

Un análisis crítico sobre la teoría del poder constituyente (2024)

A critical analysis of the theory of constituent power (2024)

DOI <https://doi.org/10.61311/2953-2965.173>

Rigoberto González Montenegro*

Resumen: *La teoría del poder constituyente en el presente trabajo propone un análisis sobre lo que conlleva el ejercicio del poder Constituyente, cuya problemática parte del supuesto, por una parte, que su ejercicio es la manifestación de una acción humana y por otra, que esa acción tiene un propósito político claro y preciso, como dotar a un Estado de una constitución.*

El estudio nos plantea la existencia del poder constituyente originario y del poder constituyente derivado. Para abordar sus diferencias, el autor hace referencias a las circunstancias políticas extraordinarias y temporales que suelen caracterizar la expresión del poder constituyente originario, y la necesidad de justificación de la modificación de las constituciones.

Palabras clave: *Poder constituyente, constituyente originaria, constituyente derivada, Asamblea Constituyente Paralela, poder soberano.*

Abstract: *The theory of constituent power in this work proposes an analysis of what the exercise of constituent power entails, with its central issue arising from the assumption that, on one hand, its exercise is a manifestation of human action and, on the other, that this action has a clear and precise political purpose, such as providing a State with a constitution. The study presents the existence of original constituent power and derived constituent power. To address their differences, the author refers to the extraordinary and temporary*

* Realizó estudios de Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá (1983); posteriormente los de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid (1988), así como estudios de especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (1994). Posee el título en Docencia Superior por la Universidad de Panamá (2008). Fue profesor de Historia Constitucional de Panamá y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Ha sido profesor de la Maestría de Derecho de la ULACIT y de la Universidad Latina de Panamá. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Santa María La Antigua. Laboró por más de veinte años en la Procuraduría General de la Nación. Entre sus publicaciones podemos citar: Excepciones a la garantía del juicio previo (1992); El poder constituyente (1994); El hábeas corpus (1995); El control de la constitucionalidad en Panamá (1996); La objeción de inexecutable (1996); Jurisprudencia Penal (en conjunto con Omar Rodríguez Muñoz, 1996); El hábeas data (1997); Estado constitucional y mecanismo de defensa constitucional (1997); El principio constitucional de la no reelección presidencial (1998); La intervención de las comunicaciones telefónicas (2000); La reforma de la constitución (2000); La constitución y su interpretación (2001); Los desafíos de la justicia constitucional panameña (2002); Curso de Derecho Procesal Constitucional (2010); Escritos de la Justicia Constitucional (2010).

political circumstances that typically characterize the expression of original constituent power and the need to justify constitutional amendments.

Keywords: *Constituent power, Derived constituent power, Original constituent power, Parallel Constituent Assembly, Sovereign power*

Sin duda alguna, abordar la problemática del poder constituyente siempre implicará tratar sobre un tema, de por sí, polémico y, por tanto, sujeto a debate. Polémico por varias razones y motivos y que son debatidos, en cierta medida, en estas reflexiones sobre lo que implica el poder constituyente.

Con relación al tema objeto de las presentes reflexiones, una vez más, en nuestro país se ha traído a debate la posibilidad de convocar una Asamblea constituyente con el propósito de que, mediante esta, se apruebe una nueva Constitución.

Ello obliga, por tanto, tener que precisar algunas ideas que nos permitan comprender, a grandes rasgos, lo que este poder viene a significar a la hora de estudiar y analizar toda la problemática que surge sobre la creación y establecimiento de una Constitución.

Una de estas ideas a tener presente tiene que ver con un aspecto que si bien, hasta cierto punto de índole filosófico-político, resulta, por la misma razón, de la máxima relevancia para una adecuada comprensión de lo que conlleva el ejercicio del poder constituyente.

Así, al entrar a considerar la problemática del poder constituyente se parte del supuesto, por una parte, que su ejercicio entraña la manifestación

de una acción humana, es decir, trata dicho poder del ejercicio de actos propios del ser humano y, por la otra, que esa acción humana tiene un propósito político claro y preciso, como lo es dotar a un país o Estado de su Constitución.

Esta idea con respecto al poder constituyente lo que viene a decirnos es que la Constitución no es algo ya dado, previo al establecimiento o surgimiento de la sociedad y de su configuración como Estado, es decir, que la Constitución no es algo con lo que el hombre o el ser humano en sociedad se encuentra ya hecho por un ser superior, o por razón de la manifestación de un poder ajeno y extraño a él.

