

Ensayo

## Límites a la Asamblea Nacional Constituyente de 2017 desde la interpretación judicial en Venezuela

Pier Paolo PASCERI

Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Doctor en Gerencia Avanzada Universidad Fermín Toro (UFT), Profesor de Pre y Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y en el Decanato de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado (UCLA) en Derecho Público. Barquisimeto, Venezuela, Email: [pasceriabogados@gmail.com](mailto:pasceriabogados@gmail.com), <https://orcid.org/0000-0001-6945-1684>

### RESUMEN

El presente ensayo abordó de manera sucinta un análisis de la convocatoria constituyente realizada en mayo de 2017, estableciéndose como propósito realizar una disertación sobre los límites de ella desde la jurisprudencia de los actos constituyentes establecida en los años 1999 y 2000. Lo anterior se realizó a través de una investigación enmarcada en un enfoque cualitativo, utilizando la metodología hermenéutica. Se concluyó en la inaplicabilidad de los precedentes judiciales previamente establecidos para todos los actos llevados adelante por la actual Asamblea Constituyente de 2017.

**Palabras clave:** Asamblea constituyente, actos constituyentes, convocatoria, leyes constitucionales, precedente.

**JEL:** O310, O330

Recibido: 12/12/2019

Aprobado: 20/03/2020

**Como referenciar este artículo:** Pasceri Pier P. (2020). Límites a la Asamblea Nacional Constituyente de 2017 desde la interpretación judicial en Venezuela. Revista Gestión y Gerencia. Vol 14 (1). 24-40. <https://revistas.uclave.org/index.php/gyg>

## Limits to the 2017 National Constituent Assembly from the judicial interpretation in Venezuela

### ABSTRACT

This essay succinctly addresses an analysis of the constituent call made in May 2017, establishing as purpose to make a dissertation on its limits from the constituent acts' jurisprudence set in the years 1999 and 2000. The study was done through a qualitative approach, using an hermeneutical research methodology. The conclusion was the inapplicability of the judicial precedents previously established for all the acts carried out by the 2017 Constituent Assembly.

**Keywords:** Constituent acts, constitutional assembly, constitutional laws, convocation, precedent.

## Limites da Assembléia Nacional Constituinte 2017 da interpretação judicial na Venezuela

### RESUMO

Este ensaio abordou de forma sucinta uma análise da convocatória constituinte realizada em maio de 2017, estabelecendo a finalidade de realizar uma dissertação de mestrado sobre seus limites a partir da jurisprudência dos atos constitutivos instituídos nos anos de 1999 e 2000. O anterior foi realizado por meio de pesquisa enquadrada em abordagem qualitativa, utilizando a metodologia de pesquisa hermenêutica. Concluiu-se na inaplicabilidade da jurisprudência anteriormente estabelecida para todos os atos praticados pela atual Assembleia Constituinte de 2017.

**Palavras chave:** Assembleia constitucional, atos constitucionais, convocação, leis constitucionais, precedente.

## Introducción

Con el presente escrito se pretende mostrar en primer tiempo, una hermenéutica de la convocatoria constituyente realizada en mayo de 2017, para derivar de ella cuáles serían las consecuencias de la interpretación realizada de los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución de 1999. Partiendo de allí se disertará, en un segundo tiempo, acerca de la convocatoria realizada y los efectos de la inexistencia en esta oportunidad, de bases comiciales debidamente aprobadas con claros límites y cometidos al órgano asambleario. Habiendo realizado la revisión bibliográfica, el propósito del trabajo que se realizó y que parte de él se muestra en este ensayo, fue un estudio de la jurisprudencia de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para las actuaciones de la Asamblea Constituyente de 2017, acometiendo para ello un análisis de las implicaciones inmediatas del término acuñado por nuestro máximo tribunal respecto de los “actos constituyentes” y del establecimiento del “primero y segundo período de transitoriedad” en la gestación de la Constitución de 1999.

Bajo ese contexto resulta oportuno recordar que el Presidente de la República, en 1º de mayo de 2017, realizó una convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, abrogándose la competencia constitucional de realizar dicho llamado, asimilándose erradamente el vocablo iniciativa con el de convocatoria.

Posteriormente dictó las bases comiciales y sin ningún tipo de consulta popular previa, se llevaron a cabo unas elecciones, específicamente el 30 de julio de ese año 2017, para seleccionar a los miembros de ese cuerpo asambleario a través de un método segmentado, gregario o por cooptación, desconociéndose, entre otras cosas, una de las tres características fundamentales del voto conforme al artículo 63 Constitucional: su universalidad. La universalidad del voto implica esencialmente la participación del pueblo, de todos los electores considerados en su globalidad como soberano; en otras palabras, el voto es universal únicamente si cualquier elector puede postularse y cualquier elector puede decidir, tal y como lo preceptúan los artículos 62 y siguientes de la Constitución. En consecuencia, no puede concebirse una forma de elección distinta dentro de los límites del texto constitucional, menos aún alguna que represente una elección de segundo grado o sin participación de algún elector.

