

EL *DISTINGUISHING* COMO TÉCNICA PARA LA INAPLICABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE A LAS ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2017

Pier Paolo Pasceri S.¹

Resumen: El presente ensayo tiene la intención de efectuar una hermeneusis de la sedicente convocatoria constituyente, realizada en el país en mayo de 2017, para desde allí realizar una disertación acerca de las consecuencias de la inexistencia de bases comiciales debidamente aprobadas que establecieran claros límites y cometidos al órgano asambleario. Luego se realizará una aproximación al 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.

Summary: This essay intends to make a hermeneusis of the self-styled constituent convocation, held in the country in May 2017, from there to make a dissertation about the consequences of the absence of duly approved electoral bases with clear limits and

1 Abogado, egresado de la universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor de Pre y Post Grado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA), en materias de Derecho Público. Especialización en: en Derecho Administrativo de la UCAB. Derecho Laboral de la UCLA-UCAB. Curso de Postgrado Tributario Universidad de Salamanca, España. Doctorando en Gerencia

tasks to the assembly organ. Then there will be an approach to the study of the judicial doctrine of the constituent acts and its inapplicability for the Constituent Assembly of 2017, undertaking an analysis of the immediate implications of the doctrine of "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 transience and its impossible projection in the current moments will be studied, ending with a conclusive approximation.

Key words: *Constitutional assembly. Convocation. Constituent acts. Constitutional laws. Precedent.*

Recibido: 12 de junio de 2018 Aceptado: 29 de agosto de 2018

Avanzada de la Universidad Fermín Toro. Ex-Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex-magistrado Principal de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. Ex-Jefe de División de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Centroccidental del Seniat. Asesor en Derecho Público de varias entidades públicas y empresas privadas.

SUMARIO

Introducción

- I. Brevísima referencia respecto del transitar interpretativo de la Sala Constitucional al momento de la convocatoria constituyente
- II. Doctrina judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para las actuaciones de la Asamblea Constituyente de 2017

Aproximación conclusiva

INTRODUCCIÓN

El 1º de mayo de 2017 el Presidente de la República, realizó una convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, abrogándose la competencia constitucional de realizar dicho llamado. Posteriormente y sin ningún tipo de consulta popular previa, dictó las bases comiciales para llevarse posteriormente a cabo unas elecciones, específicamente el 30 de julio de 2017, para seleccionar a los miembros de dicho cuerpo asambleario a través de un método por cooptación, que desconoció entre otras cosas, una de las tres características fundamentales del voto conforme al artículo 63 Constitucional: su universalidad.

Más allá de las consideraciones acerca de la legitimidad del llamado constituyente *-las cuales no forman parte de este trabajo-*, 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 las manifestaciones que emita la Asamblea constituyente de 2017, revisión ésta que se realiza con la única finalidad de plantear escenarios en el actual transitar constituyente.

Frente a esta realidad se pueden plantear la siguiente interrogante ¿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?

Las actuaciones desplegadas por el Presidente de República fueron objeto de control por la Sala Constitucional, la cual como se analizará más adelante interpretó las normas constitucionales y emitió su parecer vinculante entorno al asunto en cuestión. Resulta oportuno resaltar que dicha instancia judicial desde su creación se ha abrogado la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, facultad ésta que mucho antes que la ley que organiza el Tribunal Supremo de Justicia se la atribuyera, ya la venía ejerciendo sin ningún tipo de basamento constitucional. Esto ha llevado a que en no pocos casos haya reescrito el texto constitucional². Dicha actividad omite totalmente el *self-restraint* que debe caracterizar, toda sentencia constitucional según afirma Pegoraro (2007).

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*, en la que necesariamente deben aplicarse técnicas de interpretación y herramientas propias del sistema sajón como el *distinguishing* sobre el cual volveremos más adelante; de allí que se haya señalado que la Sala Constitucional en su actividad interpretativa se mueve dentro de una esfera casi ilimitada, lo

2 Sobre esta facultad del Tribunal Superior de Justicia, en igual sentido crítico, encontramos a Ángela Figueruelo, *Consideraciones en torno al Recurso de Interpretación Constitucional en sus Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades*. Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México, pp. 109-191, 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".

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.

I. BREVÍSIMA REFERENCIA RESPECTO DEL TRANSITAR INTERPRETATIVO DE LA SALA CONSTITUCIONAL AL MOMENTO DE LA CONVOCATORIA CONSTITUYENTE

Toda Interpretación que se realice del texto constitucional debe ponderar derechos contenidos en el propio texto constitucional; fórmula hermenéutica por excelencia según Dworkin (2002), que debe tenerse presente al momento de analizar derechos constitucionales inherentes a las personas y esto obligatoriamente es así porque en un Estado constitucional, el principio de la soberanía popular no puede avasallar al principio liberal de los derechos humanos³.

