

Análisis jurisprudencial

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y LA SUSTITUCIÓN DEL LEGISLADOR POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL: EL CASO DEL NOMBRAMIENTO DE LOS TITULARES DEL PODER ELECTORAL EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Uno de los novedosos procesos constitucionales que se incorporaron en la Constitución de 1999, fue el destinado a asegurar el control de la constitucionalidad de las omisiones del Legislador¹, mediante la atribución en los artículos 266,1 y 336,7 de la Constitución, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Jurisdicción Constitucional, de la competencia para:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las hayan dictado en forma incompleta,² y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

¹ Como lo ha calificado la Sala Constitucional: “Silencio legislativo y el funcionamiento anormal legislativo”, en sentencia N° 1819 de 08-08-2000 de la Sala Político Administrativa (Caso: *René Molina vs. Comisión Legislativa Nacional*), en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 266.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004,³ en su artículo 5, párrafo 1º, reiteró esta competencia de la Jurisdicción Constitucional, asignándole a la sala Constitucional potestad para:

“13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones”.

La Ley Orgánica agregó, además, en el mismo artículo, la competencia general de la Sala Constitucional para:

“13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Estas normas, sin duda, consagran una amplísima potestad de la Jurisdicción Constitucional para controlar de las conductas omisivas del Legislador, en una forma incluso más amplia que la del inicial antecedente portugués en la materia, en el cual la legitimación para requerir el ejercicio de esta potestad de control de constitucionalidad se atribuyó solamente el Presidente de la República, el Ombudsman o los Presidentes de las Regiones Autónomas⁴; previniéndose en cambio, en el caso venezolano, sin condicionamiento alguno, la legitimación activa amplia similar a la de la *acción popular* de inconstitucionalidad de las leyes, en el sentido de que para requerir el ejercicio del control bastaría el simple interés del recurrente en la constitucionalidad.

Por ello, aún cuando la Ley Orgánica no reguló procedimiento alguno en este caso, la naturaleza popular de la acción conduce al desarrollo de un proceso constitucional contradictorio, en el sentido de que la Sala debe citar al titular del órgano omiso y, además, mediante cartel, emplazar a todas las personas interesadas a los efectos de que puedan hacerse parte en el proceso,

³ Véase en *Gaceta Oficial* No. 337.942 de 19-05-2004. Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas 2006, p. 100.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, p. 269.

aplicando analógicamente el procedimiento para los casos de control de la constitucionalidad iniciados mediante la acción popular.

En esta materia, la Sala Constitucional en sentencia N° 3118 de 6 octubre de 2003, al resolver sobre un recurso de interpretación de la Disposición Transitoria constitucional que obligaba a la Asamblea Nacional a sancionar en un lapso determinado la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, dejó sentado que “la existencia de una omisión de la Asamblea Nacional que es contraria a la Constitución [por lo que] no tiene más posibilidad que declararla y ordenar lo que sea necesario para darle fin. Otra actitud implicaría aceptación de una infracción;”⁵ y de allí, de oficio ordenó a la Asamblea Nacional preparar, discutir y sancionar dentro del plazo máximo de tres meses contados a partir de la notificación del fallo, la mencionada Ley sobre régimen municipal que debía adaptarse a las previsiones del Capítulo IV del Título IV de la Constitución y, en especial, a los principios contenidos en su artículo 169, lo que sin embargo no cumplió la Asamblea sino dos años después.⁶

En estos casos de omisión legislativa, evidentemente que la Sala Constitucional no podría sustituirse en el Legislador y dictar la ley respectiva, obviando los pasos constitucionales fundamentales que pueden permitir la sanción de una ley, y que son, primero, la intervención del órgano de representación popular integrado por diputados electos, sin lo cual un acto normativo nunca podría llegar a ser ley (salvo que se emita por delegación legislativa); segundo, que para la sanción se siga el procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes, con dos discusiones de los diputados; y tercero, que se garantice el derecho ciudadano a la participación política mediante la consulta popular previa de los proyectos de ley antes de la sanción (arts. 203 ss.).

⁵ Véase Caso: *Inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional por no haber dictado dentro del plazo fijado por el Constituyente de 1999 una Ley sobre Régimen Municipal*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 525 ss.

⁶ Véase sobre esta Ley y las vicisitudes de su sanción, en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas 2007, p. 17.

Estos pasos constitucionales solo los puede desarrollar la Asamblea nacional, por lo que como lo dijo la Sala Constitucional, “es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige.” La sala, si bien consideró que si estaba facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran⁷.

En todo caso, la necesidad del control de la omisión legislativa no sólo se refiere a los supuestos de carencia referidos a la sanción de leyes, sino que también puede surgir en caso de incumplimiento en la emisión de otros actos parlamentarios sin forma de ley por parte de la Asamblea Nacional. En efecto, dejando aparte los *interna corporis* y los actos dictados en ejercicio del control parlamentario (art. 222), por ejemplo, la Asamblea Nacional tiene competencia para nombrar y remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296); así como para autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes.

