

Las Reformas Constitucionales de 2019: Lecciones de un intento fallido y superación de una década de desencanto

Por:
Dr. Arturo Hoyos*

Resumen: Las Reformas Constitucionales de 2019 en Panamá, fue un intento que no prosperó pero dejó lecciones que nos queda de experiencia y que crea un camino donde los participantes o actores en el nuevo diálogo no deben perder de vista. Además ¿Es propicio establecer un Tribunal Constitucional?. Son inquietudes elevadas en el contenido del artículo lo cual le permite al autor distinguir a través de su importancia y estudio, el rol o función de los Tribunales Constitucionales.

Palabras clave: Constitución Política de Panamá, Reformas Constitucionales, Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional.

Abstract: The 2019 Constitutional Reforms in Panama, was an attempt that did not succeed but left lessons that we keep as experience and that create a path where participants or actors in the new national dialogue should not lose sight of. Additionally: Is it conducive to establishing a Constitutional Court? They are high concerns in the article, which allows the author to distinguish the role or function of the Constitutional Courts, through its study.

Keywords: Political Constitution of Panama., constitutional reforms, comparative law, supreme court of justice, constitutional court.

*Doctor en Derecho (Doctoris Scientiae Juridicae) en la Pontificia Universidad Javeriana (Santa Fe de Bogotá, Colombia) con Diplomas de Especialización en Ciencias Socioeconómicas y en Derecho Laboral, en los años 1972 y 1970 respectivamente, Máster en Economía del Desarrollo en la Universidad de Sussex (Inglaterra, Reino Unido de Gran Bretaña) en 1974. Fue Magistrado en la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá entre 1990 y 2005 y presidió la institución, por 6 años (1994-2000) lo que lo convierte en el Jurista que ha ocupado ese cargo por más tiempo en la historia reciente de la República de Panamá. Fue elegido en 1995 como el primer Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas en Washington DC.

El 23 de diciembre de 2019 el Presidente de la República anunció que retiraría de la Asamblea Nacional las reformas constitucionales que había presentado y que la última había aprobado en una legislatura y que sometería el proceso de cambios constitucionales a amplia consulta, ahora facilitada por el PNUD de la ONU.

El presente ensayo es una versión revisada y actualizada de dos artículos que publiqué en el periódico La Estrella de Panamá el 13 de noviembre y el 22 de diciembre de 2019, ambos muy críticos tanto del proceso para la confección y trámite del proyecto como de su contenido. Al final ofreceré lo que creo son lecciones que deja el intento fallido de esa reforma constitucional.

I. Nuestro hiperpresidencialismo, no la Asamblea Nacional ni la Corte Suprema, es nuestro desafío constitucional.

Las reformas constitucionales aprobadas en 2019 por la Asamblea Nacional en una legislatura no solucionan problema constitucional alguno, agravan los actuales y crean nuevos. Como consecuencia, estas reformas nos llevarán a estridentes reclamos de una constituyente, que no favorezco o a un gobierno debilitado, si se rechazan por el país ,como lo intuía y ocurrió. Un gobierno debilitado no podría enfrentar graves problemas, como el de la Seguridad Social.

El proceso de preparación de esa propuesta fue el peor ejemplo de acuerdos secretos y privilegios corporativistas desde el régimen militar: se concedían a representantes de gremios integrantes del Consejo de la Concertación, asociación privada con alguna participación pública, el monopolio constitucional de proponer nombres de candidatos a Magistrados para su nombramiento por el Presidente.

Esto no es ni más ni menos que un privilegio constitucional para un grupo no elegido por los ciudadanos y, por ello, sin legitimidad política democrática. Ese método de postulación a cargos públicos no es nuevo ni bueno pues ha fracasado en la Caja de Seguro Social y en la Jurisdicción Especial del Trabajo.

Desconcertante fue la reacción oficial ante la acción de la Asamblea, que sí tiene legitimidad política democrática por haber sido elegida por el pueblo soberano. Ella, conforme a sus potestades constitucionales, podía introducir cambios constitucionales no previstos en el documento original de la concertación, pero sesionó bajo una amenaza de convocar a una Asamblea Constituyente Paralela, de no aprobar la propuesta del Ejecutivo. Si esos cambios eran o no buenos es otro problema pero al menos sí provenían de un Órgano con legítimo poder constitucional y democrático y hay que discutirlos libremente.

Un sistema político es presidencialista si el Presidente fija la orientación política determinante del Estado (Biscaretti, Derecho Constitucional Comparado), es tanto jefe del Estado como del gobierno, es elegido directamente por el pueblo no por la Asamblea, ambos elegidos por períodos fijos sin que ninguno pueda modificar el período del otro y si bien hay controles mutuos son distintos de sistemas parlamentarios y el Presidente puede vetar las leyes (Carpizo, El Presidencialismo).

