



Investigación

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN LA CONVOCATORIA CONSTITUCIONAL DE 2017 Y LOS LÍMITES DE ESTA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Pier Paolo Pasceri S.

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6945-1684>

Abogado, egresado de la universidad Católica Andrés Bello (UCAB).
Profesor de Pre y Post Grado de la UCAB y de la Universidad
Centroccidental Lisandro Alvarado (UCLA) en las materias de
Derecho Público.

Especialización en: Derecho Laboral de la UCLA-UCAB; en Derecho
Administrativo de la UCAB.

Curso de Postgrado Tributario Universidad de Salamanca, España
Doctor en Gerencia Avanzada (UFT).

Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado.
Venezuela

Email: pasceriabogados@gmail.com

RESUMEN

Con el presente trabajo se pretende realizar en primer tiempo, una *hermeneusis* de la convocatoria constituyente realizada en mayo de 2017, para derivar de ella cuales serían las consecuencias de la interpretación realizada de los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución de 1.999. De allí que se realice una disertación 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. En un segundo momento se persigue realizar un estudio de la doctrina judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para la Asamblea Constituyente de 2017, acometiendo para ello un análisis de las implicaciones inmediatas de la doctrina de los "actos constituyentes" y del establecimiento del "primero y segundo período de transitoriedad" en la gestación de la Constitución de 1999; de igual manera se adminicularan las decisiones dictadas en el segundo período de transitoriedad y su imposible proyección en los actuales momentos, terminando con una aproximación conclusiva.

Palabras clave: *asamblea constitucional, convocatoria, actos constituyentes, leyes constitucionales, precedente.*

Recibido: 12-04-2020

Aceptado: 02-05-2020

**THE JUDICIAL INTERPRETATION IN THE
2017 CONSTITUTIONAL CALL
AND THE LIMITS OF THIS CONSTITUENT
ASSEMBLY.**

Pier Paolo Pasceri S.

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6945-1684>

Lawyer, graduated from the Andrés Bello Catholic University (UCAB). Professor of Pre and Post Graduate Studies at UCAB and Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA) in Public Law subjects.

Specialization in: UCLA-UCAB Labor Law; in Administrative Law from UCAB.

Tax Graduate Course University of Salamanca, Spain
Doctor in Advanced Management (UFT).

Lisandro Alvarado Central Western University.
Venezuela

Email: pasceriabogados@gmail.com

ABSTRACT

With the present work is intended to make a hermeneusis of the constituent convocation held in May 2017, to derive from it what would be the consequences of the interpretation made of articles 347, 348 and 349 of the Constitution of 1999. For this purpose, will be performed a dissertation about the call made and the effects of the absence on this occasion of electoral bases duly approved with clear limits and committed to the assembly organ. In a second moment, It is intended to conduct a study of the judicial doctrine of the constituent acts and its inapplicability for the 2017 Constituent Assembly, by undertaking an analysis of the immediate implications of the doctrine of the "constituent acts" and the establishment of the "first and second period of transience" in the gestation of the 1999 Constitution; in the same way, the decisions dictated in the second period of transitoriness and its impossible projection in the current moments will be administered, ending with a conclusive approximation.

Keywords: constitutional assembly, convocation, constituent acts, constitutional laws, precedent.

INTRODUCCION

El Presidente de la República, el pasado 1º de mayo de 2017, realizó una convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, abrogándose la competencia constitucional de realizar dicho llamado.

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, para seleccionar a los miembros de dicho 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 cualquier 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 a la situación actual, 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 que limiten su actuación? ¿Quién la controla?, ¿Resulta aplicable la doctrina judicial establecida 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 en torno 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 ésta 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 (2006) quien señala 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” pp. 109.

Ello puso en evidencia una vez más que Venezuela y 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 (2007).

I. HERMENÉUSIS DE LA CONVOCATORIA CONSTITUYENTE REALIZADA. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 347, 348 Y 349 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999

1.1) De la convocatoria realizada.

El Decreto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, y el Decreto N° 2878 que fijó unas “bases comiciales”, fueron sometidos a control de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y en fecha 31 de mayo de 2017, ésta dictó la sentencia 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 atraviesan el texto magno 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).

La interpretación judicial en la convocatoria constitucional de 2017 y los límites de esta Asamblea Constituyente

Indicó además 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" (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 siguiendo a 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).