En los mencionados casos de nombramiento de altos funcionarios del Estado, la Sala Constitucional también tiene competencia para declarar la nulidad de la omisión legislativa, y exhortar a la Asamblea la realización de los nombramientos. Sin embargo, así como la Sala no puede legislar en sustitución de la Asamblea, tampoco puede realizar los nombramientos de los titulares de los Poderes Públicos en sustitución de la misma. También, en este caso, hay una serie de pasos constitucionales que sólo el órgano de representación popular puede cumplir, y que ningún otro órgano del Estado puede suplir.

Sin embargo, contra todos los principios derivados del régimen constitucional democrático representativo, ante la omisión por parte de la Asamblea

⁷ Véase sentencia N° 1043 de 31-5-2004 (Caso: *Consejo Legislativo del Estado Zulia*), en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, EJV, Caracas 2004, p. 408.

Nacional, en 2003, en hacer los nombramientos de los miembros (rectores) del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional no sólo declaró la inconstitucionalidad de la omisión legislativa en que había incurrido la Asamblea Nacional, sino que se sustituyó a ella en el ejercicio de tal atribución, efectuando directamente tales nombramientos mediante sentencia N° 2341 de 25 de agosto de 2003.⁸

El objetivo de estas notas es precisamente analizar dicha sentencia, en la cual el juez constitucional sin duda incurrió en usurpación de funciones legislativas, viciando su actuación al efectuar nombramientos de altos funcionarios del Estado que sólo la Asamblea nacional podía hacer como órgano de la representación popular.

II. EL PODER ELECTORAL Y EL NOMBRAMIENTO DE SUS TITULARES POR EL PODER LEGISLATIVO

En efecto, entre las otras importantes innovaciones de la Constitución de 1999, estuvo el establecimiento de una penta división o separación orgánica de poderes (del Poder Público), distinguiendo los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (art. 136), elevando este último a rango constitucional. En consecuencia, se atribuyó al Consejo Nacional Electoral competencia para garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional (art. 293).⁹ Las funciones del Poder Electoral, conforme se las define en el artículo 293 de la Constitución, son las siguientes:

⁸ Véase caso: *Hernann E. Escarrá Malavé; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 525 ss.

⁹ Véase María A. Correa de Baumeister, "El Poder Ciudadano y el Poder Electoral en la Constitución de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 982-995; Y Rafael Méndez García, "Estudio del Poder Electoral (controles)", en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 355-383.

1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.
2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente.
3. Emitir directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.
4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.
5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.
6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorarios.
7. Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.
8. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.
9. Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.

A los efectos de garantizar la independencia y autonomía del Poder Electoral, la Constitución garantiza en su artículo 294, que sus órganos se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización, imparcialidad y participación ciudadana; a cuyo efecto estableció un complejo proceso para la designación de los titulares del Consejo Nacional Electoral. Este órgano constitucional integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos, debe estar compuesto por personas que tienen que ser postuladas ante la Asamblea nacional, necesariamente así: tres por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno por el Poder Ciudadano. (art. 296). Los tres integrantes postulados por la sociedad civil de-

ben tener seis suplentes en secuencia ordinal, y cada uno designado por las Universidades y el Poder Ciudadano deben tener dos suplentes, respectivamente.

El artículo 295 de la Constitución además, para garantizar este proceso de postulación, creó el Comité de Postulaciones Electorales para la postulación de los candidatos a ser nombrados en el Consejo Nacional Electoral, el cual debe estar “integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”.

A los efectos de la designación de los integrantes del Consejo Nacional, la Constitución dispuso que la misma debía ser efectuada por la Asamblea Nacional con el voto de las 2/3 partes de sus integrantes.

La Constitución también dispuso que a los efectos de dicha elección por la Asamblea nacional, dichos integrantes del Consejo Nacional Electoral deben necesariamente ser elegidos por separado: los tres postulados por la sociedad civil, al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo (art. 296). Se estableció, además, que corresponde exclusivamente a los integrantes del Consejo Nacional Electoral la escogencia, de su seno, de su Presidente

Como puede apreciarse, la designación por la Asamblea Nacional de los miembros del Consejo Nacional Electoral se configuró como un proceso complejo sometido a estrictos límites en la Constitución, reduciendo la discrecionalidad que antaño tenía el antiguo Congreso, al someterse a determinadas condiciones tanto la postulación de los candidatos como su designación, requiriéndose en definitiva el voto de las 2/3 partes de los diputados integrantes del órgano de representación popular. Por ello, un acto de esa naturaleza sólo podría ser adoptado por la Asamblea Nacional, ya que ni la representación popular ni el voto de las 2/3 partes de los diputados electos podría ser sustituido por ningún otro órgano del Estado.

