

SEXTA PARTE

LA USURPACIÓN “CONSTITUYENTE” DE LA VOLUNTAD POPULAR Y LA INCONSTITUCIONAL TRANSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO DISPUESTA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

I. Los intentos fallidos de disponer un régimen constitucional de transición del poder público vía referéndum aprobatorio . . .	343
II. El ilegítimo régimen de transición del poder público dictado después de aprobada la nueva Constitución por el pueblo . .	345
III. El régimen electoral para las primeras elecciones de 2000 dictado al margen de la Constitución	363
IV. La usurpación de competencias legislativas ordinarias por la Asamblea Nacional Constituyente	374
V. La violación de la garantía a la libertad sindical y otros actos constituyentes en materia laboral	376
VI. La trastocación de la transitoriedad constitucional, el secuestro de la Constitución y la consolidación de un fraude a la voluntad popular	381
VII. La burla a la rigidez constitucional y las modificaciones ilegítimas a la Constitución	400

SEXTA PARTE

LA USURPACIÓN “CONSTITUYENTE” DE LA VOLUNTAD POPULAR Y LA INCONSTITUCIONAL TRANSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO DIS- PUESTA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

I. LOS INTENTOS FALLIDOS DE DISPONER UN RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO VÍA REFERÉNDUM APROBATORIO

El 19-11-99, el mismo día de la firma del Proyecto de Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente había aprobado un Decreto convocando a un “referendo consultivo” que debía realizarse el mismo día fijado para el referendo aprobatorio de la Constitución (15-12-99), el cual tenía por objeto que:

el pueblo venezolano se pronuncie sobre la permanencia o no, de la Presidencia de la República y a las gobernaciones de cada una de las 23 entidades, sujetas a elección popular en ejercicio de sus funciones³³⁶.

Se pretendía, así, convertir el referendo destinado a la aprobación de la Constitución, que establecía la base comicial novena del referendo de 25-04-99, en un plebiscito sobre la permanencia del Presidente de la República, lo cual no sólo era inaceptable, sino que distorsionaba el sentido de la aprobación referendaria de la Constitución.

En una forma por demás confusa, la Asamblea, días después, en la sesión de 09-12-99, escasos días antes de la realización del referendo aprobatorio y consultivo (plebiscito) que había sido aprobado, revocó este último, sin mayores motivaciones, señalándose incluso en la propuesta de revocación que supuestamente habría habido una “revocación por una plenaria” anterior, lo cual era falso³³⁷.

En todo caso, el primer intento de modificar las Disposiciones Transitorias de la Constitución elaborada, y cuyo proyecto había sido difundido para el referendo aprobatorio, que como se ha dicho no tenía disposición alguna sobre terminación del mandato de los titulares de los

336 *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión 19-11-99, N° 46, p. 3.

337 *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión 09-12-99, N° 48, p. 5.

órganos del poder público, había quedado frustrado, pero sólo por poco tiempo³³⁸.

En efecto, en la sesión ordinaria siguiente de la Asamblea, celebra el 20-12-99, y luego de la proclamación de la Constitución que había sido ya aprobada por el pueblo mediante el referendo de 15-12-99, la Asamblea Nacional Constituyente, que técnicamente había concluido su misión con ese acto de proclamación conforme a las bases comiciales del 24-5-99³³⁹, procedió a dictar un Decreto en el cual, al constatar que el lapso máximo de funcionamiento de la Asamblea fijado por la base comicial del referendo del 25-4-99, había sido de 180 días, resolvió convocar para el 30 de enero de 2000 la sesión de clausura de la Asamblea³⁴⁰.

En los “Considerandos” del Decreto, sin embargo, se puso en evidencia la intención de la Asamblea, que no era otra que seguir ejerciendo el poder constituyente “originario” que se había auto atribuido, al margen incluso del texto de la nueva Constitución, con lo que se institucionalizó el golpe de Estado, ahora contra la nueva Constitución³⁴¹. En dichos “Considerandos” para fijar la sesión de clausura de la Asamblea para el 30-1-00, la Asamblea declaró que:

Los poderes otorgados a la Asamblea Nacional Constituyente han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia, como *originario y supraconstitucional*.

En esta forma, se recurría nuevamente a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, supuestamente contenida en la sentencia de 14-10-99 (*Caso Decreto de regulación de funcionamiento del Poder Legislativo*)³⁴², alegando la Asamblea que sus “poderes” no sólo eran “originarios” sino “supraconstitucionales”, es decir, por encima de la propia Constitución recién aprobada y promulgada. Con base en ese “Considerando”, en el siguiente, la Asamblea Nacional Constituyente anunció su plan de violación constitucional, al constatar que:

338 Debe destacarse que el constituyente Hermán Escarrá Malavé, en la sesión de la Asamblea de 15-11-99, distinguía entre las Disposiciones Transitorias y un supuesto “Régimen Transitorio” que debía ser aprobado por referendo y sobre el cual dijo que no se le preguntara. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 15-11-99, N° 45, p. 9.

339 Por eso a partir de esa Sesión no acudimos a ninguna otra Sesión de la Asamblea salvo la realizada para ejecutar la Disposición Transitoria Primera de la Constitución consistente en la aprobación de la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 25-04-00, N° 58, pp. 8 y ss.

340 *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit. Sesión de 20-12-99, N° 49, p. 6.

341 Por ello, Lolymar Hernández Camargo señaló que la Constitución de 1999 era de “observancia dudosa”, preguntándose “si en Venezuela existe válidamente la Constitución y el Estado de Derecho”, en *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 76.

342 Véanse los comentarios en pp. 218 y ss. de este libro.

Se requiere decretar los actos constitucionales necesarios para la transición hacia el nuevo Estado previsto en la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.

La verdad es que la “Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela” era la única que podía disponer el régimen para “la transición hacia el nuevo Estado”, pero en sus Disposiciones Transitorias elaboradas por la propia Asamblea Nacional Constituyente, como se ha dicho, nada disponían sobre ello.