En razón de lo anterior resultó absurdo que:

- Para el caso de la derogatoria de la Constitución de 1961 se habilitara 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 Asamblea Nacional Constituyente.
- Se asemejasen las palabras "iniciativa" y "convocatoria" cuando tienen acepciones distintas cada una de ellas.
- Se asimilen porcentajes irreconciliables. En efecto, uno de los habilitados a tener la iniciativa de convocar a la constituyente, según el artículo 348 constitucional, es la del 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral y por tanto no es lógico que ese porcentaje de los electores pudieran convocar a una Asamblea Constitucional, sin ser ese

porcentaje igual a la mayoría del electorado o de los sufragantes, esto es más del 50%.

- Que la Sala Constitucional considerase que no era 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. 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, se hace porque sería absurdo que ese 15% pudiera convocar a una Asamblea Constituyente aun cuando hipotéticamente el restante 85% no lo aprobase, en consecuencia, lo que forzosamente tiene este grupo de electores, al igual de 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 (100%) decida sobre el destino de tal convocatoria; 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 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 que abordó el sentido que debe asignarse al señalar que "pueblo de Venezuela 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", aun cuando vinculante no es ni lógica ni teleológica y lleva irremediamente a un absurdo.

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 nuevo texto constitucional –o peor aún de 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 tendentes o no a regir conductas –v.gr Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia o el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario -. b) realizar una votación aprobatoria del texto constitucional propuesto en los mismos términos de los realizados para la elección de los constituyentistas, es decir gregaria, fragmentada o por cooptación.

1.2) De las bases comiciales.

Por otro lado, el Decreto sobre las bases constituyentes 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.

En efecto el Decreto N° 2.878 impugnado, 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:

- a) Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017, las “Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente” y, mediante
- b) Resolución N° 170607-119 de fecha 7 de Junio de 2017, decidió: convocar la celebración del proceso comicial para la elección de los y las 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 en el Resuelve anterior, cuyo texto íntegro formó parte de esa Resolución; 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.

La Sala Constitucional al 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 decido 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.

II. De la doctrina 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 (esto por las intenciones reflejadas en los medios de comunicación de suprimir el Área Metropolitana de Caracas como unidad político-territorial -alcaldía metropolitana- y 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 Nro. 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 Nro. 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. Señaló el referido fallo textualmente que: “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”

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 interpretación realizada por la Sala Constitucional, fue alejada del theos 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) advirtió 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 1.999, 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- 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 (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.

2.1 De las implicaciones inmediatas de la doctrina de los “actos constituyentes” y del establecimiento del “primero y segundo período de transitoriedad” en la gestión 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; periodos éstos que 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.

De ser aplicable la anterior decisión 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 texto constitucional, con el agravante en el 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 tema en estudio, fue la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 14 de octubre de 1999, que se declaró la improcedencia de la impugnación de un Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente de aquel entonces, por razones de inconstitucionalidad, en donde se precisó lo siguiente:

Como puede apreciarse, la pregunta Nº 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)... (Resaltado por el autor)

Finalmente el referido fallo desestima 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, en su sentencia nº 4, señaló que sentencia, 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; ...omissis.... Desde este punto de vista, la no impugnabilidad del acto del funcionario supremo es tan jurídicamente válida como la irreparrabilidad de la sentencia, cuando frente a ella se han agotado los recursos procesales (Resaltado por el autor)

De lo anterior su puede inferir que si se mantuviese dicha doctrina judicial pre-Constitución de 1999, establecida el 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 ella 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 toda esta doctrina judicial se fundamentó 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, la supraconstitucionalidad 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 no fueron votadas ni aprobadas por el pueblo, por lo que se deben considerar inexistentes.

Se sostiene que es acá donde se produce un quiebre de aquella doctrina 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 30/1/21999, cabe la posibilidad de utilizar la herramienta conocida como distinguishing que no es otra cosa sino no aplicar la regla del precedente en los asuntos futuros cuando las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato judicial distinto, lo cual se realiza al 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.

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 no establecen nada al respecto; resulta meridianamente clara la diferencia.