Y como la Constitución no es, ni el resultado ni el producto de un poder ajeno y extraño al ser humano en sociedad, es a éste, y ante situaciones concretas, a quien compete darse su propia Constitución a fin de organizar, jurídicamente, al Estado al que pertenece.

En ese sentido y con respecto a la idea así expuesta, no está demás traer a colación lo señalado por Luis Prieto Sanchís, cuando, si bien lo que plantea es en relación con el Derecho en general, ello es aplicable, también, para el caso de la Constitución en particular, cuando manifiesta que, “el Derecho no es fenómeno natural”, sino que, por el contrario, “el Derecho es un artificio, un producto que tiene su origen en la voluntad de los hombres y, por tanto, solo estos son ‘fuente’ del Derecho”, de ahí que siempre habrá que tener presente, como concluye el citado autor, que “el Derecho es un producto social cuyo origen (cuya fuente) no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de sus componentes” (Prieto Sanchis, 2011, p. 151), aspectos o particularidades de las que, sin duda alguna, no es ajena la Constitución.

Lo antes afirmado está íntimamente relacionado con el constitucionalismo, concepción filosófico-política, según la cual los Estados deben contar con una Constitución que, habiendo sido el producto de una actuación humana, busca establecer los límites a los que va a quedar sujeto el poder político del Estado; ello por un lado y, por el otro, se asegure y garantice en tal Constitución, el reconocimiento de los derechos fundamentales de ese ser humano, tanto en su dimensión individual como en el ámbito y dimensión social.

En relación con lo expuesto cabe también traer a colación lo expresado por Juan Fernando Segovia, al ser acorde con las ideas que sirven de base para la comprensión del poder constituyente, en cuanto trata del ejercicio de un poder humano que tiene como propósito la aprobación de la Constitución, cuando señala lo siguiente:

...el origen del constitucionalismo puede advertirse a partir del momento en el que empieza a concebirse la Constitución como ley humana (positiva) suprema o fundamental, en sustitución de la ley natural, de modo que el orden político y el gobierno sea entendidos como producto de la voluntad humana y no como la decantación y concreción de principios políticos naturales, universales, a través de la historia. Si la voluntad, en lugar de concretar el orden, lo crea e impone, entramos en la era del constitucionalismo, lo que lleva implícita o explícitamente, a la ideología del poder constituyente: la voluntad soberana (del príncipe, de los individuos, del pueblo, de la nación) que da la Constitución. (Segovia, 2012, p. 37)

De donde se sigue, que la Constitución no trata de normas ya dadas, ya creadas en la naturaleza o por razón de poderes divinos o como resultado

de un ser superior, sino que esta es producto de la voluntad humana, concretamente del ejercicio de un poder político que pertenece a las personas que integran el Estado y que se manifiesta ante circunstancias y hechos concretos.

En otras palabras, es a los integrantes de la comunidad a quienes compete darse sus propias normas jurídicas y, entre estas la más importante de todas, la Constitución.

Esto es lo que explica la teoría democrática del poder constituyente, al entenderlo como el derecho que tiene el pueblo, como titular del poder soberano del Estado, a darse su propia Constitución. Concretamente, la fuente suprema de la Constitución como norma jurídica, es el propio pueblo en su condición de titular del poder constituyente.

De manera específica, hablar y debatir sobre el poder constituyente, es hablar y debatir sobre un poder humano, y que como tal compete a los que integran una comunidad, la comunidad jurídicamente organizada en Estado. Poder humano que toma forma y sustento en la concepción democrática según la cual, es el pueblo el titular de ese poder al que compete hacer su propia Constitución.

Así lo deja consignado, de manera magistral, Pedro De Vega, cuando señala:

El Estado constitucional cimenta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático; por otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional. Conforme al principio político democrático se entiende que

corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. (De Vega, 1985, p. 15)

Esa idea, en cuanto a que es el pueblo el titular del poder constituyente, y por tanto es al que corresponde darse su propia Constitución, quedó así claramente establecida y reconocida en el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, que si bien y pese a todas las limitaciones y restricciones existentes para la época en cuanto a la noción de pueblo, tenían claro quienes hicieron dicha Constitución, que era al pueblo al que competía darse su Constitución, al dejarlo así consignado en dicho Preámbulo en el que se señala que:

NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCION para los Estados Unidos de América.