La Asamblea, en cierta forma había engañado al pueblo: sancionó una Constitución y la sometió a aprobación popular y el mismo día que la proclamó, decretó su violación mediante el anuncio de su permanencia por algo más de un mes, con poderes “supraconstitucionales”, es decir, por encima de la Constitución, para dictar “actos constitucionales” no autorizados en las Disposiciones Transitorias de la Constitución y que contrariaron sus normas.

II. EL ILEGÍTIMO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO DICTADO DESPUÉS DE APROBADA LA NUEVA CONSTITUCIÓN POR EL PUEBLO

La primera burla a la Constitución, en efecto, fue realizada por la propia Asamblea Nacional Constituyente en los días posteriores al 15-12-99, precisamente en medio de la conmoción nacional que había provocado el dramático y masivo deslave ocurrido el 15-12-99, el mismo día del referendo aprobatorio de la Constitución, en el Litoral Central del país (Estado Vargas); y ello se hizo mediante la emisión de un nuevo Decreto, el de “Régimen de Transición del Poder Público”, el 22-12-99³⁴³, dos días después de la “proclamación” de la Constitución y antes de su entrada en vigencia, cuya publicación fue deliberadamente demorada hasta el 30-12-99³⁴⁴.

En efecto, ante la ausencia de alguna regulación en las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución que se refiriera a cesación en sus cargos de los titulares de los órganos del Poder Público y al nombramiento de nuevos funcionarios para ello, y ante el afán sobrevenido en el nuevo poder de sustituir a todos los titulares de los órganos del Estado sin esperar la elección de la nueva Asamblea Nacional; la Asamblea Nacional Constituyente, antes de la publicación de la nueva Constitución, con

343 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-99

344 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*. Noviembre 1999-Enero 2000, cit. Sesión de 22-12-99, N° 51, pp. 2 y ss. Véase *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-99.

fecha 22-12-99, sin tener competencia constitucional alguna para ello y, por tanto, en forma ilegítima, dictó el Decreto de “Régimen de Transición del Poder Público” disponiendo así lo que el pueblo el 15-12-99 no había querido resolver de esa forma.

Para hacerlo, de nuevo, la Asamblea se fundamentó en los supuestos poderes que se había auto atribuido en el artículo 1º de su Estatuto de Funcionamiento, respecto de la potestad de decidir la cesación de las autoridades de los órganos del Poder Público; supuestos poderes que también consideró como derivados del referendo del 25 de abril de 1999 “para hacer efectivo el proceso de transición hacia el régimen establecido en la Constitución de 1999”, lo que no estaba escrito en norma alguna; y, finalmente, en el “carácter presupuesto y supra constitucional” de las normas que aprobase la Asamblea, para lo cual de nuevo invocó la sentencia del 06-10-99 (publicada el 14-10-99) de la Corte Suprema de Justicia, que había resuelto el recurso de nulidad intentado contra el Decreto de la Regulación del Poder Legislativo, en la cual sólo se le había atribuido rango supraconstitucional a las previsiones de las bases comiciales del *referendo* del 25-4-99, pero no a los actos de la Asamblea Nacional Constituyente.

Dicho “Régimen de Transición del Poder Público”, como se precisó en el Capítulo I del Decreto, tenía por objeto establecer un régimen de transición para “permitir la vigencia inmediata de la Constitución” (art. 1). La verdad es que nada impedía dicha vigencia inmediata y habían sido las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo, las que habían dispuesto los aspectos concernientes a los efectos inmediatos o mediatos, según los casos, de las normas de la Constitución.

La Asamblea, sin autoridad alguna, resolvió dictar el mencionado régimen de transición cuyas previsiones, como se señaló en su texto, supuestamente “desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias” (art. 2) de la nueva Constitución. Nada de esto había sido autorizado en el nuevo texto constitucional, aprobado por el pueblo, por lo que la Asamblea Nacional Constituyente no tenía competencia alguna para ello.

Es decir, la Asamblea, sin ningún poder derivado del pueblo, ilegítimamente, decidió dictar por sí misma y al margen de la nueva Constitución que ella misma había redactado, sancionado y proclamado dos días antes (20-12-99) un régimen constitucional transitorio no establecido en el texto de la nueva Constitución y sin someterlo a aprobación popular por la vía de referendo.

Supuestamente, para suplir los vacíos que la misma Asamblea había originado al no prever, el régimen de transición del Poder en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, la Asamblea, en lugar de aplicar, en general, el mencionado principio de continuidad del Poder que se reflejó en el artículo 16 del Decreto, incurrió en usurpación de autoridad, la del poder constituyente originario del pueblo, quien era el que

podía aprobar ese régimen transitorio en el referendo del 15-12-99, y lo estableció una semana después (22-12-99), en el antes mencionado Decreto, y violó, además, las bases comiciales del referendo del 25 de abril de 1999. La Asamblea Nacional Constituyente había continuado con su táctica del golpe de Estado.

En este Decreto, fundamentalmente, la Asamblea Nacional Constituyente tomó el siguiente conjunto de decisiones en cuanto a los órganos del Poder Público:

1. *La eliminación del Congreso y el nombramiento de una Comisión Legislativa Nacional*

La Asamblea, en primer lugar, decidió la definitiva disolución del Congreso y acordó la cesación en sus funciones de los senadores y diputados (art. 4) que habían sido electos un año antes. Esta decisión, violatoria del principio democrático, indudablemente que fue la que creó un vacío constitucional, pues implicaba que hasta que se produjera la elección de los nuevos miembros de la nueva Asamblea Nacional, la República podía carecer de órgano legislativo nacional.

Por ello, para “suplir” el vacío que la misma Asamblea Nacional Constituyente creaba, tomó otra decisión, que fue la de “crear” un nuevo órgano no previsto en la nueva Constitución aprobada por el pueblo, ni en la de 1961, para lo cual no tenía poder ni autoridad alguna, siendo en consecuencia, totalmente ilegítimo. Se trató de una “Comisión Legislativa Nacional” (denominada “Congresillo”), a la cual le asignó el Poder Legislativo Nacional “hasta tanto se elijan y tomen posesión los diputados integrantes de la Asamblea Nacional” (art. 5), y cuyos miembros también fueron designados por la Asamblea (art. 5), a dedo, con integrantes afectos al nuevo poder y a los partidos de gobierno. Posteriormente, mediante otro acto constituyente de 28-01-00, la Asamblea Nacional Constituyente también “en ejercicio del poder constituyente originario” que se había arrogado, nombró a otro miembro de la referida Comisión Legislativa Nacional³⁴⁵.