2.2 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 el texto constitucional, dado que la Sala Constitucional del ahora del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia nº 6 de fecha 27/1/2000 –ratificada el 6/7/2000 en sentencia nº 668-, señaló sin hacer referencia a su carácter vinculante, 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 aún 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," (Resaltado por el autor)

La interpretación judicial en la convocatoria constitucional de 2017 y los límites de esta Asamblea Constituyente

Haciendo un símil con la situación actual, pese a haber sido declaradas constitucionales las bases comiciales de 2017, el cuestionamiento subsiste no solo porque no fueron aprobadas en comicios convocados a tal efecto, sino porque además dichas bases solo hacen referencia como objetivo –y supuesto límite- de actuación constituyente la “preservación de la paz del país” dado que el resto de su contenido solamente se refiere a los métodos de escogencia de los candidatos, a diferencia de las Bases Comiciales del año 1999, la cual en su punto décimo (que luego de la revisión ordenada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa devendría en la octavo) refería a los límites de actuación entre ellos “los valores y principios de nuestra historia republicana, el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente adquiridos, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respecto de los compromisos asumidos”.

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 se insiste que en virtud de la inexistencia de bases comiciales válidamente votadas que establezcan los cometidos del órgano asambleario, el contraste de la actuación con las bases será imposible.

Pero en el mismo fallo últimamente citado, la Sala Constitucional revela 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 abarcan 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.” (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 del factor determinante referido a las limitaciones contenidas en las bases comiciales; no obstante se sustenta que el referido principio es atinente al Estado mismo y consecuentemente debe prevalecer en todo momento.

Por todo ello se sostiene que no resulta trasladable aquella doctrina judicial de los actos constituyentes, a los acontecimientos de 2017 y que seguramente acontecerán en el 2018 respecto de los actos que dicte la reciente Asamblea Nacional Constituyente, 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 Constitución pero circunscritos a la habilitación comicial limitada, los que dicte la constituyente de 2017, por silencio en las bases comiciales, estarían sometidos al texto constitucional vigente de 1999 hasta que éste sea derogado.

Es oportuno recordar que las actuales bases comiciales están redactadas con tal amplitud –en lo que se refiere a la paz- que sería muy difícil contradecirlas inclusive porque constituye un fin del Estado en sí mismas, de allí que se insista que el límite de actuación vendría dado por el propio texto constitucional vigente. 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.

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- y también 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 constituidos porque atentaría contra un principio republicano y democrático que es el de la separación de poderes, límite éste que tendría la actual constituyente por haber sido convocado por un poder constituido y no por un poder originario. Es sentido similar se pronuncia Pegoraro (2007), quien señala que pueden haber límites expresos, implícitos y lógicos (pp.16-19).

De lo descrito resulta útil realizar un cuadro comparativo (Cuadro 1) para extraer entonces los límites expresos del actual cuerpo asambleario constituyente:

Cuadro 1: Cuadro comparativo de las limitaciones a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999

Base comicial octava dentro del proceso constituyente de 1999	Art. 350 de la Constitución de 1999, con vigencia a partir del 30/12/1999	Sentencia de la Sala Constitucional n° 24 de fecha 22/1/2003	Listado abierto de límites de la Asamblea Nacional constituyente extraídos de la CRBV:
<p>OCTAVA: “Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los 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 de los compromisos asumidos”.</p>	<p>Art. 350 Constitucional: El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.</p>	<p>Extractos de la sentencia n° 24 del 22/1/2003 ...El desconocimiento al cual alude el artículo 350, implica la no aceptación de cualquier régimen, legislación o autoridad que se derive del ejercicio del poder constituyente originario cuando el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. ...En efecto, esta norma –aludiendo al art. 350 constitucional– está contenida en el Capítulo III (De la Asamblea Nacional Constituyente) del Título IX (De la Reforma Constitucional), como un límite al Poder Constituyente. Cuando se anunció la decisión de convocar una Asamblea Constituyente bajo la vigencia de la Carta Magna de 1961, se planteó la duda acerca de si ese poder originario era o no ilimitado. ... en principio, el poder constituyente originario es incondicionado e ilimitado, en relación a la organización de los poderes del Estado. Sin embargo, en doctrina se han establecido límites generales a dicho poder, como el respeto de los derechos fundamentales del hombre (Sieyés); al principio de la división de los poderes; a la idea de la democracia (Torres del Moral); a las condiciones existenciales del Estado, entre otros. Algunos de estos límites fueron incorporados dentro de las bases comiciales para el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, concretamente la Base Octava, que a la letra señala... (agregado y resaltado del autor) ...</p>	<ul style="list-style-type: none"> *Modelo republicano y el de separación de poderes; *Organización democrática de los poderes públicos; *Independencia y no subordinación a potencia extranjera; *Preservación de la paz; *Libertad del ser humano en su más amplia expresión; *Respeto a todas las garantías democráticas, dentro de las que se encuentran el de la elección secreta directa y universal como garantía democrática fundamental, el del respeto proporcional de las minorías; participación y protagonismo *Respeto y progresividad de los derechos humanos y con ellos el respeto de los tratados internacionales válidamente suscritos. (Entre otros derecho a la vida, libertad, derecho a la defensa y debido proceso, seguridad jurídica, por nombrar algunos)