Y ese poder y el derecho que del mismo se deriva, hay que decirlo claramente, nunca se pierde. El pueblo nunca pierde su derecho, cuando las circunstancias así lo impongan o justifiquen, a darse su Constitución.

Lo relevante en todo caso es que debatir, hablar y abordar lo concerniente al poder constituyente, es debatir y hablar sobre un poder que implica

una actividad y participación de los integrantes de la comunidad, quienes son, en todo caso, los titulares del poder mediante el cual se aprueba la Constitución.

Esta última afirmación nos lleva a otra idea que hay que resaltar, y es la que tiene que ver con el concepto de poder constituyente y que se deriva de lo que se viene exponiendo.

En ese sentido, hablar y debatir sobre lo que implica el poder constituyente es hablar y debatir con respecto al poder por medio del cual se hace la Constitución del Estado. El poder constituyente es el que se ejerce con la finalidad, el propósito u objetivo de hacer la Constitución.

Al referirse al concepto de poder constituyente, el autor alemán, Dieter Blumenwitz, lo hace teniendo en cuenta, tanto el denominado poder constituyente originario como el conocido como poder constituyente derivado o, como también se le conoce, poder constituyente constituido.

Se observa, en ese sentido, que en un inicio el citado autor alemán manifiesta que, “el poder constituyente es aquel que tiene la capacidad de dictar o modificar una Constitución”. Expresado esto, pasa a hacer la distinción entre lo que implica, el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

Así, señala Dieter Blumenwitz, que “el poder constituyente originario–*verfassunggebende Gewalt, pouvoir constituant originaire*– es el que actúa independientemente de un poder constituyente anterior. Es el caso del poder constituyente que emerge con un nuevo Estado o que surge de un acto revolucionario”.

Expuesto esto, el autor en mención pasa a referirse al denominado poder constituyente derivado, identificándolo como:

el poder constituyente derivado –*verfassungsandernde Gewalt, pouvoir constituant institué*– reconoce la existencia de un poder anterior y subordina su acción a lo preceptuado por este; actúa dentro de tales límites preestablecidos y respeta la voluntad del Constituyente originario. (Blumenwitz, 1992, p. 211)

Significa lo anterior, de ahí, que existe una clara distinción entre el poder que hace la Constitución y del poder al que le corresponde modificar o reformar dicha norma suprema. Esto es de gran importancia manejarlo y precisarlo porque, la continuidad o ruptura del orden constitucional va a depender, según el ejercicio del poder constituyente que se ejerza.

Es decir, uno de dichos poderes, en este caso, el poder constituyente originario, al ejercerse, al ponerse en práctica, de existir una Constitución, implicara una ruptura del orden constitucional en dicha Constitución configurado, al tener que derogar la Constitución vigente a objeto de reemplazarla por la otra que se va a aprobar.

Como no pueden existir dos Constituciones a la vez, existiendo previamente un orden constitucional regulado en la Constitución vigente, al manifestarse el poder constituyente originario, al aprobarse mediante el ejercicio de este una nueva Constitución, no solamente se irá a contar con esa nueva Constitución, sino que se deroga la que existía produciéndose, de esa manera, la ruptura entre el nuevo orden constitucional con el que termina siendo reemplazado.

Por el contrario, cuando del ejercicio del denominado poder constituyente derivado se trate, al ponerse en práctica se le dará continuidad al orden constitucional previsto o regulado en la Constitución, si bien mejorándolo, actualizándolo o reformándolo.

Esto es así toda vez que el poder constituyente derivado está establecido y regulado en la Constitución, para cuando se haga necesario introducirle reformas o modificaciones a la Constitución. Y, cuando ello ocurra, no se sustituye la Constitución por otra, sino que se mantiene la que se reforma, si bien, como se acaba de expresar, actualizándola o mejorándola, con lo que se le da continuidad al orden constitucional en esta regulado.

Por tanto, cada vez que de hacer la Constitución se trate, estaremos ante el ejercicio del poder constituyente originario y, cuando de la reforma constitucional se trate, el poder constituyente que se pondrá en marcha, será el poder constituyente derivado, o como también se le conoce en la doctrina, poder constituyente derivado o poder de reforma.

Este último, como lo dice, Dieter Blumenwitz, implicara, siempre, “la existencia de un poder anterior” y, su actuación, quedará subordinada, sujeta o condicionada, a lo que el poder constituyente originario dejó establecido en la Constitución.

