

La Asamblea Constituyente prevista en las reformas constitucionales de 2004.

Rigoberto González Montenegro

Resumen: Tomando como punto de partida la presentación de la doctrina tradicional del poder constituyente, el autor examina las disposiciones introducidas en 2004 a la Constitución Política vigente en la República de Panamá, y que introdujeron el mecanismo de la “Constituyente Paralela” entre los disponibles para producir la reforma de la Constitución, o su reemplazo. Las conclusiones del autor son críticas de la fórmula adoptada por el constituyente en 2004, que le parecen contradictorias con la forma tradicional de concebir el poder constituyente por la doctrina, y que darían pie a dificultades para su aplicación práctica.

Summary: Starting with the presentation of the traditional doctrine of the constituent power, the author examines the provisions introduced in 2004 to the Constitution in force in the Republic of Panama, which introduced the mechanism of the “Parallel Constituent Assembly” among those available to produce constitutional reform or replacement. The conclusions of the author are critical to the formula adopted by the constituent in 2004, because it seems contradictory to the traditional way of conceiving the constituent power by the jurisprudence, and that would give rise to difficulties in its practical application.

I. Consideraciones introductorias

Uno de los temas sobre los que más se estuvo debatiendo a partir de 1990, al instaurarse el régimen democrático en Panamá, fue el atinente a la Asamblea Constituyente. Se consideraba, por una parte, que se requería de una Constitución que respondiera a la nueva realidad democrática, por lo que, por otra parte, se hacía necesario convocar una Asamblea Constituyente a la que se le asignase tal labor.

Esta idea fue tomando fuerza poco a poco, hasta incluirse en diversas propuestas de reformas constitucionales, si bien entendida ésta, la Asamblea Constituyente, como método de reforma, así como en distintas iniciativas de anteproyectos de Constituciones, elaboradas éstas por diversas organizaciones. Finalmente, en el 2004, al aprobarse una serie de modificaciones a la Constitu-

ción, se incorporó la Asamblea Constituyente, la que, si bien al fin constitucionalizada la disposición en la que se regula la misma, como se verá, nos plantea toda una confusión entre lo que se quería regular y lo que realmente se terminó aprobando.

En efecto, y sirva lo expresado como adelanto al análisis de la norma en la que se regula la Asamblea Constituyente en nuestra Constitución, el constituyente de 2004 terminó constitucionalizando en un solo precepto constitucional, artículo 314 de la Constitución vigente, dos supuestos que por su distinta naturaleza y finalidad se excluyen uno al otro.

Desde luego, tal aseveración exige, previo al estudio de la referida disposición constitucional, de un desarrollo doctrinal de lo que implica el poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, conocido también como poder de reforma, así como los poderes constituidos. Ello ha de facilitar la comprensión de las presentes reflexiones con respecto al contenido del artículo 314 de nuestra Constitución.

II. Los distinto poderes del Estado Constitucional

A. El poder constituyente originario.

Desde el momento que se parte del hecho cierto, tangible, concreto, como lo es la existencia de la Constitución en un Estado determinado, surge la interrogante acerca de su creador. Es decir, aún cuando se esté ante un hecho que no exige un mayor esfuerzo intelectual, si la Constitución existe es porque alguien la ha elaborado y aprobado. Lo que significa, dicho de otra forma, que la Constitución como norma jurídica tiene un creador.

En ese sentido, ante la interrogante consistente en, ¿quién ha sido o es el creador de la Constitución?, la respuesta que nos da la teoría constitucional es que ésta es producto del poder constituyente originario. Cuando éste, además de ser quien hace la Constitución, responde a una concepción democrática, va a tener como titular del mismo al pueblo.

De donde se sigue que, siendo el pueblo el titular de dicho poder, es a éste a quien compete y, por ende, corresponde darse su propia Constitución.

Concretando una primera reflexión con respecto al poder constituyente originario, tenemos que éste es el que hace la Constitución de un Estado, el que al contar con dicha norma jurídica viene a configurarse como un Estado Constitucional de Derecho. Denominado así al ser un Estado que cuenta con una Constitución y, además, al quedar su actuación sometida o supeditada al Derecho previsto en dicha norma jurídica.

1. Particularidades con respecto a este poder

Una serie de aspectos relevantes constituyen las notas características del poder constituyente originario y que son necesarios conocer a la hora de distinguirlo del poder constituyente derivado o poder de reforma como de los poderes constituidos del Estado constitucional.

Se tiene así que una de sus primeras particularidades tiene que ver en cuanto a la naturaleza de este poder, del que se dice que es de carácter político, cuya actuación es por tanto de hecho, al no requerir que su ejercicio, al proceder a elaborar la Constitución, deba hacerse en base a norma jurídica alguna. En efecto, la problemática que surge alrededor de los fundamentos del poder constituyente originario se ubica en el ámbito político y no en el jurídico. Expresado de otra forma, el poder constituyente originario es un poder de hecho y no de derecho.

Su naturaleza política es lo que explica sus otras particularidades, a saber: es ilimitado, al no estar condicionado o supeditado al Derecho, es soberano, pues al tener como titular al pueblo, el mismo puede manifestarse cuando las circunstancias así lo determinen, sin que el pueblo requiera de autorización para actuar porque una norma así lo exija o el Derecho se lo impida; es temporal, toda vez que, una vez se materializa su ejercicio en la Constitución, deja de ejercerse para que impere lo establecido en dicha norma jurídica; es, finalmente, un poder indivisible y supremo, en el sentido que no está dividido entre diversos poderes o autoridades no existiendo otro al que éste esté subordinado ni en lo jurídico ni en lo político.

Lo importante a resaltar es que todas estas características tienen su razón de ser en cuanto a la finalidad que le es propia al poder constituyente originario, que no es otra que la elaboración y aprobación de la Constitución.

