

LA TRANSFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE VENEZUELA DEL 2017.

THE CONSTITUTIONAL TRANSFIGURATION IN THE CALL OF THE CONSTITUENT NATIONAL ASSEMBLY OF VENEZUELA IN 2017.

María Concepción Mulino Ríos

Derechoprocesalmulino@gmail.com

Universidad José Antonio Páez -Universidad de Carabobo
Valencia-Venezuela

Recibido 19/11/2018

Aceptado 12/12/2018

Resumen

La libertad ciudadana es aquella reconocida por las leyes vigentes en una determinada época y espacio, por ello tanto la libertad como el ejercicio del poder se encuentran sometidos al imperio de la ley, siendo la libertad la inmunidad que posee el ciudadano ante el abuso del ejercicio del poder del gobernante. Por ello, la Constitución, como cuerpo normativo, debe fungir como freno al abuso de poder y protección de libertades. Con la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela en el año 2017 a iniciativa del Presidente Nicolás Maduro Moros, sustentado en las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin referéndum consultivo previo a la ciudadanía, se ha trasfigurado la Constitución vigente, lo que genera como consecuencia que el proyecto de constitución que elabore la Asamblea Nacional Constituyente instalada en tal forma, se convierta en una Constitución otorgada desde el ejercicio del poder y no en una Constitución democrática sustentada en la participación y aprobación del pueblo.

Palabras Claves: Libertad Ciudadana, Estado de Derecho, Abuso de Poder, Asamblea Nacional Constituyente.

ABSTRAC

Citizen liberty must be understood as that recognized by the laws in force in a certain time and space, therefore both freedom and the exercise of power are subject to the rule of law, freedom being the immunity that citizens have before the law. abuse of the power of the ruler. Therefore, the Constitution, as a normative body, should act as a brake on abuse of power and protection of freedoms. With the installation of the National Constituent Assembly in Venezuela in 2017 at the initiative of President Nicolás Maduro Moros, supported by the decisions issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, without a referendum prior to the citizenship, the Constitution has been transfigured in force, which generates as a consequence that the constitution project that the National Constituent Assembly draws up in such form, becomes a Constitution granted from the exercise of power

and not in a democratic Constitution supported by the participation and approval of the people.

Key Words: Citizen Freedom, Rule of Law, Abuse of Power, National Constituent Assembly.

Introducción

Cicerón logró concretar lo que consiste la libertad política al señalar “somos siervos de la ley con el fin de poder ser libres”, la libertad política sirve para proteger al ciudadano de la opresión, como bien señaló Locke en el siglo XVIII “donde no hay ley no hay libertad”.

La idea en torno a que toda persona nace y permanece libre e igual, es el fundamento principal tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dictado por los Representantes del Pueblo Francés constituidos en Asamblea Nacional en época de la revolución francesa, como de la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo dictado por el Supremo Congreso de Venezuela en su sesión legislativa establecida para la provincia de Caracas en el año 1811; ambas declaraciones representan la partida de nacimiento de los denominados derechos civiles y políticos en Venezuela.

Los hombres al nacer lo hacen dentro de una organización preestablecida con reglas propias, en esa organización ceden parte de sus libertades para permitir a un grupo de personas el ejercicio de un gobierno legalmente instituido, entendido éste como cuerpo político en el que se requieren leyes que permitan la aplicación de las normas jurídicas tendentes a favorecer una convivencia pacífica dentro de la sociedad; sin embargo el ceder parte de esa libertad no impide el reconocimiento efectivo de los valores inherentes del individuo, ni avala la vulneración de los principios democráticos reconocidos.

Desde que el hombre vive en sociedad, se ve obligado a indagar un término ideal de equilibrio entre el ejercicio individual de las libertades, su ejercicio colectivo y la autoridad que deba imponerse para lograr ese delicado equilibrio, todo a fin de asegurar una convivencia pacífica en sociedad. El ciudadano al ceder parte de su libertad lo realiza con la aspiración de garantizar ese valor superior de convivencia pacífica, pero ¿hasta qué punto el ciudadano puede ceder esa libertad? ¿Cuál es el límite de la libertad personal que está dispuesto a ceder para conseguir ese fin ulterior de convivencia en paz?

La convivencia pacífica entre los hombres se ha pretendido lograr a través del reconocimiento de las libertades conquistadas, más ese reconocimiento debe ser regulado con certeza, lo cual debe provenir de normas de conducta previamente establecidas que garanticen la seguridad jurídica en el ámbito de las libertades conquistadas, erigiéndose así la norma como una defensa o protección de la convivencia pacífica; así la libertad ciudadana es entendida como aquella reconocida por las leyes vigentes en una determinada época y

espacio, leyes que además fungen como freno al abuso del ejercicio del poder del gobernante de turno. Por ello, la Constitución, como cuerpo político-normativo, es un escudo de protección de las libertades en contra del abuso de poder.