Más allá de las consideraciones acerca de la legitimidad del llamado constituyente, en los actuales momentos resulta oportuno revisar cuáles precedentes vinculantes ha emitido la Sala Constitucional en materia de control de los actos constituyentes y si éstos resultan aplicables al desarrollo normativo de la sedicente asamblea, a los fines de plantear escenarios prospectivos del futuro que le espera a Venezuela en el actual transitar constituyente. Por lo que caben las siguientes preguntas ¿Cuáles sería los límites de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, dada la inexistencia de bases comiciales aprobadas legítimamente que limiten su actuación? ¿Quién la controla?, ¿Resulta aplicable los precedentes judiciales

establecidos por la sentencia N° 4 de la Sala Constitucional de fecha 26 de enero de 2000, antecedida por la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 14 de octubre de 1999?

Bajo el anterior escenario, el único que podía controlar el referido llamado era la referida Sala, la cual como se verá más adelante interpretó las normas constitucionales y emitió su parecer vinculante entorno al asunto en cuestión. Dicha instancia judicial se ha abrogado desde sus primeros fallos la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, facultad inexistente en el texto magno y que mucho antes que la ley que organiza el Tribunal Supremo de Justicia le atribuyera esa competencia, ya la venía ejerciendo. Esto ha llevado a que en no pocos casos haya reescrito el texto constitucional.

Sobre esta facultad del Tribunal Superior de Justicia, en igual sentido crítico, encontramos a Figueruelo (2009), en el cual afirma con toda claridad que “La interpretación puede originar un cambio constitucional pero, lo que está excluido es la desviación del texto en un caso concreto (quebrantamiento constitucional) y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación”.

Ello puso en evidencia una vez más que Venezuela su sistema jurídico está transitando sin ningún tipo de control ni límites, en cuanto al sistema de fuentes se refiere, de un modelo de Estado a otro (Estado de derecho a Estado constitucional) y aparejado con ello, de un modelo de justicia constitucional, propio de la familia jurídica del sistema continental, a una recepción de instituciones propias del modelo *common law*; de allí que se haya señalado que la Sala Constitucional en su actividad interpretativa se mueve dentro de una esfera casi ilimitada, lo cual ha conllevado a un desbordamiento normativo ahora con matices constituyentistas al cambiar el sentido de lo escrito por el redactor de la Constitución de 1999. Dicha actividad omite totalmente el *self-restraint* que debe caracterizar, toda sentencia constitucional según afirma Pegoraro (2008 p. 908).

### **Hermenéutica de la convocatoria Constituyente realizada. De las consecuencias de la interpretación de los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución de 1999**

#### **De la convocatoria realizada.**

El Decreto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, y el Decreto N° 2878 que fijó unilateralmente unas “bases comiciales”, fueron sometidos a control de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y en fecha 31 de mayo de 2017, ésta dictó una primera sentencia, la N° 378 al

decidir un recurso de interpretación respecto de los artículos 347 y 348 de la Constitución, que regulan la figura de la Asamblea Nacional Constituyente como instancia constitucional con tres misiones bien delimitadas y concomitantes, a saber:

transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

La sentencia concluyó que las normas constitucionales no indican expresamente la obligatoriedad de un referendo popular para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente, obviando dicha instancia decisora el conjunto de normas que cruzan el texto magno desde inicio hasta el final, dentro de las que resaltan el de la soberanía, la cual reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por lo que los órganos del Estado están sometidos a dicha soberanía (artículo 5); el de la participación libre en los asuntos públicos (artículo 62), y dentro de éste, la iniciativa constituyente (artículo 70 en concordancia con el artículo 348 de la Constitución).

Indicó dicha Sala que el Presidente de la República sí podía convocar la Asamblea Constituyente sin consultar al pueblo dado 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**”, Afincando su decisión en el señalamiento que “...ciertamente el artículo 71 *eiusdem* contempla **la posibilidad opcional o facultativa** de convocar a referendo consultivo las “materias de especial trascendencia nacional” s/p. **(Resaltado por el autor)**.

Esta interpretación para nada pondera derechos contenidos en el propio texto constitucional, fórmula hermenéutica por excelencia según Dworkin (2002), al momento de analizar derechos constitucionales inherentes a las personas. Justamente porque en un Estado Constitucional el principio de la soberanía popular no puede avasallar al principio liberal de los derechos humanos.

Lo anterior ha llevado a señalar que algunas interpretaciones realizadas por la Sala pueden atentar contra la lógica de la norma, y coincidiendo con Escovar (2005), se debe recordar que una de las técnicas de interpretación para demostrar la validez del alcance que se le quiere dar a una norma, es el argumento apagógico o la reducción a lo absurdo *-reductio ad absurdum-* cuya técnica postula que determinadas interpretaciones de la norma no son posibles cuando llevan a consecuencias inaceptables. Esto significa que la norma debe ser interpretada excluyendo las interpretaciones que conduzca a un resultado absurdo. (pp. 176-177).

