, o bien, al criterio e interpretación del órgano jurisdiccional que tenga la facultad de controlar la reforma (en los sistemas en que esto se permite).

Los límites autónomos implícitos son aquellos límites que se deducen del sistema constitucional democrático cuya alteración produce una desnaturalización de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional y del régimen político o fórmula política establecido por el constituyente, como son, generalmente, entre otros, el alterar el principio de la autodeterminación del cuerpo político de la sociedad, desconocer la dignidad de la persona humana o desconocer algunos





derechos fundamentales o humanos, alterar la forma de gobierno democrática, o la forma jurídica de Estado de Derecho.<sup>195</sup>

### **3.9.3.2 Límites autónomos y límites heterónomos**

Los límites autónomos son los que tienen su origen en el propio ordenamiento constitucional, por lo que forman parte del propio ordenamiento jurídico del Estado, y estos pueden ser explícitos o implícitos como ya se explicó anteriormente. Estos también son llamados límites internos al Estado.

Por otra parte, los límites heterónomos, también llamados externos al Estado, son los que proceden de un ordenamiento jurídico ajeno al derecho interno y por lo tanto al ordenamiento jurídico nacional. Por lo general, estos límites provienen del derecho internacional o del derecho supranacional, obligando al poder constituyente derivado a respetar y hacer respetar dichos límites.

Como se explicó anteriormente, cuando se abordaron los límites del poder constituyente originario, la corriente neoconstitucionalista y la corriente preponderante en materia de derechos humanos propugnan que, en materia de derechos humanos, el derecho externo representado por los instrumentos internacionales de derechos humanos es superior al ordenamiento jurídico interno, incluso el constitucional, propugnando por una suerte de constitucionalismo mundial o supranacional. Bajo esta lógica, si estos límites supranacionales son aplicables incluso al poder constituyente originario, con más razón lo serían para el poder constituyente derivado.

Una de las críticas a esta doctrina cuando se refiere al poder constituyente originario, es que las decisiones de suscribirse y adoptar un convenio o instrumento internacional de derechos humanos son decisiones tomadas no por el poder constituyente originario, sino por poderes constituidos. Sin embargo, debido a que en la mayoría de los casos el

---

<sup>195</sup> Nogueira. Ob. Cit. Pág 56



poder constituyente reformador es un poder constituido no se entraría en esa discusión teórica ni de supremacía. Está claro que, si el poder constituyente ha establecido dentro del ordenamiento constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos, el poder constituyente reformador no tiene la jerarquía para eliminarlos del texto constitucional.

En todo caso, sobre este punto debe tenerse en cuenta que el poder constituyente reformador tiene prohibido menoscabar, afectar o disminuir los derechos humanos establecidos por el constituyente originario y por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Guatemala, pero sin duda, puede ampliarlos o desarrollarlos, e incluso agregar elementos que perfeccionen estos derechos ya establecidos.

### **3.9.3.3 Límites absolutos y relativos**

Son límites absolutos los que no pueden ser superados por el poder constituyente reformador en ninguna ocasión y bajo ninguna circunstancia. Por el contrario, los límites relativos, también llamados circunstanciales, son aquellos en los que se establecen determinadas condiciones para que puedan reformarse, tales como un período de tiempo en el que no se puede reformar la Constitución o determinados artículos, pero que una vez pasado este período ya puede reformarse. Estos límites absolutos son además de carácter explícito y autónomos.

Sobre la naturaleza de los límites absolutos se pronuncia Zagrebelsky:

A la problemática del contenido constitucional esencial, como producto típico e irrepetible (y por lo tanto inmodificable) del poder constituyente debe vincularse la búsqueda con referencia al ordenamiento constitucional vigente de los principios absolutamente inmodificables (también llamados principios supremos) sustraídos al mismo poder de revisión de la Constitución (...) Los límites a la



modificabilidad de la Constitución remiten a la necesidad de precisar cuáles son los principios constitucionales inmodificables, la parte fija de la Constitución (llamada algunas veces la superconstitución, es decir la Constitución en su parte esencial) cuya modificación, aunque efectuada según el procedimiento de revisión constitucional, comportaría un acontecimiento extraordinario, anticonstitucional en el sentido fuerte de enemigo de la Constitución. Se trata de un problema de derecho positivo: hay que establecer qué es lo que la Constitución prohíbe de manera absoluta. No es un problema político, en el sentido de que haya que discutir sobre que modificaciones serían o no compatibles con la orientación política-espiritual o política-material de la Constitución en su forma inicial. Se trata, pues, de un problema de validez-legalidad y no de legitimidad de las normas de revisión.<sup>196</sup>

Sin embargo, algunos autores afirman que los límites absolutos pueden ser sobrepasados por el sistema de doble revisión, es decir: primero se modifica el procedimiento de reforma, eliminando el artículo constitucional que establece el límite absoluto, y luego, se reforma el contenido que antes era irreformable y que ahora puede ser reformado.

Es evidente, sin embargo, que si aceptamos la doctrina de la supremacía del poder constituyente originario sobre el poder constituyente reformador, estos artículos que establecen la prohibición de reformar otros artículos no podrían tampoco ser reformados pues contienen una prohibición implícita, y, de llevarse a cabo ese procedimiento para reformarlos se estaría actuando en los límites de una ruptura constitucional o de un fraude constitucional, pues si el poder constituyente originario estableció su inmodificabilidad, el poder reformador no puede buscar subterfugios para cambiarlos.

---

<sup>196</sup> Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 73



En ese mismo sentido, se pronuncia Zagrebelsky:

La primera regla del núcleo fijo de la Constitución trata, por razones intrínsecas a ella misma, sobre la modificación de la Constitución. Puesto que las reglas para el cambio de una norma pertenecen naturalmente al presupuesto de dicho cambio, se sigue necesariamente que la regla que establece las condiciones del cambio se sitúa en un nivel de eficacia superior al de la norma que trata de modificarse. La imposibilidad en que se encuentra la ley de revisión constitucional para dictar nuevas normas sobre la revisión que cambien sustancialmente el significado puede aclararse también si se recuerda la regla, según la cual, en un ordenamiento gradualístico como ciertamente, al menos en parte, es el italiano, ninguna fuente puede disponer por sí misma del propio régimen jurídico (efectos, derogación, posición dentro del sistema, etcétera). De ahí se concluye – por razones sustanciales – que la norma que prevé el procedimiento de revisión es conceptual y jurídicamente superior a cualquier norma producida con ese mismo procedimiento. Hay que precisar además que no debería considerarse prohibida cualquier reforma constitucional de las normas sobre la revisión, sino, como ya se dijo, solo la que cambiase sustancialmente el significado y eliminara o redujera el agravamiento del proceso de revisión respecto al procedimiento ordinario de formación de las leyes y, en consecuencia, menoscabara la misma rigidez de la Constitución.<sup>197</sup>

En este caso, el poder Constituyente derivado estaría además modificando la propia norma que establece su propio régimen jurídico para sustraerse a los límites establecidos por el constituyente originario, arrogándose un valor que constitucionalmente no tiene. Tampoco el poder constituyente derivado, que por lo general es un poder constituido puede aumentar sus poderes para hacerlos equivalentes a los del poder constituyente originario. Así, la revisión de las limitaciones

---

<sup>197</sup> *Ibidem*. Pág. 74



impuestas por el poder constituyente originario no está dentro de las atribuciones del poder constituyente reformador.

En este punto, es importante aclarar que el poder constituyente derivado no puede tampoco establecer límites a otros poderes constituyentes reformadores, es decir, no tiene poder de decisión sobre que artículos constitucionales serían no modificables, pues esta es una decisión que solo le compete al poder constituyente originario, como lo explica Nogueira Alcalá:

Respecto de las cláusulas de intangibilidad que determinen la irreversibilidad de instituciones constitucionales establecidas por una reforma de la Constitución conforme al procedimiento de reforma regulado por la Carta Fundamental, constituyen solo una autolimitación del poder, una norma de promesa de reforma que podría ser aceptada o no por el constituyente derivado que operará posteriormente, ya que ningún poder constituyente derivado o poder de reforma constitucional tiene una autoridad superior frente al otro; una reforma constitucional anterior no tiene mayor jerarquía que una reforma constitucional posterior. Solo existe una mayor jerarquía del constituyente originario sobre el poder de revisión constitucional. Así, la intangibilidad solo puede ser asegurada respecto de un poder de revisión de la Constitución si ha sido establecida con la autoridad del poder constituyente originario y con la participación decisiva del cuerpo político de la sociedad, expresado en forma democrática.

En esta perspectiva, cabe sostener que solo el poder constituyente establece la Constitución en sentido material, así como los límites de la reforma constitucional, ya que goza de una prioridad lógica y ontológica. El poder constituido de revisión constitucional, a diferencia del poder constituyente, no



tiene potestad para obligar unilateralmente a un próximo poder de reforma constitucional.<sup>198</sup>

La existencia de límites absolutos para el poder constituyente derivado implica que, estos no pueden ser modificados mientras la Constitución esté vigente, pues fue el poder constituyente originario el que determinó esos límites absolutos y ningún poder constituyente menor al originario, como es el derivado, puede cambiarlos.

Esto implica que si el cuerpo social desea cambiar estos límites considerados absolutos deberá realizarse un proceso constituyente y convocar a un poder constituyente originario, que la elabore. Esa es la única salida legítima.

Tradicionalmente, el concepto de proceso constituyente está asociado a la idea de una revolución o un golpe de Estado que desconozca a la Constitución vigente y convoque a un poder constituyente originario. Sin embargo, la experiencia política de los últimos años en América Latina demuestra que es posible convocar procesos constituyentes y convocar al poder constituyente originario en forma pacífica, para elaborar nuevas constituciones:

Esta concepción no significa que los principios básicos estructurales de un sistema constitucional, instituidos por el poder constituyente, no puedan ser objeto de revisión, o que solo pueden serlo mediante la ruptura violenta del ordenamiento constitucional vía revolución o golpe de Estado. La historia reciente latinoamericana ha mostrado cómo, en forma pacífica y ordenada, el cuerpo político de la sociedad puede pronunciarse por la sustitución del orden constitucional vigente por otro nuevo en ruptura con la idea de derecho expresada por el anterior y generar un poder constituyente originario, que debatirá y aprobará una Constitución ratificada por el propio cuerpo político en

---

<sup>198</sup> Nogueira Alcalá. Ob. Cit. Pág 45



forma democrática. La Constitución de 1991, en Colombia; la Constitución de 1999, en Venezuela; los procesos constituyentes desarrollados en Bolivia y Ecuador durante los años 2007 y 2008 son muestras tangibles del paso de un ordenamiento constitucional a otro sin rupturas violentas y con respeto a la expresión del cuerpo político de las respectivas sociedades.<sup>199</sup>

### **3.10 Los límites a la reforma constitucional en la legislación comparada**

Existen muchos ejemplos de límites constitucionales establecidos en las constituciones del mundo, y aunque la presente investigación no tiene las características de una investigación de legislación comparada, a continuación, se establece a manera de ejemplos, diferentes constituciones, las cuales se pueden agrupar entre las que contienen limitaciones al poder constituyente derivado y aquellas que no contienen límites para su reforma.

#### **3.10.1 Constituciones que establecen límites explícitos y absolutos para su reforma**

Como se mencionó anteriormente, la Constitución de los Estados Unidos de América tiene una limitación explícita para el poder constituyente derivado, el cual se refiere a la igualdad de derechos entre los Estados que conforman la Federación, es por ello que, el Artículo 5 establece la prohibición de hacer reformas que priven a los Estados de la igualdad de voto en el Senado.

---

<sup>199</sup> Ibidem. Pág. 50



Por su parte, la Constitución de la República Federal de Alemania establece límites al poder reformador en su artículo 79.3, el cual expone:

No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

Al igual que en el caso de los Estados Unidos de América, Alemania es una República Federal, por lo que es de vital importancia la garantía del papel de los Estados que la conforman (*Länders*). El Artículo 1 de la Constitución Alemana se refiere a la protección de la dignidad humana y la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Por su parte el Artículo 20 contiene los fundamentos del orden estatal, la soberanía popular y el derecho a la resistencia contra quienes atenten contra el orden constitucional.

Como podemos ver, estos límites establecidos en la Constitución Alemana son límites autónomos, explícitos y absolutos, y se refieren a temas fundamentales que de ser modificados afectarían sensiblemente el ordenamiento constitucional, por lo que modificación no es posible por parte de un poder constituyente derivado, sino solamente por otro poder originario. El Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el artículo 79.3 impide alterar en su sustancia el orden constitucional, operar por vía legal y formal una reforma profunda a sus disposiciones más fundamentales y legalizar de cualquier forma un régimen totalitario.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de Alemania Verf, G. E, 15.12, 1970, Band 30, p. 24, entre otras





Otra Constitución federal que mantiene la prohibición de reforma de este sistema, además de la forma republicana de gobierno y los derechos individuales en forma explícita y absoluta, es la de Brasil que en su Artículo 60 inciso 4 establece:

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

1. Forma federal del Estado.
2. El voto directo, secreto, universal y periódico.
3. La separación de los poderes.
4. Los derechos y garantías individuales.

Algunas otras constituciones establecen como límite explícito y absoluto de reforma el sistema republicano de gobierno, por ejemplo, la Constitución italiana que establece en su artículo 139 que “La forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional”, en ese mismo sentido, la Constitución de Francia establece en su Artículo 89: “No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”.

Muchas otras constituciones mantienen como límite explícito de la reforma constitucional el régimen republicano de gobierno, por ejemplo, la de Grecia (art. 110.1); de Turquía (art. 4º); de la Federación Rusa, (art. 135.1); de la República Dominicana, (art. 119); de Puerto Rico, (art. 7.3); varias constituciones africanas como la de Argelia (art. 195.1); Camerún (art. 37.1); Guinea (art. 50); Madagascar (Art. 66 y 108); Mali (art. 49 y 73); Senegal (art. 89.5); Túnez (art. 60 y 108), entre otras.

También algunas constituciones establecen como límite explícito de la reforma constitucional los derechos humanos fundamentales, por ejemplo, las de: Argelia (art. 195.2); Ecuador (art. 35 N°3), Somalia (art. 112.3), Puerto Rico (art. VII, sec. 3) Perú (art. 32º); y Chile (art. 5º inciso 2º).



Sin duda, la Constitución portuguesa representa un paradigma en materia de límites a la reforma constitucional, pues en su artículo 288 se establecen 15 límites a la reforma constitucional:

- a. La independencia nacional y la unidad del Estado.
- b. La forma republicana de gobierno.
- c. La separación de Iglesias y Estado.
- d. Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.
- e. Los derechos de los trabajadores, las comisiones de los trabajadores y las asociaciones sindicales.
- f. La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción.
- g. La existencia de planos económicos en el ámbito de una economía mixta.
- h. El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del poder local, y sistema de representación proporcional.
- i. El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo partidos políticos, y el derecho de oposición democrática.
- j. La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía.
- k. El control de la constitucionalidad por acción o por omisión de las normas jurídicas.
- l. La independencia de los tribunales.
- m. La autonomía de las autarquías locales.
- n. La autonomía político-administrativa del archipiélago de las Azores y de Madeira.