Ahora bien, si las leyes conforman el sistema de protección a las libertades ¿Cómo protegerlas para que no sean alteradas por antojo de nuevos hombres que nacen en sociedad? ¿Cómo conciliar la estabilidad que debe existir entre las leyes vigentes y el constante movimiento de las sociedades? Esta incerteza jurídica puede acrecentarse cuando en un sistema de derecho y con fundamento a la ley preexistente, la autoridad legalmente establecida comienza a determinar alcances y sentidos a la ley, ya no con el ánimo de garantizar el delicado equilibrio de la convivencia en paz, fundamento por el cual el hombre cede parte de su libertad, sino con el fin principal de mantenerse a toda costa en el ejercicio del poder o de conseguir prerrogativas en el ejercicio de ese poder, desafiando la propia ley en evidente abuso de poder, por lo que estaríamos en presencia de lo que Hannah Arendt advierte como una “ilegalidad totalitaria” (2004p. 561).

Ese delicado equilibrio al que hacemos referencia, se ha visto actualmente trastocado por la instalación de la convocada Asamblea Nacional Constituyente a iniciativa del Presidente Nicolás Maduro Moros en julio de 2017, quien con fundamento a la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 31 de mayo de 2017, con motivo al recurso de interpretación decidido mediante sentencia N° 378, se dispone textualmente que “(...) no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente”, se plantea así la modificación de las normas preexistentes garantistas de las libertades, sin consulta previa a la ciudadanía, a través de una Asamblea Nacional Constituyente convocada desde el ejercicio del poder, para encargarse de redactar una nueva constitución en sustitución de la vigente del año 1999; constituyéndose tal hecho en una alerta, a los temores ya advertidos, de una “ilegalidad totalitaria”.

Desde este hecho concreto se procede al análisis de la transfiguración de la norma constitucional vigente, asumiendo como estructura a desarrollar, la siguiente: i) libertad política, ii) estado de derecho y abuso de poder, iii) asamblea nacional constituyente y iv) reflexiones de cierre.

I. La libertad política

Desde el momento en que el individuo comienza a asociarse con sus semejantes para la satisfacción de sus necesidades inmediatas y elementales, genera una serie de relaciones políticas con la colectividad y el Estado. El individuo comienza aceptando por necesidad, el

imperio de la autoridad institucionalizada en el Estado. El jefe primitivo funda su derecho en la fuerza, en la habilidad para conducir a los demás y se llega a alegar poderes sobrenaturales para justificar sus prerrogativas; los reyes afirman que su poder deriva directamente de Dios y finalmente surge el concepto político-jurídico de Estado, con su atributo esencial de soberanía. El individuo acepta la imposición de la autoridad porque le es útil para el resguardo siquiera relativo, de su seguridad y sus intereses.

Cuando se trata de examinar el alcance de las doctrinas político económicas, encontramos que parte del fenómeno político gira, describiendo un círculo de repetición permanente, siguiendo este proceso: el individuo desearía la libertad absoluta, pero como todos los individuos las desean también simultáneamente llega un momento que surge el conflicto de unas libertades que tratan de expandirse a costa de otras; entonces se hace indispensable un sistema de regulación de la libertad por un procedimiento autoritario, ya que la regulación espontánea automática no es posible, no existe, tan pronto como la regulación autoritaria llega a ser incómoda el individuo reacciona y clama por la libertad. El hallazgo de un término ideal entre la libertad individual y la necesidad de regular la coexistencia de las libertades individuales es, en suma, una de las metas esenciales de casi todas las doctrinas políticas; en tal contraste de fuerzas, los actores sociales relevantes son los individuos o determinadas clases de individuos y el gobierno; interacción que fija la conceptualización de libertad como la protección contra la tiranía de los gobernantes políticos (Stuart Mill, 1859).

En el funcionamiento de grupos sociales que confluyen en un mismo espacio físico y en un mismo territorio se requiere un orden y un establecimiento de reglas para la convivencia humana de manera pacífica, lo que se traduce en el ejercicio del poder. Desde la organización de los hombres en sociedad se ha buscado inmunidades frente al ejercicio del poder y a esas inmunidades se les ha llamado libertades. Sartori, G. (2009) expone ante la pregunta de la esencia de la libertad, lo siguiente:

Para Spinoza, la libertad era una perfecta racionalidad, para Leibniz, espontaneidad de la inteligencia, para Hegel aceptación de la necesidad; pero todas estas definiciones se refieren a una libertad interior del hombre, ninguna referida a la libertad externa, la condición de ser libre o no libre es en relación con los demás; “la libertad política es eso: una coexistencia en libertad con la libertad ajena y una resistencia a la falta de libertad”.