Esta Comisión Legislativa Nacional debía funcionar “en forma permanente” desde su instalación el día 1° de febrero de 2000 (art. 7), hasta la fecha de “la reunión efectiva de la Asamblea Nacional” (art. 8); y debía asumir todos “los derechos y obligaciones” del Congreso de la República (art. 9).

Por supuesto, estas decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente violaban las bases comiciales establecidas en el referendo del 25-4-

99, pues la decisión de dar por terminado un mandato popular resultado de una elección democrática, y nombrar para integrar un órgano legislativo, así fuera temporalmente, a un conjunto de personas que no había sido electas popularmente para que legislasen y controlasen sin tener la representación popular, violaba el principio democrático representativo (la garantía democrática), el principio de progresividad del derecho político a la participación y elección, y los tratados internacionales que obligan a la República a asegurar el ejercicio efectivo de la democracia representativa (Carta de la OEA y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 23).³⁴⁶

En consecuencia, esta “Comisión Legislativa Nacional”, creada por la Asamblea, con “representantes” no electos popularmente, era absolutamente ilegítima, y constituyó una grotesca burla a la nueva Constitución.

Con posterioridad, la Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 30-01-2000, dictó un Decreto de Ampliación de las Competencias de la Comisión Legislativa Nacional³⁴⁷, en el cual asignó a dicha Comisión una serie de competencias especiales para considerar diversas materias y dictar legislación al respecto. La Asamblea dictó el Decreto nuevamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, con lo cual ya no era posible asignarle ningún otro calificativo al poder que se había otorgado a la Asamblea; habiendo sido calificado dicho Decreto por sentencia N° 1454 de fecha 18-2-01 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (*Caso: C.A. Good Year de Venezuela*) como de “rango constitucional”.

En efecto, las inconstitucionalidades de la Asamblea y la burla a la Constitución fueron sucesiva y lamentablemente “lavadas” por el nuevo Tribunal Supremo, que había sido precisamente designado a dedo para ello, conforme al referido régimen transitorio. En consecuencia, con ocasión de la impugnación del “Acuerdo mediante el cual se recomienda la reincorporación a sus puestos de trabajo de los dirigentes sindicales y trabajadores injusta e inconstitucionalmente despedidos en las diferentes regiones del país”, que había dictado por la Comisión Legislativa Nacional en fecha 19-5-00³⁴⁸ en ejercicio de las atribuciones que le otorgó la Asamblea Nacional Constituyente mediante el antes referido Decreto de Ampliación de Competencias, la Sala Constitucional señaló:

Siendo en fecha 14 de octubre de 1999 la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, dictaminó que las bases comiciales consultadas mediante Referendo de 25 de abril del mismo año, ostentaban *rango supraconstitu-*

346 Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Cariás, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., p.76 a 81.

347 *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00

348 *Gaceta Oficial* N° 36.965 de 05-06-00

cional respecto a la Constitución de 1961, es por lo que se ha concluido que los actos normativos u organizativos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejecución de dichas bases comiciales, tienen *rango constitucional*. Visto que en el encabezamiento del “Decreto de Ampliación de las competencias de la Comisión Legislativa Nacional”, dicha Asamblea hace referencia implícita a las referidas bases comiciales, al fundar sus potestades en el “*referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve*”, es por lo que el mencionado Decreto de ampliación tendría, en rigor, *rango constitucional*.

Por último, debe mencionarse que la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante Resolución del 19-01-00³⁴⁹, también había resuelto la reestructuración de los servicios administrativos del Poder Legislativo Nacional, y había creado al efecto una Comisión de Reestructuración del Poder Legislativo Nacional.

2. *La disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados y el nombramiento de Comisiones Legislativas Estadales*

La Asamblea Nacional Constituyente, en el Decreto del 22-12-99, también se burló de la nueva Constitución, cuando declaró la “disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados” (art. 11), para lo cual no tenía autoridad alguna de carácter constitucional, al no haberse resuelto ello en esa forma en las Disposiciones Transitorias de la Constitución; pues ni siquiera ello estaba establecido en su Estatuto de Funcionamiento. Además, la Asamblea decidió la cesación en sus funciones, de los diputados que integraban las Asambleas (art. 11).

Pero la Asamblea Nacional Constituyente, al igual que lo que ocurrió con el Poder Legislativo Nacional, a nivel estatal también creó, sin competencia alguna, sendas “Comisiones Legislativas Estadales”, atribuyendo el nombramiento de sus miembros, incluso, a la “Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 12). Ello no sólo era ilegítimo, al no estar prevista esa facultad en norma alguna, sino que también era violatorio de las bases comiciales aprobadas en el referendo del 25-04-99, así como de la antes mencionada garantía democrática, que era uno de sus límites supraconstitucionales.

La Constitución de 1999 sigue el principio democrático representativo, y no admitía ni admite que se pueda atribuir el poder de legislar en representación del pueblo a unos órganos integrados por personas no electas popularmente, en esos casos, designadas por la propia Asamblea Nacional Constituyente, sin poder constitucional alguno para ello.

Posteriormente, la Comisión de Coordinación de la Asamblea Nacional Constituyente, supuestamente “de conformidad con las facultades otorgadas por dicha Asamblea en sesión del 22-12-99”, las cuales no se identificaban, resolvió el 04-01-00 dictar un “Régimen para la integración de las Comisiones Legislativas de los Estados”³⁵⁰, para lo cual creó una “Comisión Receptora Nacional” para la selección de los candidatos a dichas Comisiones Legislativas, atribuyéndoles competencias a las Comisiones Legislativas de los Estados, lo que no había hecho el Régimen Transitorio del Poder Público, “usurpando”, además, en consecuencia, dicha Comisión Coordinadora, las “potestades” de regulación constitucional que se había “autoatribuido” la Asamblea Nacional Constituyente.