Otro paradigma en materia de límites constitucionales, esta vez en materia de derechos humanos, lo representa la Constitución Federal de Suiza, de 1999, la cual en su artículo 193.4 y 194.2 establece que una reforma total de la Constitución no puede violar las normas imperativas de derecho internacional, asimismo el Artículo 194.2



establece que toda reforma parcial de la Constitución debe respetar el principio de unidad de materia y no violar las normas imperativas del derecho internacional.

En el ámbito centroamericano podemos mencionar la Constitución de Honduras, la cual establece en su Artículo 374:

No podrán reformarse, en ningún caso, el artículo anterior, el presente artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al periodo presidencial, a la prohibición para ser nuevamente presidente de la Republica, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no pueden ser presidentes de la Republica por el periodo subsiguiente.

En el caso de la Constitución de Honduras queda claro que el poder constituyente originario para evitar cualquier intento de fraude constitucional estableció como prohibición explícita la modificación al Artículo 374 que establece lo artículos no reformables, así como la del Artículo 373 que establece el procedimiento para la reforma constitucional.

En el caso de la Constitución de El Salvador se establece la prohibición explícita y absoluta en el Artículo 248 que establece:

No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la Republica y a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la Republica.

Como lo demuestra el derecho constitucional comparado muchas constituciones tienen límites absolutos y explícitos para su reforma, y los temas más comunes son los derechos fundamentales, el sistema republicano de gobierno y, en el caso de las



repúblicas federales, los derechos y prerrogativas de los Estados para mantener el sistema federal.

### **3.10.2 Constituciones que establecen límites implícitos para su reforma**

Por su misma naturaleza, es difícil determinar límites implícitos para las reformas constitucionales, pues como se manifestó anteriormente estas están sujetas a una interpretación extensiva de algunos artículos por parte del poder constituyente reformador o, en caso de que existan, de los tribunales constitucionales.

Sin embargo, podemos mencionar el caso de la Constitución Política de Chile, que en su Artículo 5 establece:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como podemos notar, el poder constituyente originario que elaboró la Constitución Chilena en 1980 estableció taxativa y explícitamente un límite a la soberanía de la nación, como son los derechos fundamentales, además, incluye entre los mismos a los tratados internacionales ratificados por el Estado. Al autolimitar de esta forma los alcances de la soberanía el constituyente originario ha puesto un límite para el poder constituyente reformador, pues no se podrían realizar modificaciones constitucionales que vinieran a menoscabar dichos derechos.

De la misma opinión es Alejandro Silva Bascuñán, quien, en su *Tratado de derecho constitucional*, determina:



Si la Carta de 1980 precisa que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (Art. 5°, inc. 2°), el poder constituyente instituido o derivado, al reformar la carta, no puede prescindir de la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el estatuto básico y se ha venido completando y adaptando. Esta conclusión evidente tendrá que ser fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma que pugne por los derechos esenciales del hombre. Por otra parte, las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del poder constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al tribunal constitucional otra pauta a la que habrá de ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que haya surgido la cuestión de constitucionalidad por sentenciar.<sup>201</sup>

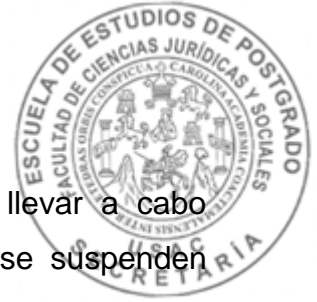
### **3.10.3 Constituciones que establecen límites relativos para su reforma**

La Constitución Española vigente, aprobada en 1978 es un claro ejemplo de los límites relativos, pues si bien no existe ámbito que no sea susceptible de reforma, en el Artículo 169 se establecen en qué casos no puede realizarse una reforma constitucional:

“No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los Estados previstos en el Artículo 116”. El Artículo 116 establece los Estados cuando se suspenden las garantías constitucionales, siendo estos el de alarma, el de excepción y el de sitio.

---

<sup>201</sup> Citado por Nogueira Alcalá. Ob. Cit.



Es claro que la Constitución española establece que no es posible llevar a cabo reformas constitucionales cuando se está enfrentando una guerra o se suspenden garantías constitucionales, pero que pasado ese período de tiempo que puede ser indeterminado en el caso de una guerra o del Estado de sitio, o determinado en los casos del Estado de alarma o de excepción, se podrán realizar las reformas constitucionales, para las cuales por cierto no existe ninguna limitación explícita.

La Constitución de Portugal también tiene límites de carácter relativo, el primero de ellos, en el mismo sentido que la Constitución española, contenido en el Artículo 289 y que la misma Constitución califica como límites circunstanciales, y que se refiere a la imposibilidad de reformar la Constitución durante la vigencia de un Estado de sitio o estado de excepción.

El segundo límite relativo de la Constitución portuguesa se encuentra en el Artículo 284, que establece un límite de carácter temporal que aplica cada vez que se realiza una reforma constitucional deben pasar cinco años para volver a reformar la Constitución, salvo que cuatro quintas partes de la asamblea aprueben su revisión.

#### Artículo 284: Competencia y momento de la reforma constitucional

1. La asamblea de la Republica puede revisar la Constitución pasados cinco años desde la publicación de la última ley de reforma constitucional.
2. Esto, no obstante, la asamblea de la República puede asumir en cualquier momento poderes de revisión extraordinarios por mayoría de cuatro quintos de los diputados de derecho.

Al igual que las constituciones española y portuguesa, la Constitución de Brasil contiene en su artículo 60 como límite circunstancial la prohibición de reforma bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio. Esta



limitación de carácter relativo tiene mucho sentido, pues como se planteó anteriormente uno de los requisitos de la reforma constitucional es que sea un ejercicio transparente, libre e informado, y bajo un estado de excepción que limite las garantías constitucionales es imposible garantizar estos aspectos.

También la Constitución de los Estados Unidos de América en su Artículo 5 establece un límite relativo para la reforma constitucional, en este caso un período de tiempo (hasta antes de 1808) durante el cual no podía hacerse ninguna enmienda que modificara en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero, que eran prohibir la esclavitud y establecer impuestos sin previo censo. Es importante en este punto contextualizar que en 1787, año en que fue aprobada la Constitución de los Estados Unidos de América la esclavitud en muchos países era legal, pero no deja de llamar la atención que un tema como la esclavitud, que en nuestro siglo estaría prohibido imponer en una nueva Constitución pues es una conducta prohibida en los instrumentos internacionales de derechos humanos, haya sido un tema que no se podía abolir en una reforma constitucional en los primeros años del constitucionalismo moderno.

#### **3.10.4 Constituciones que no establecen límites al poder constituyente reformador**

Finalmente, existen constituciones que no establecen ningún límite para la reforma Constitucional, es decir, donde el poder constituyente de reforma es soberano para cambiar toda la Constitución. Uno de los ejemplos más importantes es el caso de la Constitución de la República Federal de México, la cual no solamente no establece artículos pétreos o materias no modificables, sino que incluso, en su Artículo 39 establece taxativamente que “El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de gobierno”.



Es importante destacar que dentro del grupo de América Latina la Constitución de Colombia, y en el ámbito centroamericano, las constituciones de Nicaragua, Costa Rica y Panamá también cuentan con un poder reformador ilimitado.

### **3.11 El control jurisdiccional sobre la reforma constitucional**

Para finalizar el presente capítulo considero importante esbozar un tema que, por su profundidad y complejidad, podría por sí mismo generar una tesis de investigación de doctorado y es el del control jurisdiccional sobre la reforma constitucional.

Este tema, como pocos, presenta la dialéctica entre constitucionalismo y democracia, entendiendo el primero como el sistema de control del poder y la segunda como la forma de gobierno en que las decisiones fundamentales corresponden al pueblo. La aparente tensión se presenta en cuanto a si el poder constituyente deriva del pueblo, y por lo tanto, tiene soberanía, ¿Cómo puede un órgano jurisdiccional limitar la función de este poder constituyente?

Una respuesta a esta aparente dicotomía es, si asumimos las tesis de que el poder constituyente derivado no es en realidad un poder constituyente, sino un poder constituido y, por lo tanto, no es soberano, ya que está regulado y limitado en la propia Constitución Política, por las reglas establecidas por el poder constituyente originario. Es que el control de constitucionalidad sí podría generarse sobre él, toda vez que, como todo poder, esté sujeto a los controles constitucionales.

Pero aceptando que, en teoría sí puede existir un control constitucional sobre la reforma constitucional, es importante ahora definir los límites del mismo; para ello se deben tomar en cuenta tres corrientes fundamentales de doctrina y jurisprudencia:





- a. Doctrinas que niegan el control constitucional sobre la reforma constitucional.
- b. Doctrinas que aceptan el control constitucional sobre la reforma constitucional en forma limitada.
- c. Doctrinas que aceptan el control constitucional sobre la reforma constitucional en forma absoluta.

A continuación, explicaremos en forma sucinta cada una de estas teorías.

### **3.11.1 Doctrinas que niegan el control constitucional sobre la reforma constitucional**

La doctrina tradicional del poder constituyente niega el control constitucional sobre el poder constituyente de reforma; dos son los argumentos principales tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en la materia: el primero de ellos es que el poder constituyente, aún el derivado, es superior al poder de control constitucional, si bien ambos son poderes constituidos, el revisor de la Constitución es de mayor jerarquía que los otros poderes, aún el de control, y esto es así porque representa el poder de la democracia.

Aceptar que la regla producida por un poder de jerarquía superior (poder constituyente) pueda ser declarada inconstitucional, y por ende inaplicable, por el Poder Judicial (poder constituido) genera un conflicto que, al violentar la supraordenación lógica, quiebra la coherencia del sistema.<sup>202</sup>

El otro argumento principal de estas doctrinas es que, la reforma constitucional es un asunto político y no de derecho, y por lo tanto debe resolverse en forma política, y no en los tribunales de justicia, es decir, es un problema de legitimidad de los jueces,

---

<sup>202</sup> Ferreyra, Raúl. *Control de la reforma constitucional* En el control del poder. Homenaje a Diego Valadés. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México. 2011. 446



incluso los constitucionales, para conocer un fenómeno eminentemente político que tiene que ver con la soberanía democrática.

Se vislumbra en la reforma constitucional un proceso en el que se debe producir una reflexión y deliberación colectiva. Se presupone que dicho proceso es instado por un programa de política constitucional, propuesta que se intenta sea apoyada, finalmente, por la mayoría de los ciudadanos y luego elaborada por sus representantes. Vale la pena preguntarse una vez más, si ha de ser razonable que la reforma constitucional – que es el resultado, insisto, de un proceso de deliberación colectiva, en el cual, además, existe votación ciudadana – eventualmente, en caso de estar viciada alguna de sus etapas, puede ser anulada, eliminada de la escena jurídica, exclusivamente por los jueces de la Corte Suprema de Justicia, que no son nombrados directamente por los ciudadanos ni tampoco pueden ser removidos directamente por ellos.<sup>203</sup>

Estas doctrinas han tenido respaldo jurisdiccional, especialmente en épocas previas al surgimiento del neoconstitucionalismo. Por ejemplo, en Colombia, antes de que se creara la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia se declaró incompetente de conocer la constitucionalidad de una convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente con base en argumentos que ya hemos expuesto a lo largo de la presente investigación:

Cuestionada la constitucionalidad del método de reforma constitucional, la Corte Suprema se declaró incompetente por la naturaleza eminentemente política de la convocatoria al poder constituyente originario (“la forma más pura del poder”) reconociéndole los caracteres clásicos: su carácter revolucionario (“cualquiera de estas situaciones engendra el llamado derecho de la revolución”. “la esencia de la revolución se halla en el rompimiento del orden jurídico preexistente”), su carácter

---

<sup>203</sup> *Ibidem*. Pág. 455



originario (“El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que esta se halla de hacer tal reforma”) y su carácter jurídicamente ilimitado (“si los hechos se hubieran encauzado dentro de las normas anteriores, se quitaría todo sentido revolucionario al movimiento”, “la revolución puede atender contra la totalidad de la estructura jurídica del Estado, configurada en determinada Constitución”).<sup>204</sup>

### **3.11.2 Doctrinas que aceptan el control constitucional sobre la reforma constitucional en forma limitada**

Estas doctrinas, señalan que es permitido el control de constitucionalidad en relación con la formalidad de la convocatoria a reformas constitucionales, no siendo así sobre el contenido de estas, es decir, puede ser declarada la inconstitucionalidad de una convocatoria a reformar la Constitución, si esta se hizo irrespetando el procedimiento establecido en la Constitución:

Es importante no perder de vista que se trataría, en su caso y siempre que existan los adecuados controles de constitucionalidad, de reformas inconstitucionales, no de preceptos inconstitucionales, porque las que se llevan a cabo en la forma no prescrita por la Constitución nunca llegarían a incorporarse plenamente al texto constitucional (...) lo que la jurisdicción constitucional no puede controlar de forma alguna son las propias normas constitucionales (ya sean producidas por el poder constituyente originario o por el poder reformador).<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Criado de Diego, Marcos. *Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional* En Teoría y práctica del poder constituyente. Tirant Lo Blanch. Primera edición. Valencia. 2014 Pág. 146

<sup>205</sup> Carbonell. Sobre la reforma. Pág. 390



En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha sido reiterada al afirmar que el control de constitucionalidad solo puede realizarse sobre el proceso de la reforma y no sobre la reforma misma.

Esa misma doctrina quedo establecida en la Constitución Política de Colombia, que en su artículo 379 establece lo siguiente:

Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

### **3.11.3 Doctrinas que aceptan el control constitucional sobre la reforma constitucional en forma absoluta**

Finalmente, hay que plantear que para buena parte de la doctrina neoconstitucionalista el control de constitucionalidad puede realizarse aún sobre el contenido mismo de la reforma, toda vez que la misma trastoque los principios o normas fundamentales de la Constitución; es entonces cuando los jueces constitucionales, como garantes de la Constitución deben resolver declarando la inconstitucionalidad de las reformas:

“Corresponde al órgano de jurisdicción constitucional hacer efectiva la defensa de la Constitución y declarar la invalidez de dicha reforma. En América del Sur, en diversos países se ha establecido un control constitucional de las reformas constitucionales, atribuyéndole, expresamente, dicha competencia al órgano encargado de la defensa jurídica de la Constitución el Tribunal Constitucional; en otros casos, las jurisdicciones constitucionales cuyas constituciones no



establecen expresamente el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, la han configurado vía interpretativa del control de constitucionalidad de las *leyes*, vocablo que se considera que incluye también las *leyes de reforma constitucional*.