2. Los dos momentos en los que se manifiesta dicho poder.

Así como la Constitución existe en un momento concreto y determinado, el ejercicio del poder constituyente originario va a hacerse necesario en dos momentos distintos y dentro de realidades o circunstancias diferentes.

Un primer momento es cuando, al crearse un nuevo Estado, los integrantes del mismo se plantean la necesidad de regular la forma como han de gobernarse a través de los distintos órganos o autoridades que han de establecerse para llevar a cabo tal finalidad. Si dicha población ha sido capaz de independizarse del Estado del que formaban parte, una vez creado su propio Estado, han de contar con su propia estructura jurídica, lo que ha de materializarse en una Constitución. Tienen su Estado, requieren, por consiguiente, de su Constitución.

El otro momento se da cuando, producto de ciertas circunstancias o hechos políticos, es necesario reemplazar la Constitución vigente por otra. Esto se puede dar vía acontecimientos violentos, como es, por ejemplo, un golpe de Estado o como resultado de un movimiento democrático, el cual optando por una vía pacífica, se plantea la necesidad de contar con una nueva Constitución.

Tanto en el primer caso, como en el segundo, el contar con una Constitución o reemplazar la existente, entraña afrontar y resolver un problema político que exige responder y solucionar con el establecimiento de los parámetros jurídicos en base a los cuales se han de desenvolver las actividades de la sociedad y del Estado de que se trate.

Lo que debe quedar claro es que el ejercicio del poder constituyente originario no se da de una sola vez y para siempre, ni que la Constitución una vez establecida, nunca más podrá ser reemplazada. Ni el poder constituyente originario se ejerce en un solo momento ni la Constitución establecida por éste es inamovible o intangible.

B. El poder constituyente derivado o poder de reforma

El ejercicio del poder constituyente derivado parte del supuesto que, existiendo la Constitución, ante la realidad del tiempo transcurrido y los cambios o transformaciones que se han producido en el Estado y la sociedad en los que tal texto jurídico rige, es necesario actualizar su contenido normativo, con el objeto de adecuarla a dichos cambios. Con el ejercicio de éste no se trata de cambiar lo que existe sino de mantener lo que hay, pero introduciéndole modificaciones para adecuarlo a una nueva y distinta realidad jurídico-política.

Su denominación responde a su razón de ser. Se trata de un poder constituyente, en la medida en que éste puede actuar modificando la Constitución, pero, y por la misma razón, es derivado, toda vez que está regulado en la Constitución sobre la cual puede ejercer su función. El poder constituyente derivado encuentra su fundamento en la Constitución en la que está previsto y es dentro de ese marco jurídico en el que puede desplegar sus facultades, que no son otras que de reformar o actualizar la Constitución. De ahí su otra denominación, poder de reforma.

Por tanto, cuando se alude al poder constituyente derivado o poder de reforma nos estamos refiriendo a la competencia mediante la cual se pueden introducir modificaciones o reformas a la Constitución, para lo cual se ha de seguir el procedimiento previsto para ello.

1. Características de este poder.

Una de las primeras particularidades del poder constituyente derivado es que el ejercicio del mismo conlleva un problema jurídico, pues se trata de

la actuación de un poder de derecho. Al estar regulado en la Constitución va a entrañar el ejercer una competencia o facultad cuya pauta la da la propia Constitución. De ahí otra de sus características, es un poder determinado o limitado, ello porque su puesta en marcha no puede hacerse de cualquier forma ni por parte de cualquier autoridad.

En efecto, el poder de reforma se ha atribuido a unos órganos constitucionales en concreto, a los que compete la posibilidad de introducirle modificaciones a la Constitución, para lo cual han de proceder conforme a lo regulado en la propia Constitución. Siendo un poder de derecho su ejercicio ha de llevarse a cabo conforme a lo previsto en dicho derecho.

Como se infiere de lo expuesto, el poder constituyente derivado es un poder de derecho, por lo que va a implicar el ejercicio de una facultad condicionada, limitada o determinada por la propia Constitución.

2. Aspectos que ha de abordar la problemática de la reforma constitucional

Desde el momento en que el constituyente originario se plantea el problema de dejar previsto y, por ende, regulado lo atinente al poder de reforma, éste lo va a hacer tomando en cuenta tres aspectos de la esencia del poder de reforma, a saber: a) ¿Quién o quiénes pueden proponer reformas a la Constitución?, b) ¿A quién compete conocer de las propuestas de reformas? Y c) ¿Cuál es el procedimiento a seguir, con el objeto de aprobar tales propuestas de reformas constitucionales?

De lo que se trata, por tanto, es dejar establecido lo referente a la iniciativa para activar el mecanismo de reforma, saber quién es el competente para conocer y decidir con respecto a lo que se pretende modificar, así como el procedimiento regulado para ello. Tratándose el poder constituyente derivado de un poder de derecho, es dentro de dicho marco jurídico en el que se ha de desenvolver el mismo.

3. El procedimiento previsto para debatir las propuestas de reformas y el límite de dicho poder.

Dos aspectos son de gran relevancia en cuanto al poder constituyente derivado o poder de reforma se refiere, consistentes éstos en el procedimiento previsto para debatir acerca de las propuestas de reforma constitucional, así como en cuanto al límite de éste.

Se tiene, en ese sentido, que lo propio del procedimiento establecido para llevar a cabo las reformas o modificaciones a la Constitución es que se trata de un mecanismo más complejo o agravado que el previsto para aprobar las demás leyes del Estado. Con esto se refuerza el contenido normativo de la

Constitución y se le configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico del Estado constitucional.

Al procederse así se viene a establecer una distinción entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias de la estructura jurídica del Estado. Las primeras, las disposiciones constitucionales, estarán revestidas de supremacía con respecto a las segundas, es decir, las leyes o normas jurídicas ordinarias. Estas últimas, por consiguiente, han de ser conforme con las normas constitucionales.