Cuando se aborda la idea de una libertad plena, la primera opción en la que se piensa es en la “anarquía”, definiéndose tal concepto en el conocimiento común, como que cada quien puede hacer lo que desee sin imposición de reglas o normas de conducta alguna; sin embargo, el anarquismo, vocablo que significa “a” sin o desprovisto de y “arkos” gobierno, es una doctrina política, formada en el siglo XIX cuyo eje principal de su postulación ideológica es la abolición de la autoridad pública para dar paso a un federalismo libre y espontáneo de

las personas, en el cual, el único gobierno legítimo reconocido sea el de cada individuo tiene sobre sí mismo.

El anarquismo plantea dos distintas tendencias, una individualista y otra colectivista, como refiere Borja (1997):

La individualista a través de la cual se exalta la libertad personal, como resultado de la exacerbación de la libertad del individuo imperando la máxima “nada que pueda limitar la libertad es aceptable”. Cada persona puede encontrar dentro de sí, los consejos para vivir dignamente consigo misma y solidariamente con los demás, sin necesidad de que una autoridad exterior y ajena a la propia conciencia le diga lo que debe hacer. De allí que el poder político es innecesario y pervierte al hombre al obligarlo a asumir una actitud rebelde y antisocial.

La colectivista a través de la cual se sostiene que la única forma de emancipar al hombre de la opresión autoritaria es mediante la formación de asociaciones voluntarias y auto gestionada con fines de producción y distribución, (mutualista, cooperativista, sindicalista o comunista). Generalmente vinculado al análisis marxista de la sociedad, se repudia la autoridad política por ser expresión del poder económico de pequeños grupos encumbrados dentro del escalafón social.

Observamos que definir o conceptualizar el vocablo “libertad” no es tarea sencilla, por cuanto a tal fin debemos situarla en el ámbito en el cual quiere establecerse tal definición o conceptualización, si es dentro del ámbito de la esfera colectiva o ciudadana o si, por el contrario, es en el ámbito de la esfera individual o personalista y, en cualquiera de los distintos ámbitos esa libertad ¿será limitada o ilimitada?

Dentro de este marco de límites a la libertad, el constitucionalismo como corriente jurídico-político, impulsó la búsqueda por conseguir en cada Estado una constitución escrita y codificada que terminase con el absolutismo regio del sistema de gobierno monárquico que había imperado, siendo una de sus finalidades el limitar el ejercicio del poder de los gobernantes en aras a garantizarlas libertades de los ciudadanos y, permitir, una activa participación política en los asuntos de gobierno. Como diría Casal, J., “el dualismo existente entre el individuo y la sociedad/Estado e incluso entre la sociedad y el Estado sirvió de base para el desarrollo del concepto de los derechos del hombre o derechos individuales y del concepto de Constitución”. (Casal, 2001, pág. 15)

El constitucionalismo moderno, que se inicia con las revoluciones americana y francesa, trae como consecuencia, la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado, cuyo sustento principal se fundamenta en el principio de la división o separación de los poderes y en la defensa de los derechos y libertades del hombre, con un sometimiento pleno

al positivismo legislativo o al imperio de la ley, entonces en la estructura organizacional de los estados modernos regidos por una Constitución ¿se es realmente libre?

Montesquieu (1748, p. 150) refiere a la libertad como “el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que, si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad” indicando además que «la libertad política» reaparece cuando “nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitida”. Sustancialmente idéntica es la definición de D. Diderot, “(...) esta libertad civil consiste en no poder ser obligado a hacer una cosa que la ley no ordena (...) La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”. (Diderot, 1773, págs. 118-119), o de Rousseau, J. “(...) la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad”.(Rousseau, 1762, págs. 27-28), aunque éste último concepto de Rousseau en la actualidad refiere al vocablo autonomía y no a libertad.

Constant Benjamín (1820), en discurso que pronunciara en el Ateneo Real de París de 1818, comparando la libertad de los antiguos con la de los modernos, hace referencia a la exigencia de los estados contemporáneos de limitar el poder y por el otro de distribuirlo, para permitir la participación política a esta última exigencia, es decir, a la distribución del poder político entre los ciudadanos, era lo que los antiguos llamaban “libertad” limitándola a la participación colectiva o ciudadana, más sin embargo el ciudadano de los antiguos era un esclavo en las relaciones privadas.

Indica el referido autor:

Así entre los antiguos el individuo, soberano casi habitualmente en los negocios públicos, era esclavo en todas sus relaciones privadas. Como ciudadano decidía de la paz y de la guerra; como particular estaba circunscrito, observado y reprimido en todos sus movimientos; como porción del cuerpo colectivo preguntaba, destituía, condenaba, despojaba, desterraba y decidía de la vida de los magistrados o de sus superiores; pero como sometido al cuerpo colectivo podía llegar también ocasión de ser privado de su estado, despojado de sus dignidades, arrojado del territorio de la república y condenado a muerte por la voluntad discrecional del todo del que hacia parte. (Constant, 1820, pág. 58).