Partiendo de lo anterior, resultó absurdo que:

a) Para el caso de la derogatoria de la Constitución de 1961 se habilitará un llamado, a través de un referéndum consultivo, para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente, y ahora no fuera obligante en la convocatoria constituyente

de 2017, propugnando el texto constitucional del año 1999 más participación y protagonismo que aquel texto derogado; resulta inconcebible que no se convocara al pueblo para ver si se quería o no una nueva Asamblea Nacional Constituyente.

**b)** Se asemejasen las palabras “iniciativa” y “convocatoria” cuando tienen acepciones distintas cada una de ellas.

**c)** Se asimilasen porcentajes irreconciliables. En efecto, uno de los que ostenta la iniciativa para convocar a la constituyente, según el artículo 348 constitucional, es el 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. Es claro que ese porcentaje nunca se puede asimilar al de la mayoría del electorado o de los sufragantes que en definitiva acudan a dar su parecer respecto a la consulta que se haga respecto a si se quiere iniciar o no un proceso constituyente.

**d)** Que la Sala Constitucional considerase que no era necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX. Como se señaló, aun cuando la Sala reconoció que la convocatoria de la Constituyente le corresponde al pueblo de Venezuela, y sin más explicaciones equiparó los vocablos convocatoria e iniciativa, reconoció que eso no sería posible en el caso que la iniciativa la tuviera el 15% de los electores, pero nunca explicó las razones por las que sería un supuesto distinto, aun cuando la iniciativa que se le asigna al Presidente de la República, la Asamblea Nacional y los Concejos Municipales, se encuentran contenidos en el mismo artículo 348 constitucional.

Cuando sin motivación se exceptúa al 15% del electorado de la equiparación de iniciativa de la convocatoria de Constituyente, *-textualmente señala la Sala “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.”-*, se hace porque sería absurdo que ese 15% pudiera convocar a una Asamblea Constituyente aun cuando hipotéticamente el restante 85% no lo aprobare, en consecuencia, lo que forzosamente tiene este grupo de electores, al igual que los demás habilitados en el artículo, es la iniciativa de realizar una solicitud al Poder Electoral para la realización de una consulta en el cual todo el electorado, el 100% pueda decidir sobre el destino de tal convocatoria; se insiste que igual efecto debería ser para los demás con iniciativa constituyente, en el entendido que *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Por ello la interpretación realizada por la Sala Constitucional respecto del llamado a una constituyente sin consultarle al pueblo – *en contradicción a lo señalado por la misma Sala en sentencia N° 24 de fecha 22/1/2003-*, aun cuando vinculante no es ni lógica ni teleológica y lleva irremediablemente a un absurdo, porque desdice del sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela cual es el conjunto de las

personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.

De la desacertada interpretación que asimiló la convocatoria e iniciativa devendrán seguramente otras consecuencias aún peores, a saber: **a)** que no sería necesario consultar al pueblo respecto del eventual texto constitucional que produzca dicha asamblea –o peor aún, *tampoco preguntarle al soberano si están de acuerdo o no con los actos que actualmente dicta el cuerpo asambleario constituyente*-, lo cual ni siquiera fue exigido por el Consejo Nacional Electoral (CNE) al momento de validar las bases sino que simplemente lo hizo de manera informal, –*dado que el acto que lo prevé jamás fue publicado en Gaceta Oficial*- al sugerir o exhortar que la Constituyente lo hiciera; esto pareciera ya estar materializándose con los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente –*v.gr Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia*-. **b)** realizar una votación aprobatoria del eventual texto constitucional propuesto en los mismos términos de los realizados para la elección de los constituyentistas, es decir gregaria, fragmentada o por cooptación.

### **De las bases comiciales.**

Por otro lado, el Decreto sobre las bases constituyentes (Decreto N° 2.878) también fue demandado en nulidad por no haber sido sometido a referendo popular, y de igual manera la Sala Constitucional declaró sin lugar dicha pretensión mediante sentencia N° 455 de 12 de junio de 2017, la cual ratificó que no era necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo.

Dicho Decreto fue parcialmente modificado por iniciativa del convocante, mediante el Decreto N° 2.889 de fecha 4 de junio de 2017, publicado en Gaceta Oficial N° 41.165 de fecha 5 de junio de 2017. Asimismo, el CNE en sesión celebrada el día 7 de junio de 2017, examinó íntegramente las bases comiciales contenidas en la propuesta presentada por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y acordó reformarlas parcialmente; por lo que el CNE estableció mediante Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017, las “Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente”, y, mediante Resolución N° 170607-119 de fecha 7 de Junio de 2017, convocó la celebración del proceso comicial para la elección de los integrantes a la Asamblea Nacional Constituyente, para el día domingo 30 de julio de 2017; aprobar el Cronograma Electoral de las actividades correspondientes a la elección convocada y fijar como fecha de corte del Registro Electoral, que será utilizado en la elección de los y las integrantes a la Asamblea Nacional Constituyente, el día 30 de abril de 2017.