De manera que, el poder constituyente originario determina y dispone, la forma como ha de quedar configurado y la forma como ha de actuar el poder constituyente derivado.

Lo que significa, que un poder es superior al otro. En este caso, el poder constituyente originario, el que no solo crea al poder constituyente

derivado, sino que a su vez, le fija las reglas en base a las cuales puede y debe actuar.

La idea que se quiere resaltar, por consiguiente, es que siempre habrá que diferenciar y saber, por lo que implica un poder y otro y por las consecuencias que se derivan del ejercicio de uno y otro, cuándo se está ante la manifestación del poder constituyente originario, y cuándo ante la actuación del poder constituyente derivado.

Se afirma lo anterior en la medida en que, cuando se está ante el poder constituyente originario, se está ante un poder político que actúa de hecho, que es de carácter soberano, que significa que no está sujeto, limitado ni condicionado por el Derecho.

Por el contrario, es la actuación y manifestación del poder constituyente originario el que va a crear Derecho, en este caso, el Derecho fundamental del Estado, que es aquel Derecho que queda consignado y formulado en la Constitución.

Distinto va a ocurrir en el supuesto del poder constituyente derivado que es, en todo momento, un poder regulado y por tanto condicionado a lo que se le fije en la Constitución. Si bien por medio del ejercicio del poder constituyente derivado, también se hace Derecho cuando se reforma la Constitución, su actuación, su forma de manifestarse, siempre ha de ser conforme y ajustado a los parámetros establecidos en la Constitución.

Dicho de otra manera, el poder constituyente derivado es y trata de un poder de Derecho, y por lo mismo, un poder regulado y determinado

en cuanto a la forma como ha de actuar, y en cuanto a la finalidad para la cual se le ha establecido.

Lo que significa que el poder constituyente originario, en cuanto a sus particularidades y forma de manifestarse, es anterior y superior a la Constitución, y el poder constituyente derivado está sujeto y delimitado por la Constitución.

El ejercicio del poder constituyente originario rebasa, supera, deroga y quebranta el ordenamiento constitucional; el del poder constituyente derivado actúa dentro de los parámetros que va a encontrar en la Constitución, por lo que debe dar continuidad al ordenamiento constitucional previsto en la Constitución que se reforma.

Acorde a lo antes aludido, no está demás traer a colación las palabras de Martín Kriele, cuando señala que:

...no hay *dentro* del Estado constitucional un soberano, es decir, no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un *poder*, siquiera latente, que tenga las características de ser *indiviso*, *incondicionado*, *ilimitado*, ser *ultima ratio* en casos particulares, *que pueda violar y crear el derecho*. Más aún: la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado constitucional por el otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes. (Kriele, 1980, pp. 150-151)

A lo que adiciona y precisa el citado autor alemán que, "en el Estado constitucional solo hay competencias, limitadas por el derecho constitucional preexistente. El poder estatal está distribuido entre órganos, y

todo órgano solo tiene aquel poder jurídico que le ha sido asignado por el orden constitucional” (Kriele, 1980, p. 151).

Sostenido esto, Kriele, al hacer referencia a lo que caracteriza al poder soberano que compete al pueblo, en su condición de titular de la soberanía popular, lo hace manifestando que:

El pueblo tiene...la posibilidad de derogar la constitución mediante el voto popular, eventualmente al darse en esa ocasión una nueva constitución. En tal caso, no actúa efectivamente dentro del marco de una competencia constitucional. Actúa, entonces, como *pouvoir constituant* (poder constituyente), y no como *pouvoir constitué* (poder constituido). Como poder constituyente es, en efecto, soberano (...). Pero esto significa que en esa medida el pueblo está por encima del Estado constitucional, o visto en la perspectiva temporal, es anterior al Estado constitucional. Crea o deroga el Estado constitucional, pero no está *dentro* del Estado constitucional, de modo que la tesis: *en* el Estado constitucional no hay soberano, queda intacta”. (Kriele, 1980, p. 152)

Es por eso, y en base a dichas ideas que resulta fácil deducir y como ya antes se indicó, por lo que resulta de gran importancia saber definir cuál poder es el que se va a ejercer o poner en marcha, o el poder constituyente originario o, por el contrario, el poder constituyente derivado o constituido. De eso dependerá, qué es lo que va a ocurrir con la Constitución y, de paso, con el ordenamiento constitucional fijado, regulado, establecido en ella.