Algunas interpretaciones realizadas por la Sala han atentado contra la lógica de la norma⁴, 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

3 En torno a esta tensión entre principio democrático y principio de defensa de los derechos humanos y división de poderes, y por supuesto, la supremacía constitucional, véase Pedro De Vega. *Constitución y Democracia en La Constitución de la Monarquía parlamentaria*. A. López Pina (editor), México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1983. En el mismo sentido, Javier Ruipérez. *La Constitución Europea y la Teoría del Poder Constituyente*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2000. También Michael Núñez Torres. "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, 2006, pp. 135-169.

4 Sentencia que revisó la Convocatoria a la Constituyente del 31 de mayo de 2017, ésta dictó la sentencia N° 378 y sentencia N° 455 de 12 de junio de 2017 que revisó las bases comiciales decretadas por el Presidente de la República.

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 y solo por citar algunos ejemplos, resultó absurdo que al momento de efectuarse el control constitucional respecto de la sedicente convocatoria constitucional se igualasen las palabras “iniciativa” y “convocatoria” cuando tienen acepciones distintas, concluyéndose entonces que lo que tendría el Presidente serían ambas. A ello se une que judicialmente se asimilaron 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. Hipotéticamente el restante 85% de ese electorado bien podría haber desconocido esa eventual convocatoria; en consecuencia, lo que forzosamente tendría el primer grupo de electores, al igual de los demás habilitados en el artículo 348 constitucional, dentro los que se ubica al presidente de la República, 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; si la anterior consecuencia jurídica resulta válida debería ser la misma para los demás sujetos 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 22/1/2003⁵–, no resultó ser ni lógica ni teleológica y lleva irremediablemente a un absurdo.

5 “...el sentido que debe asignarse al 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...”.

De la desacertada interpretación que asimiló la convocatoria e iniciativa devendrán seguramente otras consecuencias aún peores, a saber: que no sería necesario consultar al pueblo respecto del nuevo texto constitucional *–ni de los actos que ha venido dictando el cuerpo asambleario constituyente desde su instalación–*; o en defecto de lo anterior, la realización de una votación aprobatoria del texto constitucional propuesto, debería ser en los mismos términos de los realizados para la elección de los constituyentistas, es decir gregaria o fragmentada.

Por otro lado, el Decreto sobre las bases constituyentes⁶ 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 para ello.

El haber despachado expeditamente la nulidad de las bases comiciales, en lo referente a la necesaria consulta popu-

6 Decreto N° 2.878 impugnado, fue parcialmente modificado por iniciativa del convocante, mediante el Decreto N° 2.889 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 **convocó** mediante Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017 publicada solamente 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. (http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-119.PDF) 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; aprobación del Cronograma Electoral de las actividades correspondientes a la elección convocada y el establecimiento 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.

lar, 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 de forma determinante 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 y por tanto a la inaplicabilidad de ellos al contexto que hoy acaece en nuestro país por las razones que se analizarán de seguidas.

II. DOCTRINA JUDICIAL DE LOS ACTOS CONSTITUYENTES Y SU INAPLICABILIDAD PARA LAS ACTUACIONES DE 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, lo que permitió a un órgano asambleario remover o destituir miembros o vaciar de competencias a los Poderes Públicos, convocar elecciones, obligar juramentaciones en instancias distintas a las que la Ley prevé, modificar la organización político-territorial de Venezuela (supresión del Distrito del Alto Apure), inhabilitar partidos políticos y establecer medidas de cálculo para la determinación de sanciones pecuniarias (unidad tributaria sancionatoria), convocar anticipadamente y postergar las mismas elecciones convocadas, realizar juramentación a personas electas para luego ordenar otra juramentación posteriormente, entre otros actos constituyentes carentes de la debida habilitación comicial previa y aprobación popular posterior.

De allí que resulte interesante saber si dichos actos constituyentes pueden ser objeto de control y si las doctrinas de los actos constituyentes excluidos de control les resulta aplicable.

Los actos constituyentes que se analizan en este ensayo no son las 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 a los que la jurisprudencia les ha dado igual rango que aquel.

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 esa misma línea argumentativa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia realizó la interpretación contenida en su sentencia Nro. 2.148 de fecha **13 de noviembre de 2007**⁷ -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

7 Señala el referido fallo: “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.

como expresamente lo establece el artículo 347 del Texto Fundamental.

De una interpretación ponderada de los derechos fundamentales incididos en estos asuntos (participación política, seguridad jurídica así como el desarrollo humano en un ambiente de paz), así como desde una interpretación 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), administrado con lo estatuido expresamente en la letra del artículo 347 constitucional, se debe concluir que la interpretación realizada por la Sala Constitucional en la sentencias donde dio luz verde al proceso constituyente de 2017, 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.

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, esa inseguridad e incertidumbre será total, dado que su ejercicio no tiene límites claros en una Ley de la Jurisdicción Constitucional, -diseñada en el artículo 127 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- que prevea las técnicas interpretativas y límites de esa interpretación en resguardo del Estado de Derecho.

Duque (2005) ya había advertido que en virtud de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia sobre actos constituyentes dictados en los años 1.999 y 2.000, 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), el acto con rango constitucional no estaba concentrado 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 durante el gobierno de Francisco Franco, que sintetizaban los aspectos básicos del sistema político español de la época, en varios cuerpos normativos.