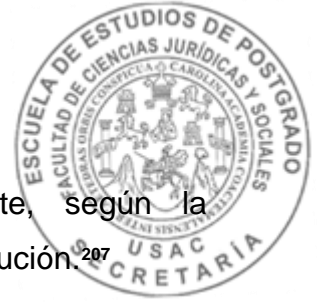
De esta manera, los tribunales constitucionales, en su tarea de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no se limitan a garantizar el texto formal de la Constitución, sino también, los principios y valores no escritos que se infieren del texto constitucional y de su espíritu.<sup>206</sup>

La jurisprudencia más reciente ha reconocido esta doctrina en numerosas ocasiones, estableciendo la facultad de las Cortes Supremas y Cortes de Constitucionalidad para conocer incluso el fondo de las reformas cuando violen límites absolutos, explícitos e incluso implícitos; esto ha sucedido así en Argentina, Colombia, Italia y en el ámbito Centroamericano en Costa Rica cuando se intentó reformar el artículo constitucional impidiendo la reelección presidencial:

La introducción de la prohibición de la reelección presidencial en el artículo 132 inciso l), de la Constitución, por tratarse de la limitación al derecho fundamental de los expresidentes de ser elegidos a un cargo de elección popular y de los electores de poder votar por los expresidentes, era una competencia sustraída al poder reformador de la Constitución que tiene la Asamblea Legislativa en virtud del artículo 195 de la carta política. En consecuencia, la citada reforma estaba viciada de inconstitucionalidad por incompetencia, dado que la Asamblea Legislativa al menoscabar los derechos fundamentales – como son los de elegir y ser electos – por medio del procedimiento de reforma parcial, se arrogó una

---

<sup>206</sup> Nogueira Alcalá. Ob. Cit. Pág. 43



competencia que correspondía a la asamblea constituyente, según la interpretación armoniosa de los numerales 195 y 196 de la Constitución.<sup>207</sup>

Habiendo analizado las distintas teorías sobre el tema, considero que el control constitucional sobre la reforma es posible en forma limitada, específicamente creo que la Corte de Constitucionalidad podría ejercer un control sobre el procedimiento de aprobación de la reforma, pero no sobre el contenido de esta.

Esto debido a que el procedimiento de la reforma, como analizaremos en el siguiente capítulo, está regulado en forma específica en la Constitución Política de la República en la que se establece la forma de aprobación de la reforma, los límites de esta, así como las competencias de cada uno de los entes que asumen el poder constituyente derivado. Es entonces ante violaciones al procedimiento de reforma regulado en la propia Constitución cuando puede ejercerse el control constitucional, por ejemplo, si el Congreso de la República de la República aprobara reformas en artículos constitucionales que son competencia exclusiva de la Asamblea Nacional Constituyente, o si se intentaran reformar los artículos pétreos de la Constitución entonces cualquier persona estaría legitimada para pedir a la Corte de Constitucionalidad que declarara inconstitucional la reforma.

En cuanto al mecanismo específico para solicitar el control constitucional el mismo, podría ser el amparo si la reforma aún no ha nacido a la vida jurídica, es decir, si durante el procedimiento de reforma y antes de que este concluya se identifica una violación grave y cuyas consecuencias son difíciles o imposibles de enmendar,<sup>208</sup> o

---

<sup>207</sup> Hernandez Valle, Rubén. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. En el control del poder. Homenaje a Diego Valadés. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México. Primera edición. México. 2011. Pág. 535

<sup>208</sup> Sobre el amparo contra leyes generales que no han entrado en vigencia existe abundante jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, tales como los expedientes acumulados 6011-2014, 6025-2014, 6026-2014, 6027-2014 y 6092-2014; expedientes acumulados 2606-2016 y 2607-2016; los expedientes acumulados 4470-2017,



bien, por medio de la inconstitucionalidad general una vez la reforma haya sido aprobada y entre en vigencia. Incluso, en ese caso la misma corte podría actuar de oficio como lo hizo en el intento de autogolpe de Jorge Serrano en 1993 en el cual la Corte se pronuncia precisamente sobre el mecanismo de reforma constitucional.

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 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".<sup>209</sup>

No comparto la idea de que la Corte de Constitucionalidad pueda ejercer control sobre el contenido de la reforma, pues esto es un asunto exclusivo del poder constituyente derivado y aunque ambos son poderes constituidos, existe una jerarquía entre ambos, por lo que, en este caso, no es aceptable que un órgano constituido de menor jerarquía como es la Corte de Constitucionalidad limite a un órgano que ejerce el poder constituyente derivado. Si bien me adhiero a la teoría de que el poder constituyente de

---

4479-2017, 4483-2017, 4487-2017, 4488-2018, 4495-2017, 4506-2017y 4508-2017, los expedientes acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020 los expedientes acumulados 682-2019 y 1214-2019 y los expedientes 41-2016 y 4630-2015,

<sup>209</sup> Corte de Constitucionalidad, expediente 225-93, sentencia de fecha 25 de mayo de 1993



reforma está limitado tanto por la propia Constitución como por los otros límites mencionados por la corriente limitacionista (ver supra 3.9.2), considero que esta limitación se refiere a una autolimitación, no a un control constitucional por parte de la Corte de Constitucionalidad.

Como explicamos al inicio de este tema, el control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional es un tema novedoso y poco abordado en la doctrina constitucional, y para explicar sus implicaciones, limitaciones y consecuencias haría falta elaborar una tesis completa, por lo que en este apartado únicamente hemos querido exponer a grandes rasgos las doctrinas dominantes en la materia.





## CAPÍTULO IV

### 4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA

#### 4.1 La reforma constitucional en la historia constitucional de Guatemala

Al hablar del constitucionalismo guatemalteco, no podemos dejar de mencionar, aunque no sea objeto del presente análisis, que nuestro país fue colonia española hasta 1821, por lo que las dos primeras constituciones de España, la de Bayona de 1808 y la de Cádiz de 1812 también lo fueron para la entonces colonia, al igual que para el resto de la América Española. Incluso, como bien lo recuerda nuestro insigne constitucionalista Jorge Mario García Laguardia tuvo representación en ambas constituyentes, en 1808 el colombiano Francisco Antonio Cea, nombrado por Napoleón para representar al reino de Guatemala, y Antonio de Larrazabal en 1812.<sup>210</sup> Asimismo, Guatemala fue, durante un breve período, parte del imperio mexicano de Agustín de Iturbide (1821-1823), y miembro de la República Federal de Centroamérica de 1824 a 1839, por lo que, la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 también estuvo vigente en nuestro país.

Sin embargo, para el presente análisis tomaremos en cuenta únicamente la historia constitucional del Estado de Guatemala y de la República de Guatemala, es decir, se analizará brevemente la figura de las reformas de las siguientes constituciones:

1. Constitución Política del Estado de Guatemala (1825)
2. Acta Constitutiva de la República de Guatemala (1851)
3. La Ley Constitutiva de la República de Guatemala (1879)

---

<sup>210</sup> García Laguardia, Jorge Mario. *Breve historia constitucional de Guatemala*. Editorial universitaria. Universidad de San Carlos Guatemala, Guatemala. 2010. Págs 12 y 15



4. La Constitución de la República de Guatemala (1945)
5. La Constitución de la República de Guatemala (1956)
6. La Constitución de la República de Guatemala (1965)

#### **4.1.1 La Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825**

La primera Constitución de Guatemala fue influida por las ideas liberales propias de la época que dominaron la Asamblea Constituyente y por supuesto, vinculada a la Constitución Federal de la cual era derivada. Contiene una de las regulaciones más extensas y complejas para una reforma constitucional, esta se encuentra en el Título XIV de la Constitución, que lleva por título “De las Reformas de la Constitución” y aunque solamente tiene una sección se compone de 13 Artículos, del 255 al 268, aunque este último se refiere a la sanción de la Constitución.

Dentro de estos artículos se regulan varios mecanismos de reforma (sistema mixto), así como las causales de esta, la iniciativa de reforma y los procedimientos para llevarla a cabo.

Se debe tomar en cuenta que en esa época Guatemala formaba parte de la Federación Centroamericana de Naciones, por lo que funcionaban dos cámaras legislativas, la del Estado de Guatemala y la Federal. Además, existía un Consejo Representativo, compuesto por consejeros que tenían la función de asesorar al ejecutivo (Artículo 185).

La iniciativa de reforma puede ser presentada por al menos cuatro diputados de la Asamblea Legislativa o por la mayoría los miembros del Consejo Representativo; estos últimos son elegidos popularmente uno por cada cuatro departamentos y tienen funciones parecidas a las del senado.



“Artículo 255. Si la experiencia acreditare la necesidad de rever esta Constitución, la revisión será propuesta por lo menos por cuatro representantes o por la mayoría absoluta de los individuos del consejo representativo”.

La Constitución establecía un límite temporal relativo de cinco años para poder reformarse, sin embargo, preveía que, si la Constitución Federal se reformaba y cambiaba la forma de la República federal, también debía reformarse la Constitución.

Artículo 256. Ningún proyecto de reforma podrá proponerse hasta la legislatura del año en 1830 sino en el caso de que la Constitución federal de la República se haya reformado por los medios que prescribe, y de suerte que la forma del gobierno se hubiere alterado con respecto a la que establece para los Estados en el título 12.

En cuanto al procedimiento de reforma, la misma era conocida por la Asamblea Legislativa en diversas sesiones y se establecen dos sistemas: el normal que se conocía por dos legislaturas diferentes (Sistema A.3) y el de urgencia, en ambos casos para aprobar la reforma era necesario convocar a una Asamblea Constituyente (Sistema A.5).

En el procedimiento normal, luego de las lecturas en la Asamblea Legislativa y del dictamen de la comisión respectiva el proyecto se remitía a la siguiente legislatura, quien volvería a conocerlo cuando hubiera pasado un año; hay que tomar en cuenta que la Asamblea Legislativa se renovaba por mitad cada año:

Artículo 257. Todo proyecto de reforma se presentará por escrito, y será leído por dos veces en diversos días, con el intervalo de tres de una a otra lectura; y admitido a discusión se examinará detenidamente por una comisión, que no podrá presentar su dictamen antes de los diez días siguientes.



Artículo 258. El dictamen de la comisión será leído dos veces con los mismos intervalos, y no se pondrá a discusión antes de ocho días.

Artículo 260. Si la resolución de haber lugar a rever la Constitución no fuere declarada urgente, el negocio será examinado de nuevo por la legislatura del siguiente año, que observará las mismas formalidades; y resolviendo de conformidad con la legislatura del año anterior, será decretada la convocatoria de la Asamblea Constituyente por dos tercios de votos.

La Constitución también preveía que si la Asamblea Legislativa siguiente rechazaba la iniciativa de reforma constitucional la tercera legislatura podría conocer nuevamente el proyecto y que su decisión sería la determinante, es decir la posibilidad de la aprobación por una tercera legislatura.

Artículo 261. Cuando la segunda legislatura resolviera contra la revisión, no podrá proponerse de nuevo sino hasta la del año siguiente, cuya resolución será la determinante.

El procedimiento de urgencia era decidido por dos terceras partes de la asamblea, o bien si era reformada la Constitución federal y por consiguiente tenía que adecuarse la estatal, en este caso la Asamblea Constituyente era convocada directamente para conocer sobre la propuesta de reforma:

Artículo 259. Si se resolviera por los tercios de votos que ha lugar a rever la Constitución, y la revisión fuere declarada urgente, por el solo caso de haberse variado o alterado en la Constitución federal la forma de gobierno de los Estados, se convocará una Asamblea Constituyente, cuyos miembros serán autorizados con poderes amplios y especiales para rever la Constitución, y hacer en ellas las alteraciones a que dieron lugar las circunstancias y la convocatoria.



La Constitución también regulaba el funcionamiento de la asamblea que ejercería el poder constituyente derivado, la cual además de conocer del proyecto por el cual había sido convocada también podía presentar nuevos proyectos, los cuales tendrían que ser avalados al menos por cuatro miembros de la misma; las decisiones eran tomadas por las dos terceras partes de la asamblea, lo que garantizaba la necesidad de consenso entre las dos fuerzas políticas más importantes de la época (conservadores y liberales).

Un punto particular que complejizaba aún más el procedimiento de reforma era que, pese a que la Asamblea Constituyente había sido convocada por la asamblea legislativa, esta no era soberana, pues para que la reforma entrara en vigor tenía que ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa de acuerdo con el Artículo 265. Considero que esta regulación contraviene los principios del poder constituyente de reforma, que, si bien no es superior al poder constituyente originario, sí lo es al poder constituido representado por el Organismo Legislativo, por lo que supeditar lo aprobado por la Asamblea Constituyente a lo aprobado por la Asamblea Legislativa representa una contradicción:

Artículo 263. Para discutirse cualquier proyecto en que se reforme o adicione parcialmente esta Constitución, deberá presentarse firmado al menos por cuatro representantes en la asamblea.

Artículo 264. Si el proyecto no fuere admitido a discusión, no podrá presentarse de nuevo sino hasta el siguiente año.

Artículo 265. Admitido a discusión y puesto en estado de votarse, se resolverá por las dos terceras partes de votos; y la reforma o adición no se tendrá por constitucional, ni producirá efecto alguno, sin que la sancione la legislatura del siguiente año, también por las dos terceras partes de votos.



En cuanto al tema de los límites a la reforma, estos eran de carácter absolutos y existían tanto explícitos como implícitos, siendo estos:

1. Atentar contra la Constitución Federal.
2. La destrucción o afectación grave de la República y del Estado.
3. Las garantías individuales y políticas.

Artículo 262. Los miembros de la Asamblea Constituyente antes de dar principio a sus funciones jurarán solemnemente limitarse a estudiar sobre los objetos para que fueran convocados, sin atentar contra la Constitución federal; y conservar al Estado y a sus habitantes las garantías individuales y políticas, y ser fieles a la República y al Estado.

Esta Constitución nunca fue reformada, posiblemente porque el trámite de esta era particularmente engorroso y requería demasiado consenso entre las fuerzas políticas representadas tanto en la Asamblea Legislativa como en la constituyente.

#### **4.1.2 El Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851**

El Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851, conforma junto a la Ley de Garantías de 1839, las leyes fundamentales durante la época conservadora (1839-1871), representa el autoritarismo y la centralización del poder en la figura del presidente de la República y la vinculación entre iglesia católica y Estado, así como un retroceso respecto a los principios democráticos y republicanos, pues no existía voto popular para la elección de presidente ni una verdadera división de poderes, toda vez que correspondía al mismo presidente la revisión de las leyes aprobadas por el Congreso de la República y la supervisión de los tribunales de justicia. Constituye uno de los capítulos más oscuros del constitucionalismo guatemalteco.



El procedimiento de reforma, tanto para el acta como para las otras leyes fundamentales, se regula en el Artículo 15 del Acta Constitutiva y establece dos tipos distintos de reforma que también requieren dos tipos distintos de procedimiento: para adicionar artículos al acta y para derogar artículos al acta y a las leyes fundamentales. En el primer caso, el Poder Legislativo, denominado Cámara de Representantes, puede llevar a cabo adiciones al Acta Constitutiva, siempre y cuando tenga la aquiescencia y sanción del ejecutivo. También el Poder Legislativo puede derogar cualquier artículo tanto del acta como de otras leyes fundamentales previo dictamen del ejecutivo y del poder judicial. No se establece taxativamente quien posee la iniciativa de reforma, aunque se entiende que es potestad del legislativo.

Artículo 15. La Cámara de Representantes, con la concurrencia y sanción del gobierno en la forma establecida, podrá adicionar esta acta cuando la necesidad o requiera. Para hacer cualquier derogatoria en ella o en las otras leyes constitutivas, se necesita, además, oír previamente el dictamen de las principales autoridades constituidas.