En concreto, de lo que se trata de definir, previo a poner en práctica el poder constituyente, es cuál de los poderes constituyentes es el que se pondrá en

marcha, ello porque de lo que se trata de definir es si se va a actuar dentro del marco jurídico-constitucional fijado en la Constitución, aunque se le termine reformando, o si se va a actuar fuera de ese marco jurídico, lo que conllevará, superarlo o derogarlo con miras a reemplazarlo por otro.

Otra idea a resaltar con respecto a la problemática que se plantea con relación al poder constituyente originario y el poder constituyente derivado es que, tanto el ejercicio del poder constituyente originario como del derivado, no se dan porque sí, es decir, la puesta en marcha de estos poderes, según el que se quiera activar, no se da por el solo hecho de querer ejercerlos.

Son circunstancias especiales y extraordinarias, sobre todo cuando del poder constituyente originario se trata, las que darían como resultado que se ponga en práctica el poder constituyente.

Sobre el particular nos dice, Humberto Nogueira Alcalá, que:

el poder constituyente en cuanto poder originario, no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. El poder constituyente sería un poder prejurídico y por ello ilimitado. El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental". (Nogueira Alcalá, 2006, p. 438)

De lo expresado por Humberto Nogueira Alcalá, se observa que, además de aludir a las particularidades de las que está revestido el poder consti-

tuyente originario, señala los momentos y circunstancias que, de darse, traerían como resultado que dicho poder se manifieste.

Con relación a esto último, y como se observa, tales momentos y circunstancias serían y constituyen situaciones y circunstancias políticas extraordinarias y temporales, como lo es cuando lo que se requiere es organizar y dar forma política a un Estado, que es el caso en el que la nación en la que se asienta dicho Estado se ha independizado de otro al que pertenecía o cuando, existiendo ya el Estado, lo que se requiere, como manifiesta el citado autor chileno, es refundar el Estado por haberse producido en el mismo un proceso revolucionario o se ha llevado a cabo, un golpe de Estado.

Por consiguiente, no son situaciones políticas normales, comunes u ordinarias, por decirlo de alguna manera, las que darían como resultado que se ponga en práctica el poder constituyente originario. Lo que significaría que, así como el poder constituyente originario es un poder extraordinario, de igual forma su actuación ocurre y se manifiesta, ante circunstancias y hechos extraordinarios.

En el caso del ejercicio del poder constituyente derivado, también hay que tener presente que una Constitución no se reforma por el simple hecho de querer reformarla. Deben existir, expresado de otra manera, razones que justifiquen, que legitimen el que haya que someterla a un proceso de modificación.

Como no puede determinarse, de antemano, el momento preciso en el que se haría necesario reformar la Constitución, cabe traer a colación lo que al respecto sostenía en su momento el ya citado constitucionalista

español, Pedro de Vega, cuando acertadamente señalaba que, “la reforma constitucional es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria” (De Vega García, 1984, p. 801).

Lo que significaría que, serían razones de actualización o adecuación jurídica del contenido normativo de la Constitución, lo que justificaría, políticamente, el que se le introduzcan reformas a la Constitución. Por tanto, son razones jurídicas, y no políticas, las que se deben aducir para activar y poner en práctica el mecanismo de reforma de la Constitución.

Por tanto, la decisión de reformar la Constitución será política, pero la razón y motivación ha de ser jurídica.

Estas últimas aseveraciones guardan relación con lo que nos advierte el constitucionalista panameño, Carlos Bolívar Pedreschi, cuando de manera clara y precisa expresa que: “los fenómenos constitucionales, al igual que los fenómenos naturales, no nacen por casualidad. Tampoco por generación espontánea. Como los naturales, los constitucionales también obedecen a causas específicas que explican y determinan su origen” (Pedreschi, 2005, p. 390).

De ahí que no se debe pasar por alto cualquiera sea la posición que se adopte con respecto a la problemática del poder constituyente, que los fenómenos constitucionales no se plantean ni surgen en abstracto, si se quiere, no están colgados en el mundo de las ideas manteniendo su pureza y ajenos a la realidad en los que surgen y debaten.

Estos están inmersos, por el contrario, en un contexto histórico específico, en una sociedad en concreto, en la que imperan los valores e intereses de

quienes determinan y condicionan, la forma como se considera se debe regir dicha sociedad y en la que se debe basar el poder político del Estado.