3. *El control de Alcaldías y Concejos Municipales*

En cuanto a los órganos del Poder Municipal, el artículo 15 del Decreto de la Asamblea de fecha 22-12-99³⁵¹ estableció que los Concejos Municipales y los Alcaldes “actuales”, ejercerían sus funciones “bajo la supervisión y control de la Asamblea Nacional Constituyente o de la Comisión Legislativa Nacional” hasta tanto se eligieran popularmente sus nuevos integrantes; atribuyendo a la Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente o la Comisión Legislativa Nacional la potestad de sustituir parcial o totalmente la integración de los Concejos Municipales, así como sustituir a los Alcaldes, en los casos de graves irregularidades administrativas.

Esta norma también constituyó una burla a la nueva Constitución, pues violaba en su totalidad la garantía de la autonomía municipal prevista en la Constitución, así como el principio democrático respecto de las autoridades municipales que impone que las mismas sólo pueden ser electas popularmente.

4. *La eliminación de la Corte Suprema de Justicia, la creación del Tribunal Supremo y de sus Salas, la designación de los Magistrados y la creación de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial*

El artículo 17 del Decreto dispuso, además, que la Corte Suprema de Justicia, sus Salas y dependencias desaparecían y pasaban a conformar el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, por lo que, además de las Salas

350 *Gaceta Oficial* N° 36.865 de 07-01-00

351 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 22-12-99, N° 51, p. 5.

Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuya extinción se decretó, la Asamblea creó las Salas Constitucional, Social y Electoral que preveía la nueva Constitución y que aún no había entrado en vigencia.

En el artículo 19 del Decreto, la Asamblea, además, designó los Magistrados que pasaban a integrar el Tribunal Supremo de Justicia, sin sujetarse a las condiciones establecidas en la nueva Constitución para dichos cargos, entre los cuales estaba quien en los dos últimos meses había sido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Sus servicios habían sido reconocidos.

En materia de funcionamiento del Poder Judicial, por otra parte, era patente la ausencia de Disposiciones Transitorias en la nueva Constitución, pero esa había sido la voluntad de la Asamblea y del pueblo al aprobar la Constitución mediante el referendo del 15-12-99. Dichas Disposiciones Transitorias, en efecto, sólo contenían una mención en la *Disposición Transitoria Cuarta*, en relación con una “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” únicamente a los efectos de que desarrollase transitoriamente el “sistema de defensa pública” hasta que se dictase la ley respectiva. Y nada más. Incluso, dicha Comisión prevista en dicha Disposición Transitoria, no existía al redactarse y someterse a referendo la Constitución el 15-12-99 y sólo fue posteriormente, en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente del 22-12-99, que se creó “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (art. 27). Ese órgano, sin embargo, constitucionalmente sólo tenía la competencia prevista en la mencionada Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de 1999, de desarrollar el sistema de defensa pública.

Ahora bien, en esta materia, la Asamblea Nacional Constituyente tomó diversas decisiones totalmente incongruentes. Como se ha dicho, comenzó en el Decreto, antes de entrar en vigencia la nueva Constitución, nombrando provisionalmente (art. 20) a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 19) y de las nuevas Salas (art. 17) que para ese momento ni siquiera existían por no estar en vigencia el nuevo texto constitucional, y “creó”, incluso, las Salas, (art. 17), para lo cual no tenía competencia constitucional alguna.

Por otra parte, la Asamblea adoptó diversas normas transitorias no previstas en la nueva Constitución para asegurar la “vigencia inmediata” de la misma que aún no estaba en vigencia, y dispuso que el Consejo de la Judicatura pasaría a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución que aún no estaba en vigencia, a cuyo fin dispuso la cesación en sus funciones de los consejeros del Consejo de la Judicatura (art. 26).

A renglón seguido, dispuso otro nuevo régimen transitorio, en relación al anterior, también transitorio, sin competencia alguna para ello, al señalar que mientras el Tribunal Supremo no organizase la referida Dirección Ejecutiva, el gobierno y administración, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (art. 21).

La Asamblea Nacional Constituyente así, incluso para después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, pretendió confiscarle una de sus nuevas funciones al Tribunal Supremo de Justicia, cuyos miembros designó, y atribuírsela a una “Comisión” creada y designada por la propia Asamblea y ni siquiera por el nuevo Tribunal Supremo; situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia aceptó resignadamente durante más de un año.

Por otra parte, la disposición del artículo 23 del Decreto del 22-12-99 constituía una verdadera Disposición Transitoria que debió haber sido incorporada en las de la Constitución, y que dictó la Asamblea, en evidente usurpación de autoridad, la del pueblo, disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial:

De acuerdo con el presente régimen de *transición y hasta* que la Asamblea Nacional *apruebe la legislación* que determine los *procesos y tribunales* disciplinarios.

Conforme a la nueva Constitución sólo los jueces pueden ejercer la función judicial (art. 253), por lo que era totalmente ilegítimo y contrario a la garantía del debido proceso (art. 49), el atribuir funciones judiciales a una Comisión como la mencionada, que no era un Tribunal. Si se trataba de establecer, así fuera arbitrariamente, un régimen transitorio para la jurisdicción disciplinaria, las funciones judiciales que implica debieron atribuirse a tribunales o jueces preexistentes, y no a una “Comisión” *ad hoc*, pues ello, además, violaba la garantía del debido proceso y del juez natural que la nueva Constitución regulaba expresamente (art. 49).

Con posterioridad la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18-01-00, en relación con el Poder Judicial, también, “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales³⁵²; y el relativo a la de-

signación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial³⁵³.