En cambio, la diferencia con el fin de los modernos es la seguridad en los goces privados, la libertad a las garantías acordadas por las instituciones para estos goces, indicando:

Entre los modernos al contrario el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en la apariencia aun en los estados más libres: su soberanía está restringida y casi siempre suspensa y si en algunas épocas fijas pero raras,

llega a ejercer esta soberanía, lo hace esto rodeado de mil trabas y precauciones, y nunca sino para abdicarla. (Constant, 1820, pág. 59)

Concluye Constant en su discurso señalando “El objeto de los antiguos era dividir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria: esto era lo que ellos llamaban libertad. El objeto de los modernos es la seguridad de sus goces privados y ellos llaman libertad á las garantías concedidas por las instituciones de estos mismos goces”. Ambos fines eran contradictorios, ya que la participación directa en las decisiones colectivas termina por someter al individuo a la autoridad del conjunto y a no hacerlo libre como persona. (Constant, 1820, pág. 69).

Norberto Bobbio, al referir el vocablo libertad lo hace desde la perspectiva de la diferencia entre el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad, como valores que se contraponen en cuanto uno de ellos no puede realizarse plenamente sin afectar en detrimento al otro:

Para el liberal el fin principal es el desarrollo de la personalidad individual, aunque el desarrollo de la personalidad más rica y dotada puede ir en detrimento de la expansión de la personalidad más pobre y menos dotada; para el igualitario el fin principal es el desarrollo de la comunidad en su conjunto, aun a costa de disminuir la esfera de libertad de los individuos. La única forma de igualdad que no sólo es compatible con la libertad tal como es entendida por la doctrina liberal, sino que incluso es exigida por ella, es la igualdad en la libertad: lo que significa que cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás. (Bobbio, 1996)

Norberto Bobbio enfatiza que la esfera de la libertad liberal está compuesta por el conjunto de acciones no impedidas, “en términos de teoría general del derecho, se trata de la esfera de lo permitido, es decir, de lo no obligatorio. Libertad es, en esta acepción, el "espacio no regulado por normas imperativas -positivas o negativas- Aquí la libertad tiene la misma extensión que la licitud, la misma extensión de la esfera de lo que está permitido al no estar ni ordenado ni prohibido. Se trata de la libertad negativa, de la esfera de los comportamientos no regulados, y por tanto, lícitos o indiferentes” (Bobbio, Teoría General de la Política, 2003, pág. 304).

Ferrajoli, define a la libertad negativa como una libertad pasiva y a la positiva como activa, indicando:

El primer tipo de libertad, que corresponde a la llamada libertad negativa, no es una modalidad deóntica, sino una expectativa negativa, esto es, una libertad por así decirlo pasiva definida por la existencia de una modalidad correlativa: de la prohibición de lesiones, restricciones o impedimentos por parte de otros sujetos y por tanto de una

limitación de la libertad de estos últimos. El segundo tipo de libertad, que corresponde a la llamada libertad positiva, es por el contrario una modalidad y en concreto una facultad, esto es, una libertad activa que no se topa con ninguna expectativa ni positiva ni negativa de ningún otro sujeto. (Ferrajoli, 2011/2013, págs. 151, Tomo I)

Indica además que la libertad negativa está referida a la libertad inmutabilidad lo que Montesquieu define como derecho de hacer todo lo que las leyes permiten sin que a los demás se les consienta obstaculizarlo, y por libertad positiva la facultad, autodeterminación o autonomía, la cual fue definida por Rousseau como obediencia a la ley que uno se ha prescrito sin que otro pretenda imponernos la suya.

Por su parte Salazar, P. (2006), indica que “detrás de la libertad negativa y de la libertad positiva reposan dos concepciones del individualismo, o mejor dicho de la relación que existe entre los individuos y el colectivo, diferentes” (P.144) “(...) El liberalismo reivindica las libertades del individuo ante la sociedad y la democracia la libertad del individuo en la sociedad” (p.145). Para este autor las tensiones entre los dos conceptos de libertad surgen de esta divergencia: mientras la libertad negativa reivindica el máximo grado de independencia del individuo de la sociedad, la libertad positiva promueve la máxima participación individual en la vida política de la colectividad.

De lo expuesto se observa que conceptualizar en un contexto el vocablo libertad, no es sencillo, por lo que delimitaremos su conceptualización, a los efectos del presente desarrollo, orientada hacia la libertad ciudadana concebida en la corriente constitucionalista imperante con posterioridad a la revolución francesa, es decir, a los límites de esa libertad con respeto del otro, que permita la convivencia pacífica del colectivo y a los límites de la libertad individual por la libertad colectiva, en aras de garantizar la convivencia en paz, en los ámbitos de un Estado de Derecho, como ya había expuesto por el año 1651 Hobbes en el Leviatán “La ley fue traída al mundo nada más que para limitar la libertad particular de los hombres, de tal modo que no se hagan daño unos a otros”(Hobbes, 1989, págs. 217-218).