Aunque por la redacción final del artículo podría considerarse que representa un sistema de control constitucional de la reforma por parte de los poderes ejecutivo y judicial debido a la existencia de un dictamen previo (Sistema A.8), en la práctica se establece un poder constituyente de reforma para el Poder Legislativo con intervención del poder ejecutivo (Sistema A.6), lo cual es común en los sistemas autoritarios. Podemos notar, además, que no se establecen límites para la reforma constitucional.

El Acta Constitutiva fue reformada en enero de 1855, a instancias del arzobispo metropolitano,<sup>211</sup> estableciendo la presidencia a perpetuidad a favor de Rafael Carrera, así como la facultad de nombrar y destituir jueces y magistrados, con lo que se termina de constituir la dictadura constitucional.

---

<sup>211</sup> *Ibidem*. Pág. 50



### 4.1.3 La Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879

Producto del proceso constituyente producido por la revolución liberal de 1871, la Ley Constitutiva de la República de Guatemala ha sido la Constitución que estuvo mayor tiempo en vigencia en la historia de Guatemala (55 años), y la que más veces fue reformada (8), por lo que no es de extrañar que su mecanismo de reforma sea más sencillo y práctico, producto de un avance importante en la materia.

El sistema de reforma está regulado en el Título VII denominado “De la Reforma de la Constitución”, el cual contiene de los Artículos 99 al 103. Tiene iniciativa para la reforma únicamente la Asamblea Legislativa y una vez aprobada el ejecutivo convoca a una Asamblea Constituyente que elabora la reforma constitucional (Sistema A.5). Para evitar confusiones entre la Asamblea Legislativa y la constituyente, la primera es disuelta desde que empieza a funcionar la segunda. No se establece ningún límite para su reforma.

Artículo 99. La asamblea, con las dos terceras partes de sus votos, podrá acordar la reforma de la Constitución, señalando al efecto el artículo o artículos que hayan de alterarse.

Artículo 100. Decretada la reforma, el poder ejecutivo convocará una asamblea constituyente, que debe estar instalada dentro de los tres meses siguientes. En la convocatoria se insertará la resolución de que habla el artículo que precede.

Artículo 101. La asamblea se compondrá de un representante por cada quince mil habitantes, debiendo reunir las calidades requeridas para ser diputado.

Artículo 102. La asamblea ordinaria, desde que declare que debe reformarse la Constitución, cerrará sus sesiones declarándose disuelta.





Artículo 103. Verificada la reforma, se convocará a elecciones de diputados para la legislatura ordinaria.

Como se mencionó anteriormente la Ley Constitutiva fue reformada en 8 ocasiones: en 1885, en 1887, 1897, 1903, 1921, 1927, 1935 y 1941, algunas veces la reforma fue importante como la de 1921 que incorporó por primera vez los derechos económicos y sociales, y otras veces para ampliar o restringir los poderes presidenciales, sin embargo, otras veces se reformó para permitir la reelección presidencial, lo que propició las dictaduras constitucionales de Manuel Estrada Cabrera (1898-1920) y Jorge Ubico (1931-1944), lo que daría pie a que este tema se convirtiera en un tema nodal en el constitucionalismo guatemalteco.

#### **4.1.4 Constitución de la República de Guatemala de 1945**

Producto del proceso constituyente vinculado a la Revolución de octubre de 1944, La Constitución de la República de Guatemala de 1945 establece el constitucionalismo social y democrático.

El sistema de reforma constitucional es bastante complejo, y se encuentra regulado en el Título XI denominado “Reformas a la Constitución” que incluye los artículos 206 al 210, en estos se establecen dos modalidades distintas de reforma (sistema mixto).

- A. La reforma de los Artículos no esenciales.
- B. La reforma de los Artículos esenciales y la reforma total de la Constitución.

Para todos los casos la iniciativa de reforma la posee con exclusividad el Congreso de la República de la República.



#### **4.1.4.1 La reforma de los artículos no esenciales**

Para reformar la mayoría de artículos de la Constitución el Congreso de la República de la República debe aprobar la propuesta con dos terceras partes del total de diputados, señalando los artículos que deben reformarse, luego debe convocarse a una Asamblea Constituyente (Sistema A.5), esto se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 206 y la primera parte del Artículo 207:

Artículo 206. La reforma total o parcial de la Constitución solo podrá decretarse por el voto de las dos terceras partes, por lo menos, del número total de diputados que forman el Congreso de la República, el que señalará al efecto el artículo o artículos que hayan de reformarse.

Artículo 207. Decretada la reforma, el Congreso de la República convocará a elecciones para una asamblea constituyente, que deberá quedar instalada dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la convocatoria... En la convocatoria se insertarán el artículo o artículo cuya reforma se hubiere decretado.

#### **4.1.4.2 La reforma de los artículos esenciales y reforma total**

La Constitución de 1945 establece una serie de Artículos que para su modificación requieren un procedimiento más complejo, al que podríamos llamar una combinación del sistema A.3 y el sistema A.5, pues para reformar estos artículos y para realizar la reforma total de la Constitución se requiere la aprobación de dos legislaturas consecutivas y además, de la aprobación por parte de una asamblea constituyente, esto se encuentra regulado en el segundo párrafo del Artículo 206 y la segunda parte del artículo 207.



Artículo 206 (...) En cualquier caso en que se pretenda la reforma total de la Constitución o de los artículos 2; 115, inciso 11o.; 131; 132; 133; 135; 136, y el presente, o de uno o de varios de ellos, sólo podrá decretarse cuando lo resuelvan las dos terceras partes, por lo menos, de los votos ya dichos, en dos períodos distintos y consecutivos de sesiones ordinarias del Congreso de la República; y aún así, la Asamblea Constituyente no podrá reunirse para conocer de la reforma en tal caso, sino cuando hayan transcurrido seis años contados desde que se decretó.

La reforma de la Constitución podrá consistir en modificar, suprimir, adicionar, substituir o aumentar artículos. En ningún caso podrán los artículos 2; 115, inciso 11o.; 131; 132; 133; 135; 136 y el presente, ser declarados en suspenso o restárseles en cualquier forma su vigencia y efectividad.

Artículo 207. Decretada la reforma, el Congreso de la República convocará a elecciones para una asamblea constituyente, que deberá quedar instalada dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la convocatoria, salvo el caso previsto en el artículo anterior, respecto de la reforma de dicho artículo y de los artículos 2; 115, inciso 11o.; 131; 132; 133; 135; 136 y 206 o de cualquiera de ellos, y la total de la Constitución ; caso en el que la convocatoria deberá hacerse por el Congreso de la República que funcione el quinto año, a contar de la fecha en que haya sido decretada la reforma, a efecto de que la instalación de la Asamblea Constituyente se verifique al vencerse el termino fijado de seis años. En la convocatoria se insertarán el artículo o artículos cuya reforma se hubiere decretado.

Como podemos observar en el Artículo 207 además se establece un límite relativo de carácter temporal de seis años para modificar los artículos esenciales de la Constitución



A continuación, enumeraremos los temas regulados en los artículos calificados como esenciales de la Constitución de 1945.

<b>Artículo</b>	<b>Temas que regula:</b>
2	Soberanía popular, sistema republicano, separación de poderes, alternabilidad en el cargo de presidente, derecho a la rebelión contra la reelección presidencial.
115	Facultad del Congreso de la República de la República de desconocer al presidente de la República que perpetúe su período y que en estos casos
11º	el jefe de las Fuerzas Armadas pasa a depender directamente del Congreso de la República.
131	Prohibiciones para optar al cargo de presidente de la República a caudillos de revoluciones, ministros de Estado en el momento de la elección, parientes del presidente y miembros de las fuerzas armadas en servicio.
132	Duración del período presidencial y prohibición de reelección consecutiva.
133	Responsabilidad de los funcionarios que intenten vulnerar el principio de alternabilidad de la presidencia de la República.
135	Regulación de la falta absoluta del presidente de la República y convocatoria a elecciones para elegir sucesor.
136	Regulación en caso de falta temporal del presidente de la República.
206	Reforma de la Constitución, que incluye los artículos esenciales.

Como podemos observar el tema principal que preocupaba a los constituyentes de 1945 era el de reelección presidencial, justificado si tomamos en cuenta las dictaduras que permitió la Ley Constitutiva de 1879 a las que ya nos referimos en el inciso anterior.



Finalmente, es importante hacer notar que, a diferencia de la Ley Constitutiva de 1879, la Constitución de 1945 permitía el funcionamiento paralelo de la Asamblea Constituyente y del Congreso de la República de la República:

Artículo 209. La reunión de la Asamblea Constituyente no obsta el funcionamiento del Congreso de la República.

Artículo 210. Decretada la reforma por la asamblea constituyente, y si no hubiere otros decretos o leyes constitucionales que emitir, aquélla se disolverá, después de la promulgación.

#### **4.1.5 La Constitución de la República de 1956**

Producto directo de la contra revolución de 1954, la Constitución de 1956 se encargó de disminuir algunos de los derechos económicos y sociales establecidos en la Constitución de 1945 y de volver a darle prerrogativas a la Iglesia Católica que apoyó la contrarrevolución.

A pesar de intentar desvincularse ideológicamente de la Constitución de 1945, buena parte del articulado de la Constitución de 1956 se deriva de la primera, que, como bien lo dice García Laguardia, fue usada como modelo general,<sup>212</sup> incluyendo el tema de la reforma constitucional, regulado en el Título XII denominado “Reformas a la Constitución” y que incluye los artículos 239 al 244.

Mantiene exactamente el mismo sistema de reforma que la Constitución de 1945: sistema mixto con exclusividad de la iniciativa por parte del Congreso de la República de la República, convocatoria a Asamblea Constituyente (sistema A.5) y los artículos esenciales que requieren proceso calificado de reforma de dos legislaturas

---

<sup>212</sup> García Laguardia. Ob. Cit. Pág. 92



consecutivas (sistema A.3) y convocatoria a asamblea constituyente, también se mantiene la limitación relativa absoluta de seis años para modificar los artículos esenciales, así como que la Asamblea Constituyente puede funcionar en forma paralela al Congreso de la República de la República:

Artículo 239. El Congreso de la República, con el voto de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, podrá decretar la reforma de la Constitución, señalando al efecto el artículo o artículos que hayan de modificarse. La reforma de la Constitución podrá consistir en modificar, suprimir, adicionar, sustituir o aumentar artículos.

Artículo 240. No podrá decretarse la reforma de los artículos 18 inciso 2o, 28, 144, inciso 11, 159, 162 y 163, ni de ninguno de los que se refieren al principio de la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República, si no lo resuelve el Congreso de la República en dos períodos distintos y consecutivos de sesiones ordinarias; y, aún así, la Asamblea Constituyente no podrá reunirse para conocer de la reforma de los citados artículos, sino cuando hayan transcurrido seis años, contados desde que se decretó.

Tampoco podrán suspenderse los efectos de tales artículos, ni restárseles en forma alguna su efectividad y vigor.

Artículo 241. Para la integración de la Asamblea Nacional Constituyente cada distrito electoral elegirá dos diputados. Aquellos distritos electorales cuya población exceda de 100,000 habitantes, elegirán uno más por cada 50,000 habitantes adicionales o fracción de 20,000.

Artículo 242. Decretada la reforma, el Congreso de la República convocará a elecciones para una Asamblea Nacional Constituyente, que deberá quedar instalada dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la convocatoria.



En la convocatoria se insertarán el artículo o artículos cuya reforma se hubiere decretado; sin embargo, para la reforma de los artículos a que se refiere el artículo 240 de la Constitución deberán mantenerse las exigencias y formalidades contenidas en el mismo.

En este último caso, el Congreso de la República del quinto año, a contar de la fecha de haberse decretado la reforma, hará la convocatoria, a efecto de que la instalación de la Asamblea Constituyente se verifique al vencerse el término fijado de seis años.

Artículo 243. La Asamblea Constituyente y el Congreso de la República de la República podrán funcionar simultáneamente. Las calidades requeridas para ser diputado a la Asamblea Constituyente son las mismas que se exigen para ser diputado al Congreso de la República, y los diputados constituyentes gozarán de las mismas inmunidades y privilegios.

Artículo 244. Hecha la reforma constitucional, la asamblea constituyente, si no hubiere leyes constitucionales que emitir, derivadas de la reforma, se disolverá después de la promulgación.

En cuanto a los Artículos esenciales de la Constitución que requieren del procedimiento calificado para su reforma, se refieren todos a la no reelección presidencial, el principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República y al período presidencial, y al procedimiento de reforma constitucional, es decir que a diferencia de la Constitución de 1945 no se incluyen entre los artículos esenciales los referidos al sistema de gobierno republicano, la separación de poderes ni el derecho a la revolución en el caso de la no reelección.

Otra diferencia importante es que la Constitución de 1956 no contempla la reforma total a la Constitución en forma explícita, aunque tampoco establece artículos no reformables.



#### 4.1.6 La Constitución Política de 1965

Como consecuencia del golpe de Estado militar de 1963 se llevó a cabo un proceso constituyente fraudulento en donde el poder constituyente se integró por miembros de dos partidos políticos y personas designadas directamente por la cúpula militar en el gobierno<sup>213</sup> que dio como resultado la Constitución de 1965, de carácter anticomunista y contrainsurgente y que estuvo vigente hasta 1982 cuando otro golpe de estado militar la derogó. La regulación del poder constituyente de reforma se encuentra en el título VIII denominado “reformas a la Constitución”, que comprende los artículos 266 al 270, con un sistema mixto de reformas constitucionales donde se presentan dos sistemas.

El primer sistema es el que se utiliza para que Guatemala forme parte de una unión total y parcial de Centroamérica, así como para la reincorporación a Belice al territorio nacional, y para esto se crea un sistema *sui generis*, aunque parecido al sistema de Francia. En este el Congreso de la República de la República se reúne en Asamblea con el Consejo de Estado y pueden decretar las reformas constitucionales con el voto de las dos terceras partes de los miembros; este sistema es en esencia un sistema A.1 solo que la integración del Congreso de la República se amplía con los integrantes del Consejo de Estado, que es un órgano integrado por 14 miembros, donde participan funcionarios de gobierno como el vicepresidente de la República, y civiles designados por el Congreso de la República, presidente de la República, Corte Suprema de Justicia, Colegios profesionales, municipalidades, sindicatos y sector privado, regulado en la primera parte del Artículo 266:

Artículo 266. El Congreso de la República de la República y el Consejo de Estado, reunidos en asamblea, podrán decretar, de plano, con el voto de dos terceras partes del total de los integrantes de ambos cuerpos, las reformas a la Constitución que sean necesarias para que Guatemala quede organizada como

---

<sup>213</sup> *Ibidem*. Pág. 95





parte de la unión total o parcial de Centro América. En la misma forma podrán decretar las reformas que tiendan a la reincorporación de Belice al territorio nacional.