El otro aspecto es uno de los más debatidos en la doctrina constitucional. La pregunta que se impone con respecto al mismo es: ¿Tiene límites el poder de reforma? Planteada dicha pregunta de otra forma, nos llevaría a formularla así: ¿Puede el poder constituyente derivado actuar de la misma forma que el poder constituyente originario?

Una respuesta de forma concreta a tales interrogantes nos lleva a señalar, categóricamente, que no es lo mismo cambiar la Constitución que reformarla o modificarla. En el primer caso, el cambiar algo entraña sustituir lo que se tiene o existe por otra cosa. Lo que existía o estaba, deja paso, por decirlo así, a otra existencia o realidad. Por el contrario, reformar o modificar conlleva enmendar o corregir algo que se mantiene, sólo que se le mejora al reformársele o modificársele.

Lo que se cambia se quita, lo que se reforma se mantiene.

Por tanto, el poder constituyente derivado está limitado, en sus funciones, por la propia Constitución en el que se encuentra regulado. Lo que implica que el poder constituyente derivado o poder de reforma va a estar condicionado tanto en su forma de actuar como en lo que puede reformar, al no ser un poder ilimitado.

Expresado de otra forma, al estar regulado el poder constituyente derivado en la Constitución, ello va a implicar, por una parte, que al ponerse en práctica éste, es decir, al activarse el poder de reforma, su actuación o ejercicio no puede tener una mayor facultad de la que le da la propia Constitución, de ahí que, por otra parte, a este poder se le puedan imponer límites o restricciones expresas por parte de quien hace la Constitución, en este caso, por el poder constituyente originario. Estas restricciones o límites que le pueden ser impuestas son cónsonas con su propia naturaleza, al tratarse de un poder de derecho, así como por su finalidad que no es otra que la de reformar o poder modificar la Constitución. De manera que, de acuerdo a esto último, si el poder constituyente derivado lo más que puede hacer es reformar la Constitución resulta lógico que quien lo ha regulado le pueda establecer límites en cuanto al alcance de sus reformas o en cuanto a lo que no le va a estar permitido reformar.

De lo anotado en cuanto a los límites del poder constituyente derivado,

va a traer como resultado establecer una diferencia radical entre éste y el poder constituyente originario. Así, mientras que el poder constituyente originario puede derogar la Constitución, ello no le está permitido al poder constituyente derivado. Esto es así puesto que la existencia del mismo, su fundamento en cuanto a su actuación está en la Constitución, por lo que su ejercicio, como ya se indicó, ha de circunscribirse a dicha finalidad que no es otra que reformar, modificar o enmendar.

C. Poderes constituidos.

Así como hay un poder que hace la Constitución y otro que la puede modificar, existen otros a los que les está encomendado hacer efectiva la Constitución. Si la Constitución ha sido creada, lo lógico es que ésta rija, se le desarrolle, se le ponga en práctica, para lo que se requiere de unos poderes u órganos constitucionales o autoridades a las que se les haya atribuido dicha labor. De esto tratan los poderes constituidos, de aquellos poderes u órganos constitucionales creados, configurados o constituidos por el poder constituyente originario para hacer efectiva y poner en funcionamiento lo previsto en la Constitución.

Existe, por tanto, un poder constituyente originario, un poder constituyente derivado y unos poderes constituidos, cada uno con particularidades y objetivos distintos.

1. Características de los poderes constituidos.

Si algo caracteriza a los poderes constituidos es lo atinente a su regulación en el marco constitucional. Es decir, éstos van a estar previstos en el contenido normativo de la Constitución, de ahí su denominación de poderes constituidos o, lo que es lo mismo, configurados constitucionalmente. Es el constituyente originario, al hacer la Constitución, quien se ha encargado de crearlos, de darles formas, de establecer cómo se integran, así como determinar cómo han de actuar y cuáles son sus funciones.

Lo antes expuesto lleva a otra de sus particularidades, ya que si tales poderes están regulados ello lleva a que estén limitados o condicionados por lo que al respecto se tiene establecido en la Constitución. En todo momento y ante cualquier circunstancia su actuación ha de ser conforme a lo que se deja previsto en el marco jurídico de la Constitución, que es la que dispone cuál es el ámbito de su competencia.

Esto explica la existencia de controles en cuanto a su actuación. Así, de desbordar su ámbito de competencia, se van a activar los controles a través de los cuales se busca remediar tal desbordamiento o infracción constitucional. Uno de dichos controles es, por ejemplo, el control de la constitucionalidad, por medio del cual, ante un acto o actuación contraria a la Constitución se puede

anular lo que se considera violatorio o infractor de lo establecido en la Constitución.

Siendo poderes de derecho, su actuación debe ser conforme a derecho.

D. Forma como actúa el poder constituyente originario y el derivado.

1. En cuanto al poder constituyente originario.

En una democracia y de acuerdo al principio político de la soberanía popular, se ha de entender, como en su momento se señaló, que el titular del poder constituyente originario es el propio pueblo, lo que significa que es a éste a quien compete hacer su propia Constitución en la que ha de reconocer, por una parte, los derechos fundamentales en base a los cuales desarrollará las diversas actividades dentro de la sociedad a la que pertenece y, por la otra, regular los principios como organizar los poderes u órganos constitucionales, conforme a los cuales se ha de ejercer el poder político del Estado.

Planteado esto, la pregunta a contestar es, ¿cómo se manifiesta el poder constituyente originario? Formulada dicha interrogante de otra forma, de lo que se trata saber es ¿cómo se ejerce o actúa el poder constituyente originario al proceder a elaborar, debatir y aprobar la Constitución?