1. De las implicaciones inmediatas de la doctrina de los “actos constituyentes”

Desde la entrada en vigencia de la actual Constitución 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”, todos 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.

Estos periodos según el criterio jurisprudencial 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 el referido criterio y haciendo un paralelo de ese precedente con la situación actual, 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 con referencia al tema 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 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 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)... omissis ... Sí el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho Referendo, y si este proceso*

*implica forzosamente la coexistencia de poderes (del Poder Constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los Estatutos de funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, **en normas presupuestas o supraconstitucionales**, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del Poder Constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que pueda ocurrir entre ambos poderes. De allí la improcedencia de la pretensión del accionante de nulidad quien alega la inconstitucionalidad de los Decretos de fecha 25 y 30, ambos de agosto de 1999, por violar artículos consagrados en la Constitución de 1961... omissis ... (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 con 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 n° 4, señaló que:

*...pues como dice Kelsen (Teoría General del Derecho y del Estado, México, UNAM, 1949, Traducción de E. García Maynez, pág 65), **la supremacía del órgano supone la no revisibilidad de sus actos**, 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 irreparabilidad de la sentencia, cuando frente a ella se han agotado los recursos procesales (J. Cueto Rúa, Límites de la Normación Positiva de la Conducta en el Actual Pensamiento Jurídico Argentino, Buenos Aires, Arayú, 1955, p. 192) (Resaltado por el autor).

De lo anterior se 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 además las bases comiciales no fueron votadas, por lo tanto carecen de legitimidad.

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 técnica 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 no existen porque no fueron aprobadas por el pueblo. Resulta meridianamente clara la diferencia.

Esta técnica 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; el *distinguishing* también exige, como antecedente lógico, la identificación de la *ratio decidendi* del precedente. Por tanto, la aplicación de esta técnica implica que se dicten sentencias distintas ante situaciones muy similares.

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 n° 6 de fecha 27/1/2000 -ratificada el 6/7/2000 en sentencia n° 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**, a saber, «los valores y principios de nuestra historia republicana», «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 (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 las mismas no fueron aprobadas en comicios convocados a tal efecto.

En consecuencia y según lo reseñado de los anteriores fallos, 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 ausencia de bases comiciales aprobadas popularmente, tal como fue exigido por los precedentes arriba reseñados, donde se establecieran los cometidos del órgano asambleario, el contraste de la actuación constituyente con las bases, será imposible.

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

Por lo que respecta al caso de autos, observa esta Sala que los accionantes estiman que el Decreto impugnado es “violatorio de los artículos 87, 89 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”; ...omissis... 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. En tal sentido, entiende la Sala que hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Única; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada, los mismos sólo podrían estar regulado ...omissis... por normas supraconstitucionales. **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.

En consecuencia, dado que las impugnaciones del acto constituyente son respecto de un texto normativo que no le era aplicable al mismo (Constitución de 1999) no puede existir jurídicamente una contradicción entre ambos. De allí que, en ningún caso procederá una acción de nulidad por vicios inconstitucionalidad contra el Decreto s/n, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el cual se establecieron los parámetros del "RÉGIMEN

DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO”, publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1.999. **(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 de la sentencia anterior 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 sedicente convocatoria realizada en 2017, por la inexistencia del factor determinante referido a las limitaciones contenidas en las bases comiciales por no haberse votado; no obstante se sostiene que el referido principio de control absoluto de las actuaciones del Estado es atinente al Estado mismo y consecuentemente debe prevalecer en todo momento.

Por todo ello se mantiene 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, estarían sometidos al texto constitucional vigente de 1999 por no haberse votado las bases comiciales y consecuencia ser inexistentes.

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. 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).

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 20/03/2000, ratificada el 28 de marzo de 2000**, (Caso Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada) analizando otros actos dictados por la Asamblea Constituyente de 1999 –el “Estatuto Electoral del Poder Público” de fecha 30 de enero de 2000, y del Decreto dictado por dicha Asamblea en fecha 30 de enero de 2000, por el que 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:

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. Tal vez la existencia de estas normas y su reconocimiento disguste a constitucionalistas formalistas y dogmáticos, o a personas que juegan a intereses distintos que los jurídicos, pero ello atiende a la necesidad de resolver situaciones reales, y así permiten integrar la constitucionalidad (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 y tendrían 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) 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 se fundamentan en los mismos supuestos facticos sobre los cuales se dictaron las decisiones, entre ellas, la principal representada por 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*.

- c) 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.

- d) 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 BIBLIOGRÁFICAS

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

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 Autonómico y Centro Asociado de la UNED de Barbastro, Huesca, España.

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

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

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

El distinguishing como técnica para la inaplicabilidad de las consecuencias del precedente vinculante... Asamblea Constituyente de 2017

Pier Paolo Pasceri S.

Montagut, Eduardo (2015). *Las Leyes Constitucionales de la III República francesa*. Se puede recuperar en el siguiente enlace: <http://www.ecorepublicano.es/2015/01/las-leyes-constitucionales-de-la-iii.html>

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 (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.