El otro procedimiento para la reforma constitucional es el establecido para reformas a la mayoría de los artículos constitucionales; en este caso el Congreso de la República de la República con el voto de las dos terceras partes de sus miembros puede convocar a una Asamblea Constituyente para que realice las reformas constitucionales (Sistema A.5), el cual se encuentra regulado en la segunda parte del Artículo 266 y los Artículos 268 al 270, estableciéndose también que el Congreso de la República de la República y la Asamblea Constituyente pueden funcionar al mismo tiempo:

Artículo 266 (...) Para cualquiera otra reforma constitucional, es indispensable que el Congreso de la República de la República, con voto de las dos terceras partes de los miembros que lo integran convoque a una Asamblea Nacional Constituyente, señalando el artículo o los artículos que hayan de revisarse, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 268. El Congreso de la República convocará a elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, la que deberá quedar instalada dentro de los noventa días siguientes a la fecha de su convocatoria. En la convocatoria se insertarán el artículo o artículos cuya reforma se hubiere acordado.

Artículo 269. Para la integración de la Asamblea Nacional Constituyente cada distrito electoral elegirá dos diputados. Aquellos distritos electorales cuya población exceda de 200,000 habitantes, elegirán uno más por cada 100,000 habitantes adicionales o fracción que exceda de 50,000. Cada distrito elegirá, además, un diputado suplente.



La Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República de la República, podrán funcionar simultáneamente. Las calidades requeridas para ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente son las mismas que se exigen para ser diputado al Congreso de la República, y los diputados constituyentes gozarán de iguales inmunidades y privilegios. “Artículo 270. decretada la reforma constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente se disolverá inmediatamente después de la promulgación”.

El artículo 267 de la Constitución de 1965 establece, por primera vez en la historia constitucional de Guatemala, límites absolutos y explícitos a la reforma constitucional, en este caso, todos los artículos pétreos se refieren a la duración del período presidencial y la no reelección. El artículo adolece de técnica legislativa pues no incorpora los artículos relativos a la reforma constitucional entre los no reformables.

Artículo 267. No podrá decretarse la reforma de los artículos 14, inciso 4o; 33,166, inciso 10; 182 y 185 ni de ninguno de los que se refieren al principio de no reelección para el ejercicio de la presidencia de la República. Tampoco podrá suspenderse los efectos de tales artículos, ni restárseles en forma alguna su efectividad y vigor.

Concluimos con esta Constitución este breve repaso a la regulación del poder constituyente de reforma en la historia constitucional de Guatemala, en la que como se puede notar los constituyentes originarios han privilegiado el sistema de convocatoria a una Asamblea Constituyente para hacer cambios a la Constitución (Sistema A.5) y muy pocas veces han puesto límites absolutos al poder constituyente derivado, salvo en el tema de la no reelección presidencial, el cual se mantiene como un tema esencial en el constitucionalismo guatemalteco a partir de 1945. Además, la iniciativa para la reforma constitucional ha sido monopolio casi exclusivo del Poder Legislativo.



## 4.2 Caracterización de la Constitución de Guatemala de 1985

Antes de analizar los Artículos que regulan la reforma constitucional en Guatemala, es importante caracterizar la Constitución guatemalteca para entender hasta que punto puede ser reformada.

Con base en los criterios de clasificación establecidos en el capítulo I del presente trabajo de tesis, podemos decir que la Constitución de Guatemala tiene las siguientes características:

### a. Constitución escrita

Definitivamente, pertenece a esta categoría porque está codificada en un texto legal.

### b. Constitución rígida

Porque establece un mecanismo especial para su modificación, distinto al que se utiliza para la jurisdicción ordinaria.

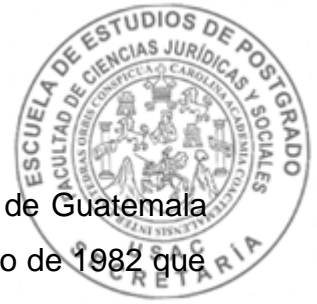
### c. Constitución desarrollada

Porque tiene una extensión considerable de normas, como analizaremos en el punto de su estructura.

### d. Constitución derivada

En este punto es importante diferenciar entre un poder constituyente originario y una Constitución originaria.

El poder constituyente originario es aquel que aprueba una nueva Constitución, que no tiene relación jurídica directa con el ordenamiento jurídico previo ni depende de este. En ese sentido, se puede sostener que la Asamblea Constituyente de 1985 es una



Asamblea Originaria, pues no deriva de la Constitución de la República de Guatemala de 1965, que dejó de tener vigencia a partir del golpe de Estado de marzo de 1982 que la derogó. Así pues, la Constitución de 1985 establece un nuevo marco constitucional para Guatemala.

Sobre este punto, es importante aclarar que, aunque el Artículo 16 del Capítulo único del Título VIII de la Constitución Política de la República reconoce la validez jurídica de los decretos leyes emanados por el gobierno a partir del 23 de marzo de 1982, no los utiliza como fundamento jurídico de validez de la misma Constitución, al contrario, es la Constitución la que por medio de esa norma le da validez jurídica a ese ordenamiento legal, incluyendo la derogatoria de la Constitución de 1982.

Sin embargo, debemos recordar que la clasificación de Constitución originaria solo se utiliza para aquellas constituciones que han desarrollado un nuevo paradigma constitucional, es decir, que contienen disposiciones novedosas en materia constitucional. En ese sentido, si bien la Constitución de la República de 1985 contiene disposiciones novedosas que por primera vez aparecen en la historia constitucional de Guatemala como la Corte de Constitucional o la institución del procurador de derechos humanos, ambas instituciones ya existían en otros países como Austria en el caso del Tribunal Constitucional o Suecia en el caso del *Ombudsman*. Es por eso que, la Constitución no puede catalogarse como originaria sino derivada.

#### **e. Constitución utilitaria**

Aunque algunos artículos constitucionales como el 118 relativo al régimen económico y social, han hecho que algunos académicos vinculen la Constitución Política al programa del Estado Social y Democrático de Derecho, otros autores ven este aspecto más como la influencia de la Constitución española de 1978, que a la existencia de una ideología propia en la Constitución



Para el efecto, se debe tomar en cuenta que las constituciones programáticas son producto de fuerzas políticas predominantes en el poder constituyente, las cuales determinan su ideología en la Constitución por sobre la de las otras fuerzas políticas.

En ese sentido, hay que recordar que la Asamblea Nacional Constituyente de 1985 tuvo un balance de fuerzas bastante equitativo entre la Democracia Cristiana (de ideología social cristiana), con 20 diputados, la Unión del Centro Nacional (de ideología derecha moderada) con 22 diputados, y el Movimiento de Liberación Nacional (de extrema derecha) con 21 diputados, además de otras bancadas minoritarias. Es por ello que al momento de elaborar el texto constitucional se tuvo que llegar a consensos, lo cual se reflejó en una Constitución con cierta ambigüedad ideológica.

Es una Constitución legítima, lo que se reconoce y se ha reconocido generalmente, ya que en la integración del cuerpo constituyente estuvo representado un amplio aspecto de fuerzas políticas que debieron realizar minuciosas negociaciones para obtener consenso en las decisiones políticas del nuevo régimen. Por eso, el texto, es muy desarrollado, ambiguo, en algunos aspectos contradictorio, con poca unidad ideológica y consecuentemente de difícil cumplimiento.<sup>214</sup>

Debido a lo anterior no se puede clasificar como una Constitución programática, pues no desarrolla claramente un programa o ideología sino como una utilitaria, pues cumple con señalar claramente la organización del poder y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### **f. Constitución nominal**

Finalmente, en cuanto a su nivel de aplicación considero que la Constitución puede catalogarse como nominal, toda vez que, aunque no existe una concordancia entre lo

---

<sup>214</sup> *Ibíd.* Pág. 109



que plantea el texto constitucional y la realidad política y social guatemalteca, esta obedece a problemas estructurales que dificultan su implementación, y no a un divorcio absoluto entre el contenido constitucional y la práctica política como sería en una Constitución de carácter semántico.

Sobre el efecto, se ha planteado que la misma ambigüedad constitucional, así como al incumplimiento de la aprobación de la legislación complementaria establecida en la misma Constitución Política, han sido factores que, unidos a la falta de voluntad política de los gobiernos elegidos durante su vigencia, han obstaculizado el cumplimiento de las normas constitucionales. No obstante, se ha avanzado en la democratización del país y la vigencia de algunos derechos, lo cual se debe reconocer.

### **4.3 La estructura de la Constitución de la República de 1985**

Como se mencionó anteriormente, la Constitución es de tipo desarrollada, contiene un total de 280 Artículos, además de 27 disposiciones transitorias y finales, la que la convierte en la Constitución más larga de la historia de Guatemala. Siguiendo la estructura que explicamos en el capítulo I de la presente tesis, la estructura de la Constitución Política de la República es la siguiente.

#### **4.3.1 Preámbulo**

El preámbulo comienza con una invocación a Dios, para después hacer énfasis en la representación popular de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la finalidad de organizar jurídica y políticamente al Estado. Se hace énfasis en principios tales como la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, la familia como génesis primario de los valores espirituales y morales de la sociedad, el Estado



como responsable del bien común, del régimen de legalidad, la seguridad, la justicia, la paz, la plena vigencia de los derechos humanos y el Estado de derecho.

Si analizamos la diversidad de elementos del preámbulo, nuevamente se puede notar que no obedece a una ideología particular, pues combina elementos de varias corrientes de pensamiento ideológico, moral e incluso espiritual, rasgos de ese carácter consensual que ya fue explicado.

#### **4.3.2 Parte dogmática**

La parte dogmática comprende los Títulos I y II de la Constitución Política, es decir, de los Artículos 1 al 139 inclusive, casi la mitad de la Constitución.

El título I denominado “La persona humana, fines y deberes del estado”, solamente tiene un capítulo e incluye los artículos 1 relativo a los fines del Estado y el 2 relativo a los deberes del Estado.

El título II denominado “Derechos humanos”, comprende cuatro capítulos, distribuidos de la siguiente forma:

- Capítulo I. Derechos individuales. Artículos del 3 al 46
- Capítulo II. Derechos sociales. Artículos del 47 al 134
- Capítulo III. Deberes y derechos cívicos y políticos. Artículos del 135 al 137
- Capítulo IV. Limitación a los derechos constitucionales. Artículos 138 y 139

Por su parte, el Capítulo II está dividido en 10 secciones de la siguiente forma:

- Sección 1º. Familia
- Sección 2º. Cultura
- Sección 3º. Comunidades indígenas



- Sección 4º. Educación
- Sección 5º. Universidades
- Sección 6º. Deporte
- Sección 7º. Salud, seguridad y asistencia
- Sección 8º. Trabajo
- Sección 9º. Trabajadores del Estado
- Sección 10º. Régimen económico y social

Como vemos, la parte dogmática de la Constitución prácticamente comprende la mitad de la Constitución e incluye taxativamente los derechos individuales, civiles, políticos y sociales. Sin embargo, el Artículo 44 constitucional establece que: “los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren en ella, son inherentes a la persona humana”. Con lo que claramente pueden incluirse otros no establecidos explícitamente en la misma.

De la misma forma, el Artículo 46 establece que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, por lo que los derechos colectivos y ambientales también pueden considerarse incluidos dentro del llamado “bloque de constitucionalidad”, pues Guatemala ha ratificado tratados sobre la materia.

### **4.3.3 Parte orgánica**

La parte orgánica de la Constitución de la República de Guatemala comienza en el Artículo 140 y termina en el artículo 276, incluye cuatro títulos y estos, a su vez, están divididos en capítulos de la siguiente manera:

#### Título III. El Estado

- Capítulo I. En 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



#### **4.3.4 Normas neutras**

Al igual que la mayoría de constituciones, la de Guatemala contiene normas neutras, las cuales no es conveniente enumerar a detalle en estos momentos por no ser de importancia para la investigación, a manera de ejemplo, podemos citar el Artículo 49 relativo al matrimonio, que establece que puede ser autorizado por alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto, norma que podría fácilmente haber estado en el Código Civil.

#### **4.3.5 Disposiciones transitorias y finales**

La Constitución contiene un título VIII denominado “Normas transitorias y finales”, que tiene un capítulo único con 27 Artículos. Los primeros 22 Artículos regulan materias relativas a normas que deben ser aprobadas después de la entrada en vigor de la Constitución la calendarización de la toma de posesión de algunas autoridades, y las derogatorias.

También se incluyen en este Título algunos temas que por técnica legislativa pudieron haber sido regulados en la parte orgánica e incluso la dogmática, pero que los constituyentes decidieron dejar de último, quizá por omisión, tal es el caso de la regulación del Comité Nacional de Alfabetización, la asignación presupuestaria para la alfabetización, el nombramiento de los juzgados menores, el tema de Belice, o el fomento y desarrollo de Petén.

Los últimos 5 Artículos de este título se refieren a la calendarización y la entrada en vigor de las reformas constitucionales de 1993, a las cuales haremos referencia más adelante.



## **4.4 Regulación de la reforma constitucional en la Constitución Política de la República de 1985**

Siguiendo la tradición constitucional guatemalteca, se establece un título específico de la misma para regular la reforma constitucional, en este caso el título VII, denominado “Reformas a la Constitución”, y que incluye del Artículo 277 al 281.

### **4.4.1 La iniciativa de reforma**

La iniciativa para la reforma constitucional en Guatemala es de carácter compartida, se encuentra regulada en el Artículo 277, el cual establece:

Artículo 277. Iniciativa. Tienen iniciativa para proponer reformas a la Constitución:

- a) El presidente de la República en Consejo de ministros.
- b) Diez o más diputados al Congreso de la República de la República.
- c) La Corte de Constitucionalidad.
- d) El pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos.

En cualquiera de los casos anteriores, el Congreso de la República de la República debe ocuparse sin demora alguna del asunto planteado.

Es decir, que la iniciativa para la reforma constitucional en la Constitución Política de la República de 1985 es de carácter compartida, pues tienen la atribución de presentar la



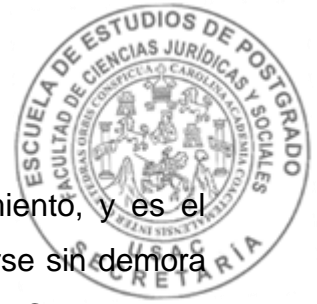
reforma al menos tres instituciones del Estado:

- A. El organismo Ejecutivo
- B. El Congreso de la República de la República
- C. La Corte de Constitucionalidad

Al aceptar la pluralidad de entes con iniciativa de reforma constitucional, el Constituyente de 1985 termina con la tradición de exclusividad que en esa materia mantuvo el Congreso de la República de la República durante la historia constitucional de Guatemala.

Aunque es común que en otras Constituciones se le otorgue la facultad al presidente de la República tenga atribución para presentar iniciativas de reforma constitucional, es poco común que se le otorgue a un ente judicial, así sea este un tribunal constitucional como la Corte de Constitucionalidad, que además fue creado por la misma Constitución como órgano privativo independiente. En las Constituciones analizadas para el presente estudio esa atribución únicamente la Constitución de Panamá otorga esa facultad al poder judicial (ver anexo 1). Como comentamos anteriormente la legitimidad de estos entes para presentar una propuesta de reformas no proviene de su elección popular sino del conocimiento en materia constitucional.