5. *La designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano*

La Asamblea Nacional Constituyente, en el Decreto sobre Régimen de Transición de Poder Público de 22-12-99, no sólo nombró al Defensor del Pueblo (art. 34), que era para lo único que tenía competencia constitucional en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, sino también al Contralor General de la República (art. 36) y al Fiscal General de la República (art. 35), en forma provisional mientras la Asamblea Nacional, una vez que se eligiese, designara a los nuevos titulares.

Incluso, en el Decreto le asignó al Contralor General de la República una competencia no prevista en norma alguna del ordenamiento, que era la posibilidad de *intervenir* las Contralorías Estadales y Municipales y designar con carácter provisional a los titulares de esas entidades (art. 37), con lo cual violaba la autonomía de los Estados y Municipios garantizada en la nueva Constitución.

6. *La designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral*

En cuanto al Poder Electoral, por último, la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello, y en forma ilegítima, en el Decreto del 22-12-99 se autoatribuyó competencia para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas, todas vinculadas al nuevo poder y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la nueva Constitución.

Además, la Asamblea se autoatribuyó competencia para fijar la oportunidad de las primeras elecciones para los cargos representativos previstos en la Constitución (art. 39), y se autoatribuyó competencia para dictar el Estatuto Electoral que debería regir en los primeros comicios para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público.

7. *El reconocimiento, por el Tribunal Supremo de Justicia, que había sido producto del “Régimen de transición del Poder Público”, del rango constitucional del mismo y de la existencia de un doble régimen transitorio constitucional: uno constitucional y otro paraconstitucional.*

El Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público fue impugnado ante la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia en fecha 29 de diciembre de 1999, respecto a los nombramientos del Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Defensora del Pueblo, Directivos del Consejo Nacional Electoral y miembros de la Comisión Legislativa Nacional (“Congresillo”).

Luego de la remisión del expediente a la Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, ésta, mediante sentencia N° 4 de fecha 26 de enero de 2000 (*Caso Eduardo García*), cuyo Ponente fue el magistrado Iván Rincón Urdaneta, último Presidente de la extinta Corte Suprema de Justicia y Presidente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, reconoció que el Decreto era “un acto de rango y naturaleza constitucional” y, además

de naturaleza organizativa, por el cual se produjo la designación de altos funcionarios del Poder Público Nacional, el cual se fundamenta en los propósitos de reorganización del Estado, conferidos a la Asamblea Nacional Constituyente.

El Tribunal Supremo, además, concluyó señalando que:

Tomando en cuenta lo antes señalado, estima la Sala que, dado el carácter originario del poder conferido por el pueblo de Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante la pregunta N° 1 y la Base Comicial Octava del referendo consultivo nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y por tanto la no sujeción de este poder al texto constitucional vigente para la época, la demanda propuesta, al fundamentar las presuntas transgresiones en la referida Constitución y no en los parámetros y principios consagrados en las bases fijadas en le citado referendo, conduce forzosamente a su improcedencia.

De igual manera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre el Decreto del “Régimen de Transición del Poder Público”, al ser éste impugnado en fecha 17 de enero de 2000. En efecto, mediante sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000 cuyo Ponente fue el magistrado Héctor Peña Torrelles, el Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente la acción de nulidad interpuesta contra el referido Decreto con base en los siguientes argumentos:

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 Unica; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada, los mismos sólo podrían estar regulados -como fuera señalado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno antes referida- 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 esta sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.

Se reconoció, así, por el Tribunal Supremo de Justicia, rango constitucional al régimen transitorio inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, desligado tanto de la Constitución de 1961 como de la propia Constitución de 1999; régimen transitorio que, además, contenía el acto de designación de los propios Magistrados. Lo menos que podían haber hecho era inhibirse, pero no fue así; y esa y otras sentencias que juzgaron dicho régimen constituyeron violación del principio elemental del Estado de derecho conforme al cual nadie puede ser juez en su propia causa.

Ahora bien, el aspecto jurídico medular que deriva del Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público es que la Asamblea Nacional Constituyente, burlándose del texto de las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, después que la misma había sido aprobada por el pueblo en el referendo del 15-12-99, dispuso otro régimen transitorio al margen de la Constitución, contenido en el mencionado Decreto, que no fue aprobado por el pueblo. Se violó así lo dispuesto en la “base comicial novena” del referendo del 25-04-99 que exigía que la nueva Constitución debía ser aprobada por el pueblo.

El Tribunal Supremo de Justicia creado, precisamente, en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, se encargó de avalar este desaguizado constitucional, en la sentencia de 28-03-2000 (*caso: Allan R. Brewer-Carías y otros*) dictada con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, con motivo de declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea el 30 de enero de 2000³⁵⁴.

En efecto, la Sala Constitucional fundamentó su decisión en el argumento de que conforme al referendo del 25 de abril de 1999, la Asam-

354 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00

blea Nacional Constituyente para cumplir su misión de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución que sustituyera a la de 1961, supuestamente tenía varias alternativas para regular el régimen constitucional transitorio: *Una*, elaborar unas Disposiciones Transitorias que formaran parte de la Constitución para ser aprobada por el pueblo mediante referendo; y *otra*, dictar actos constituyentes aparte, de valor y rango constitucional, que originarían un régimen transitorio constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo.

Esto, por supuesto, era un disparate constitucional. De acuerdo con el referendo del 25-4-99 y conforme se establece en la base novena de rango supraconstitucional como lo consideró la antigua Corte Suprema de Justicia, y cuyo contenido no consideró el Tribunal Supremo, las nuevas normas constitucionales producto del proceso constituyente, para entrar en vigencia, debían ser aprobadas por referendo popular. Esa fue la voluntad expresada por el pueblo el 25-4-99: que la Asamblea Nacional Constituyente no podía poner en vigencia actos con rango constitucional sino que sólo el pueblo, por referendo, podía poner en vigencia la nueva Constitución. Por ello, el pueblo venezolano fue convocado a referendo el 15-12-99, para aprobar la Constitución. Por tanto, conforme a la voluntad popular del 25-4-99, sólo el propio pueblo podía aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio, por lo que no podía existir ninguna otra norma de rango constitucional que no fuera aprobada por el propio pueblo.