Toda esa realidad aflora, se manifiesta, se hace sentir y queda comprendida, de manera ineludible, en el contenido normativo de la Constitución.

No está demás volver a citar las sabias y realistas palabras del constitucionalista panameño, Carlos Bolívar Pedreschi, cuando dejaba consignado lo siguiente:

¿Quién, entonces, determina el contenido de una nueva Constitución? Gústenos o no, en todos los Estados y en todos los tiempos, el contenido de las Constituciones lo han determinado las fuerzas sociales y económicas que han contado con el poder político, o de cualquier otra índole, para imponerlo”. (Pedreschi, 2019, p. 11)

Esta realidad es la que nos lleva a otro aspecto que hay que tener presente, cuando se vaya a poner en marcha el ejercicio del poder constituyente. Nos referimos a un paso previo e ineludible, en toda convocatoria a un proceso constituyente que tenga como mira, ya sea elaborar y aprobar una Constitución, o cuando de reformar esta se trate, si de democracia estamos hablando.

Nos estamos refiriendo, sin lugar a dudas, al consenso que tiene que existir con respecto a los temas que serán abordados, ya sea al momento de elaborar una nueva Constitución, o cuando lo que se requiera es reformarla y darle forma jurídica a los distintos temas a debatir, consenso que no ha de faltar, definitivamente, durante todo el debate

y aprobación de lo que terminara siendo, el contenido normativo de la Constitución.

Como de forma categórica lo afirma Óscar Alzaga, cuando expresa que, "si consenso no es posible la reforma" (Alzaga, 2011, p. 58), aseveración que si bien la hace con relación a la reforma de la Constitución la misma, a nuestro juicio, es aplicable, y con mayor razón, al momento de activar el proceso constituyente cuyo propósito final sea aprobar una Constitución.

Lo que debe quedar claro es que, en materia del ejercicio ya sea del poder constituyente originario o del derivado, tienen que existir los grandes consensos socio-políticos, lo que implica la mayor participación democrática posible, de todos los grupos que conforman la sociedad, sin limitarse, en manera alguna, a los grupos políticamente organizados en partidos políticos.

La aprobación de una Constitución, o de sus reformas que pretendan fundamentarse, democráticamente, requiere y exigen de acuerdos en cuanto a los principios, valores, concepciones e intereses que quedaran convertidos en normas constitucionales, lo que exige, en razón de ello, de la mayor participación política posible.

Ahora bien, dichos consensos no han de entenderse, en manera alguna, que han de quedar reducidos entre los grupos mayoritarios con exclusión de los grupos minoritarios, so pretexto que la democracia se asienta sobre el principio de la mayoría.

No hay que olvidar que la democracia no es solo un problema de forma sino de sustancia, de contenido, y sus contenidos tienen que ver con

los derechos fundamentales de todos los que integran la sociedad y, en materia de derechos fundamentales o humanos, no impera el principio de la mayoría sino el principio de respeto a la dignidad humana que entraña, un trato igualitario y no discriminatorio a persona o grupo social alguno.

Como bien lo anota, David Grossman:

ser la mayoría entraña una responsabilidad enorme y un formidable reto político, social y, sobre todo, humano. Exige comprender que la actitud respecto a la minoría es una de las grandes pruebas que tiene que superar una mayoría en un régimen democrático”. (Grossman, 2018)

En esa misma línea de pensamiento se refiere Luigi Ferrajoli, cuando señala que, a raíz de todo lo que representó en horror y retroceso en materia de derechos humanos, el periodo previo y el comprendido durante la Segunda Guerra Mundial “ha cambiado la naturaleza de la democracia, que ya no consiste en el simple poder de las mayorías, sino, además, en los límites y en los vínculos impuestos a este en garantía de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2018, p. 16).

La idea que se pretende dejar consignada, en cuanto al problema de la democracia y el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y humanos, queda claramente reflejada en lo que señalaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando expresaba que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha

sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas”. (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, pp. 60-70)

De ahí que, los consensos que han de imperar como sustento a la puesta en práctica del poder constituyente originario, y a los que han de llegarse durante los debates y aprobación de la Constitución o de su posible reforma, no pueden entenderse como acuerdos que excluyan la participación de grupos minoritarios, aun cuando sus posiciones, democráticamente sustentadas, no sean compartidas por los grupos mayoritarios, ya que como se acaba de ver, el reconocimiento y “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.