II. El estado de derecho y el abuso de poder

En la Constitución reposa el equilibrio entre el poder y las libertades individuales, estableciendo tres tipos de equilibrios diferentes, el social en razón a que todo régimen político es de modo práctico oligárquico, ya que existe una minoría ejerciendo y disfrutando los privilegios que el poder depara; el equilibrio político, por el ejercicio alternativo del poder a través del gobierno y, por último, el equilibrio institucional entre el poder central y el descentralizado.

En toda sociedad confluyen grupos que de una u otra manera crean centros de poder irradiando su acción en diversas direcciones, es una verdadera constelación de poderes, pero esa multiplicidad de poderes se concentra en una unidad orgánica y permite el armónico desenvolvimiento de los distintos estratos de la sociedad, lo cual conduce hacia la integración del poder político. La concepción de poder, desde el punto de vista de la política tradicional, se identifica con el Estado. El poder a su vez, para garantizar el equilibrio deseado, debe ser sometido a control, por cuanto “un poder sin control es la negación misma del estado de derecho y democrático” (Duque R. (2007).

La Constitución democrática y de derecho, es la constitución normativa, que parte de valores y principios que permiten configurar el Estado Constitucional como forma política para una sociedad democrática. Es necesario partir de la idea que el concepto de Constitución no es ajeno a la limitación del poder por más que éste emane de la soberanía popular; porque esa misma soberanía mediante su poder constituyente determina como principio el control de todos los poderes que ella misma ha previsto en la Constitución. Ese conjunto de funciones de control Constitucionales lleva a la tesis que la Constitución tiene sentido si se la concibe como instrumento normativo y sistemático de limitación y control del poder, de allí su connotación de cuerpo político.

Bobbio, N. (1996) refiere dos aspectos diferentes de los límites del Estado, el primero los límites de los poderes que se reflejan a través de un estado de derecho, el segundo, a los límites a las funciones de Estado que se reflejan a través del estado mínimo.

En el primer caso, de los límites de los poderes, conceptualiza el estado de derecho como un Estado en el que los poderes públicos son regulados por las normas en general y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que lo regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer y rechazar el abuso o exceso de poder, imponiéndose el gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres. Considera como parte integrante del estado de derecho todos los mecanismos constitucionales que impiden u obstaculizan el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder y dificultan o frenan el abuso, indicando como mecanismos los siguientes:

- 1) El control del poder ejecutivo por parte del poder legislativo
- 2) El control eventual del parlamento en el ejercicio del poder legislativo por parte de una corte jurisdiccional a la que se le pide la constitucionalidad de las leyes,
- 3) Una relativa autonomía del gobierno local en todas sus formas y grados referente el gobierno central y,
- 4) Un poder judicial independiente del poder político.

En el segundo, los límites a las funciones de Estado, conceptualiza el Estado mínimo como aquél que abandona la imagen del Estado benefactor, paternalista y empresario, y adopta

una imagen de Estado mínimo, versátil en su estructura y eficiente en su acción, abierto a la participación de la sociedad civil y en ese sentido, la gestión pública se ve obligada a incorporar elementos de convencimiento que generen consenso y permitan una acción pública eficaz fundada en la cogestión y la democracia, menos intervencionista, más eficiente y más versátil en su estructura, esta es la imagen nueva del Estado moderno, que se ha definido como Estado modesto o Estado estratega.

La Constitución venezolana establece en su artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático, social, *de derecho* y de justicia, característica de derecho que al vincularla al principio de legalidad previsto en el artículo 137, el cual establece “tanto la Constitución como la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen”, trazan el cumplimiento de los fines del Estado conforme a la adecuación del ejercicio de la función pública al principio de la legalidad, por cuanto la norma fundamental advierte “el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder” (art. 139).

El abuso de poder o también conocido como exceso de poder, es una teoría de origen francés *excés de pouvoir* que hace referencia al ejercicio del poder por parte del órgano que sobrepasa la potestad determinada por ley, al cual deben estar sometido en el Estado de Derecho por el sometimiento de los órganos que ejercen el poder público a la Constitución, el cual se configura cuando no existe la debida correspondencia entre los hechos de la realidad con el supuesto de hecho de la norma atributiva de la competencia al órgano de la Administración Pública; a diferencia de la desviación de poder que implica el apartamiento de la finalidad prevista en la norma.

Meier, H. (2001) explica la constatación de este vicio a partir de la legalidad causal la cual exige de la Administración Pública probar o demostrar que ha ejercido en forma “causada” la potestad que le confiere la norma, es decir, que actuó legítimamente en uso de una competencia; la dificultad se presenta cuando existe la discrecionalidad en la propia norma para determinar el supuesto concreto de actuación, de acuerdo a la valoración o estimación que haga el funcionario público en relación a la necesidad o conveniencia de su intervención en la vida administrativa para tutelar el fin de interés público, previsto en la norma atributiva de competencia.