Sostengo que nuestro sistema es hiperpresidencialista porque excede con creces las potestades ordinarias de un Presidente, que además han ido en aumento desde 1983 con la reforma constitucional que se introdujo a la Constitución de 1972 e incluso durante la nueva democracia. En esta última, las dos reformas constitucionales esenciales de 1994-

1995, la eliminación del ejército y el título constitucional sobre el Canal de Panamá, aumentaron los poderes presidenciales con el nombramiento de la Junta Directiva del Canal y de los jefes de la Policía, esto por ley. Ningún otro Órgano del Estado tiene tantos poderes, lo que algunos politólogos llaman la “asimetría del poder” en las democracias latinoamericanas que sería una de las causas de nuestras fallidas reformas constitucionales (Javier Corrales, *Fixing Democracy*, 2018).

Sumado a lo anterior tiene plena vigencia la advertencia de Montesquieu: “Todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él y no se detiene hasta que encuentra límites” (*El Espíritu de las Leyes*, Capítulo VI). Nuestras instituciones de control, sobre todo el Ministerio Público y la Contraloría, en la última década han fracasado estrepitosamente en la guarda del orden jurídico y de la integridad de las finanzas públicas. Veinte siglos después valen la frase y pregunta del poeta romano Juvenal : “Cerrojos pon, la entrada veda, pero ¿Quién custodia al guardián?” (*Sátiras*, Sexta, Trad. de F. Díaz, Madrid, 1892). Las reformas guardan silencio.

Las reformas constitucionales refuerzan el Presidencialismo: mayor número de Magistrados a nombrar, desmiembran el Poder Judicial pues crean un tribunal constitucional que además tiene funciones penales para juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema, reforma ilegítima pues quebranta la unidad de la Constitución, lo que rebasa el poder de reforma y sólo puede hacerlo el poder constituyente originario (Richard Albert, *Constitutional Amendments*, 2019); y omite cambio constitucional alguno sobre el Ministerio Público y la Contraloría que han fracasado en la última década en su función de control del Presidente. El uso indebido de partidas de algunos diputados tiene su origen en el otorgamiento de los fondos por el Presidente y la falta

de control de la Contraloría. Sin controles efectivos florece la corrupción, que es consecuencia no causa de la decadencia de nuestro sistema constitucional, que además se ha puesto al servicio de las élites políticas y económicas tradicionales, no del pueblo soberano.

Grupos de interés ligados al Ejecutivo, que han satanizado a la Corte Suprema y a la Asamblea, redactaron reformas constitucionales que partían de un diagnóstico errado de nuestro desafío constitucional que es el de un Presidencialismo exacerbado y ,en la práctica, sin controles, salvo los frágiles frenos de la Corte Suprema y de la Asamblea, ejercidos con más determinación desde hace un par de años, y que estas reformas debilitan aún más. El resultado de estas propuestas reformas, de haberse aprobado , habrían sido el agravamiento de nuestros problemas políticos no solamente con el refuerzo de los poderes presidenciales, con controles debilitados sino con los Órganos del Estado ahora sujetos al predominio de un solo partido político pues la Corte Suprema quedará sometida a un tribunal constitucional que la juzga penalmente y cuyos Magistrados serían nombrados, no gradualmente como los de la Corte Suprema (no había norma transitoria sobre los primeros nombramientos) sino inmediatamente, y ratificados por el mismo partido político. Quizás no seríamos un Estado de partido único pero si un Estado con predominio absoluto de un solo partido político.

La democracia liberal tiene correctivos y controles como las instituciones, y si éstas fallan, las elecciones libres o la movilización social (Acemoglu y Robinson, *The Narrow Corridor*, 2019). En Panamá, las instituciones han fallado o han sido muy débiles en la última década para controlar el poder presidencial; hemos tenido elecciones pero el nuevo gobierno insiste en reformas constitucionales

inconvenientes e ilegítimas por su origen corporativista y desmembradoras del Órgano Judicial; y ya vemos originaron fuertes movilizaciones sociales. Es hora de reflexionar y aprender de los ejemplos de Chile y Bolivia. El actual Presidente, a quien respeto, debe desistir de estas propuestas y formular otras que respondan a nuestros verdaderos desafíos. Esa es, al fin y al cabo, la dinámica de la historia (Arnold Toynbee, *A Study of History*). Efectivamente desistió de ellas al menos formalmente como queda dicho.

II. Un tribunal constitucional ¿para quién?

Hace un cuarto de siglo sostuve un intercambio con un grupo de profesores universitarios que redactaron un proyecto de Constitución que consagraba un tribunal constitucional. Mi análisis de hace 25 años ha sido reproducido en La Estrella de Panamá, (9 de diciembre de 2019). Este ensayo continúa aquel examen sobre una institución que no considero conveniente para el país y que ahora se prevé en las reformas constitucionales aprobadas en primera legislatura por la Asamblea Nacional en 2019.