De igual forma, es importante destacar la incorporación de la iniciativa de reforma popular por primera vez en la historia constitucional de Guatemala, en este caso, también es importante destacar que el número de cinco mil ciudadanos empadronados necesarios para presentar la propuesta es bastante bajo, aún para 1985. Hay que tomar en cuenta que en otras constituciones el número de ciudadanos requerido es mucho mayor, por ejemplo, en Colombia y Costa Rica se exige que la iniciativa sea presentada por el 5 % de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, en Uruguay el 10 % y en Venezuela el 15 % (ver anexo 1).



Finalmente, el Artículo 277 contiene un elemento propio del procedimiento, y es el mandato para el Congreso de la República de la República para ocuparse sin demora de la reforma, es decir, que la iniciativa de reforma debe ser presentada al Congreso de la República de la República que es el ente encargado de continuar con el procedimiento.

No existe regulación sobre la forma en que debe ser presentada la propuesta, o si en el caso de provenir de origen popular deben acompañarse las firmas de los ciudadanos que la apoyan, sin embargo, en las propuestas de reforma presentadas se han presentado conforme a los lineamientos de presentación de los proyectos de ley, el cual se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Congreso de la República, decreto 63-94, el cual establece lo siguiente:

Artículo 109.- Forma de las Iniciativas de Ley.

Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa, y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa.

La presentación de la iniciativa se hará por escrito, en hojas numeradas y rubricadas por uno o varios de los ponentes y, además, en formato digital que deberá ser en formato de texto editable, para que inmediatamente después que el Pleno tome conocimiento de la iniciativa por la lectura de la exposición de motivos, se ponga en disponibilidad de todos los diputados al Congreso de la República de la República por los medios electrónicos existentes, para su información y consulta. Si uno o más diputados requirieren adicionalmente la impresión de la iniciativa de ley, la Dirección Legislativa deberá proporcionar las copias que fueran solicitadas.



El soporte que contenga el formato digital deberá contener etiquetas con la firma de uno o varios de los ponentes y será introducida al sistema electrónico bajo la responsabilidad de la Dirección Legislativa.

#### **4.4.2 Los procedimientos de reforma**

El sistema guatemalteco de reforma constitucional puede caracterizarse como un sistema mixto, pues contiene reformas por parte del Congreso de la República de la República que después deben ser ratificadas por el soberano (Sistema A.4), y también reformas por una Asamblea Constituyente (Sistema A.5).

##### **4.4.2.1 Reforma por Asamblea Nacional Constituyente**

El primer sistema de reforma es el que se lleva a cabo por una Asamblea Nacional Constituyente convocada para el efecto (Sistema A.5). Podemos decir que, es el procedimiento tradicional para la reforma que se ha llevado en la historia constitucional de Guatemala, pues las constituciones de 1825, 1879, 1945, 1956 y 1965 contenían este sistema. Este procedimiento se encuentra regulado en el Artículo 278 de la Constitución de la siguiente forma:

**Artículo 278. Asamblea Nacional Constituyente.** Para reformar este o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución es indispensable que el Congreso de la República de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente. En el decreto de convocatoria señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse y se comunicará al Tribunal Supremo Electoral para que fije la fecha en que se llevarán a cabo las elecciones dentro del plazo máximo de ciento veinte días, procediéndose en lo demás conforme a la Ley Electoral Constitucional.



#### **a. Artículos reformables por ese sistema**

Debemos recordar que de acuerdo con la estructura que explicamos anteriormente, el Capítulo I del Título II de la Constitución abarca los artículos 3 al 46 que se refieren a los llamados derechos individuales.

Sobre este punto, es importante recordar que, como analizamos en el capítulo III de la presente investigación, en varias constituciones como la de Alemania, XXX los derechos individuales fundamentales constituyen un límite infranqueable para la reforma constitucional. En ese sentido, resulta interesante señalar que el constituyente guatemalteco no estableció como límite absoluto los derechos fundamentales, aunque sí exige que para reformar los mismos sea necesaria la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que es el mecanismo calificado que la Constitución establece.

También es interesante hacer ver que el constituyente haya decidido incluir dentro de los Artículos reformables por Asamblea Constituyente al mismo Artículo que establece este procedimiento, pues, tomando en cuenta que una reforma puede ser para adicionar, suprimir o modificar una norma constitucional, el constituyente originario estaría dejando en libertad al constituyente derivado para ampliar, restringir o modificar los artículos que pueden ser reformados por este sistema.

Sobre este tema, se debe tomar en cuenta que, la doctrina establece que intentar modificar los artículos que establecen los límites a la reforma constitucional, es cometer un fraude constitucional por poner al mismo nivel al constituyente derivado y al constituyente originario. Sin embargo, en este caso no aplica esa regla, debido a que, en primer lugar, el artículo no establece límites al poder constituyente derivado sino solo un procedimiento calificado para algunos artículos, y, en segundo lugar, el constituyente originario estableció taxativamente una atribución al constituyente



derivado para modificar dicho artículo, por lo que no devendría en un abuso por parte de este.

#### **b. Funcionamiento de la Asamblea**

Por su parte, el Artículo 279 constitucional regula la forma de funcionamiento de la Asamblea Constituyente de la siguiente forma:

Artículo 279. Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República de la República podrán funcionar simultáneamente. Las calidades requeridas para ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente son las mismas que se exigen para ser diputado al Congreso de la República y los diputados constituyentes gozarán de iguales inmunidades y prerrogativas.

No se podrá simultáneamente ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente y al Congreso de la República de la República. Las elecciones de diputados a Asamblea Nacional Constituyente, el número de diputados a elegir y las demás cuestiones relacionadas con el proceso electoral se normarán en igual forma que las elecciones al Congreso de la República de la República.

Como vemos, el constituyente originario estableció el funcionamiento simultaneo de la Asamblea Constituyente y el Congreso de la República de la República. Sobre este punto debemos recordar que algunos autores señalan que esto puede generar confusiones e incluso enfrentamientos entre ambos cuerpos legislativos, principalmente si la elección para la Asamblea Constituyente da una correlación de fuerzas políticas distintas a la del Congreso de la República ordinario y esto hace surgir diferencias importantes en materia de los límites y la soberanía del constituyente derivado y del poder constituido encarnado en el Congreso de la República de la República.





También hay que señalar que la Asamblea Constituyente se rige por las mismas normas que las elecciones al Congreso de la República de la República, lo cual remite su mecanismo de elección a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la cual, si bien es una ley de carácter constitucional, puede ser modificada por el Congreso de la República con mayoría simple, lo que constituye otra variación importante a la tradición constitucional guatemalteca, que, como vimos en el numeral I del presente capítulo, siempre establecía los temas de procedimiento para regular la reforma en la misma Constitución.

Sobre el tema, considero que esto, teóricamente permite una mayor flexibilidad al legislador ordinario, el cual podría incluso establecer vía reforma a la legislación electoral, un sistema más plural de conformación de la Asamblea Constituyente, que pudiera incorporar a sectores no político partidistas en la reforma constitucional como ha sucedido en otras realidades (caso de Bolivia). Sin embargo, en la práctica deja en manos de los partidos políticos adecuar por medio de la reforma a la ley electoral la forma de elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, lo cual implica que únicamente los partidos políticos podrían ser miembros de esta, con las limitaciones democráticas que esto conlleva y que se explicaron al describir este sistema.

Como se establece en el Artículo 278 la convocatoria a las elecciones para elegir a la Asamblea Nacional Constituyente la debe realizar el Tribunal Supremo Electoral, al igual que en las elecciones generales.

### **c. La supeditación al Congreso de la República de la República**

El artículo 278 establece mecanismos que supeditan la Asamblea Constituyente al Congreso de la República de la República:

El primero de estos se refiere a la frase del citado artículo que establece “es indispensable que el Congreso de la República de la República, con el voto afirmativo



de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente”. Sobre este punto es importante tomar en cuenta que en algunas legislaciones la convocatoria a Asamblea Constituyente puede hacerse directamente ya sea por iniciativa popular o por convocatoria del Ejecutivo, mientras en nuestra Constitución así la reforma constitucional la haya propuesto el pueblo, el presidente o la Corte de Constitucionalidad, es el Congreso de la República el que debe de convocar a la constituyente con el voto de las dos terceras partes, por lo que en la práctica se está dando al Congreso de la República de la República la supremacía sobre el proceso de reforma aunque la iniciativa sea compartida y popular.

En segundo lugar, en el mismo Artículo 278 se establece “En el decreto de convocatoria señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse”. Nuevamente encontramos una primacía para el Poder Legislativo sobre el contenido de la reforma, pues el decreto legislativo abre la posibilidad de que en los casos en que la iniciativa de reforma constitucional no proviene del legislativo, sino de alguno de los otros entes con capacidad para presentarla, nada impide que el Congreso de la República pueda modificar la iniciativa de reforma y agregar nuevos Artículos para reformar al momento de la aprobación de dicho decreto.

En tercer lugar, esa misma frase del Artículo constitucional plantea que la Asamblea Nacional Constituyente, que es un poder constituyente derivado, está limitada a los artículos que determina un decreto aprobado por el Congreso de la República de la República, que es un poder constituido. Sobre este punto me parece importante analizar más a profundidad.

Como primer punto, se debe tomar en cuenta que si bien en la doctrina del poder constituyente, ambos entes, Asamblea Constituyente y Congreso de la República, son poderes constituidos por estar previstos en el ordenamiento constitucional, también lo es que la doctrina reconoce que aun siendo el poder constituyente derivado o de



reforma un poder constituido, es de un rango superior de jerarquía al poder constituido del Congreso de la República y solo es inferior al poder constituyente originario.

Como segundo punto, es el pueblo, actuando como poder constituyente originario el único que puede establecer los límites a la reforma constitucional, ya sea en forma de artículos pétreos o bien estableciendo sistemas diferenciados de aprobación constitucional. Sin embargo, el poder constituyente originario no puede delegar en el Congreso de la República de la República la facultad de limitar al poder constituyente de reforma, toda vez que este poder deviene del carácter de soberanía popular, del poder constituyente originario y como tal, es indelegable.

En ese sentido, considero que la Asamblea Constituyente convocada para reformar determinados artículos constitucionales por parte del Congreso de la República, puede declarar, si así lo deciden sus integrantes, la reforma de otros artículos del mismo capítulo I del título II de la Constitución, aun cuando no se encuentren en dicho decreto de convocatoria, siempre y cuando estos no tengan una limitación impuesta por el poder constituyente originario taxativamente en la Constitución

Esto en ningún caso significa que el poder constituyente de reforma de la Asamblea Nacional Constituyente sea ilimitado, pues eso sería darle el nivel de un poder constituyente originario. La Asamblea Constituyente no puede realizar una reforma total a la Constitución ni modificar los artículos pétreos, pues no es soberana. El poder constituyente de reforma tiene los límites que el poder constituyente originario, por ser poder supremo, estableció explícitamente en la Constitución, pero no es posible justificar teóricamente que la Asamblea Constituyente se encuentre limitada por las decisiones políticas del Congreso de la República de la República, pues, como lo establece la doctrina citada, este es un poder constituido de inferior jerarquía y el poder constituyente originario no puede ser delegado en él.



Si aceptamos, por el contrario que el Congreso de la República de la República, puede fijar límites a poder constituyente de reforma por medio de un decreto legislativo, debemos aceptar también la tesis de que el poder constituyente originario, que es el único que puede fijarle límites a la reforma constitucional, puede delegarse en el Congreso de la República de la República.

#### **4.4.2.2 Reformas por el Congreso de la República**

El segundo sistema de reforma constitucional que contempla la Constitución Política de la República es aprobación por parte del Congreso de la República y someterlo a consulta popular (Sistema 4).

##### **a. Artículos reformables por este sistema**

La Constitución no enumera los artículos constitucionales que pueden ser reformados por esta vía, pero de la lectura del artículo 280 se establece que se le otorga la facultad para elaborar las propuestas de reforma para todos los artículos constitucionales, exceptuando los contenidos en el capítulo I del título II y del artículo 278, porque estos solo pueden reformarse por medio de una Asamblea Nacional Constituyente. Tampoco podría reformarse por esta vía los Artículos pétreos:

Artículo 280. Reformas por el Congreso de la República y consulta popular. Para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados. Las reformas no entrarán en vigor sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el Artículo 173 de esta Constitución. Si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, esta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.



## **b. El procedimiento legislativo de aprobación de las reformas**

Es importante hacer notar que la Constitución de la República, a diferencia de otras constituciones, no regula un procedimiento específico para que el Congreso de la República de la República apruebe las reformas constitucionales, únicamente utiliza la frase “será necesario que el Congreso de la República de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados”. Tampoco en la Ley Orgánica del Congreso de la República se establece un procedimiento específico para la aprobación de propuestas de reforma constitucional.

Ante esta omisión del constituyente, se ha interpretado que el trámite de aprobación de las reformas es el mismo que el de aprobación de una ley, el cual se encuentra regulado en el Artículo 176 de la Constitución:

Artículo 176. Presentación y discusión. (Reformado). Presentado para su trámite un proyecto de ley, se observará el procedimiento que prescribe la Ley Orgánica y de Régimen Interior del Organismo Legislativo. Se pondrá a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesión. Se exceptúan aquellos casos que el Congreso de la República declare de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que lo integran.

Además de lo que establece la Constitución el proceso legislativo se encuentra regulado en el decreto 63-94, Ley Orgánica del Congreso de la República, el cual también establece que los proyectos de ley deben ser remitidos a una Comisión de trabajo para que emita dictamen sobre el mismo. En el dictamen de comisión puede modificarse el contenido de la ley.

Sin embargo, se han sentado precedentes en el Congreso de la República de la República en el sentido de que las propuestas de reforma constitucional no deben



seguir este trámite que se establece para las leyes ordinarias e incluso para las constitucionales, por lo que, cuando un proyecto de reforma constitucional es ingresado al Congreso de la República de la República, si bien es remitido a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales para su análisis, la misma no emite un dictamen sobre el proyecto de reformas, sino que elabora una recomendación para que el pleno del Congreso de la República de la República la conozca. Una vez en el pleno, el proyecto de reforma constitucional es leído en tres sesiones distintas y al ser aprobado para a ser conocido en consulta popular.

Sobre este punto, creo que existió una omisión importante por parte del constituyente al no regular con especificidad el trámite legislativo de un proyecto de reforma constitucional, por lo que se ha tenido que adecuar el procedimiento legislativo para conocer de los proyectos de reforma constitucional. Considero también que el precedente legislativo de que las comisiones de trabajo no puedan modificar la propuesta es correcta.

### **c. La consulta popular para la ratificación de reformas constitucionales**

En el constitucionalismo guatemalteco la figura del *referéndum* y del plebiscito como mecanismo de reforma constitucional se encuentra regulado en la figura de la consulta popular, regulada en el Artículo 173 de la Constitución la cual establece:

Artículo 173. Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.

La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del presidente de la República o del Congreso de la República de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. La Ley Constitucional Electoral regulará lo relativo a esta Institución.



El Artículo 173 establece que la consulta popular puede ser convocada tanto por el presidente como por el Congreso de la República de la República, sin embargo, el presidente solo puede convocar para decisiones que no se refieren a la reforma constitucional, pues esta facultad es exclusiva del Congreso de la República de acuerdo con el Artículo 180 ya citado.