Se entiende, en ese sentido, que el pueblo al disponerse a hacer su Constitución, éste elige, de entre sus propios integrantes, quiénes han de ser a los que corresponderá tan importante labor. Una vez electos éstos su actuación se ejercerá a través de una Asamblea, la que al tener como finalidad hacer la Constitución o Ley Suprema de la comunidad y del Estado, se le denominará Asamblea Constituyente.

Por tanto, el poder constituyente originario actúa o se manifiesta por medio de una Asamblea Constituyente que es a la que le estará atribuida tan relevante y como significativa función. Ésta, al ejercer sus atribuciones, se ha de entender que ha de hacerlo poniendo en práctica las características propias del poder constituyente originario. En concreto, dicha Asamblea Constituyente actuará de forma soberana, sin límite o condicionamientos jurídicos, todo ello con miras a cumplir su finalidad y razón de ser, es decir, para hacer la Constitución.

2. En cuanto al poder constituyente derivado.

Desde el momento en que el poder constituyente derivado va a estar regulado en la Constitución, es a partir de tal realidad jurídica y de acuerdo a la forma como se le ha previsto cómo ha de actuar éste. En efecto, el poder constituyente derivado o poder de reforma ha de ejercerse siguiendo los pará-

metros fijados en la propia Constitución. Con respecto a esto, en la doctrina se conocen, básicamente, dos supuestos a saber: a) cuando actúa a través del poder constituido al que se le ha atribuido la facultad legislativa ordinaria, y b) cuando tal función se le atribuye a una Asamblea electa con esa única finalidad, es decir, para introducirle reformas a la Constitución.

Así, existen Constituciones en las que las reformas o modificaciones que se pretenden introducir al texto constitucional han de ser conocidas, debatidas y aprobadas por el Órgano Legislativo, si bien actuando en función de poder constituyente derivado. En este caso se ha de entender que se tiene previsto un procedimiento distinto y más agravado que el establecido para aprobar las demás leyes del ordenamiento jurídico, aspecto este al que ya nos referimos.

Existen, de igual forma, Constituciones en las que esta potestad se le atribuye a una Asamblea distinta a la que compete la función legislativa ordinaria y que es convocada con la única finalidad de conocer sobre las reformas constitucionales que se consideran necesarias introducir a la Constitución. En este otro supuesto dicha Asamblea puede ser denominada Asamblea Constituyente, la que actuará en función de poder constituyente derivado. Por ende, a pesar de ser denominada como Asamblea Constituyente, al habersele regulado como método de reforma, el ejercicio de sus funciones ha de quedar condicionado a la naturaleza y límites propios del poder constituyente derivado.

Lo anterior significa que no ha de confundirse la Asamblea Constituyente cuando actúa en razón del poder constituyente originario cuando, por el contrario, se trata de una Asamblea Constituyente regulada y prevista como método de reforma constitucional, ya que en este caso va a tratarse del ejercicio del poder constituyente derivado.

En concreto, el poder constituyente derivado o poder de reforma puede actuar tanto por medio del poder legislativo ordinario como vía una Asamblea Constituyente.

III. La Asamblea Constituyente regulada en la constitución panameña, a partir de las reformas constitucionales de 2004

A. Explicación previa.

De lo expuesto ha de quedar claro, por lo menos esa ha sido la intención de estas reflexiones, que una cosa es hacer una Constitución o reemplazar la que está vigente por otra y situación distinta va a ser su reforma. Para cambiar la Constitución que existe se requiere elaborar y aprobar la nueva Constitución que vendría a sustituir la vigente. Al proceder a su reforma o modificación, por el contrario, no se le reemplaza sino que se le modifica para lo cual se le mantiene.

En un caso se trata del ejercicio de un poder político que se sustenta o fundamenta en sí mismo y en el otro estaremos ante el ejercicio o actuación de un poder de derecho el que ha de actuar en base y dentro de los parámetros de la norma que lo ha creado, la Constitución.

Por tanto, una cosa es el poder constituyente originario y otra el poder constituyente derivado.

Uno y otro han de actuar, es cierto, con respecto a la Constitución, pero uno, el constituyente originario es el que hace o sustituye la Constitución, según el caso y el otro, el constituyente derivado, creado o configurado en la Constitución, modifica o reforma con el fin de mejorar o actualizar la Constitución en la que existe y encuentra su fundamento.

Aún cuando uno u otro pueden manifestarse o actuar a través de una Asamblea Constituyente, ello no significa que se trate de lo mismo por el hecho que tengan esto en común.

Aclarado lo anterior veamos en concreto lo que se dispuso en el artículo 314 de la Constitución, en lo que respecta a la denominada “Asamblea Constituyente Paralela”.

B. La Asamblea Constituyente producto de las reformas constitucionales de 2004.

Si bien el presente trabajo no tiene como objeto el estudio de la totalidad de lo regulado en el artículo 314 de la Constitución, para una mejor comprensión de lo que se busca analizar, sí es necesario transcribir todo el artículo en referencia.

En ese sentido, se dispone en el mismo lo que sigue:

“ARTICULO 314. Podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, o por el Órgano Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral.

Le corresponderá al Tribunal Electoral acoger la iniciativa propuesta y hacer la convocatoria a la elección de constituyentes, en un término no menor de tres meses ni mayor de seis meses desde la formalización de la solicitud de convocatoria. Realizada la elección, la Asamblea Consti-

tuyente Paralela se instalará formalmente e iniciará sus deliberaciones por derecho propio, tan pronto el Tribunal Electoral entregue las credenciales respectivas a sus integrantes.

La Asamblea Constituyente Paralela estará integrada por sesenta constituyentes, quienes deberán representar proporcionalmente a los panameños de todas las provincias y comarcas, de acuerdo con la población electoral, y se permitirá, además de la postulación partidaria, la libre postulación. Para estos efectos, el Tribunal Electoral deberá establecer en la convocatoria el sistema electoral aplicable a la elección de constituyentes.

La Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los periodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente Paralela tendrá un periodo no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con su labor y entregar al Tribunal Electoral el texto de la Nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral.

El nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un periodo no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Tribunal Electoral.

El Acto Constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial, la cual deberá hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad”

Transcrito el tan extenso precepto constitucional, se procede al siguiente análisis, en cuanto al tema objeto de las reflexiones que motivan el presente trabajo.

1. En lo que respecta a la denominación de la Asamblea Constituyente.

Como se aprecia, el constituyente de 2004 denomina a la Asamblea Constituyente regulada en el artículo 314 de la Constitución, “Asamblea Constituyente

Paralela”. Se trata de una denominación que por más que uno le de vuelta, no deja de ser absurda cuando no jocosa. Decimos esto porque a nadie se le ha ocurrido, por ejemplo, designar al Consejo de Gabinete de “paralelo” cuando éste actúa, o a las Comisiones permanentes de la Asamblea Nacional de “paralelas”, por más que sea probable que éstas ejerzan sus funciones en un mismo espacio de tiempo.

Con tal denominación pareciera que lo que se quería dejar establecido era que, ante la eventualidad que se haya convocado a dicha Asamblea Constituyente, conforme lo tiene previsto el artículo 314 de la Constitución, la misma ejercerá sus atribuciones a la vez que la Asamblea Nacional esté ejerciendo las suyas, sin que una u otra se inmiscuya en las funciones que les son propias a una u otra Asamblea. Lo curioso sería cuando, por ejemplo, ante el receso de la Asamblea Nacional la Asamblea Constituyente continúe con su labor, lo que lleva a preguntarnos, en este supuesto, ¿de quién sería “paralela” la Constituyente?

A nuestro juicio, tal adición o calificativo de “paralela” está demás, pues, es suficiente con que se le regule para entender, de acuerdo a lo que se deje establecido en la Constitución, que sus funciones deben ejercerse conforme a la finalidad para la que se le convocó. Si está clara su razón de ser, si su regulación se ha limitado, por ejemplo, a configurarla como una vía a través de la cual se le pueden introducir reformas a la Constitución, no es el calificativo de “paralela” lo que va a impedir que pretenda arrogarse otras facultades no atribuidas en la Constitución.

Por lo demás, creo que nuestra Constitución es la única, de entre muchas de otros países, que le da tan innecesaria como absurda denominación.

2. En cuanto a sus facultades.

Es en este aspecto en el que se cometió, por parte del constituyente del 2004, el peor de los desaciertos al regular la Asamblea Constituyente en nuestra Constitución. No porque una Asamblea Constituyente no pueda ser prevista o regulada en la Constitución sino por la forma como lo hizo. Todo indica que no se tenía clara la distinción entre una Asamblea Constituyente en ejercicio del poder constituyente originario o cuando ésta se encuentra establecida para ejercer el poder constituyente derivado o poder de reforma.

Veamos el por qué de tal aseveración.

En un inicio, en el artículo 314 de la Constitución se dispone que, “podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela”, para luego, más adelante, señalar que “la Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial”, para inmediatamente agregar que, “en ningún caso las decisiones que adopte tendrán

efectos retroactivos, ni podrán alterar los periodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución”. Posteriormente, vuelve y dispone el artículo 314 de la Constitución que al finalizar su labor la “Asamblea Constituyente Paralela” entregará al Tribunal Electoral “el texto de la nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral”.

Expuesto lo anterior, la pregunta que se impone es, ¿Finalmente, para qué se puede convocar a la “Asamblea Constituyente Paralela”, para hacer una nueva Constitución o para reformarla, ya sea total o parcialmente? Si lo que se quiere es que ésta haga una nueva Constitución, ¿cómo se le dice después que solamente puede reformarla? Por el contrario, si la idea de convocar a la “Asamblea Constituyente Paralela”, a través de una de las vías previstas para ello, es para que ésta reforme la Constitución, ¿cómo es que después la misma lo que puede terminar haciendo es una nueva Constitución?

Esto no se trata de un simple juego de palabras que sea la forma como se utilicen, terminan significando lo mismo. En materia constitucional esto no es correcto y resultaría, por lo demás, todo un contrasentido. Por tanto, o lo que se va a hacer es una nueva Constitución o lo que se quiere es reformarla. O una cosa o la otra, pero las dos a la vez es, cuando menos, toda una contradicción.

Dicha aseveración exige el siguiente análisis.

a. Convocatoria de la “Asamblea Constituyente Paralela” para hacer una nueva Constitución.

Partamos del supuesto que desde un principio lo que se quiere es hacer una nueva Constitución, por lo que en la convocatoria esto es lo que se deja consignado, lo que lleva a que los constituyentes sean electos en base a ese entendimiento. Esto significa, por tanto, que una vez que la “Asamblea Constituyente Paralela” se instale, su primera decisión sea derogar la Constitución vigente, ya que en su reemplazo ha de hacerse una nueva Constitución. En este primer supuesto se ha de entender que estamos ante una Asamblea Constituyente en ejercicio del poder constituyente originario, la que por su naturaleza de poder político, es soberana e ilimitada, lo que implica que no está condicionada en su actuación por el derecho previsto en Constitución alguna. Esto explica el que pueda derogarla. Si lo que se va a hacer es una nueva Constitución, ¿qué sentido tiene mantener la que será reemplazada? Se pudiera pensar o aducir que al actuar de esa forma dicha Asamblea Constituyente, ¿estaría ésta desbordando el marco jurídico fijado en la Constitución? ¿qué implicación tendría derogar por parte de tal Asamblea Constituyente la Constitución vigente?

b. Convocatoria de la “Asamblea Constituyente Paralela” para reformar la Constitución.