Desde luego, mi opinión sobre la inconveniencia de trasplantar esa institución a nuestro país no ha variado. Por el contrario, creo que la evolución política e institucional de los últimos 25 años me ha dado la razón y ciertamente ello es así en el contexto latinoamericano.

En el plano estrictamente procesal, el impacto sobre los juicios en los tribunales ordinarios y en la misma Corte Suprema sufrirán lo que indiqué hace 25 años: impugnación, si bien no de sentencias, de resoluciones judiciales (sobre pruebas, notificaciones, etc.) con la consecuente dilación de los procesos, disímil jurisprudencia y conflictos

institucionales pero ahora con un peligroso agravante: los Magistrados de la Corte Suprema serán juzgados por el tribunal constitucional, lo que en efecto los subordinará a su criterio en materia judicial.

Las sentencias del Tribunal Electoral admiten el recurso de inconstitucionalidad (artículo 143 constitucional) ahora ante el tribunal constitucional lo que abre las puertas a lo que ha sido constante causa de los grandes conflictos políticos de nuestra historia. Esto es un error muy grave pues ese tribunal constitucional nombrado y ratificado por un solo partido político tendría la última palabra en materia electoral lo que va a desestabilizar esta democracia.

Hay tres aspectos de la creación de este tribunal constitucional en los que ahora deseo concentrarme: la ilegitimidad de la reforma que lo prevé ; si los tribunales constitucionales han contribuido a atenuar o a agravar los conflictos político-sociales en Latinoamérica, y el efecto potenciador sobre lo que he llamado nuestro hiperpresidencialismo en artículo publicado en La Estrella de Panamá, (13 de noviembre de 2019).

La creación de este tribunal no tiene legitimidad política ni jurídica, aunque se apruebe por el procedimiento de reforma constitucional, tanto en su origen porque proviene de una institución gremial (Concertación) no elegida por el pueblo, como en el fondo porque va en contra de la unidad o estructura básica de la Constitución: tres poderes del Estado que actúan en forma limitada e independiente (artículo 2 constitucional). Este tribunal constitucional (“máximo”) tiene supremacía y así altera la estructura básica constitucional pues subordina al Órgano Judicial en cuanto decidiría sobre varias resoluciones judiciales y elimina la independencia del ju-

dicial y además tiene potestad penal para juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Tal cambio, como se acepta en la doctrina constitucional moderna, sólo corresponde a una asamblea constituyente originaria (Albert, *Constitutional Amendments* y también Schutze, *Comparative Constitutional Law*, ambas de 2019). Como ejemplos de tal doctrina se citan, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de India sobre la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que cambió el método de nombramiento de Magistrados y otra de Colombia sobre la inconstitucionalidad de una segunda reelección del Presidente Álvaro Uribe.

En cuanto al segundo tema, estudiosos de los tribunales constitucionales especiales en la región (Rios-Figueroa y Helmke, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, 2010), señalan que esos tribunales se han dedicado unos más a la promoción y desarrollo de los derechos fundamentales y otros a mediar en los conflictos políticos entre órganos del Estado. Entre los primeros está el tribunal constitucional de Colombia que en 2016 declaró el matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho fundamental. A mi juicio, esa y otras sentencias han llevado al gobierno del Presidente Iván Duque a proponer un cambio constitucional que elimina dicho tribunal y crea un Tribunal Supremo que comprendería las tres altas cortes (constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema). Una obra reciente advierte sobre los conflictos que pueden generar los tribunales constitucionales frente a las transformaciones políticas de una sociedad (Lanfried, *Judicial Power: How constitutional courts affect political transformations*, 2019).

La cuestión que planteo es si actualmente esos tribunales han detenido o amortiguado los conflictos político-sociales en Latinoamérica o

si, por el contrario, su actuación ha sido un factor que los ha agravado. Ciertamente en el caso de la crisis de Chile una sentencia que declaró inconstitucional la ley de protección de los consumidores se estima como un elemento causante de los enormes disturbios (Leterrier, “Chile: la necesidad del cambio constitucional”, diario El País, 14 de enero de 2020) . En Colombia no ha jugado el tribunal constitucional papel alguno en amortiguar los grandes conflictos socio-políticos recientes y en el caso de Bolivia el tribunal constitucional ha sido un factor coadyuvante a la crisis que condujo a la salida del poder del Presidente Evo Morales: mediante una sentencia de 2013 adujo que la prohibición de reelección no afectaba a Morales, éste invocó ese precedente e ignoró luego un referéndum sobre ese tema que no le favoreció, con la complicidad de ese tribunal. No parece pues que en estos países que han tenido serias crisis en 2019 los tribunales constitucionales le hayan brindado estabilidad a la democracia y en el caso de Bolivia fueron un instrumento de Morales quien nombró a todos sus Magistrados (Barrios-Suveiza, *The Coup d’État that Wasn’t*, I-Connect, Blog de derecho constitucional, 2019). En Perú, el choque entre el poder judicial y el tribunal constitucional que anuló la detención preventiva de Keiko Fujimori es otro ejemplo de conflicto reciente que agrava el entorno político.