Por ello, al considerar el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia mencionada que el Estatuto Electoral dictado por la Asamblea Nacional Constituyente tenía un supuesto rango constitucional, con el objeto de llenar los supuestos vacíos de las Disposiciones Transitorias de la Constitución, vacíos que habían sido inventados y provocados por la propia Asamblea Nacional Constituyente antes de publicar la Constitución; puede considerarse que el Tribunal violó la soberanía popular expresada el 25-4-99 y marginó la soberanía popular expresada el 15-12-99. La verdad es que de nada sirvió que los venezolanos hubiésemos aprobado por referendo una Constitución el 15-12-99, si paralelamente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar otras normas constitucionales no aprobadas por el pueblo.

Partiendo del falso supuesto anterior de que conforme al referendo del 25-4-99, la Asamblea Nacional Constituyente podía poner en vigencia normas constitucionales no aprobadas por el pueblo, el Tribunal Supremo de Justicia consideró que el Estatuto Electoral impugnado, al tener rango

constitucional, no podía violar la Constitución de 30-12-99, como fue lo que habíamos alegado en el recurso de nulidad³⁵⁵.

De esta premisa fundamental, falsa y contradictoria, el Tribunal Supremo de Justicia derivó su decisión, en la cual:

Primero: Reconoció la existencia de un vacío legal (que sólo la Asamblea había creado) en las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, y pretendió llenarlo con una interpretación violatoria de la soberanía popular. El “limbo jurídico” que refiere con toda diligencia la sentencia había sido inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, y no fue originado por las Disposiciones Transitorias de la Constitución. Al haber sido creado por dicha Asamblea, por su arbitrariedad, de lo que se requería era de un remedio judicial constitucional por parte del Tribunal Constitucional y no de una bendición. Este, en efecto, lo que hizo fue aceptar la violación constitucional y forzando la interpretación, trató de enderezar un entuerto constitucional.

Segundo: Incurrió en contradicción, al considerar que el régimen transitorio de orden constitucional iniciado el 25-4-99 “finalizó con la aprobación de la Constitución” de 30-12-99 por el pueblo, y paralelamente admitió la existencia de otro régimen transitorio “paraconstitucional” no aprobado por el pueblo.

Tercero: Contradijo la sentencia de la propia Sala Constitucional del 27-2-2000, que había establecido la sumisión a la Constitución de 1999 de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados con posterioridad a la publicación de la Constitución el 30-12-99, pues en esta nueva sentencia, señaló que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados después de esa fecha también tenían rango “constitucional”; no que eran “supraconstitucionales”, sino de igual rango que la Constitución aprobada por referendo, sin estar ello regulado en las Disposiciones Transitorias de la propia Constitución y sin haber sido aprobadas por el pueblo.

Cuarto: Contradijo y desconoció el poder derogatorio expreso de la nueva Constitución en relación con todas las normas preconstitucionales contrarias a sus disposiciones y no sólo las dictadas basadas en la Constitución de 1961. No hay Disposición Transitoria alguna en la Constitución de 30-12-1999 que hubiera asegurado la supervivencia de normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, que después de publicada la Constitución, contrariasen sus disposiciones. El Tribunal Supremo de Justicia, así, pretendió de nuevo suplir el vacío producido por la arbitrariedad de la Asamblea Nacional Constituyente, y marginó la voluntad popular.

355 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición, Caracas 2001, pp. 270 y ss.

Sin embargo, el aspecto más importante de la sentencia que se comenta del Tribunal Supremo es el que dejó sentado el principio de que supuestamente, la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar normas de rango constitucional, no aprobadas mediante referendo por el pueblo. Esto, sin duda, era un criterio violatorio de la base comicial novena del referendo del 25-4-99, que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en la citada sentencia de 14 de octubre de 1999 (*Caso: Henrique Capriles Radonski vs. Decreto de Regulación de funciones del Poder Legislativo*) había considerado de rango “supraconstitucional”.

En efecto, la base comicial novena del referendo del 25-04-99, que, se insiste, se había considerado de rango supraconstitucional por lo que a ella estaba sometida la Asamblea Nacional Constituyente en su actuación, estableció que la nueva Constitución que elaborara la Asamblea sólo entraría en vigencia una vez aprobada mediante referendo. De ello se deducía que la voluntad popular en Venezuela, expresada en el referendo del 25-4-99, fue que la Asamblea Nacional Constituyente –a diferencia de lo que había ocurrido en Colombia en 1991– no podía poner en vigencia la nueva Constitución ni norma constitucional alguna, sino que éstas tenían que ser aprobadas por el pueblo, mediante referendo.

Sin embargo, ese no fue el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia indicada, en la cual la Sala Constitucional, como se dijo, partió del siguiente supuesto:

La Asamblea Nacional Constituyente, a fin de cumplir el mandato que le otorgó el pueblo, *tenía varias alternativas*, una, elaborar una Constitución con un conjunto de disposiciones transitorias que regularan al máximo la implementación jurídica del régimen transitorio entre las instituciones previstas en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y las prevenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Otra alternativa era, no realizar dicha implementación en las disposiciones transitorias de la Constitución y efectuarla mediante un cuerpo legislativo aparte, complementado por actos destinados a llenar el vacío institucional que se crearía al entrar en vigencia la nueva Constitución. Esta fue la vía escogida por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando dictó el Régimen Transitorio del Poder Público, publicado el 29 de diciembre de 1999 en la Gaceta Oficial N° 36.859, destinado al régimen de transición en lo atinente a la reestructuración del poder público. A tal fin, el artículo 2 del “Régimen de Transición del Poder Público”, textualmente reza:

Las previsiones del presente régimen de transición desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.

El régimen de transición señalado reguló al Poder Legislativo nacional, mediante la creación de la Comisión Legislativa Nacional, la cual funcionará hasta la fecha en que se reúna efectivamente la Asamblea Nacional

prevenida en la Constitución vigente, y a quien señaló en el artículo 6 del Régimen de Transición del Poder Público, sus atribuciones.