De acuerdo a este otro supuesto, lo que se pretende es que la Constitución sea objeto de una serie de reformas constitucionales, lo que lleva a que se convoque a la “Asamblea Constituyente Paralela” para que lleve a cabo éstas, por lo que, una vez instalados los constituyentes, se presten a ello. Sin embargo, éstos se encuentran con el hecho que en la Constitución se dispone que la “Asamblea Constituyente Paralela”, puede adoptar una nueva Constitución, cuyo texto debe, una vez finalizada su labor, entregar al Tribunal Electoral para su inmediata publicación en el boletín de dicho tribunal, con la finalidad que “el nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método” sea sometido a referéndum. ¿Podrá o no la “Asamblea Constituyente Paralela” proceder a reemplazar la Constitución vigente, pese a que su convocatoria era para introducir reformas a ésta? De proceder a derogar la Constitución vigente y por tanto a elaborar una nueva Constitución ¿estará ésta desbordando sus funciones o actuando conforme se lo permite la propia Constitución?

Como se puede apreciar, tanto el primer supuesto como el segundo pueden producirse y, a la vez, dar como resultado el que se den tan contradictorias situaciones y ello porque el artículo 314 de la Constitución, en la forma como está redactado, se presta para dar cabida a uno u otro escenario planteado. No hay que olvidar que cuando se elabora y aprueba una Constitución, se ha de tener presente que ésta, en algún momento, tendrá que ponerse en práctica, lo que sin lugar a dudas implica tener que interpretarla previamente, interpretación que se va a producir por parte de diversos operadores, ya sean políticos como jurídicos y dentro de unos contextos que serían difíciles preverlos en su totalidad al momento de hacer la Constitución.

3. En cuanto a los límites que se le imponen.

En el artículo 314 de la Constitución se deja establecido, como ya se pudo constatar, que “la Asamblea Constituyente Paralela”, al proceder a reformar la Constitución, ya sea de forma total o parcial, las decisiones que adopte, es decir, las reformas constitucionales que apruebe, no “tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los períodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución”. Es obvio que la limitación así impuesta puede llevar a pensar que con ello se subsana, en parte, la contradicción que se produce al establecer que la “Asamblea Constituyente Paralela” puede tanto hacer una nueva Constitución como reformar ésta. Lo que significaría, por tanto, que ya sea que haga una nueva Constitución o que la reforme, en un caso u otro lo que no podrá es aprobar disposiciones constitucionales con efectos retroactivos ni que alteren

los periodos de los funcionarios electos o designados que estén ejerciendo su cargo “al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución”. Esto no es tan fácil así ni tal limitación tendría mayor eficacia frente a lo que puede terminar haciendo la “Asamblea Constituyente Paralela”, en un contexto jurídico-político determinado.

IV. La contradicción que se plantea en el artículo 314 de la Constitución

Implicaciones a las que conllevaría tal contradicción.

Las interrogantes que se han venido formulando exigen, no sólo que sean respondidas, sino que es necesario hacer un análisis que lleve a una o varias conclusiones con respecto al problema sobre el cual se ha venido reflexionando, que no es otro que lo dispuesto en el artículo 314 de la Constitución, concretamente en cuanto a la forma como se configuró la llamada “Asamblea Constituyente Paralela”.

Expuesto esto veamos a continuación las siguientes reflexiones.

1. Primera precisión.

Como ya se señaló, una cosa es el poder constituyente originario y otra distinta es el poder constituyente derivado o poder de reforma. Lo que significa que uno y otro no pueden ser abordados como si tuvieran igual sentido o, lo que sería peor, como si el ejercicio y finalidad de uno u otro implicara lo mismo. Al no tener claro esto, es lo que llevó al constituyente de 2004, que por lo demás se trató del ejercicio del poder constituyente derivado regulado en la Constitución vigente, a regular el ejercicio del poder constituyente originario y el derivado como si de un solo poder se tratase, lo que trajo como resultado el confuso y contradictorio artículo 314 de nuestra Constitución.

Se aduce esto debido a que se terminó regulando, en dicho precepto constitucional y sin hacer la distinción que correspondía, una Asamblea Constituyente a la que se le han atribuido funciones tanto como para hacer una nueva Constitución como para reformarla, como si de dos funciones iguales se trataran. No se puede ser, dicho de otra forma, poder constituyente originario y poder constituyente derivado a la vez. O se es uno o se es otro, pero uno solo con ambas funciones es toda una contradicción. Esto es así, puesto que como se indicó, uno es un poder político cuya actuación no está limitada por la Constitución, teniendo como finalidad hacer la Constitución por primera vez o una nueva en reemplazo de la que existe, si es el caso, y el otro es un poder de derecho que por su propia naturaleza, al estar regulado en la propia Constitución, está condicionado y, por ende, limitado por ésta.

El poder constituyente originario actúa de hecho, sustentado o fundamentado en sí mismo, el poder constituyente derivado actúa en derecho, por lo que debe proceder conforme al marco jurídico-político constitucional en el que está previsto.

Por tanto, el constituyente de 2004, al formular la Asamblea Constituyente que se terminó regulando en el artículo 314 de la Constitución, lo hizo confundiendo lo que implica el poder constituyente originario con el poder constituyente derivado como si de un solo poder se tratara, incurriendo con ello en una insalvable contradicción.

2. Segunda precisión.

Desde el momento que el poder constituyente originario es un poder político cuya finalidad es hacer la Constitución o una nueva, de existir ésta previamente, su actuación no puede ni va a estar limitada por el Derecho, lo que explica que a través de su actuación se puede, incluso, derogar la Constitución que esté vigente cuando de hacer otra se trata. De ahí que la limitación que prevé el artículo 314 de la Constitución quedaría sin eficacia alguna, pues al hacerse una nueva Constitución que reemplace a la vigente, que es en la que se encuentra dicha restricción, sería en base a la nueva Constitución que se ha de actuar y no de acuerdo a la derogada sin que se pueda, en este caso, imponerle la limitación que ha de dejado de existir.