El haber despachado la nulidad de las bases comiciales, en lo referente a la necesaria consulta popular, señalando sin mayor motivación que “en cuanto a la falta de consulta popular de las Bases Comiciales de 2017, la Sala ratifica lo decidido en relación con el recurso de interpretación de los artículos 347 y 348

constitucionales, en su decisión 378/2017, por lo cual resulta inoficiosa pronunciarse de nuevo sobre este punto”, incidirá en el marco de acción de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, en atención a los precedentes judiciales pre y post constitucionales al texto magno de 1999, dado que todos pivotan irremediabilmente sobre la legitimidad de las mismas por haber sido objeto de una consulta popular.

### **Del precedente judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para la Asamblea Constituyente de 2017.**

El concepto del precedente vinculante ha incidido hasta lo más profundo de nuestra esencia republicana, incluso señalando y definiendo quiénes deben considerarse pueblo y qué es soberanía, para dar paso a un órgano asambleario que: remueve o destituye miembros o vacía de competencias a los Poderes Públicos, convoca elecciones, obliga juramentaciones en instancias distintas a la de la Ley, pretende modificar la organización político-territorial de Venezuela (suprimiendo la alcaldía metropolitana de Caracas y el Distrito del Alto Apure), inhabilita partidos políticos y establece medidas de cálculo para la determinación de sanciones pecuniarias (unidad tributaria sancionatoria), entre otros actos constituyentes carentes de la debida habilitación comicial y aprobación popular posterior.

El desconocimiento en la interpretación vinculante del lugar donde reside la soberanía, *-que como lo señala el artículo 5 constitucional reside intransferiblemente en el pueblo-* llevó a que se instaurara una nueva Asamblea Nacional Constituyente sin siquiera haber sido aprobada por el pueblo.

Haciendo una visión retrospectiva sobre el asunto, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en su sentencia del 19 de enero de 1999, señaló que *“lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente”*, y quien la convoca según la misma Sala en su sentencia N° 271 de fecha 18 de marzo de 1999, debe ser una expresión popular lo más diáfana posible, lo más cercana al reflejo de la voluntad de las mayorías librándose el proceso *-que por su trascendencia para la vida nacional debe gozar de la plena confianza del colectivo-* de toda sombra de dudas o falsas interpretaciones que deriven en un resultado inaceptable.

En la misma línea argumentativa se realizó la interpretación dada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N°. 2.148 de fecha 13 de noviembre de 2007 *-aproximadamente diez años antes de la interpretación reciente de la Sala Constitucional en relación a la constituyente de 2017-* donde señaló que quien convoca el Poder Constituyente originario es el pueblo de Venezuela como titular de la soberanía y su objeto principal es redactar una nueva Constitución, lo cual implica la ‘derogatoria’ del texto anterior, tal como expresamente lo establece el artículo 347 del Texto Fundamental. Textualmente señalo dicha Sala:



Por lo tanto, quien convoca el poder constituyente originario es el pueblo de Venezuela como titular de la soberanía y su objeto principal es redactar una nueva Constitución, lo cual implica la “derogatoria” del texto anterior, tal como expresamente lo establece el artículo 347 del Texto Fundamental. s/p.

De una interpretación ponderada de los derechos fundamentales incididos (participación política por una parte y seguridad personal así como el desarrollo humano en un ambiente de paz por el otro), así como desde una interpretación teológica, sistemática e histórica *-que toma en cuenta la jurisprudencia establecida por la extinta Corte Suprema de Justicia, en relación a quien es el pueblo el depositario del Poder constituyente originario, adminiculado con lo estatuido expresamente en la letra del artículo 347 constitucional-*, se debe concluir que la reciente interpretación realizada por la Sala Constitucional, fue alejada del *thelos* constitucional dado que la “convocatoria” a la Asamblea Nacional Constituyente, solo puede ser realizada por el pueblo venezolano mediante la consulta abierta a través del ejercicio libre del derecho al sufragio.

Puede observarse pues que una interpretación alejada del texto a analizar, puede generar inseguridad e incertidumbre y si éstas interpretaciones son vinculantes como lo son las de la Sala Constitucional, sin tener límites claros en una Ley de la Jurisdicción Constitucional, *-diseñada en el artículo 127 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia pero no sancionada aún-*, donde se señale técnicas y hasta dónde puede llegar esa interpretación en resguardo del Estado de Derecho, esa inseguridad e incertidumbre será total.

Duque (2005) ya había advertido en este sentido que en virtud de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia sobre actos constituyentes, Venezuela cuenta con dos órdenes constitucionales: el de la Constitución de 1999, aprobada por el pueblo, y por el otro lado el régimen transitorio dictado por la Asamblea Nacional con posterioridad a la sanción de la Constitución, sin aprobación popular, que por la singular interpretación del Tribunal Supremo de Justicia, es indefinida, puesto que dura hasta tanto se dicte toda la legislación que ha de completar la Constitución. Transitoriedad que la Sala Constitucional califica de “vigencia indeterminada”. (p.5)

En este sentido parece existir cierto símil respecto a lo acaecido durante la III República francesa, específicamente durante el año 1870 donde según relata Montagut (2015), los actos con rango constituyentes no estaban concentrados en un solo texto sino en varios; o en una época más cercana *-y guardando las distancias históricas y políticas-* con lo ocurrido con las leyes fundamentales del reino español en el gobierno de Francisco Franco, que sintetizaban los aspectos básicos del sistema político español de la época, en varios cuerpos normativos.