Igualmente, dentro del régimen transitorio, el constituyente reguló el Poder Electoral, y el artículo 39 del Régimen de Transición del Poder Público, expresó *“Los primeros comicios para la elección de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados, de los Consejos Municipales, del Presidente de la República, de los Gobernadores de Estado y de los Alcaldes de los Municipios, serán organizados por el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a la fecha y al Estatuto Electoral que apruebe la Asamblea Nacional Constituyente”* (Subrayado de la Sala).

Entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 30 de diciembre de 1999, según su propio texto, se hace necesario elegir a la Asamblea Nacional, institución básica entre los poderes públicos para el funcionamiento del sistema político-jurídico que desarrolla la Constitución recién promulgada, y hasta su elección e instalación, nace un segundo régimen transitorio, el cual se rige por las normas sancionadas a ese fin por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio de su competencia constituyente, y que responde a las Bases Primera y Octava para lo que se convocó el referendo del 25 de abril de 1999, las cuales se proyectan paralelamente a la Constitución vigente, tal como lo estableció el Régimen de Transición de Poder Público, que obran -por disposición del artículo 2 de dicha normativa- como Disposiciones Transitorias de la Constitución vigente. Esta normativa de rango análogo a la Constitución, está destinada a que las instituciones prevenidas en la Constitución, pero que aún no han entrado en funcionamiento, se realicen, y se agota al cumplir su cometido.

Las normas de transición devienen así en integrantes del sistema constitucional, en cuanto hacen posible la plena vigencia de la naciente Constitución. La transitoriedad es inherente al propio proceso constituyente y le es immanente.

De este razonamiento se deduce, entonces, el absurdo constitucional de que podía haber un régimen constitucional transitorio no previsto en la Constitución de 1999, ni aprobado por el pueblo, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual es totalmente incorrecto. El Tribunal Supremo se había olvidado consultar la base comicial novena (la sentencia sólo hizo referencia a las bases primera y octava) que imponía, con carácter supraconstitucional, la exigencia de que la Constitución y toda norma de rango constitucional producto de la Asamblea Nacional Constituyente tenía que ser aprobada por el pueblo, mediante referendo, para poder considerarse aprobada definitivamente. Eso ocurrió con el texto de la Constitución y sus Disposiciones Transitorias aprobadas en el referendo del 15-12-99, pero no ocurrió con el Régimen Transitorio del Poder Público dictado por la Asamblea con posterioridad y, al cual, sin embargo, el Tribunal Supremo le reconoció *“rango análogo a la Constitución”* con vigencia *“paralelamente a la Constitución vigente”*.

Para reforzar esta absurda consideración, la Sala Constitucional utilizó un argumento propio del derecho privado, de que “quien puede lo más puede lo menos”, el cual es totalmente inaplicable en derecho público, donde la competencia tiene que ser expresa. La Sala, en efecto argumentó como sigue:

Tal disposición, emanada del poder constituyente *que podía lo más*, cual era la transformación del Estado, lo que iba a adelantar mediante la aprobación de una nueva Constitución y del régimen de transición, claro *que podía lo menos*, dentro de su cometido de transformación del Estado, cual era dictar las normas que permitirían la transición entre el sistema constitucional abrogado y el nuevo, que conforme al texto constitucional de 1999, no podía de inmediato constituirse en todas sus instituciones.

De lo anterior, entonces, la Sala Constitucional dedujo lo siguiente, desconociendo el poder derogatorio de la Constitución de 1999 y su supremacía:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al entrar en vigor, deroga el ordenamiento jurídico basado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pero no el nacido de la transitoriedad a que se refiere el tipo de normas antes señalado, y que como emanación del poder constituyente deben complementar a la Constitución en la instalación de las instituciones, cuyas fórmulas para esa instalación no se previeron dentro del texto constitucional, o dentro de las disposiciones transitorias a él incorporadas, pero estas normas, producto de la Asamblea Nacional Constituyente, surgen del régimen nacido del referendo del 25 de abril de 1999, que es un régimen de producción originaria de rango análogo a la Constitución misma, pero cuya vigencia termina cuando se logre la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución.

Más adelante, la sentencia insistió en este argumento así:

El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá; ya que el artículo 3 de dicho régimen, señala: “*Cada disposición del régimen de transición del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional*”, por lo que mientras tales legislaciones no se aprueben, las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente. Ese régimen legal es el ordinario que corresponde a la Asamblea Nacional, y el que le ordena adelantar las

Disposiciones Transitorias que como parte integrante del texto constitucional, se publicaron con él.

Resulta de un formalismo conducente a la irrealidad, pretender que el sistema de una Constitución que recién se implante, pueda organizarse dentro sí misma, sobre todo, cuando las disposiciones transitorias dejen vacíos sobre la etapa de transición de un sistema constitucional, como lo es el caso de la vigente Constitución.

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

De lo anterior resulta, por tanto, la siguiente situación irregular:

1. La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 17 de noviembre de 1999 una Constitución con un régimen transitorio previsto en sus Disposiciones Transitorias, que implicaban la permanencia de los titulares de los órganos de los Poderes Públicos, hasta que fueran electos los nuevos titulares. En la expresión de la voluntad popular (referendo del 15-12-99) y de la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente que sancionó y proclamó la Constitución, por tanto, no quedó vacío legal alguno respecto de la transición constitucional.

2. Dicha Constitución de 1999, con dicho régimen transitorio, fue sometida a referendo aprobatorio, y así fue aprobada por el pueblo el 15-12-99, siendo proclamada formalmente por la Asamblea Nacional Constituyente el 20-12-99.

3. Con posterioridad, dos días después, la Asamblea Nacional Constituyente cambió de opinión y resolvió alterar el régimen transitorio que estaba previsto en la Constitución de 1999 aprobada en referendo, y antes de que se publicara para que entrara en vigencia, el 22-12-99 dictó el Régimen de Transición del Poder Público, que sustituyó a todos los titulares de los órganos del Poder Público y modificó su estructura. Dicho régimen originó, entonces, un supuesto “vacío legal” que pretendió llenar con normas de rango constitucional no aprobadas por el pueblo.