Todo ello por algo simple, desde la óptica democrática, la única que por lo demás permite darle legitimidad y fundamento a la Constitución entendida como la norma suprema de la comunidad, la Constitución es de todos y para todos los integrantes de la sociedad, no para unos pocos,

ni para unos cuantos, ni para unos muchos, por más que estos muchos sean la mayoría.

Esto último nos lleva a otra reflexión sobre lo que viene debatiéndose entorno a la problemática del poder constituyente.

Dicha reflexión tiene que ver con el hecho que si bien es de gran importancia, y siempre lo será, contar con una Constitución que haya sido el resultado de todo un proceso constituyente lo más participativo posible, legitimado democráticamente, que aun cuando los consensos a los que se llegaron para la aprobación de la Constitución, hayan sido el producto de la participación de todos los grupos que integran la sociedad, ello por relevante que sea, y como ya lo hemos afirmado en otras ocasiones, no es ni nunca será suficiente.

Se requiere, además de lo antes señalado, que exista la intención y voluntad de todos los operadores del sistema, una vez promulgada la Constitución, que esta se cumpla, que se concrete con hechos, con prácticas jurídico-políticas cónsonas con los principios y valores previstos en la Constitución y que permitan consolidar, toda una cultura democrático-constitucional que haga efectivo el contenido normativo de tal texto supremo.

Como bien lo expresa Gerardo Pisarello, “un proceso constituyente formal, en cualquier caso, no puede entenderse como un proceso mágico, capaz de modificar la realidad de la noche al día” (Pisarello, 2014, p. 181).

Lo que significa que, si hubo todo un compromiso y acuerdos previos para poner en práctica, todo un proceso constituyente que terminó dando como resultado aprobar una Constitución, a partir de su promulgación

se va a requerir de un compromiso permanente, coherente y consistente en hacer efectiva la Constitución, y con ello concretar la fuerza normativa de tal norma jurídica.

Esto último es cónsono con lo que nos dice José Antonio Marina, cuando señala que, "una *ficción constituyente* solo puede funcionar como tal si todo el mundo se comporta 'como si' fuera verdadera" (Marina, 2008, p. 226).

Dicho de otra manera, para que la Constitución despliegue su fuerza normativa, para que esta no solamente exista, sino que se sienta y se viva, debe existir toda una determinación por parte de todas las fuerzas políticas y operadores jurídicos, en hacer valer lo establecido en la Constitución.

Iniciábamos estas reflexiones haciendo referencia a que, una vez más se había traído a debate, la posibilidad de convocar una Asamblea constituyente con la finalidad de aprobar una nueva Constitución para nuestro país.

Pues bien, no podemos finalizar este trabajo sin abordar, aunque sea sucintamente, el dilema que habrá que afrontar, consistente en tener que determinar qué vía seguir para la convocatoria de una Asamblea constituyente con el propósito de dotar a Panamá de una nueva Constitución.

En cuanto a este dilema, existen, de manera concreta, dos alternativas claramente diferenciadas a saber, o se opta por una vía de hecho o, por el contrario, se opta por la vía prevista en la Constitución.

Con respecto a la vía prevista en la Constitución, por ser atinente al tema en debate, cabe aludir a lo que expresa, en cuanto a esto, Gabriel L. Negretto, cuando señala que:

...hay también algunas constituciones, particularmente en América Latina, que prevén el llamado a una convención especial para el caso de reforma total o reemplazo de la constitución. Estas constituciones sí permiten una salida en el caso de que se requiera de un cuerpo constituyente especial, aunque es preciso observar que varias de estas mismas constituciones fueron en su momento creadas en ausencia de una previsión constitucional. (Negretto, 2015, p. 204)

Y, entre las Constituciones de América Latina que regulan “una convención especial para el caso de reforma total o reemplazo de la constitución”, el citado autor chileno incluye la Constitución panameña, ello en razón de la reforma que se le introdujera en 2004.

En efecto, en el 2004, al modificarse la Constitución, se introdujo, y por tanto se constitucionalizó, pese a lo polémico en cuanto a la forma como quedó redactada y formulada, lo que se conoce como la Asamblea Constituyente Paralela, Asamblea constituyente que según se deja así previsto en el artículo 314 de la Constitución, se puede convocar para adoptar “una nueva Constitución”.