No se trata de leyes que la propia constitución diseña para que la amplíen o hasta la modifiquen a través de un procedimiento aligerado (V.gr la ley prevista en el art.

137 constitucional para la descentralización político territorial), de lo que se trata es de actos dictados por el propio órgano asambleario constituyente antes, o después de aprobado el nuevo texto constitucional.

### **De las implicaciones inmediatas del precedente de los “actos constituyentes” y del establecimiento del “primero y segundo período de transitoriedad” en la gestación de la Constitución de 1999.**

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 el 30/12/1999, se comenzó a establecer una peregrina doctrina judicial respecto a los “actos constituyentes”, “actos preconstitucionales”, “sistema normativo de naturaleza constituyente (indivisible)” o de “actos de rango y naturaleza constitucional y organizativa de la Asamblea Constituyente” diferentes al texto constitucional, los cuales parecieran estar fuera de todo control por parte de los tribunales nacionales, por encontrarse dentro del *inter regnum* o lo que ha sido denominado por la Sala Constitucional “primero y segundo período de transitoriedad” que engloba las indicadas actuaciones constituyentes con el mismo rango que la Constitución.

Éstos periodos se desarrollaron así: el primero, desde la instalación de la Asamblea Constituyente de 1999 hasta la promulgación de la Constitución, sin que se hayan extinguidos los efectos de los actos dictados en ese periodo en el tiempo futuro; y, el segundo el que fue desde el día siguiente a la promulgación hasta el cese de funciones de la Asamblea en cuestión, sin que tampoco se hubiesen extinguidos los efectos de los actos dictados en ese periodo, dado que decaerían una vez promulgadas las leyes diseñadas por la propia Constitución vigente. No cabe acá plantearnos la sobrevivencia de aquellos actos constituyentes de 1999 y 2000 dictados luego de la cesación de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017 dado que eso escaparía de los límites de este ensayo, pero constituiría un nuevo cuestionamiento a ser develado en el futuro.

De ser aplicable el referido criterio y haciendo un paralelo de ese precedente, actualmente el primer periodo iría desde la instalación de la Constituyente de 2017 (4/8/2017) hasta la promulgación de un nuevo e incierto texto constitucional, con el agravante para la constituyente de 2017 que ni el Decreto donde se convoca ni en las bases comiciales se establece lapso ninguno para que se de esta aprobatoria.

El segundo periodo iría desde el día siguiente a la promulgación del futuro texto constitucional *-indeterminado en el tiempo como se anotó-* hasta el cese de funciones de la Asamblea en cuestión, que también está indeterminado.

El primer antecedente judicial atinente al asunto en estudio, fue la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 14 de octubre de 1999, que declaró la improcedencia de la impugnación por razones de inconstitucionalidad de un Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente de aquel entonces, en donde se precisó lo siguiente:

Como puede apreciarse, la pregunta N° 1 del Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y **la Base Comicial Octava del mismo Referendo, consagran la supraconstitucionalidad de sus prescripciones**, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961, sino a la tradición de cultura (valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto a los compromisos asumidos)... s/p.  
**(Resaltado por el autor)**

Finalmente, el referido fallo desestimó el recurso, dictaminando que el fundamento de la impugnación del acto recurrido no puede ser contrastado por la Constitución vigente para aquel entonces, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República.

Meses después, ya instalado el Tribunal Supremo de Justicia, su Sala Constitucional, en fecha 26 de enero de 2000, su sentencia N° 4, señaló que:

...y esto porque la supremacía, por definición, excluye la posibilidad de recurrir a un órgano superior, pues en tal caso, el órgano recurrido no tendría la categoría de supremo. **La única alternativa lógica sería admitir la supremacía de la Asamblea Nacional Constituyente como poder constituyente, según lo decidió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 14-10-99, lo que convalidaría, también por definición, las decisiones impugnadas, esta es la tesis de J. Cueto Rúa, para quien el funcionario supremo, es decir, la comunidad pretensora, por no existir encima de ella alguien que pueda imponerle sanción en caso de infracción, no está jurídicamente vinculada, es decir, su deber jurídico desaparece;**.... Desde este punto de vista, la no impugnabilidad del acto del funcionario supremo es tan jurídicamente válida como la irreparabilidad de la sentencia, cuando frente a ella se han agotado los recursos procesales” s/p.  
**(Resaltado por el autor)**

De lo anterior su puede inferir que si se mantuviese dicha precedente judicial pre-Constitución de 1999, establecida en la sentencia del 14/10/1999 –*no vinculante, dado que esa figura aún no se creaba*- y la del 26 de enero de 2000 –*al parecer vinculante por la insinuación que de elle se hace en el texto del fallo*-, los actos que dicte la Asamblea Nacional Constituyente de 2017 serían inimpugnables mientras

ella ejerce el poder constituyente, dado que no solo no podrían ser contrastados con la Constitución de 1999, sino que la supremacía del órgano supondría la no revisibilidad de sus actos.