La Sala Constitucional, sin embargo, en la sentencia antes mencionada del 25 de agosto de 2003, al controlar la omisión de la Asamblea en el nombramiento de los integrantes del Consejo una vez que en 2002 se sancionó la

Ley Orgánica del Poder Electoral,¹⁰ no sólo designó a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, sino que eligió su directiva, nombrando directamente al Presidente, y además, al Secretario y al Consultor Jurídico del Cuerpo. El Tribunal Supremo de Justicia, en esta forma, en una sentencia que excedió todo límite en cuanto al control de las omisiones del Legislador, en definitiva, se sustituyó en el mismo, usurpando la función legislativa. En cierta forma, la Sala Constitucional, como instrumento del autoritarismo,¹¹ con dicha sentencia culminó el proceso de reducción política de la autonomía e independencia del Poder Electoral que se había iniciado en 1999 con el régimen transitorio dictado por la Asamblea nacional Constituyente sin aprobación popular.

Es indispensable, por ello, que para poder entender adecuadamente la magnitud de la usurpación de funciones en la que incurrió la jurisdicción Constitucional en el caso del Poder Electoral, nos refiramos a los antecedentes que la originaron.

III. EL “REDUCCIÓN” DE LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER ELECTORAL POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En efecto, una vez sancionada la Constitución de 1999 y aprobada por el pueblo mediante referendo del 15 de diciembre de ese año, los miembros del Consejo Nacional Electoral fueron designados provisoriamente por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre del mismo año 1999, mediante un cuestionado decreto de Régimen de Transición del Poder Público¹² con el objeto de asegurar con personas todas afectas al gobierno, la organización y realización de las elecciones generales para elegir las nuevas autoridades de acuerdo con la nueva Constitución, que se habían fijado para mayo de 2000.

Dicho Consejo nacional Electoral fracasó en su labor, al punto de que dichas elecciones tuvieron que ser suspendidas con la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (a la cual un Estatuto Electoral también

¹⁰ G.O. N° 37.573 del 19-11-2002.

¹¹ Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007, pp. 197 ss.

¹² V. en *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-1999.

provisorio¹³ le otorgaba la competencia exclusiva en materia de amparo contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral, art. 30, Parágrafo Primero). La Sala Constitucional, en efecto, mediante sentencia n° 483 de 29 de mayo de 2000, declaró con lugar un amparo constitucional interpuesto en representación de intereses difusos, con efectos *erga omnes*¹⁴, protegiendo el derecho al sufragio de todos los electores; y luego de suspender las elecciones, las mismas se efectuaron varios meses después, en agosto de 2000.

Ese fracaso el Consejo Nacional Electoral obligó a la destitución-renuncia de sus integrantes, razón por la cual la Comisión Legislativa Nacional que era el órgano legislativo también transitorio (no regulado en la Constitución, que había sido también nombrado por la misma Asamblea Nacional Constituyente en el mismo régimen transitorio del 22 de diciembre de 1999, entonces designó un nuevo Consejo Nacional Electoral. Para efectuar el nombramiento, si bien dicha Comisión legislativa no respetó la estricta normativa constitucional sobre el Comité de Postulaciones y la participación de la sociedad civil en el proceso de escogencia, la Comisión parlamentaria que se designó al efecto, oyó a diversos sectores de la misma, resultando el nombramiento de un grupo de personas la mayoría independientes¹⁵.

Ese nuevo Consejo Nacional Electoral organizó exitosamente las elecciones generales de agosto de 2000, y dada su composición, para fines del año 2002 ya aparecía con una mayoría de miembros independientes del poder político, es decir, no controlados desde el Ejecutivo Nacional.

Para ese mismo tiempo, la crisis política, debido a la polarización, se había agudizado y comenzaba a tomar cuerpo el régimen autoritario que en el país, por lo que la prioridad para el Poder Ejecutivo era que la Asamblea Nacional designase a un nuevo Consejo Nacional Electoral que fuera controlable. Para ello, sin embargo, era necesario que previamente se dictase la Ley Orgánica del Poder Electoral, la que efectivamente se sancionó en noviembre de 2002. A pesar de que en ella se reguló un inconstitucional Comité de Postula-

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* n° 36.884 de 03-02-2000

¹⁴ Véase caso: *Queremos Elegir y otros*, en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Caracas 2000, pp. 332 y ss.

¹⁵ V. Decreto publicado en *G.O.* n° 36.965 de 05-06-2000.

ciones controlado por Diputados, sin embargo, la Asamblea Nacional no pudo lograr acuerdos políticos para reunir un voto de las 2/3 partes de sus integrantes y designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral.