El concepto de causa o motivación de la actuación de la Administración Pública refiere a la necesaria congruencia o correspondencia que debe existir entre el hecho o las circunstancias que efectivamente ha acaecido en la realidad (factualidad) y los hechos de trascendencia colectiva formalizado en la norma atributiva de competencia (deber ser), en cuanto aquella es presupuesto o supuesto de hecho de la norma, se actúa con abuso o desviación de poder cuando no existe esa congruencia o correspondencia entre la realidad y la norma..

Estrechamente ligado a estos requisitos de la congruencia o correspondencia entre el hecho de la realidad (factualidad) y el supuesto de hecho de la norma (deber ser), que permite el acto administrativo su causa o motivo así como la adecuación al fin, se encuentra la proporcionalidad lo cual supone una exigencia de adecuación cuantitativa entre la causa y la finalidad del acto y las medidas adoptadas para conseguirla, así como el principio *pro libertate* que impone a la Administración, de existir la posibilidad legal de optar entre varias medidas alternativas, elegir aquella que implique la menor restricción de la libertad individual.

Si como indicáramos en el acápite anterior, la norma jurídica impone el ámbito o límite de actuación del accionar de los poderes públicos en aras a la garantía de las libertades ciudadanas, las funciones públicas entonces solo deben materializarse a través del ejercicio legítimo de las competencias y atribuciones, atribuidas por mandato de la ley. El poder del Estado solo debe manifestarse a través del ejercicio de sus competencias o atribuciones legalmente previstas, de lo contrario equivaldría a un campo fértil para incurrir en abuso de poder, por cuanto precisamente el utilizar el poder para ejecutar competencias no asignadas a una autoridad, constituye la conceptualización de tal vicio.

III. La Asamblea Nacional Constituyente

La Asamblea Nacional Constituyente electa el 30 de julio de 2017 en Venezuela, fue convocada por el Presidente de la República Nicolás Maduro Moros, conforme a las normas establecidas mediante Decreto Presidencial signado con el N° 2.830 publicado en fecha primerode mayo de 2017, con el siguiente contenido:

Artículo 1°. En ejercicio de las atribuciones que me otorga la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 348 y fundamentado en los artículos 70, 236 numeral 1 y 347 *ejusdem*, convoco una asamblea nacional constituyente, ciudadana y de profunda participación popular, para que nuestro Pueblo, como depositario del Poder Constituyente Originario, con su voz suprema, pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, democracia participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural.

Artículo 2°. Los y las integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente Originaria serán elegidos o elegidas en los ámbitos sectoriales y territoriales, bajo la rectoría del Consejo Nacional Electoral, mediante el voto universal, directo y secreto; con el interés supremo de preservar y profundizar los valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia e inmunidad de la República y autodeterminación del pueblo. (Resaltado propio)

Esta convocatoria se realiza bajo los objetivos programáticos señalados en el Decreto Presidencial N° 2.830, sin cumplir lo dispuesto en el artículo 347 de la Carta Magna, el cual prevé:

Artículo 347. El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

La fundamentación alegada para convocar a una constituyente sin participación del pueblo en dicha convocatoria, se realiza conforme a la iniciativa prevista en el artículo 348 *eiusdem*, en el cual se expresa:

Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá hacerla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos y electoras en el registro electoral.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, oportunamente interpretó el artículo 347 de la Constitución mediante solicitud interpuesta por el abogado Leopoldo Pita Martínez en fecha 9 de mayo de 2017, dictándose una sentencia en fecha 31 de mayo 2017, en la cual se señala expresamente que no es necesaria la consulta pública o referendo consultivo al pueblo para convocar, por parte del Presidente de la República, a una Asamblea Nacional Constituyente, estableciendo como criterio interpretativo constitucional, lo siguiente:

El artículo 347, cuya interpretación se solicita, debemos necesariamente articularlo con el artículo 348, ambos del texto constitucional. En efecto, el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

De tal manera que, el artículo 347 define en quien reside el poder constituyente originario: en el pueblo como titular de la soberanía. Pero el artículo 348 precisa que la iniciativa para ejercer la convocatoria constituyente le corresponde, entre otros, al “Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros”, órgano del Poder Ejecutivo, quien actúa en ejercicio de la soberanía popular.

En los términos expuestos anteriormente, la Sala considera que no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX. Queda de esta manera resuelta la interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.” (Resaltado propio)

Consideramos que tanto la iniciativa de la convocatoria del Presidente de la República Nicolás Maduro Moros como la interpretación efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentran al margen de los principios y previsiones constitucionales, por las siguientes razones:

La exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela respecto al título IX “De la reforma constitucional”, si bien entendemos no tiene carácter normativo sino solo orientador de la intención de los constituyentistas, establece textualmente:

La Constitución ha mantenido la clasificación que distingue entre la Enmienda y la Reforma Constitucional, incorporando, a su vez, la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, para ser consecuentes con la idea de que es el pueblo el legítimo depositario del poder constituyente originario. Esto guarda concordancia con lo establecido en la misma Constitución que hace residir la soberanía en el pueblo quien puede ejercerla de manera directa o indirecta.