Si la “Asamblea Constituyente Paralela”, conforme se lo permite la Constitución, a lo que procede es a adoptar una nueva, lo que significaría por consiguiente la derogación del artículo 314, de acuerdo a una simple lógica jurídica, ¿qué eficacia tendría tal limitación si la Constitución en la que se regula ha quedado derogada? Cosa distinta hubiese sido si el constituyente, al regular la Asamblea Constituyente, lo hubiera hecho dejando establecido que su convocatoria sólo podría llevarse a cabo para reformar la Constitución. Explicado de otra forma, si lo que se pretendía era establecer la Asamblea Constituyente como método de reforma, en ejercicio del poder constituyente derivado, así debió configurársele y no de la forma como se hizo, al atribuírsele la posibilidad de adoptar una nueva Constitución.

Para proceder a esto último es lógico que para ello deba derogar la Constitución que existe y con ello la limitación que se le impone.

El poder constituyente derivado sí está limitado en su actuación, límites que pueden ser tanto implícitos, al no poder derogar, por ejemplo, la Constitución en donde encuentra su fundamento, como expresar, lo que se da cuando se le imponen de forma precisa restricciones o cuando se establecen las llamadas cláusulas intangibles, es decir, aquellas disposiciones constitucionales que el poder de reforma no puede modificar.

De ahí que la intención de establecerle restricciones a la “Asamblea Constituyente Paralela”, de acuerdo a lo que se regula en el artículo 314 de la Constitución, no tenga mayor eficacia si ésta termina derogando dicha Constitución para proceder a hacer otra en su reemplazo.

Esto es lo que no alcanzó a prever el constituyente de 2004, al regular la Asamblea Constituyente dentro del Título XIII, en el que se disponen los otros métodos de reforma constitucional. Se imponen unas restricciones en una norma que ha de quedar sin su fuerza normativa en la medida en que, la “Asamblea Constituyente Paralela”, disponga adoptar una nueva Constitución para lo que, como condición previa, debe derogarse la existente.

3. Tercera precisión.

Las Constituciones se debaten, elaboran y aprueban dentro de contextos sociales y políticos concretos y por fuerzas políticas determinadas, lo que en la doctrina se conoce como “los factores reales de poder”. De igual forma, las Constituciones han de ser aplicadas en contextos específicos, lo que exige, como es lógico pensar, de su interpretación la que es más que probable, aunque no necesariamente deba ser así en todos los casos, que tal interpretación quede condicionada por los factores que de manera concreta imperen en situaciones o circunstancias determinadas. Explicado de otra forma, las Constituciones ni se hacen ni se interpretan y aplican en abstracto.

Por tanto, la posible puesta en práctica de lo previsto en el artículo 314 de la Constitución, puede darse en un escenario y de acuerdo a circunstancias políticas no prevista ni imaginadas por parte de quienes idearon o formularon dicho precepto constitucional, sin que sus resultados puedan ser calificados como de una ruptura constitucional violatoria o infractora de la Constitución.

Esto lo afirmamos así puesto que la “Asamblea Constituyente Paralela”, que haya sido convocada vía iniciativa ciudadana, que es uno de los supuestos a través de los cuales se le puede convocar y que haya contado con un amplio respaldo popular, puede, actuando conforme lo tiene establecido la Constitución, proceder a adoptar una nueva Constitución, lo que la llevaría a tener que derogar la que está vigente, en cuyo contenido se encuentra el artículo 314, en el que se disponen las aludidas restricciones. Ante esta eventualidad, derogada la Constitución y con ella eliminadas las restricciones que se le imponían, tendría vía libre para disponer lo que considere más apropiado a los intereses de la mayoría que se manifestó en la elección de los constituyentes que integran la “Asamblea Constituyente Paralela”. Como se ve, nada impide que la Asamblea Constituyente convocada y electa mediante un mayoritario respaldo popular proceda a elaborar una nueva Constitución. Por el contrario, es la propia Constitución vigente que en tales términos lo previó. Desde luego, si a ello es a lo

que se avoca, se ha de entender que se ha debido derogar la Constitución que existe que no es otra que la vigente. A partir de ahí y de acuerdo a “los factores reales de poder” determinantes, todo puede ocurrir.

Finalmente, y a manera de conclusión, lo que hemos estado expresando no es más que una de las posibles interpretaciones que pueden hacerse al ya referido artículo 314 de nuestra Constitución y en base al cual se han esgrimido las presentes reflexiones. El tiempo y las circunstancias han de ser, en todo caso, las que fijen el sentido que ha de dársele al tan contradictorio precepto constitucional. Esperemos que cualquiera sea la circunstancia que se de, ello sea conforme a valores democráticos y acorde a los intereses de la mayoría.

V. A manera de reflexión final

No cabe duda que en materia de análisis o de interpretación de la Constitución, cualquiera sea el tema que se aborde, resulta difícil para no decir que imposible pensar que el criterio que se adopte constituya una verdad absoluta. Pretender esto, incluso, conllevaría una arrogancia intelectual absurda. Un criterio, una opinión, una posición doctrinal es eso y no otra cosa, por tanto, siempre estará sujeta al debate, a la confrontación con otras posiciones que han de permitir, ya sea corregir, reforzar, mantener o tener que reconocer errores en la concepción que se tenga o a las conclusiones a las que se ha podido llegar.

Desde luego, eso no significa que no se puedan tener unas convicciones, así como defender éstas con argumentos a su favor. Para ello se ha de contar con una formación doctrinal suficiente, aunque en materia de formación o conocimiento nunca se logre un dominio total, que le permita tener un amplio panorama de la rama del saber o conocimiento de que se trate.