Ello presentaba un problema político fundamental, y era que con el Consejo Nacional Electoral existente se corría el “riesgo” de que se diese curso a la petición que se había formulado el 22 de enero de 2003, ante el Consejo Nacional Electoral respaldada por más de tres millones de firmas, sobre la convocatoria a un referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República. Ese riesgo derivaba del hecho de que la misma Ley había dispuesto expresamente que el quórum de constitución y de decisión del Consejo Nacional Electoral era de un mínimo de tres de sus cinco miembros, y además, que “las decisiones del órgano se tomarán con el voto favorable de por lo menos tres de sus miembros” (art. 15). La Ley Orgánica, además, en su Disposición Final Quinta derogó “todas las normas legales” que colidieran con ella, entre las cuales estaban las del Estatuto Electoral provisional dictado por la Asamblea Nacional Constituyente para las elecciones de 2000, que había establecido el quórum de decisión de cuatro votos sobre cinco de los miembros del Consejo Nacional Electoral.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica, además, precisó que “Los integrantes de la Junta Directiva del *actual* Consejo Nacional Electoral (el que existía en 2002) continuarán en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo que desempeñan hasta tanto se designen y tomen posesión de sus cargos las nuevas autoridades de ese organismo, *y sus decisiones se harán de conformidad con esta Ley*”. Esta situación legal, que permitía al Consejo Nacional Electoral existente en 2002-2003 actuar con entera autonomía respecto de los otros Poderes del Estado, fue precisamente la que desencadenó una serie de decisiones adoptadas por la Sala Constitucional tendientes a “reducir” al Consejo Nacional Electoral.

En efecto, con ocasión de conocer de una solicitud formulada por el Presidente de la República de pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la antes mencionada Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la Sala Constitucional, mediante sentencia n° 2747 de 7 de noviembre de 2002 (Exp. 02-2736), declaró sin lugar dicha solicitud presidencial pero sentó el criterio de que la vigencia dicha Ley Orgánica, en definitiva,

quedaba en suspenso mientras se elegían a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral por la Asamblea Nacional, proceso durante el cual dispuso, contra toda lógica legislativa, que seguía vigente “el régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente” en diciembre de 1999.

Adicionalmente, en la mencionada sentencia n° 2747, la Sala Constitucional en respuesta a los alegatos del Presidente de la República como impugnante, presagiaba que por la situación política del país que podía impedir la conformación de una mayoría calificada en la Asamblea, se podría llegar a producir un “vacío” institucional en el Poder Electoral, anunciando que de producirse tal situación, la misma Sala establecería los “correctivos” necesarios, así:

“El impugnante [el Presidente de la República] señala razones de hecho sobre el actual funcionamiento del Consejo Nacional Electoral, con la indicación de la existencia de un posible vacío institucional. Ello no es materia que regule el artículo 214 constitucional, y no es objeto de esta decisión. La Sala ha tratado el punto en fallo del 23 de septiembre de 2002 (Exp. 02-2050, Caso: *Fiscal General de la República*), por lo que de darse efectivamente el vacío, una vez que las instituciones incumplan los mandatos legítimos constitucionales, la Sala, a petición de cualquier interesado, tomará los correctivos necesarios”.

Ahora bien, en cuanto a la contradicción que contenía la sentencia sobre la aplicabilidad de la nueva Ley Orgánica del Poder Electoral al Consejo Nacional Electoral existente, el sentido críptico de la anterior premonición de “vacío institucional” apareció clarificado 10 días después, cuando la misma Sala Constitucional, al decidir un recurso de interpretación que había sido introducido por el propio Consejo Nacional Electoral el 9 de julio de 2002, para “determinar la vigencia del artículo 29 del Estatuto Electoral del Poder Público, relativo al quórum para la toma de decisiones del Directorio del Consejo Nacional Electoral, en aquellos asuntos distintos al ámbito de aplicación de

ese Decreto”, mediante la sentencia n° 2816 de 18 de noviembre de 2002¹⁶, concluyó señalado que dicho Estatuto si estaba vigente.

Al contrario, lo que era evidente es que no estaba vigente, pues el Estatuto Electoral se había dictado sólo para regir en las primeras elecciones post constitucionales de 2000, por lo que una vez que estas se realizaron, sus normas habrían decaído. Además, el Estatuto Electoral había sido derogado por la ley Orgánica del poder Electoral de 2002.

La Sala Constitucional, sin embargo, para llegar a su absurda conclusión, precedió a revivir por arte de magia el régimen transitorio que la Asamblea Nacional había expresamente sustituido con la Ley Orgánica del Poder Electoral la cual fue “estratégicamente” publicada en *Gaceta Oficial* el 19 de noviembre de 2002, es decir, un día después de dictada la sentencia. Para hacer esto, en esa sentencia n° 2816 del día anterior, 18 de noviembre de 2002, la Sala aparte de reconocer que el Estatuto Electoral del Poder Público había integrado el régimen constitucional nacido del proceso constituyente (“dado el carácter constitucional que esta Sala le ha reconocido... tienen un valor superior a cualquier normativa preconstitucional), concluyó que sólo perdería “validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado”. Constatado esto, en virtud de que “uno de los aspectos regulados por el Estatuto Electoral del Poder Público se refiere al mínimo requerido (*quórum*) para la toma de decisiones por parte de la Junta Directa del Consejo Nacional Electoral”(art. 29)”, la Sala consideró que “resulta desatinado pretender que el *quórum* especial a que hace referencia la norma antes transcrita, solamente se refiera a los primeros procesos comiciales”. La Sala consideró además, que el artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, al prever un *quórum* de mayoría simple para la toma de decisiones por parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral, había quedado necesariamente derogada, “no sólo porque el Régimen de Transición del Poder Público y, particularmente, el Estatuto Electoral del Poder Público señaló una mayoría calificada y no una mayoría simple, sino que