Hay que denotar que todas estas decisiones judiciales se fundamentaron en un Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referendo, que consagraron según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de entonces, la supra constitucionalidad de sus prescripciones. En el caso de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, tal y como se anotó *supra*, no solo no hubo consulta respecto de si el pueblo quería o no constituyente, sino que las bases comiciales al no haber sido votadas ni aprobadas por el pueblo deben considerarse inexistentes.

Se sostiene que es acá donde se produce un quiebre de aquel precedente judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad a la actual situación de 2017. En efecto, haciendo uso de las herramientas aportadas por el sistema anglosajón de precedentes vinculantes y su vigencia en Venezuela desde el 30/12/1999, cabe la posibilidad de utilizar la herramienta conocida como *distinguishing* que no es otra cosa sino inaplicar la regla del precedente en los asuntos futuros cuando las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato judicial distinto. Como se ve en el año 1999 se utilizó como fundamento y límites de actuación constituyente las bases comiciales y hoy día como, se reseñó, éstas al no haber sido aprobadas soberanamente, pese a tener regulaciones similares no pueden tenerse como válidas. Resulta meridianamente clara la diferencia.

En efecto, esta herramienta hermenéutica anglosajona del *distinguishing* consiste en analizar el relato fáctico de la decisión judicial anterior y determinar si verdaderamente coincide con los hechos del proceso sobre el que se debe dictar sentencia. En el caso de que el juez considere que tiene motivos para dictar una resolución distinta, deberá identificar los hechos concretos que son diferentes en el proceso actual, a pesar de las analogías que puedan existir.

### **De las decisiones dictadas en el segundo período de transitoriedad.**

La situación descrita *supra* respecto a los actos constituyentes no es muy distinta después de aprobado soberanamente el texto constitucional, dado que la Sala Constitucional del ahora del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 6 de fecha 27/1/2000 –*ratificada el 6/7/2000 en sentencia N° 668-*, controlando un Decreto sin número, emanado de aquella Asamblea Nacional Constituyente donde se establecieron los parámetros del “RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO”, señaló que:

Tal como fuera señalado en la sentencia precedentemente transcrita, **los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al**

**estricto control jurisdiccional que hace posible la existencia del Estado de Derecho**, debido a que aun cuando no están supeditados al Texto Constitucional de 1961, el pueblo soberano de Venezuela "le precisó a la Asamblea Nacional Constituyente su misión, siendo esta 'transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico', **e igualmente, le indicó límite a su actuación consagrado en la Base Comicial Octava del señalado Referéndum**"; de donde, se evidencia claramente que los actos Constituyentes **podrán ser controlados cuando violen los límites que el cuerpo electoral estableció**, s/p. (Resaltado por el autor)

Haciendo un símil con la situación actual, pese a haber sido declaradas constitucionales las bases comiciales de 2017, el cuestionamiento subsiste porque no fueron aprobadas en comicios convocados a tal efecto, a diferencia de las Bases Comiciales del año 1999, que si lo fueron. En consecuencia, si un acto constituyente distinto a la Constitución se encuentra acorde con esas bases comiciales, no podría ser "controlado", en caso contrario sí lo sería.

Pero en el mismo fallo últimamente citado, la Sala Constitucional reveló que:

"De lo anterior se colige, que los actores cuestionan el rango de las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente y, en consecuencia, la sujeción de sus actos a la nueva Constitución, **lo cual colocaría a los actos de la Asamblea dentro de los denominados por la doctrina como preconstitucionales sujetos a su derogación de forma sobrevenida.**

Tal planteamiento, exige de esta Sala un pronunciamiento acerca de si la naturaleza **supraconstitucional** de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente abarca aquellos emitidos con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1999 ... **Así, por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.**

**De todo lo anterior emerge que, el acto de la Asamblea Nacional Constituyente impugnado en esta oportunidad publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.**" s/p. (Resaltado por el autor)

Como puede inferirse del fallo transcrito ahora con fuerza vinculante, quedarían fuera de control del marco de la Constitución de 1999, los actos de la constituyente que fueron dictados antes de su entrada en vigencia.

Tal vez lo único rescatable del anterior fallo judicial es parte de su *obiter dictum* referido al principio ínsito al Estado de Derecho, cuando señaló que “*los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional*”. Como se señalara líneas atrás, los anteriores precedentes no resultarían aplicables a lo que está aconteciendo desde la convocatoria realizada en 2017, por la inexistencia de base comicial; no obstante, se sustenta que el referido principio es atinente al Estado mismo y consecuentemente debe prevalecer en todo momento.

Se sostiene por todo ello que no resulta trasladable aquella doctrina judicial de los actos constituyentes, a los acontecimientos de 2017 y así como lo que acontecerán durante la vigencia de la Asamblea Nacional Constituyente respecto de los actos que ella dicte, distinto a su cometido principal que sería un texto constitucional. De allí que a diferencia de lo acontecido en los años 1999 y 2000 donde los actos constituyentes –*según la citada doctrina judicial*– no estaban sometidos a la Constitución de 1961 por ser previos a la nueva Constitución, pero circunscritos a la habilitación comicial limitada, los que dicte la constituyente de 2017, por ausencia de las bases comiciales, estarían sometidos al texto constitucional vigente de 1999 hasta que éste sea derogado.