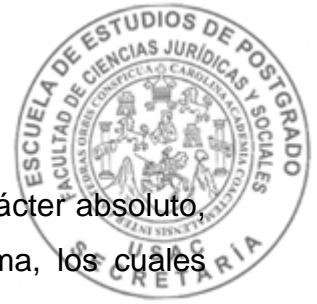
También el Artículo 173 establece que corresponde al Congreso de la República de la República fijar con precisión las preguntas relativas a la reforma constitucional, a las que los ciudadanos deberán responder en la consulta popular.

La labor del Tribunal Supremo Electoral se circunscribe a la convocatoria de la consulta, la logística de la elección, el conteo de resultados y la comunicación de los mismos

Finalmente, es importante mencionar que este artículo fue reformado en 1993 agregándose el párrafo final que establece que lo relativo a la consulta popular deberá ser regulado en la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

#### **4.4.3 Los límites a la reforma constitucional**

Como se analizó anteriormente, el poder constituyente originario puede establecer límites al poder constituyente de reforma, estos límites son de carácter autónomo, pues devienen de la misma Constitución y cuando un artículo constitucional no puede ser reformado se les conoce como artículos pétreos. Por lo general, los constituyentes se preocupan por declarar irreformables aquellos artículos constitucionales que contienen los valores fundamentales del sistema jurídico constitucional, por lo que su reforma trastocaría el sistema.



El poder constituyente originario de Guatemala estableció límites de carácter absoluto, tanto explícitos como implícitos, para el poder constituyente de reforma, los cuales están regulados en el Artículo 281 de la Constitución:

Artículo 281. Artículos no reformables. En ningún caso podrán reformarse el Artículo 140, Artículo 141, Artículo 165 inciso g), Artículo 186 y Artículo 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido.

#### **4.4.3.1 Límites de carácter explícito y absoluto**

El constituyente originario estableció 4 artículos constitucionales y un inciso de un Artículo entre las limitaciones de carácter absoluto, que en ningún caso podrán ser reformados. Estos artículos se refieren a temas considerados fundamentales para el constituyente:

- A. Las características esenciales del Estado guatemalteco.
- B. La soberanía popular y la división de poderes.
- C. La no reelección presidencial.
- D. El sistema democrático de gobierno y la pureza del proceso electoral.

##### **a. Las características esenciales del Estado**

El primer artículo no reformable es el 140 que se refiere a las características esenciales del Estado, incluyendo la forma republicana democrática y representativa de gobierno.





“Artículo 140. Estado de Guatemala. Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.”

El poder constituyente originario de 1985 determinó que las características esenciales del Estado de Guatemala deberían entrar en la categoría de artículos no reformables, lo cual constituye una novedad importante en la historia constitucional de Guatemala, pues como pudimos ver en la primera parte de este capítulo, la tradición constitucional era desde hace muchos años que la única prohibición explícita para la reforma eran los artículos relativos a la reelección presidencial. Sin duda el hecho de que, al momento de redactar la Constitución aún se vivía en un enfrentamiento armado interno, y de que se acababa de pasar por un período de violencia política y dictaduras militares, influyó mucho para que los constituyentes de 1985 establecieran como irreformable el Artículo que establece la democracia representativa como forma de acceder al poder.

Con esa decisión, el poder constituyente originario se une a la tendencia de Estados como Brasil, Italia, Francia, Portugal, que establecen la forma republicana de gobierno como límite para la reforma constitucional. En Centro América también Honduras y El Salvador establecen como límite para la reforma constitucional la forma republicana de gobierno.

#### **b. La soberanía popular y la división de poderes**

Otro artículo que el constituyente consideró fundamental proteger es el 141, que se refiere a la soberanía popular y a la división de poderes:

“Artículo 141. Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida”.



En este artículo también se definen los rasgos característicos del Estado de Guatemala, como es la división de poderes y la soberanía popular. Como se explicó en el inciso anterior, hay varios países que establecen la división de poderes o la forma republicana de gobierno dentro de los artículos no reformables, pues es evidente que para toda república democrática liberal se consideran artículos fundamentales.

En cuanto a la soberanía popular, países como Alemania y Portugal también la mantienen como límite a su poder constituyente de reforma.

Es evidente que el constituyente hizo bien al establecer como límite para la reforma, tanto el Artículo 140 como el 141, pues una modificación en estos definitivamente conllevaría una reforma de fondo a todo el sistema constitucional, algo que solo puede hacer el poder constituyente originario. En ese sentido, se ha pronunciado en numerosas ocasiones la Corte de Constitucionalidad:

La Soberanía del pueblo. Tal expresión que evoca la idea de un gobierno del pueblo, de acuerdo con la teoría democrática, es el poder supremo del Estado, poder del que provienen todos los demás poderes, lo detentan o pertenece indivisamente a todos los ciudadanos de una nación. La soberanía es la colectividad de ciudadanos, estimada como un ser real distinto de las individualidades que lo componen. Como nación o ente soberano puede instituir el poder constituyente originario, con potestades para crear la norma fundante y fundamental, cuya estructura solo podría ser variada conforme el procedimiento y límites fijados en la misma norma fundante. De manera especial, corresponde a esa colectividad ciudadana dar o negar su respaldo a la propuesta de variar la estructura de tal norma fundamental, para cuya realización se precisa de instrumentos que



garanticen y tutelen la efectiva participación de la población que reúna los requisitos necesarios para poder expresarse políticamente”.<sup>215</sup>

### **c. La reelección presidencial**

Al analizar la historia de las reformas constitucionales en Guatemala, nos dimos cuenta de que el tema de la reelección ha sido un límite constante para la reforma constitucional desde la Constitución de 1945, repitiéndose en las constituciones de 1956 y 1965. Siguiendo con esa tradición, los constituyentes de 1985 mantuvieron la prohibición de la reelección presidencial y establecieron que los artículos 165 inciso G, y 187 no podrían ser modificados, ambos artículos están relacionados con el tema de la reelección del presidente:

Artículo 165. Atribuciones. Corresponde al Congreso de la República de la República:

- g) Desconocer al presidente de la República si habiendo vencido su período constitucional, continúa en el ejercicio del cargo. En tal caso el Ejército pasará automáticamente a depender del Congreso de la República.

Artículo 187. Prohibición de reelección. La persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso.

Sobre este tema vale la pena preguntarse si en algún momento del futuro, el pueblo de Guatemala querrá volver a tratar el tema de la reelección presidencial, muchos países democráticos como Alemania, Estados Unidos de América o Brasil, permiten la misma y otros igualmente democráticos como Costa Rica, Uruguay o Chile la tienen regulada siempre y cuando no sea inmediata.

---

<sup>215</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 931-98 sentencia del 8/0/1999



#### **d. El sistema democrático de gobierno y la pureza del proceso electoral**

Relacionado con el tema anterior, pero a la vez con mucho más alcance se encuentra dentro de los artículos irreformables el 186 de la Constitución, que establece las prohibiciones para optar al cargo de presidente de la República:

Artículo 186. Prohibiciones para optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la República. No podrán optar al cargo de presidente o vicepresidente de la República:

- a) El caudillo, ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que hayan alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura del gobierno.
- b) La persona que ejerza la presidencia o vicepresidencia de la República cuando se haga la elección para dicho cargo, o que la hubiere ejercido durante cualquier tiempo dentro del período presidencial en que se celebren las elecciones.
- c) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del presidente o vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la presidencia y los de las personas a que se refiere el inciso primero de este artículo.
- d) El que hubiese sido ministro de Estado, durante cualquier tiempo en los seis meses anteriores a la elección.
- e) Los miembros del Ejército, salvo que estén de baja o en situación de retiro por lo menos cinco años antes de la fecha de convocatoria.
- f) Los ministros de cualquier religión o culto.
- g) Los magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

Del análisis de cada uno de los incisos del Artículo 186 podemos notar que lo que en realidad se protege por parte del constituyente al prohibir la reforma de este artículo, es el sistema democrático de gobierno y la pureza del proceso electoral.



En efecto, si bien el inciso “b” se refiere nuevamente al tema de la no reelección presidencial, continuando con la tradición del constitucionalismo guatemalteco posterior a la revolución de octubre de 1944 de proteger el principio de alternancia en el ejercicio de gobierno, el resto de los incisos van encaminados a salvaguardar los principios democráticos de acceso al poder por elecciones libres y pacíficas, así como a evitar ventajas en el proceso electoral.

Por ejemplo, el inciso “a” y la última parte del inciso “c” al establecer la prohibición para optar a cargo del presidente para los jefes de golpe de Estado o revoluciones está protegiendo el carácter pacífico del sistema democrático de gobierno, en el cual los mandatarios son electos por el pueblo y no impuestos por la fuerza, lo que es también extensivo a sus parientes dentro de los grados de ley.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad ha opinado lo siguiente:

La prohibición contenida en el Artículo 186 inciso a) expresa la voluntad del legislador de no transigir con la violencia, aún cuando los móviles de algunos golpes o revoluciones anteriores hayan sido para beneficio popular, pues en casos así la recompensa que sus promotores habrían de esperar será la valoración histórica, pero nunca que la apelación a la violencia golpista tenga por finalidad alcanzar el poder, porque nuestro sistema pretende que a este se acceda únicamente por vía de la representación democrática.

En el caso de los incisos “c”, “d”, “e”, “f” y “g” el artículo constitucional también protege otros valores fundamentales para el sistema democrático como es la prohibición de nepotismo, fundamental para diferenciar a la democracia de formas de gobierno como la monarquía, la cual permite pasar el poder a manos de los parientes del gobernante. Así mismo, se protege la pureza del proceso electoral, toda vez que buscan evitar que se favorezca a un candidato vinculado al gobernante de turno, ya sea un familiar del presidente, un ministro o una autoridad electoral, o un ministro de culto que aproveche



su púlpito para ganar adeptos. Como la misma Corte de Constitucionalidad lo indicó en opinión consultiva, esta prohibición pretende “evitar una transmisión dinástica o nepótica del poder o de que un candidato a un cargo de elección popular pudiera participar en el evento electoral en condiciones de superioridad frente a los otros, con clara vulneración del principio de igualdad que el sistema democrático adopta”.<sup>216</sup>

#### **4.4.3.2 Los límites implícitos**

Además de los límites explícitos contenidos en los Artículos 140, 141, 165 inciso “g”, 186 y 187 el constituyente originario también estableció límites implícitos para la reforma constitucional, específicamente en el artículo 281 en la frase “ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier manera variar su contenido”.

Al establecer esa norma el constituyente dejó claro que los temas fundamentales de la Constitución como la forma republicana de gobierno o el principio de no reelección, no pueden variarse de ninguna forma, es decir, aún cuando la reforma constitucional no sea sobre los artículos pétreos, pero sí afecte a la forma republicana de gobierno o a la reelección presidencial, no podría llevarse a cabo.

Como lo explicamos anteriormente, el problema con los límites implícitos es que debe interpretarlos ya sea el propio poder constituyente de reforma, o bien el órgano de justicia constitucional, lo que conlleva un nivel de interpretación extensiva de un límite al poder constituyente. Por ejemplo, una reforma que reduzca los poderes de control del Congreso de la República sobre el ejecutivo, o que amplíe los poderes de control del Congreso de la República sobre el poder judicial, podría afectar la forma

---

<sup>216</sup> Opinión de la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 212-89, de fecha 16/11/89



republicana de gobierno, con lo cual sería improcedente, pero esto solo podría determinarlo el propio constituyente de reforma o la Corte de Constitucionalidad.

También constituye límite implícito de reforma el propio artículo 281, pues establece los artículos irreformables. Como se analizó anteriormente algunas constituciones tienen como límite explícito el mismo que determina el procedimiento de reforma y otras como la de Guatemala no, lo que ha llevado a algunos a opinar que para modificar un artículo pétreo bastaría con reformar primero el artículo que lo establece como tal, para después proceder a reformar el que antes era pétreo. Sin embargo, ya se aclaró en su momento que hacer eso equivaldría a un fraude constitucional, pues sería aprovechar una omisión del constituyente originario para cambiar el sentido de una prohibición explícita.

#### **4.4.4 Posibilidades de una reforma constitucional total en Guatemala**

Finalmente, considero oportuno utilizar las últimas páginas del presente estudio para contestar una pregunta que es, precisamente, una de las motivaciones para escribir esta tesis, y es que, desde hace algunos años, se ha mencionado, en varios círculos, la posibilidad de convocar una Asamblea Nacional Constituyente y elaborar una reforma total de la Constitución Política de la República.

Como primer punto, creo importante aclarar que no es el objeto de este estudio abordar acerca de la necesidad o no de reformar en forma total el pacto social, discusión que es de carácter política y no jurídica, sino que nos enfocaremos únicamente en las posibilidades jurídicas de realizar una reforma total en Guatemala.

Debemos tomar en cuenta, para abordar este tema, las dos posiciones básicas sobre el poder constituyente derivado o de reforma que se han explicado a lo largo del presente estudio: la primera, es la corriente que establece que el poder constituyente de reforma



no tiene límites, pues al igual que el poder constituyente originario proviene del poder soberano del pueblo. La segunda corriente es la que establece que el poder constituyente de reforma no es en realidad un poder constituyente sino un poder constituido, y que como tal tiene límites establecidos por el poder constituyente originario.

Si se acepta la primera teoría, donde el poder constituyente derivado no tiene límites, se podría hacer una reforma total a la Constitución Política de la República de Guatemala, y bajo ese criterio correspondería discutir si la misma la puede realizar el Congreso de la República de la República y aprobar el pueblo en *referéndum* o si es necesario que se convoque una Asamblea Nacional Constituyente. Como se analizó anteriormente, la Constitución Política de la República establece una jerarquía entre ambos métodos, estableciendo que para la reforma del Capítulo I del Título II de la Constitución que contiene los derechos fundamentales, deberá convocarse a una Asamblea Nacional Constituyente y que para todas las otras reformas puede realizarlas el Congreso de la República de la República. Al establecer esa categorización, el constituyente instituye que la Asamblea Nacional Constituyente puede realizar reformas más importantes que el Congreso de la República de la República, por lo que sería únicamente por esta vía que se podría realizar una reforma total a la Constitución

Un antecedente de este procedimiento lo representa la reforma a la Constitución Política de Colombia en 1991, que algunos autores han calificado como una reforma *de facto*, pues como lo explica Naranjo Mesa, la Asamblea Constituyente hizo una nueva Constitución por fuera del ordenamiento constitucional vigente habiendo sido convocada para una reforma parcial:

En 1990, cuando mediante decreto legislativo el gobierno dispuso, con el aval de la Corte Suprema de Justicia, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente se estableció con claridad que su objetivo era el de reformar la





Constitución y así quedó establecido en el texto de la papeleta que la mayoría de los ciudadanos depositó en las urnas para tal efecto. No obstante, lo anterior, ya en el curso de sus deliberaciones la constituyente así elegida decidió no limitarse a reformar sino a cambiar la Constitución por otra nueva: la de 1991(...) Este sería, pues, un caso de establecimiento de una nueva Constitución por fuera de las normas del derecho positivo vigente, es decir, de hecho, máxime si se tiene en cuenta que no hubo actuación directa del poder constituyente originario, sino que la Constitución se cambió por obra de un constituyente derivado.<sup>217</sup>

El ejemplo colombiano es claramente un caso donde el poder constituyente derivado no reconoció los límites establecidos en la propia Constitución y decidió crear una nueva, a pesar de no haber sido convocado para el efecto, es decir la Asamblea Constituyente se declaró soberana, al igual que lo hizo en 1789 la Asamblea Constituyente francesa, que tampoco había sido convocada como tal y que aprobó la Constitución de 1791.