¹⁶ Caso: *Consejo Nacional Electoral*.

cuando dicha norma legal establece el último *quórum* mencionado, lo hace con fundamento en el artículo 50 de la misma Ley Orgánica, que prevé una conformación del Consejo Nacional Electoral (siete miembros) que no concuerda con la nueva estructura del referido ente comicial, prevista en el artículo 296 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En definitiva, luego de toda esta argumentación, la Sala, a pesar de que ya tenía conocimiento de que la Ley Orgánica del Poder Electoral ya había sido sancionada (pues había dictado sobre ella, diez días antes la sentencia n° 2747 antes citada con motivo de la impugnación presidencial), concluyó que el Estatuto Electoral del Poder Público, regiría:

“[...] los venideros procesos comiciales, especialmente en cuanto al mínimo requerido (*quórum*) de, por lo menos, cuatro de los cinco integrantes del Consejo Nacional Electoral, para la decisiones relativas a su organización, hasta tanto finalice la transición una vez promulgada la Ley Orgánica del Poder Electoral, que regulará su organización y funcionamiento, y sean designados por la Asamblea Nacional, conforme a la Constitución vigente, los nuevos integrantes del Consejo Nacional Electoral”.

Ello significaba, en definitiva, que a pesar de que al día siguiente (19-11-2002) entraría en vigencia la nueva Ley Orgánica del Poder Electoral, en cuanto al quórum de decisión del Consejo Nacional Electoral, hasta tanto se nombrasen los nuevos miembros del Cuerpo conforme a esa Ley, no regiría el artículo 14 de dicha Ley Orgánica (que establecía una mayoría simple de 3/5) sino el artículo 29 del mencionado derogado Estatuto Electoral, que requería una mayoría calificada (4/5).

La razón política de esta decisión era clara: impedir que el Consejo Nacional Electoral pudiera funcionar con la mayoría simple de tres votos de cinco pues los miembros afectos al gobierno eran minoría, y sólo eran dos.

Pero con el correr del tiempo, y ante la persistente imposibilidad de que en la Asamblea Nacional se pudiera obtener el voto de las 2/3 partes de sus diputados para poder designar a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral, la correlación de fuerzas internas en el Consejo existente habrían variado aún más, contando el gobierno sólo con uno de los cinco votos del cuerpo. Por ello, entonces, la única forma de impedir que el Consejo Nacional

Electoral pudiera decidir, y por ejemplo, convocar referendos como el relativo a la renuncia del Presidente de la República, era impedir que materialmente pudiera tomar decisiones, eliminando a uno de los cuatro miembros del Cuerpo no afectos al gobierno, de manera que sólo quedaran cuatro miembros, en cuyo caso el Consejo sólo podría funcionar con decisiones unánimes de cuatro votos, lo que era lo mismo que congelarlo.

Esta primera tarea de reducción del poder electoral correspondió a Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia para frenar la posibilidad de que se pudiera convocar a un referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República. En efecto, el Consejo Nacional Electoral en fecha 3 de diciembre de 2002, en una votación 4/1, mediante Resolución n° 021203-457 del 3 de diciembre de 2002¹⁷, había resuelto aceptar la solicitud que le habían formulado un grupo de más de dos millones de electores para la convocatoria de un referendo consultivo (art. 71) con el objeto de preguntarle a los ciudadanos si estaban o no “de acuerdo con solicitar al Presidente de la República Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías la renuncia voluntaria a su cargo”; fijando la fecha de realización de dicho referendo para el 2 de febrero de 2003.

Un grupo de diputados a la Asamblea Nacional afectos al gobierno impugnó ante la Sala Electoral por ilegalidad la referida Resolución así como los actos dictados por el Consejo Nacional Electoral de fecha 18 de noviembre de 2002, por el cual se había acordado la incorporación del ciudadano Leonardo Pizani como miembro Suplente del organismo, quien había previamente renunciado, pero sin que la renuncia se hubiese aceptado.. Esta fue la excusa que se esgrimió para congelar el funcionamiento del órgano del Poder Electoral, para lo cual la Sala Electoral del Tribunal Supremo, con ocasión del mencionado recurso de nulidad, mediante sentencia n° 3 de 22 de enero de 2003,¹⁸ luego de analizar los efectos de las renunciaciones de los funcionarios públicos concluyó señalando que en el caso del Sr. Pizani no había razón que justificara “la exigencia adicional de la aceptación por parte del órgano competente, para que pueda considerarse válida y eficaz la renuncia”, de lo cual, para acordar el amparo cautelar que se le había solicitado, la Sala Electoral consideró “proce-

¹⁷ *Gaceta Electoral* n° 168 de 05-12-2002.