Se establece una serie de mecanismos a través de los cuales las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, para evitar el divorcio entre la norma fundamental del sistema jurídico y la realidad social, política, cultural y económica. La contraposición entre una Constitución formal y una Constitución real genera distorsiones que agravan considerablemente las crisis de gobernabilidad y de legitimidad del sistema político, al no existir opciones para superarlas. (...)

Finalmente, en este Título se consagra expresamente la Asamblea Nacional Constituyente, instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional. Esta posibilidad

inexistente formalmente en la Constitución del 1961 hubo de ser incorporada por vía de interpretación de la Corte Suprema de Justicia, para hacer posible la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que produjo esta Constitución. En el presente texto constitucional pasa a ser norma vigente, expresiva de la más acertada definición democrática en torno a la soberanía popular. (Resaltado propio)

Se evidencia de lo expuesto que el constituyente de 1999 incorpora en la norma constitucional el procedimiento empleado en el año 1998 para convocar a una constituyente, que si bien no estaba prevista en la Constitución de 1961 fue incorporada vía interpretación de la entonces Corte Suprema de Justicia, para precisamente consultar al pueblo si quería ir o no a un proceso constituyente y posteriormente convocar la Asamblea Nacional Constituyente.

En este marco, uno de los signos más característicos de la Constitución de 1999, es el haber establecido un régimen de democracia representativa y participativa, lo que implica el derecho del pueblo, es decir, de todos los ciudadanos, de ejercer su soberanía en forma indirecta mediante el sufragio para elegir a sus representantes; y en forma directa, participando en la toma de decisiones expresando su voluntad, a través de referendos (art. 71). De eso se trata la democracia representativa y la democracia participativa regulada en la vigente Constitución.

Por ello, el proceso constituyente pasa, conforme a nuestra norma fundamental, necesariamente por tres distintas fases, a saber:

1. La convocatoria a referendo consultivo sobre la aceptación o no por el pueblo venezolano de la iniciación de un proceso constituyente, para consultar si quieren o no modificar de forma sustancial el Estado, así como crear, a través de la instauración de un nuevo texto constitucional, un nuevo ordenamiento jurídico;
2. La convocatoria a referendo para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, de ser aprobada la iniciación del proceso constituyente; y
3. El referendo consultivo sobre la aprobación o no del Proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Constituyente.

Infringir el procedimiento establecido en la Constitución, implica violentar el principio de participación ciudadana en la modificación de la forma del Estado y en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, implicando que el proyecto de constitución que elabore una Asamblea Nacional Constituyente no gozará de las virtudes democráticas, al ser impuesta desde el ejercicio del poder y no votada libremente por los ciudadanos, convirtiéndose en una constitución otorgada y no democrática.

La convocatoria e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, al margen de los parámetros constitucionales, ha implicado la falta de legitimidad y reconocimiento por parte, no solo de los ciudadanos venezolanos, sino de rechazo absoluto de muchos países desde el punto de vista internacional.

En el Diario "El Comercio" de Perú, en fecha 9 de agosto de 2017, se reseña que los Cancilleres y Representantes de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Perú, Santa Lucía y Uruguay, reunidos en la ciudad de Lima, el día 8 de agosto de 2017 declaran, su condena a la ruptura del orden democrático en Venezuela, su decisión de no reconocer a la Asamblea Nacional Constituyente, ni los actos que emanen de ella, por su carácter ilegítimo y su pleno respaldo y solidaridad con la Asamblea Nacional, democráticamente electa.

Diario "El Tiempo" de Colombia, refiere que impone nuevas sanciones contra Venezuela ante la convocatoria por parte de la Asamblea Nacional Constituyente a elecciones presidenciales "Canadá anunció este miércoles nuevas sanciones contra aliados del presidente venezolano Nicolás Maduro, incluyendo su esposa, en respuesta a las "ilegítimas y antidemocráticas" elecciones presidenciales del pasado domingo. Los comicios, que dieron la reelección a Maduro, fueron boicoteados por la opositora Mesa de la Unidad Democrática (MUD) y desconocidos la Unión Europea, 13 países latinoamericanos y por Estados Unidos, que las denunció como una "farsa". Canadá igualmente rechazó el resultado, tachándolo de "fraudulento", y junto a sus aliados del G7 llamó a Maduro a convocar nuevas "elecciones libres y justas", liberar todos los presos políticos y restablecer la autoridad de la Asamblea Nacional, controlada por la oposición. "Estas sanciones envían un claro mensaje que la conducta antidemocrática del régimen de Maduro tiene consecuencias".. (...) Junto a Canadá, Estados Unidos y la Unión Europea han adoptado sanciones contra altos funcionarios venezolanos, y esta semana el bloque comunitario se comprometió a imponer "rápidamente" nuevas medidas restrictivas en respuesta a la elección presidencial"

IV. Reflexiones de cierre

En el análisis realizado del procedimiento para la convocatoria e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente del año 2017 en Venezuela, se observa una alteración al texto escrito de la norma contenida en el artículo 347 Constitucional, por lo que el procedimiento empleado ha sido instrumento de transfiguración de la Constitución, con la anuencia del poder ejecutivo, judicial y electoral al establecer criterios interpretativos modificatorios del texto constitucional, sin respeto a los principios fundamentales que inspiraron al constituyente originario de participación ciudadana en la modificación de la forma del Estado y en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico y sin consulta de quien detenta la soberanía para autorizar tal convocatoria originaria, como es el Pueblo.