Se coincide completamente entonces con lo señalado por La Roche (1999) en el voto salvado de la sentencia de la Sala Plena de Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de octubre 1999, cuando señaló:

No está presente en el fallo la premisa esencial del proceso constituyente en curso, que es la de la reelaboración de una nueva Constitución dentro de un régimen de *iure*. Es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra sometida a las reglas del Derecho existentes, fundamentalmente, a la Constitución y a las leyes de la República; pero asimismo, a toda la normativa vigente (bloque de legalidad), a la cual no puede modificar en forma alguna, sin que ello implique un desbordamiento de sus funciones, y algo aún más grave, la usurpación de autoridad. ... En el caso planteado, al estar sometida la Asamblea Nacional Constituyente al Estado de Derecho, tiene que obedecer a las reglas que el mismo le impone, hasta tanto surja un nuevo orden jurídico. s/p.

En este sentido Duque Corredor (2017) ha señalado que, en la ciencia constitucional moderna, la tesis de los poderes absolutos de la constituyente convocada por poderes constituidos no es aceptada.

La Constitución Venezolana de 1999 establece en su artículo 350, límites para la constituyente en el sentido que no puede desconocer ni ir contra la primacía de los derechos humanos, los valores republicanos *-entre otros el estado federal descentralizado-* ni tampoco contra los valores relativos a la democracia. En este sentido señala el referido catedrático, apoyándose en fallo N° 24 de la Sala Constitucional de fecha 22 de enero de 2003, que una Asamblea Nacional Constituyente elegida y convocada por el Poder constituido no podría sustituir Poderes Públicos existentes porque atentaría contra un principio republicano y democrático que es el de la separación de poderes, límite éste que tendría la actual constituyente por no haber sido convocado por un Poder originario sino por el Presidente como Poder constituido. Es sentido similar se pronuncia Pegoraro (2008), quien señala que puede haber límites expresos, implícitos y lógicos (pp.911-912).

En definitiva, se trata de lo que Vega (2006) señalase, al citar al André Hauriou, como expresiones de “super legalidad constitucional” para designar aquellos preceptos de los textos constitucionales en los que se condensaban los principios y valores legitimadores de toda la legalidad constitucional, y que lógicamente no podían ser objeto de reforma o modificación constitucional (p.21).

Por último la misma Sala, en sentencia *-al parecer vinculante-* N° 180 del 28/03/2000, con antecedente de sentencia de la misma fecha pero con el N° 179, (Caso Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada) analizando otro acto dictado por la Asamblea Constituyente de 1999 *-el “Estatuto Electoral del Poder Público” de fecha 30 de enero de 2000, así como del Decreto dictado por dicha Asamblea en fecha 30 de enero de 2000, en el cual se fija para el día 28 de mayo de 2000, la realización de las elecciones nacionales, estatales y municipales, y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano, ambos publicados en la Gaceta Oficial N° 36884 del 3 de febrero de 2000-*, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, señalo que:

Así, las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron un fundamento supraconstitucional con respecto a la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y conforman un sistema de rango equivalente a la Constitución, pero de vigencia determinada, con respecto a la Constitución que elaboraba. Tal sistema, nacido de un poder constituyente e indivisible, situado por encima de las ramas del Poder Público, está destinado a regir toda la transitoriedad, hasta el momento en que los Poderes Públicos sean electos e inicien el ejercicio de sus competencias...

Entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 30 de diciembre de 1999, ... nace un segundo régimen transitorio, el cual se rige por las normas sancionadas a ese fin por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio de

su competencia constituyente, y que responde a las Bases Primera y Octava para lo que se convocó el referéndum del 25 de abril de 1999, las cuales se proyectan paralelamente a la Constitución vigente, tal como lo estableció el Régimen de Transición del Poder Público, que obran –por disposición del artículo 2 de dicha normativa- como Disposiciones Transitorias de la Constitución vigente. Esta normativa de rango análogo a la Constitución,

Ante tal situación, **adquiere rango especial la normativa que el constituyente como representante del pueblo soberano, crea para que el sistema pueda funcionar. Se trata de normas complementarias de la Constitución de igual rango que ella,** las cuales, de existir, permiten minimizar los vacíos y lagunas de que adolezca el texto constitucional.” s/p. **(Resaltado por el autor)**

Se pudiera pensar en los actuales tiempos que los actos que pueda dictar el Constituyente del 2017 *ex-post* al texto constitucional, serían normas complementarias de la Constitución de igual rango que ella, en consecuencia, no sometidas al control por parte del Poder constituido. Pero esa apresurada conclusión inicial sería errada dada la inaplicabilidad de los precedentes judiciales previos a los actuales acontecimientos durante la existencia de la sedicente Asamblea Nacional Constituyente, por las razones comentadas *supra*.