¹⁸ Caso: *Darío Vivas y otros*.

dente presumir que en la actualidad la integración del Directorio del Consejo Nacional Electoral no resulta apegada a la legalidad, al haberse procedido a incorporar como miembro Principal de éste a un ciudadano que no ostentaba el cargo de Suplente, condición *sine qua non* para que exista la posibilidad de su incorporación como Principal”.

La consecuencia de lo anterior fue que la Sala Electoral Accidental decidió ordenar “a la actual Directiva del Consejo Nacional Electoral abstenerse de sesionar con la presencia y participación como Miembro Principal, del ciudadano Leonardo Pizani”, suspendiendo a la vez “los efectos de la Resolución emanada del Consejo Nacional Electoral distinguida con el n° 021203-457 del 3 de diciembre de 2002”¹⁹ mediante la cual se había convocado al referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República.

En esta forma, el Poder Electoral, con sólo cuatro miembros, ya que el Sr. Leonardo Pisan fue formalmente desincorporado, fue compelido ilegítimamente a actuar con la mayoría calificada de cuatro miembros derivada de la interpretación del régimen constitucional transitorio que había hecho la Sala Constitucional en sentencia antes comentada, es decir, por unanimidad. Ello fue lo mismo que haber decretado el secuestro del Poder Electoral, el cual no pudo adoptar ninguna nueva decisión, dada la correlación de fuerzas en su seno, paralizándose su funcionamiento, habiendo quedado en suspenso el derecho a la participación política.

En todo caso, la solución a la parálisis del Cuerpo Electoral sólo podía lograrse con la nueva designación de sus miembros por la Asamblea Nacional, para lo cual se requería el voto de las 2/3 partes de sus miembros. Sin embargo, la extrema polarización política del país impedía toda posibilidad de lograr dicha mayoría, por lo que los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral no pudieron ser designados. Y fue precisamente contra esta omisión de la Asamblea Nacional, contra la cual se ejercieron diversos recursos ante la Sala Constitucional, lo en definitiva originó a que fuera la propia Sala Constitucional la que sustituyera al Poder legislativo, e hiciera las designaciones, en una evidente usurpación de funciones contraria a la Constitución, con lo que el

¹⁹ *Gaceta Electoral* n° 168 de 05-12-2002

Poder Electoral terminó quedando totalmente sometido al poder Ejecutivo. El instrumento para ello, había sido, prevista y lamentablemente, el juez Constitucional.

IV. LA SUSTITUCIÓN DEL LEGISLADOR POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL MEDIANTE EL CONTROL DE LA OMISIÓN: UNA USURPACIÓN DE FUNCIONES NO CONTROLABLE

En efecto, con motivo de las acciones de inconstitucional que se intentaron contra la omisión legislativa en la designación de los mencionados integrantes del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003,²⁰ comenzó por fijarle un plazo a la Asamblea Nacional para hacer los nombramientos, y luego de constatar que la designación de los titulares del Consejo Nacional Electoral no se pudo realizar por la Asamblea Nacional, por no haber podido lograr los acuerdos políticos necesarios que aseguraran la mayoría calificada (2/3) que exige la Constitución para hacer tales nombramientos, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 2341 de 25 de agosto de 2003,²¹ procedió a hacer los nombramientos.

En efecto, en la primera sentencia No. 2073 de 4 de agosto de 2003, la Sala Constitucional le había otorgado a la Asamblea Nacional omisa, un plazo de 10 días para que cumpliera con su obligación de hacer los nombramientos, anunciando que si no lo hacía dentro de dicho término, la sala corregiría en lo que fuese posible la situación que naciera de la omisión concreta, que no era otra que “Si transcurrido el lapso aquí señalado, la Asamblea Nacional no ha procedido a nombrarlos, la Sala lo hará dentro de un término de diez (10) días

²⁰ Caso: *Hernann E. Escarrá Malavé; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003. pp. 525 ss. Véase los comentarios a esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126.