Al infringir los poderes constituidos el procedimiento establecido en la Constitución para la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, incurren en abuso de poder, al violentar el principio de participación ciudadana, lo que acarrea como consecuencia que el proyecto de constitución que elabore la Asamblea Nacional Constituyente instalada en tal forma, se convierta en una Constitución otorgada desde el ejercicio del poder y no en una Constitución democrática, por la participación y aprobación del pueblo, es decir en una constitución que vulnera las libertades alcanzadas y reconocidas por la Constitución vigente en Venezuela a la presente fecha, con la consiguiente falta de legitimidad y reconocimiento interno y externo, como ya se evidenció en la colectividad venezolana e internacional.

Esta actuación de los poderes constituidos conlleva una marcada tendencia a aumentar el ejercicio del poder del ejecutivo en detrimento de las libertades ciudadanas o a restringir las libertades políticas reconocidas, constituyéndose tal convocatoria en el sentido como ha sido utilizada, más que en un mecanismo de otorgarse el soberano un nuevo ordenamiento jurídico, en una amenaza real al Estado de Derecho, acarreando una transfiguración o desfiguración de la Carta Magna vigente concretándose el temor advertido por Hannah Arent de una “ilegalidad totalitaria”.

Referencias bibliográfica

- Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. (s.f.). Recuperado el 6 de octubre de 2017, de Declaración de los Derechos del Buen Pueblo.: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/declaracion-de-los-derechos-del-pueblo-de-1811/html/07ae10e4-f450-41ba-a3fb-8fb7cd0e4bec_2.html
- Bobbio, N. (1996). *Liberalismo y Democracia*(Cuarta Edición ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta.
- Borja, R. (1997). *Enciclopedia de la Política*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Brewer-Carias, A. (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales* (Vols. Tomo I: El Regimen Histórico-Constitucional del Estado). Caracas/San Cristobal: Editorial Jurídica Venezolana/ Universidad Católica del Táchira.
- Casal, J. (2001). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Constant, B. (1970). *Principi Di Política*. La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Roma: Editori Riuniti.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (s.f.). Recuperado el 6 de octubre de 2017, de http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mmm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Declaración de Lima (2017): <https://www.dipublico.org/106922/texto-de-la-declaracion-de-lima-peru-sobre-venezuela-suscrita-por-12-estados-el-8-de-agosto-de-2017/>
- Diario El Comercio: (09.08.2017/01:25 am)<https://elcomercio.pe/politica/cancilleres-reunidos-lima-condenan-ruptura-orden-democratico-venezuela-noticia-448579>.
- Diario El Tiempo (30 de mayo 2018 , 03:29 p.m.): <https://www.eltiempo.com/mundo/venezuela/canada-impone-sanciones-a-venezuela-224430>.
- Diderot, D. (1773). *Libertè Civile*. (R. S. Porras, Trad.) Tecnos Madrid 1996.
- Ferrajoli, L. (2011/2013). *Principia iuris*. Teoría del Derecho y de la Democracia. Madrid: Trotta, S.A.
- Hobbes, T. (1989). *Leviathan*. Madrid: Alianza Madrid.
- Montenegro, W. ((1973)). *Introducción a las Doctrinas Político-Económicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ramos Allup, H. (2007). *Reflexiones sobre el Liberalismo*. Caracas: Ediciones Nueva Visión.
- Rousseau, J. (1762). *Du Contrat Social*. (M. Armiño, Trad.) Alianza Madrid 1980.
- Salazar, P. (2006). *La Democracia Constitucional*. Méjico: Fondo de Cultura Económica.
- Sartori, G. (2009). *La Democracia en 30 Lecciones* (Primera Edición. ed.). Bogotá, Colombia.: Editorial Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A.

Stuart Mill, J. (1859). Sobre la Libertad. AGUILAR Liberos Libros. El título original de esta obra de JOHN STUART MILL (1806-1873) es ON LIBERTY y se publicó por primera vez en 1859. Traducción del inglés por Josefa Sainz Pulido

Acerca de la autora

María Concepción Mulino de Saavedra, es Abogado, Especialista en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Administrativo mención Suma Cum Laude, Magister en Ciencias Políticas y Administración Pública mención Suma Cum Laude. Profesor Asociado de la UC y de la UJAP. Diputada de la Asamblea Nacional (2016-2021) y Directora General de la Alcaldía del Municipio San Diego.