Sea el criterio que pueda tenerse, sea el debate que pueda generar, y de hecho lo ha generado, no menos cierto es que la actual y vigente Constitución panameña, y como lo indicara el autor chileno antes aludido, prevé, y en consecuencia dispone, que la misma puede ser reemplazada por medio de una vía constitucional, al establecer que ello puede hacerse mediante la convocatoria de una Asamblea constituyente, que en nuestro caso ha sido denominada como Asamblea Constituyente Paralela.

Dicho de otra manera, la Constitución panameña regula su propia vía de destrucción, no otro es el sentido en cuanto a la forma de entender e interpretar el artículo 314 de la Constitución. Es esa la opción que constitucionalmente está regulada como medio para reemplazar la actual Constitución panameña.

Si cabe decirlo, y acorde a lo expresado, la vigente Constitución panameña ha constitucionalizado la posibilidad que, desde la óptica constitucional, se pueda dar una ruptura del orden constitucional al disponer la posibilidad de, por una parte, derogar la Constitución vigente y, por la otra, aprobar otra en su reemplazo.

La otra opción, como se indicó, sería una vía de hecho, vía de hecho que implicaría convocar, también, una Asamblea constituyente, pero sin seguir los parámetros constitucionales regulados en el antes citado artículo 314 de la Constitución. Siendo consecuentes con las consideraciones ya antes expuestas en el presente trabajo, no cabe duda de que desde la óptica de lo que implica el poder constituyente originario, tal vía es factible y democráticamente sustentable.

Y es factible, porque de eso trata el poder constituyente originario, de un poder político que actúa de hecho y, por tanto, cuando el mismo se manifiesta, no requiere que norma jurídica alguna así lo disponga, por lo que tampoco se requiere que la convocatoria de una Asamblea constituyente para ejercerlo esté regulada previamente.

Es esto lo que habrá que dilucidar, como condición previa, en cuanto al camino a seguir para la convocatoria de una Asamblea constituyente con miras a aprobar una nueva Constitución para el Estado panameño.

Tanto una como la otra opción requerirán de los ineludibles y por lo demás necesarios consensos políticos.

Finalmente, estas reflexiones sobre el poder constituyente lo que buscan es contribuir a la creación y fortalecimiento de una cultura jurídico-democrática que nos permita ver en la Constitución, no una simple norma decorativa ni una norma en abstracto o simplemente nominal, sino un texto jurídico que haga posible cimentar un Estado constitucional en el que nadie se sienta excluido en cuanto a recibir un trato digno, y en el que les sean reconocidos y garantizados sus derechos fundamentales por la sola razón de su condición de ser humaNO.

En otras palabras, son reflexiones que buscan contribuir a configurar una concepción del poder del Estado en el que este esté al servicio de las personas o seres humanos que integran la sociedad, y no de un poder concebido para la satisfacción de los intereses de los que temporalmente detentan el poder político del Estado.

Referencias

Alzaga, Ó. (2011). *Del Consenso constituyente al conflicto permanente*. Edit. Trotta, España.

Blumenwitz, D. (1992). Poder constituyente originario y poder constituyente derivado. *Conferencia dictada en la Fundación Hanns-Seidel*. Santiago de Chile: Política N°29.

Caso Gelman vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos Febrero 24, 2011). www.corteidh.or.cr

- De Vega García, P. (1984). *Reforma Cosntitucional. Diccionario del Sistema Político Español*. Edit. Akal, España.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Edit. Tecnos, España.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Edit. Trotta, España.
- Grossman, D. (2018, Agosto 7). La igualdad no es una "recompensa". *Diario el País*, p. versión digital.
- Kriele, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Edit. Depalma, Argentina.
- Marina, J. A. (2008). *La pasión del poder. Teoría y práctica de la dominación*. Edit. Anagrama, España.
- Negretto, G. L. (2015). Procesos constituyente y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada. *Revista de Ciencia Política*, 35(1), 204.
- Nogueira Alcalá, H. (2006). Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 438.
- Pedreschi, C. B. (2005). *Suelas de mis zapatos. Autobiografía. Edición Digital y Encuadernación*. Pan American Printing Company (PrintShop). Panamá.

Pedreschi, C. B. (2019). *Hacia un nuevo orden constitucional*. Panamá.

Pisarello, G. (2014). *Procesos constituyentes*. Caminos a la ruptura democrática. Edit. Trotta, España.

Prieto Sanchis, L. (2011). *Apuntes de teoría del Derecho*. Edit. Trotta.

Segovia, J. F. (2012). *El problema del poder cpnstituyente*. Marcial Pons, España.