²¹ Caso: *Hernann E. Escarrá Malavé; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 525 ss. Véase los comentarios en *idem*

continuos”. En la sentencia, a todo evento, la Sala hizo los siguientes razonamientos para justificarla, dejando sentados los siguientes criterios que enmarcaron la forma conforme a la cual se operaría el secuestro del Poder Electoral:

En *primer lugar*, que en caso de omisión de nombramientos, las designaciones que pudiera hacer la Sala no podían ser sino “provisorias”, pero “acompañadas o no de los lineamientos que según este sentenciador se consideren necesarios para el cumplimiento de la función”. Siendo provisorios los nombramientos, los nombrados cesarían en sus funciones cuando el órgano competente asumiera su competencia e hiciera los nombramientos, “en el tiempo que lo crea conveniente; o cuando la propia Sala -por motivos justificados- les revoca el cargo conferido”. La Sala Constitucional, así, anunciaba que como consecuencia de la omisión legislativa haría los nombramientos, y para el caso de que lo hiciera, también se arrogaba en forma evidentemente contraria a la Constitución, la potestad de revocarlos.

En *segundo lugar*, la Sala consideró que para realizar los nombramientos provisorios, debía “adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario”, pero aclarando sin embargo, que “debido a la naturaleza provisoria y a la necesidad de que el órgano funcione”, la Sala no requería “cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo”. La Sala se desligaba, así, de las exigencias constitucionales y legales que en cambio sí debía cumplir el elector (Asamblea Nacional) omiso, para llenar el “vacío institucional” que ella misma había contribuido a crear.

Para ello dejó sentado el criterio de que “de corresponder a esta Sala llenar los vacíos, ella puede hacerlo con personas de la lista de postulados admitidos como aspirantes a rectores, o puede hacerlo con *personas fuera de la lista*, o combinando ambos grupos. Con respecto a las personas, a tomarse en cuenta, que no hayan sido presentadas por el Comité de Postulaciones, éstas deberán reunir los mismos requisitos legales que los postulados”. Es decir, el Juez Constitucional se desligaba de lo que la Constitución disponía para los nombramientos de los miembros del órgano Electoral, y señalaba que “por ser provisorio, no aplica en todo su alcance la Ley Orgánica del Poder Electoral”, excepto no tener vinculación con organizaciones políticas.

En *tercer lugar*, la Sala Constitucional constató la supuesta existencia de un “vacío institucional” a pesar de que existía un Consejo Nacional Electoral, el cual conforme al Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, consideró que tenía “carácter provisorio”. Consideró la Sala que “la falta de designación de los rectores, en el lapso legal, constituye un vacío que debe esta Sala llenar, si no lo hace la Asamblea Nacional”.

En *cuarto lugar*, la Sala Constitucional decidió que en virtud de que “el nombramiento de los rectores -así sean provisorios- se trata de un hecho que trasciende lo jurídico,” para ello podía oír a los Presidentes o Secretarios Generales de las organizaciones políticas representadas en la Asamblea, así como a los representantes de la sociedad civil *que ella escoja*; e, igualmente, “a los representantes de las facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas que considere necesarios”. En esta forma, la Sala anunciaba que si suplía la omisión del Legislador, no sólo lo haría con criterio jurídico sino político, y sin necesidad de participación de la sociedad civil.

En *quinto lugar*, en forma congruente con el anuncio de ingerencia en lo político, la Sala Constitucional anunció no sólo que “si la Asamblea no hace los nombramientos, los hará la Sala”, sino que podía señalarles a los miembros del Consejo Nacional Electoral rectores algunas disposiciones -que sin alterar su independencia- *sean por ellos cumplidas*, y pudiendo, igualmente, *proveer la integración de alguno o todos de los órganos subordinados*, señalando *quien los dirigirá*, y decretando un cronograma de actuaciones para que el ente cumpla sus cometidos”. Es decir, la Sala Constitucional anunciaba que iría mucho más allá de lo que supuestamente implicaba suplir la omisión legislativa, y prescribiría lineamientos que los futuros nombrados debían cumplir y que además haría nombramientos adicionales quitándoles tal potestad a los propios miembros del Consejo Nacional Electoral que nombrara. La salvedad respecto de la independencia del Poder Electoral, por tanto, no era más que una frase vacía.

En *sexto lugar*, la Sala Constitucional, al reconocer el derecho de los ciudadanos a solicitar referendos consultivos y revocatorios, y constatar que para la fecha no existía una legislación sobre los mismos que garantizaran su ejercicio, prescribió que “a fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las normas constitucionales, la Sala estima que el Consejo Nacio-

nal Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional; a objeto de garantizar el carácter normativo de la Constitución”. Es decir, la Sala Constitucional, al constatar en ese caso, de oficio, la omisión legislativa en dictar las leyes reguladoras de ese derecho ciudadano, también de oficio se pronunciaba sobre tal omisión, “autorizando” al Consejo Nacional Electoral nada menos que para suplir al Legislador y dictar normas equivalentes a “leyes orgánicas” que son las que pueden regular los derechos políticos conforme al artículo 203 de la Constitución.