Si, por el contrario, aceptamos la teoría de que el poder de reforma no es en realidad un poder constituyente sino un poder constituido, y que, como tal, se encuentra sometido a límites establecidos por el poder constituyente originario, por lógica solo se puede realizar una reforma total de la Constitución si el poder constituyente originario lo estableció taxativamente y si no existen límites explícitos a la reforma, es decir, artículos pétreos; como se establece en las constituciones de Venezuela o Ecuador, que ofrecen la posibilidad de realizar una reforma total de la Constitución para lo cual se define un mecanismo especial, distinto al de las reformas parciales.

En ese sentido, la Constitución de Guatemala sí establece límites al poder constituyente de reforma, expuestas en el artículo 281 de la Constitución por lo que no

---

<sup>217</sup> Naranjo Mesa. Ob. Cit. Pág. 391



puede ser reformada en forma integral, ni siquiera por una Asamblea Nacional Constituyente convocada a tenor del Artículo 278 de la Constitución el único que puede realizar una reforma total de la Constitución es el poder constituyente originario.

Debemos ser claros en que lo anterior aplica únicamente en el caso de que se pretendiera hacer una reforma total de la Constitución Política de la República por medio del Artículo 278, no en el caso que se pretenda hacer una nueva Constitución en Guatemala por medio de convocar al poder constituyente originario, el cual se rige por una dinámica totalmente distinta que explicaremos a continuación.

Como se definió en el capítulo II de la presente investigación, a diferencia del poder constituyente derivado que está limitado por la Constitución el poder constituyente originario carece de límites autónomos, es decir, no está limitado por el ordenamiento constitucional previo y, como tal, no está sujeto a los límites de los artículos pétreos y puede hacer una Constitución totalmente nueva.

Como también se definió en el capítulo II que el poder constituyente originario es permanente, en cualquier momento el pueblo tiene la facultad de establecer un nuevo ordenamiento constitucional. Sin embargo, el procedimiento para convocar al mismo si presenta algunas dificultades concretas.

La Constitución de Guatemala no contiene un mecanismo previsto para la reforma total y tampoco uno para convocar a un constituyente originario, esto debido a que como la mayoría de las constituciones tiene un espíritu de permanencia por lo que no prevé un mecanismo para su sustitución.

Tradicionalmente, se tiende a relacionar un proceso constituyente con una independencia, una revolución o un golpe de Estado, la historia constitucional de Guatemala que repasamos en el presente capítulo demuestra que, en las constituciones de 1825, 1851, 1879, 1945, 1956 y 1965 fue así, mientras que, si bien el



proceso constituyente de 1985 fue pacífico, el antecedente inmediato lo constituye el golpe de Estado del 8 de agosto de 1983.

Sin embargo, como lo demuestran los procesos constituyentes de Venezuela, Bolivia, Ecuador y ahora Chile, es posible que se convoque a un proceso constituyente por la vía democrática. ¿Es posible este camino en Guatemala? O más específicamente ¿Puede promoverse una reforma total de la Constitución sin romper el orden Constitucional?

La Constitución Política de la República prevé en el Artículo 173 el procedimiento de *referéndum* establecido para consultar al pueblo sobre aquellas decisiones políticas de especial trascendencia, como puede ser el caso de una consulta popular:

Artículo 173.- Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.

La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del presidente de la República o del Congreso de la República de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas se someterán a los ciudadanos. La ley constitucional electoral regulará lo relativo a esta institución.

A mi criterio, es posible que por este medio tanto el presidente de la República como el Congreso de la República de la República realicen una consulta al pueblo sobre la necesidad de aprobar una reforma total a la Constitución Política de la República, y si el pueblo, que es siempre el soberano y que puede convocar al poder constituyente originario lo decide, podría procederse a convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, la que si tendría el poder para realizar una reforma total, es decir aprobar una nueva Constitución.





## CONCLUSIÓN

La mayoría de la doctrina diferencia al poder constituyente originario, el cual es soberano, creador y autónomamente ilimitado del poder constituyente de reforma, el cual es un poder constituido y se encuentra limitado por la misma Constitución. En Guatemala, esta diferencia se encuentra regulada en la propia Constitución, al permitir la reforma únicamente de manera parcial. Los límites, explícitos o implícitos y absolutos, que se reconocen para la reforma constitucional, se encuentran contenidos en artículos que no pueden ser reformados. Es por ello que, en esta investigación se logró determinar que, si bien la Asamblea Nacional Constituyente regulada en el Artículo 278 de la Constitución puede reformar la totalidad del Capítulo I, del Título II, de la Constitución Política, aun sobrepasando el contenido reformable determinado por el Congreso de la República de la República como poder constituido, no puede reformar los artículos pétreos ni aprobar una nueva Constitución sin dejar de lado que algunas constituciones vigentes de Estados republicanos y democráticos se han reformado totalmente, como producto de procesos constituyentes democráticos que no requieren revoluciones violentas.





## REFERENCIAS

- Aguilera Portales, Rafael. *Teoría política del Estado Constitucional*. Editorial Porrúa. México. 2011.
- Aragón, Manuel. *La Constitución como paradigma*. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012.
- Aragón, Manuel. *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*. Revista de Estudios políticos No. 50. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1986.
- Aristóteles, *La política*. decimocuarta edición, Editorial Espasa-calpe, Madrid, 1980.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1960.
- Carbonell, Miguel *Sobre la Constitución viviente*. Revista de estudios constitucionales Vol. 10. No. 2. Santiago de Chile. 2012.
- Carbonell, Miguel. Sobre la reforma constitucional y sus funciones. En *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012.
- Carpizo, Jorge, *Algunas reflexiones sobre el poder constituyente*, en *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2000



- Carpizo, Jorge. *La democracia y la clasificación de las constituciones. Una propuesta.* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2123/26.pdf>.
- Carré de Malberg, Rene, *Teoría general del Estado.* Vigésima edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Criado de Diego, Marcos. Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional. En *Teoría y práctica del poder constituyente.* Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014.
- De Cabo Martín, Carlos. Capitalismo, democracia y poder constituyente. En *Teoría y Práctica del poder constituyente.* Editorial Tyrant Lo Blanch. Valencia. 2014.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1984.
- Fernandez de León, Gonzálo. *Diccionario Jurídico.* Tomo II. Ediciones contabilidad moderna. Tercera Edición. Buenos Aires. 1972.
- Ferrajoli, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos.* Quinta Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012.
- Ferreyra, Raúl. Control de la reforma constitucional. En *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México. México. 2011.





- García Laguardia, Jorge Mario. *Breve historia constitucional de Guatemala*. Editorial universitaria. Universidad de San Carlos Guatemala, Guatemala. 2010.
- Guastini, Ricardo. Sobre el concepto de Constitución. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012.
- Habbermas, Jurgen. Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?. En *Análes de la cátedra Francisco Suárez*. España, 2005.
- Haberle. Peter. *El Estado constitucional* Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003.
- Haro, Ricardo. El control de constitucionalidad en Argentina. En *El control del poder*. Homenaje a Diego Valadés. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2011.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2012.
- Hernandez Valle, Rubén. Reforma constitucional y control de constitucionalidad. En *El control del poder*. Homenaje a Diego Valadés. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México. México. 2011.
- Herrera, Flavio. *Derecho romano*. Escuela de estudios de postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2020.



- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica, México. 1980.
- Jauregui, Gurutz. Estado, soberanía y Constitución. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012.
- Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Primera edición en español. Fondo de Cultura Económica. México. 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*. Cuarta edición. Ediciones Coyoacán. México. 2012.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* Segunda edición. Editorial Temis, Colombia 2010.
- Lazcano Fernandez, Román. *Análisis comparado del poder constituyente*. Editorial Porrúa, México, 2006.
- Linares Quintana, Segundo. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- Martínez Dalmau, Rubén. El debate sobre la naturaleza del poder constituyente En *Teoría y Práctica del poder constituyente*. Editorial Tyrant Lo Blanch. Valencia. 2014.



- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Editorial jurídica salvadoreña. El Salvador. 2002.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Vigésima primera edición, Editorial Temis. Colombia.
- Nogueira Alacalá, Humberto. Poder constituyente y reforma constitucional, enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno. En *El control del poder*, homenaje a Diego Valadés, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2011.
- Noguera Fernández, Albert. Hacia una redefinición de la teoría del poder constituyente. En *Teoría y Práctica del poder constituyente*. Editorial Tyrant Lo Blanch. Valencia. 2014.
- Pereira Orozco, Alberto, *Poder Constituyente*. Ediciones de pereira. Guatemala, 2013.
- Pisarello, Gerardo. Globalización, Constitucionalismo y derechos, las vías del cosmopolitismo jurídico. En *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid, 2007.
- Pisarello, Gerardo. *Procesos constituyentes caminos para la ruptura democrática*. Editorial Trotta. Madrid. 2014.
- Porrúa Pérez, *Teoría del Estado*. cuadragésima edición. Editorial Porrúa, México. 2007.



- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo primera edición. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, 1992.
- Rosanovich, Damian. *Sabiduría política y praxis gubernativa en J.J. Rosseau*. Revista páginas de filosofía, Año XI, número 13, Buenos Aires, 2010.
- Rosseau, Juan Jacobo. *El contrato social*. Edicomunicación. España, 1998.
- Ruiperez, Javier. *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del estado y de la Constitución sobre los límites materiales y la revisión constitucional*. Editorial Porrúa. Instituto mexicano de derecho procesal constitucional. México. 2014.
- Sachica, Luis Carlos. *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Editorial Temis, Bogotá. 1976.
- Sanchea Agesta, Luis, *Lecciones de derecho político*, Editora Nacional. Madrid, 1968.
- Sánchez Viamonte, Carlos. *El Poder Constituyente*. Editorial Kapelusz. Argentina, 1975.
- Sieyes, Emmanuel, *Qué es el tercer Estado*. Ediciones Aguilar. Madrid. 1973.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1968.



- Zagrebelsky, Gustavo. La Constitución y sus normas. En *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012





## ANEXO 1

### Regulación de la iniciativa de reforma constitucional en la legislación comparada

Constitución	Entes con iniciativa de reforma constitucional
República Federal de Alemania	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El gobierno Federal</li> <li>- El senado (ambas cámaras)</li> </ul>
Francia	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Primer ministro</li> <li>- Parlamento</li> </ul>
Italia	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gobierno</li> <li>- Parlamento (ambas cámaras)</li> <li>- Popular, cincuenta mil electores</li> </ul>
Portugal	Asamblea legislativa
Estados Unidos de América	Congreso de la República (con aprobación de 2/3 de ambas cámaras)
Estados Unidos Mexicanos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente</li> <li>- Diputados y senadores federales</li> <li>- Legislaturas de los Estados</li> <li>- Ciudadanos en número equivalente al 0.13 % de la lista de electores</li> </ul>
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gobierno</li> <li>- 10 diputados del Congreso de la República</li> <li>- 20 % de los concejales o de los diputados</li> <li>- Ciudadanos en un número equivalente al menos al 5 % del censo electoral vigente</li> </ul>
Venezuela	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República</li> <li>- 30 % de los diputados de la Asamblea legislativa</li> <li>- Ciudadanos en número equivalente al 15 % de los ciudadanos inscritos en el registro civil</li> </ul>
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República</li> <li>- 1/3 de los diputados de la Asamblea Legislativa</li> <li>- Ciudadanía con al menos el 1 % de las personas inscritas en el registro electoral si son reformas de artículos no fundamentales, 8 % si son reformas de artículos fundamentales y el 12 % si es una reforma total</li> </ul>



Bolivia	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República</li> <li>- Por mayoría de la Asamblea Legislativa</li> <li>- Por iniciativa ciudadana de al menos el 20 % del electorado</li> </ul>
Perú	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República en Consejo de ministros</li> <li>- Congresistas</li> <li>- Ciudadanos equivalente al 0.3 % de la población electoral</li> </ul>
Chile	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República</li> <li>- Diputados al Congreso de la República Nacional</li> </ul>
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República</li> <li>- Senado</li> </ul>
Uruguay	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Poder Ejecutivo</li> <li>- Senadores y diputados</li> <li>- Por las 2/5 partes del total de miembros de la Asamblea legislativa</li> <li>- Por iniciativa del 10 % de los ciudadanos inscritos</li> </ul>
Guatemala	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente en Consejo de ministros</li> <li>- 10 diputados al Congreso de la República de la República</li> <li>- La Corte de Constitucionalidad</li> <li>- El pueblo por medio de 5 mil ciudadanos empadronados en el registro de ciudadanos</li> </ul>
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 10 diputados al Congreso de la República de la República</li> </ul>
Honduras	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Congreso de la República de la República</li> </ul>
Nicaragua	<ul style="list-style-type: none"> <li>- presidente de la República</li> <li>- 1/3 de los diputados de la Asamblea Nacional y la mitad más uno si es reforma total</li> </ul>
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 10 diputados</li> <li>- 5 % de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral</li> </ul>
Panamá	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asamblea Nacional</li> <li>- Consejo de Gabinete</li> <li>- Corte Suprema de Justicia</li> </ul>



## ANEXO 2



### Sistemas de reforma constitucional en la legislación comparada

#### Sistemas:

- A.1: Decisión parlamentaria única
- A.2 Doble deliberación parlamentaria
- A.3 Deliberación por dos parlamentos sucesivos
- A.4 Aprobación parlamentaria y ratificación en *referéndum*
- A.5 Debate y aprobación por una Asamblea Constituyente
- A.6 Aprobación con intervención del poder ejecutivo
- A.7 Aprobación directa por *referéndum*
- A.8 Intervención del poder judicial o ente de control de constitucionalidad

Constitución	Sistema
República Federal de Alemania	A.1
Francia	Mixto A.4 o A.1
Italia	Mixto A.2 o A.4
España	Mixto A.1, A.4 y A.2, A.4
Portugal	A.2
Estados Unidos de América	Mixto A.5 y A.1
México	A.2
Colombia	Mixto A.3, A.4 y A.5
Venezuela	Mixto A.3, A.4 y A.5
Ecuador	Mixto A.2, A.4, A.5
Bolivia	Mixto A.4 y A.5
Perú	Mixto A.3 y A.4
Chile	A.6
Argentina	A.5



Uruguay	Mixto A.7, A.4, A.5
Guatemala	Mixto A.4 y A.5
El Salvador	A.3
Honduras	A.3
Nicaragua	Mixto A.3 y A.5
Costa Rica	Mixto A.3 o A.4
Panamá	Mixto A.3, A.4 y A.5