Quedaría, por último, examinar si el tribunal constitucional que se previó en la reforma constitucional que se debate en nuestro país contribuye a fortalecer el control sobre nuestro hiperpresidencialismo o si lo agrava, como creo. Fortalece el poder presidencial porque permite el nombramiento de cinco Magistrados por un período de quince años. Ese tribunal, además quedaría con la última palabra sobre la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado y lo que es muy preocupante, sobre las sentencias del Tribunal Electoral.

De aprobarse tal reforma, ella facultaría al Presidente para nombrar en un año a seis Magistrados de la Corte Suprema y a cinco del tribunal constitucional; es decir, once Magistrados. Esto no tiene precedente en toda nuestra historia. Ni siquiera durante el régimen militar.

Puedo entonces contestar la pregunta del título de este artículo: ¿Para quién se crea este tribunal? Me temo que la respuesta es que para la élite política y sus adláteres. El efecto de esta institución será colocarnos en el camino hacia una democracia tutelada por un solo partido político.

Si bien creo que el problema del “juzgamiento cruzado” entre diputados y Magistrados es genuino, como ha sostenido correctamente el Presidente, la institución que propone y los nombramientos por 15 años crean nuevos y gravísimos problemas para nuestra democracia, sustancialmente peores que el de “juzgamiento cruzado”, que puede tener otras soluciones que no sean nocivas para un orden constitucional democrático.

III. Algunas lecciones de la fallida reforma constitucional de 2019.

El historiador francés Serge Gruzinski nos recuerda que vivimos en un presente “casi ilimitado que absorbe gran parte del pasado y el porvenir y rechaza lo que no puede incorporar” (¿Para qué sirve la historia?, Alianza, Madrid, 2018). No podemos incorporar el secretismo, elitismo y sectarismo del 2019. Sus polos opuestos : la transparencia, la participación amplia y abierta deben ser los parámetros del nuevo proceso. El Presidente ha indicado esto.

Ahora que a partir de 2020 se retoma la discusión de las reformas a la Constitución creo que el camino seguido el año pasado deja algunas lecciones que los participantes en el nuevo diálogo nacional no deben perder de vista.

En primer lugar está el proceso de preparación del proyecto. Hay que evitar el error de preparar en secreto un documento avalado por una organización sin legitimidad política democrática y aprobarlo sin discusión en el Consejo de Gabinete.

Segundo, en cuanto al contenido, ninguna reforma de sustancia puede soslayar el problema de nuestro hiperpresidencialismo, como se hizo en 2019. Cualquier reforma debe atenuar los poderes presidenciales excesivos y fortalecer las instituciones que pueden controlarlo.

En tercer lugar no debe perderse de vista que las reformas constitucionales tienen límites sustanciales implícitos: no se puede alterar la estructura básica de la Constitución, por ejemplo con la creación de un tribunal constitucional con las implicaciones que he anotado.

Es imperativo incluir a los grupos populares, a los partidos políticos y a los juristas con experiencia y reconocidos a la discusión de las reformas sin soslayar que cambios constitucionales a los tres órganos del Estado no pueden poner fin a problemas como la desigualdad económica ni la pobreza que nos aquejan.

Si hemos de superar la década de desencanto con nuestras instituciones políticas debemos empezar por cambios constitucionales pero éstos nunca serán suficientes porque el papel del liderazgo es igualmente importante. Allí también hemos tenido graves carencias

aunque hay esperanza de que incluso en este plano hay progreso alcanzable.

Referencias

Albert, Richard. *Constitutional Amendments*, Oxford University Press, 2020.

Biscaretti, Paolo. *Introducción al Derecho Comparado*, México, 1996.

Carpizo, Jorge. *Propuesta de una tipología del presidencialismo latinoamericano*, UNAM, México, 2014.

Corrales, Javier. *Fixing Democracy*, Cambridge University, United States, 2019.

Gruzinski, Serge. *¿Para qué sirve la historia?*, Alianza, Madrid, 2018.

Schutze, Robert & Masterman, Roger. *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, University of Durham, 2019.

Toynbee, Arnold. *Study of History, American Journal of Economics and Sociology*, 1955.