Luego de esa decisión, la Sala Constitucional, transcurridos los 10 días que le había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no haber esta logrado la mayoría de las 2/3 partes de sus integrantes para el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, procedió a suplir la omisión de la Asamblea Nacional, por lo que, lo que no pudieron lograr el partido de gobierno y el Poder Ejecutivo en la Asamblea Nacional donde no pudieron reunir el voto de 2/3 partes de sus integrantes para nombrar un Consejo Nacional Electoral totalmente afecto al gobierno, lo lograrían a través de la Jurisdicción Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo), que estaba controlada por el Ejecutivo, quedando así el Consejo Nacional Electoral sometido a control.

En la sentencia mencionada n° 2341 del 25 de agosto de 2003, en efecto, la Sala Constitucional, para adoptar las decisiones respecto de la omisión constatada, señaló lo siguiente:

En *primer lugar*, reiteró el criterio de que como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero, producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, la Sala, sólo “*en lo posible*, aplicará la Ley Orgánica del Poder Electoral con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias”. Es decir, la Sala reiteraba que *se desvinculaba de los términos de la Ley Orgánica*, la cual aplicaría sólo “en lo posible”. Por ello precisó que “en las designaciones, la Sala nombrará rectores principales o suplentes a las personas que postuló la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las Universidades Nacionales que podían hacerlo; ello sin menoscabo de *su poder para la elección de personas fuera de los que fueron candidateados*”. De donde sacaba ese “poder”,

por supuesto que debe preguntarse, pues ni la propia Asamblea Nacional que sustituyó, lo tiene.

En *segundo lugar*, la Sala declaró que garantizaría “al Poder Electoral que ella nombre en forma provisoria, la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”; pero en la propia sentencia procedió “con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados”, no sólo a designarlos sino a establecer “su composición, así como la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional, funcionará como un ente consultivo del Poder Electoral. Para este último nombramiento, la Sala tomó en cuenta las consultas que se hicieron a los partidos políticos representados en la Asamblea Nacional y que se llevaron a cabo en el Tribunal”.

En esta forma, en la sentencia, la Sala Constitucional procedió a *limitar la autonomía del Cuerpo* que nombraba, designando ella misma quién sería su Presidente y su Vicepresidente, violando lo establecido en el artículo 296 de la Constitución que expresamente establece que: “Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la Ley”. La Sala Constitucional, además, volvió a secuestrar y violar la autonomía del Poder Electoral al cercenarle al Consejo Nacional Electoral su potestad, conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, para designar a los titulares de los órganos del Poder Electoral; designando en la propia sentencia hasta al Secretario y al Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral; Comisión de Registro Civil y Electoral; Comisión de Participación Política y Financiamiento), integrándolos con miembros principales y suplentes del organismo, en la forma como la propia Sala lo determinó; y a los miembros de un Consejo de Participación Política.²² Los miembros del Consejo Nacional Electoral y todo los otros funcionarios nombrados por la Sala Constitucional, fueron juramentados por ella misma el día 27 de agosto de 2003.

²² Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 525 ss.

En esta forma, en esta sentencia dictada con ocasión de controlar la omisión legislativa, la Sala Constitucional no sólo se sustituyó al Legislador en el nombramiento de los rectores del Consejo Nacional Electoral, obviando los procedimientos constitucionales de postulación y de mayoría calificada de la Asamblea Nacional como representación popular, lo que no eras sustituible, incurriendo un usurpación de funciones; sino que incluso se extralimitó en el ejercicio de las funciones usurpadas, al limitar injustificada e ilegítimamente la propia autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público, lo que ni siquiera hubiera podido hacer la Asamblea Nacional.

En consecuencia, procedió a nombrar directamente a todos los funcionarios directivos del organismo, competencia que no correspondía a la Asamblea Nacional (sino al propio Consejo Nacional Electoral que estaba nombrando) y respecto de cuyo ejercicio no se había producido omisión alguna que hubiera podido justificar tales nombramientos.²³

Como consecuencia de este proceso, el Poder electoral en Venezuela perdió toda autonomía e independencia, pasando a ser controlado por el Poder Ejecutivo que controla a su vez a la Asamblea Nacional.

La verdad es que la omisión legislativa en hacer los nombramientos de los miembros del Consejo nacional Electoral en 2003, el único efecto jurídico que hubiera producido, de perdurar, era la continuidad en sus cargos de los miembros del Consejo que habían sido designados con anterioridad. Ello de por sí, no originaba “vacío” institucional alguno. Este, en realidad, había sido provocado, reduciéndose y paralizándose el funcionamiento del Consejo, lo que sistemáticamente hizo el Tribunal Supremo de Justicia a través de las Sala Electoral y de la Sala Constitucional; y una vez que ello se consolidó, entonces pudieron hablar de “vacío”, para llenarlo rápidamente, y asegurar el control del Poder Electoral por el régimen autoritario. El resultado ha sido que el

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

ejercicio de un poder de control de constitucionalidad tan importante como el de la omisión legislativa, cuando se ejerce por un Juez Constitucional sometido a un régimen autoritario, en lugar de apuntalar el Estado de derecho, es un instrumento para su destrucción.