## Conclusiones

Dejando de un lado las consideraciones acerca de la legitimidad del llamado constituyente, y frente a los precedentes vinculantes emitidos por la Sala Constitucional, se puede señalar que:

Venezuela y su sistema jurídico está transitando sin ningún tipo de control, cánones ni límites de un modelo de Estado derecho a Estado constitucional y con ello, de un sistema de derecho escrito a uno mixturado con el de precedentes vinculantes.

Las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional respecto a la convocatoria constituyente no ponderaron los derechos de participación política prevista en el texto constitucional con el de la seguridad personal y el desarrollo humano en un ambiente de paz. Las referidas interpretaciones no son ni lógicas ni teleológicas y llevan irremediablemente a sostener un absurdo.

La doctrina judicial (representada por la sentencia N° 4 de la Sala Constitucional de fecha 26 de enero de 2000, antecedida por la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 14 de octubre de 1999) no resulta aplicable dado que no parte de los mismos supuestos facticos sobre los cuales se dictaron las decisiones, entre ellas la principal, la inexistencia de base comicial producto de elecciones que estableciera límites de actuación al cuerpo asambleario



constitucional actual, todo ello por la aplicación de la herramienta hermenéutica jurídica anglosajona del *distinguishing*.

Los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional, esto por ser principio inherente al Estado de Derecho.

Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, se encuentran en el propio texto constitucional siendo el fundamento para tal aseveración el artículo 350 constitucional y la sentencia N° 24 de fecha 22/1/2003.

## Referencias

Alexy, Robert. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Brewer, Allan. (2007) El Recurso Abstracto de Interpretación Constitucional en Venezuela” en sus Estudios sobre el Estado Constitucional, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, pp. 699- 706.

De Vega, Pedro. (2006). La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia. II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución. Fundación Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo y Centro Asociado de la UNED de Barbastro, Huesca, España.

De Vega, Pedro (1983). Constitución y Democracia, en La Constitución de la Monarquía parlamentaria, A. López Pina (editor), México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1983.

Duque, Román. (2005). La manipulación del estado de derecho como instrumento de consolidación de un proyecto político de concentración del poder en Venezuela. <http://arenaspace.blogspot.com/2005/10/la-manipulacin-del-estado-de-derecho.html>. [Consultado, noviembre 2017]

Duque, Román. (2017). Entrevista en televisión que se puede recuperar en el siguiente enlace: <http://www.noticierovenevision.net/noticias/politica/duque-poder-absoluto-para-la-anc-es-un-mito> [Consultado, noviembre 2017]

Dworkin, Ronald (2002). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.

Escovar, Ramón. (2005). El Precedente y la Interpretación Constitucional. Editorial Sherwood, Caracas.

Figueruelo, Ángela (2009) Consideraciones en torno al Recurso de Interpretación Constitucional” en sus Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 109-191

Montagut, Eduardo. (2015). Las Leyes Constitucionales de la III República francesa. Fuente: <http://www.ecorepublicano.es/2015/01/las-leyes-constitucionales-de-la-iii.html> [Consultado, noviembre 2017]

Núñez, Michael. (2006). Nuevas tendencias en el Derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado en Torres Estrada, Pedro (comp.): Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, Limusa.

Pegoraro, Lucio (2008). Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado. Boletín mexicano de derecho comparado, número conmemorativo, sexagésimo aniversario.

República Bolivariana de Venezuela. Corte Suprema de Justicia (Sala Político Administrativa). Sentencia del 19 de enero de 1999.

República Bolivariana de Venezuela. Corte Suprema de Justicia (Sala Político Administrativa). Sentencia N° 271 del 18 de marzo de 1999.

República Bolivariana de Venezuela. Corte Suprema de Justicia (Sala Plena). Sentencia del 14 de octubre de 1999.

República Bolivariana de Venezuela. Consejo Nacional Electoral. Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017 contentiva de las “Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente”. [http://200.109.120.13/web/normativa\\_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-118.PDF](http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-118.PDF). [Consultado, julio 2017]

República Bolivariana de Venezuela. Consejo Nacional Electoral. Resolución N° 170607-119 de fecha 7 de Junio de 2017 contentiva de la convocatoria para la celebración del proceso comicial para la elección de los integrantes a la Asamblea Nacional Constituyente. [http://200.109.120.13/web/normativa\\_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-119.PDF](http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-119.PDF). [Consultado, julio 2017]

República Bolivariana de Venezuela. Presidencia de la República. Decreto N° 2.889 de fecha 4 de junio de 2017, publicado en Gaceta Oficial N° 41.165 de fecha 5 de junio de 2017.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm.4 del 26 de enero de 2000.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 6 del 27 de enero 2000.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 179 del 28 de marzo de 2000.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 180 del 28 de marzo de 2000.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 668 del 6 de julio 2000.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 24 del 22 de enero 2003.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 2.148 del 13 de noviembre 2007.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 378 del 31 de mayo 2017.

República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Sentencia núm. 455 del 12 de junio 2017.

Ruipérez, Javier. (2000). La Constitución Europea y la Teoría del Poder Constituyente, Madrid, Biblioteca Nueva.