La interpretación judicial en la convocatoria constitucional de 2017 y los límites de esta Asamblea Constituyente

Base comicial octava dentro del proceso constituyente de 1999	Art. 350 de la Constitución de 1999, con vigencia a partir del 30/12/1999	Sentencia de la Sala Constitucional n° 24 de fecha 22/1/2003	Listado abierto de límites de la Asamblea Nacional constituyente extraídos de la CRBV:
		<p>Pues bien, al incorporar el Constituyente esta modalidad de revisión constitucional en la Constitución de 1999 estableció, en el artículo 350, último del Capítulo III, los límites a este Poder, que sigue en lo fundamental lo contenido en la Base Octava ya aludida. El régimen constitucional resultante, así como la normativa legal o las autoridades públicas que se funden o deriven de dicho régimen, deben respetar la tradición republicana, la independencia, la paz, la libertad, la democracia y los derechos humanos.</p> <p>...</p> <p>c) En lo que concierne a los términos “tradición republicana”, “independencia”, “paz” y “libertad”; éstos no requieren aclaración alguna, pues su sentido es inequívoco en la lengua castellana, además de que el propio Constituyente lo ha plasmado tanto en el Preámbulo como en el Título I (Principios Fundamentales) de la Carta de 1999, que consagra la libertad e independencia del país (artículo 1); la opción por la paz internacional “en la Doctrina de Simón Bolívar, el Libertador” (artículo 1); la libertad de la Nación (artículo 1) (y como valor intrínseco del ser humano –artículo 44-); y el modelo republicano de gobierno, consagrado expresamente en la parte orgánica de la Constitución.</p> <p>d) Tampoco tiene consistencia el planteamiento acerca de la presunta ambigüedad de términos como “valores, principios y garantías democráticas”, pues el carácter “genérico” que aluden los recurrentes sólo puede entenderse si se hace abstracción del resto del texto fundamental y se pretende una interpretación aislada del artículo 350.</p> <p>En efecto, estos valores y principios, al igual que los derechos humanos, son precisamente el objeto de la regulación constitucional en éste y en cualquier país; tanto en lo que concierne a la organización democrática de los poderes públicos como en lo relativo a la parte dogmática (libertades fundamentales y garantías).</p>	

Fuente: elaboración propia (2018)

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- nº 180 del 20/03/2000, ratificada el 28 de marzo de 2000, (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 Nº 36884 del 3 de febrero de 2000-, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, señalo que:

“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.” (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 la doctrina judicial previa a los actuales acontecimientos, por las razones comentadas supra.

Aproximación conclusiva

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:

a) 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.

b) Las recientes 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.

c) Las referidas interpretaciones no son ni lógicas ni teleológicas y llevan irremediamente a sostener un absurdo.

d) La doctrina judicial (representada por la sentencia nº 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.

e) 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.

f) 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 nº 24 de fecha 22/1/2003.

Referencias bibliográficas.

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

Brewer-Carías, A. (2007). *El Recurso Abstracto de Interpretación Constitucional en Venezuela, en sus Estudios sobre el Estado Constitucional*, Caracas 2007, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira.

De Vega, P. (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 Autonomico y Centro Asociado de la UNED de Barbastro, Huesca, España.

Duque, R. (2005). *La manipulación del estado de derecho como instrumento de consolidación de un proyecto político de concentración del poder en Venezuela*. Fuente: <http://arenaspace.blogspot.com/2005/10/la-manipulacin-del-estado-de-derecho.html>

Duque, R. (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>*

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

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

Figueruelo, Á. (2006) *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,

Montagut, E. (2015). *Las Leyes Constitucionales de la III República francesa*. Fuente: <http://www.ecorepublicano.es/2015/01/las-leyes-constitucionales-de-la-iii.html>

Núñez, M. (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, L (2007). *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.

Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017. Consultada en: http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-118.PDF), las "Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente" y, mediante

Resolución N° 170607-119 de fecha 7 de Junio de 2017. Consultada en: http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-119.PDF)