Dentro de ese contexto es en el que se ubica el presente trabajo. Como resulta fácil deducir de una lectura del mismo, en éste se tiene claramente establecido e identificado un criterio, al que se llega producto de un análisis tanto doctrinal como jurídico. Ello lleva a fundamentar o sustentar lo que se termina concluyendo en cuanto al contenido del artículo 314 de la Constitución, en lo que tiene que ver con la forma como se concibe la llamada “Asamblea Constituyente Paralela”.

Ahora bien, esto no significa que no seamos conscientes que es más que probable que dicho precepto permita otra lectura y que, por lo tanto, se arribe a otra u otras conclusiones distintas a las que se sostienen en las reflexiones antes expuestas.

Así, habrá quien sostenga que en la medida en que el artículo 314 forma parte del Título XIII, denominado Reforma de la Constitución, es conforme a lo que implica reformar o modificar la Constitución como dicho precepto debe

ser interpretado, por lo que las funciones que ha de llevar a cabo la “Asamblea Constituyente Paralela”, deben enmarcarse no solamente en lo que conlleva ejercer el poder constituyente derivado, sino que, y por la misma razón, ha de respetar los límites o restricciones que se le imponen en el citado artículo 314. Aún más, se podrá aducir que de no acatar las restricciones que se establecen en dicha disposición constitucional, de no respetar éstas, lo adoptado o decidido por la “Asamblea Constituyente Paralela”, puede ser sometido al control de la constitucionalidad.

Con relación a esto cabe hacer las siguientes observaciones.

La primera sería que aún cuando el artículo 314, que duda hay, está ubicado dentro del título constitucional en el que se regula el mecanismo previsto para reformar la Constitución, no menos cierto es que el problema no está en la denominación del Título XIII, como tampoco en el contenido del artículo 313 de la Constitución, en el que se regulan los otros métodos de reforma constitucional, sino en la forma como se reguló la “Asamblea Constituyente Paralela”. De ahí que si lo que se quería era incorporar ésta como método de reforma, así debió haberse establecido, disponiéndose para tal efecto que la “Asamblea Constituyente Paralela” sólo podía o, en todo caso, sólo puede ser convocada para reformar o modificar y no, como se terminó haciendo, para adoptar también “una nueva Constitución”. Al atribuirle ambas facultades como si fueran lo mismo una y otra, es lo que ha traído como resultado, no sólo la forma confusa como está prevista tal Asamblea, sino la contradicción que se plantea al confundir el poder constituyente originario con el derivado.

Si su regulación hubiera quedado claramente determinada, en el sentido que dicha Asamblea Constituyente sólo puede ejercer sus funciones para reformar la Constitución tendrían más que sustento las limitaciones que se le impusieron. Por el contrario, desde el momento que se dispone que tal Asamblea puede adoptar una nueva Constitución, es lógico pensar que para proceder a esto ha debido derogarse la actual Constitución y, con ella, las limitaciones que se establecen en el artículo 314 de la misma. Dicho de otra forma, derogada la Constitución vigente no existiría restricción alguna en cuanto a lo que puede o no decidir o aprobar la “Asamblea Constituyente Paralela”.

En concreto, no obstante que el artículo 314 está ubicado en el Título XIII de la Constitución, en el que se regulan los métodos previstos para su reforma, lo cierto es que a la “Asamblea Constituyente Paralela”, a la vez que se le dice que puede “reformar la actual Constitución de forma total o parcial”, también se le atribuye la facultad para que pueda adoptar “una nueva Constitución”, lo que plantea toda una incertidumbre, cuando no una contradicción, en cuanto a lo que finalmente puede terminar haciendo tal Asamblea Constituyente, una vez convocada la misma.

La otra observación tiene que ver con la posibilidad de someter al control de la constitucionalidad lo actuado o aprobado por la “Asamblea Constituyente Paralela”. En lo que a esto respecta, el actual Código Judicial, en su Libro IV, sólo prevé el que una propuesta de reforma constitucional pueda ser objeto del control de la constitucionalidad vía la objeción de inexequibilidad, mecanismo éste que sólo puede ser activado por el Presidente de la República y por razones de forma, es decir, cuando el procedimiento seguido para reformar la Constitución no se haya ajustado a lo regulado en la Constitución.

Como se ve, las otras posibles lecturas o interpretaciones de la forma como se concibió la “Asamblea Constituyente Paralela” en el artículo 314 de la Constitución, tampoco dan para una aplicación no exenta de complicaciones.

Por lo demás, tal como ya se señaló en su momento, lo previsto en el citado precepto constitucional no puede verse o interpretarse haciendo abstracción del problema político que el mismo entraña en cuanto a su posible puesta en práctica. Decimos esto, ya que una de las formas como puede convocarse la “Asamblea Constituyente Paralela” es mediante iniciativa ciudadana o, lo que es lo mismo, vía iniciativa popular, que de contar con amplio respaldo, tanto en el porcentaje de firmas que se requieren para su convocatoria como al elegir a los constituyentes contaría con la legitimidad democrática suficiente y necesaria al momento de proceder a aprobar una nueva Constitución, sin que para ello tenga en cuenta, si fuera el caso, las restricciones que se establecen en el artículo 314, una vez derogada la Constitución en la que están reguladas.

A ello se adiciona que “el texto de la Nueva Constitución Política” aprobado por la “Asamblea Constituyente Paralela” debe ser sometido a referéndum, lo que significa que de contar con la aprobación de la mayoría de los ciudadanos, es poco lo que los poderes constituidos podrían hacer al respecto.

Por tanto, y finalmente, un artículo como el 314 de la Constitución, concebido o regulado en la forma como ya fue analizado da para lo que se expresó y ello por la forma confusa y contradictoria como se previó la denominada “Asamblea Constituyente Paralela”.