4. El Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 28-3-2000, le atribuyó a dicho Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente sin aprobación popular, rango y valor constitucional, contrariando así la base comicial novena del referendo del 25-4-99, que se configuraba como el conjunto normativo supra-constitucional que constituía el límite de la actuación de la Asamblea.

5. En el país, entonces, y como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo, existen dos regímenes constitucionales paralelos: uno contenido en la Constitución de 1999, aprobada por el pueblo; y otro, dictado con posterioridad a dicha aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente, no aprobado por el pueblo y de vigencia imprecisa hasta que se apruebe toda la legislación que prevé la propia Constitución de 1999, lo cual puede durar décadas.

El Tribunal Supremo de Justicia, lamentablemente, en lugar de cumplir su deber como contralor de la constitucionalidad, quiso resolver el vacío creado por la Asamblea después de aprobada la Constitución de 1999 por referendo popular, violentó el ordenamiento constitucional y frustró la esperanza de que apuntalara el Estado de Derecho, precisamente cuando comenzaba a entrar en aplicación la nueva Constitución.

Todo este sistema de doble régimen constitucional paralelo y yuxtapuesto lo confirmó la Sala Constitucional, posteriormente, en el auto dictado el 12-12-00 con motivo de resolver sobre la pretensión de amparo que había acumulado la Defensora del Pueblo a la acción de nulidad por inconstitucionalidad que intentó contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional de 14-11-00³⁵⁶, en el cual señaló:

A partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente surge una situación inédita en el constitucionalismo nacional. En una primera fase, hasta la promulgación de la actual Constitución, sin ruptura constitucional de ninguna especie, siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que contraríen a dicha Constitución, adquirieron la categoría de actos constitucionales, ya que es el pueblo soberano, por medio de sus representantes, quien deroga puntualmente disposiciones constitucionales, creando así un doble régimen, donde como ya lo ha señalado esta Sala, coexistía la Constitución de 1961 con los actos constituyentes. Una segunda etapa, de este sistema constitucional, surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las cartas fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

Para evitar el vacío institucional mientras se promulguen las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el Régimen de Transición del Poder Público (*Gaceta Oficial* N° 36.920 de 28 de marzo de 2000), de manera que las instituciones delineadas en la Constitución de 1999, aun no

356 *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-00.

desarrolladas por las leyes, pudieran funcionar, evitándose así que las normas constitucionales quedaran sin contenido. Este régimen de transición, que se fue complementando con otras normativas emanadas del poder constituyente, necesariamente tiene naturaleza constitucional, ya que integra la Constitución, vigente mientras las instituciones se normalicen, por lo que no puede considerarse que los poderes actuales sean ilegítimos o inconstitucionales, si se fundan en el Régimen de Transición del Poder Público. Basta leer el *artículo 2 del Régimen de Transición del Poder Público*, para constatar que dicho régimen desarrolla y complementa las disposiciones transitorias de la Constitución de 1999. La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fechas 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

Es insólito que un tribunal constitucional, encargado de velar por la supremacía constitucional, pudiera llegar a considerar que el Régimen de Transición del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, después de aprobada popularmente la Constitución de 1999 y de haber sido proclamada por la propia Asamblea, pudiera tener el mismo rango que la Constitución. ¿Para qué, entonces, la payasada del referendo aprobatorio de la Constitución si la Asamblea Nacional Constituyente podía, a su discreción, poner en vigencia normas de rango constitucional, sin aprobación popular? El papel del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el proceso constituyente, sin duda, se recordará, sí, en los anales de nuestra historia constitucional, pero no precisamente por su apego a la constitucionalidad.

III. EL RÉGIMEN ELECTORAL PARA LAS PRIMERAS ELECCIONES DE 2000 DICTADO AL MARGEN DE LA CONSTITUCIÓN

La Asamblea Nacional Constituyente, al haber dispuesto en el Régimen de Transición del Poder Público, en una forma que no estaba prevista en la Constitución aprobada por el pueblo, la cesación en sus cargos de los representantes electos un año antes, no tuvo otra alternativa que

pretender llenar el vacío que ella misma había creado, con el establecimiento de un régimen electoral para las primeras elecciones de 2000, sobre lo cual nada se había regulado en las Disposiciones Transitorias de la Constitución.

1. *El Estatuto Electoral del Poder Público (30-1-2000)*

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente con fecha 30 de enero del 2000 en el día de su propia cesación, dictó un Estatuto Electoral del Poder Público³⁵⁷, mediante el cual derogó parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; y además, mediante Decreto de igual fecha, 30 de enero del 2000, fijó para el día 28 de mayo del 2000 la realización de las primeras elecciones nacionales, estatales y municipales y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano, las cuales por el fracaso del Consejo Nacional Electoral nombrado por la propia Asamblea, tuvieron que ser suspendidas y realizadas varios meses después.

Dichos actos, en virtud de la vigencia inmediata y el poder derogatorio de la Constitución (de sus artículos y de sus Disposiciones Transitorias) estaban sujetos y tenían que ajustarse a lo dispuesto en la Constitución de 1999. Sin embargo, de nuevo, no fue así como lo interpretó el Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, el Estatuto Electoral fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de que ya se había publicado la nueva Constitución, fundamentándose en el “ejercicio del poder soberano constituyente originario” que supuestamente le habría sido otorgado por el referendo del 25-04-99 para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Además, se fundamentó en lo establecido en el artículo 39 del Decreto sobre el “Régimen de Transición del Poder Público”, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99. La Asamblea Nacional Constituyente, así, se burló de la Constitución de 1999 y de la misma voluntad popular expresada el 15-12-99. Para la Asamblea, eso no tenía importancia, ya que dictó un texto postconstitucional que violaba la propia Constitución, basada en los supuestos “poderes constituyentes” que ya habían cesado por la aprobación popular de la nueva Constitución.

Ahora bien, con fundamento en estas disposiciones, la Asamblea Nacional Constituyente estableció el régimen que debía regir “los primeros procesos comiciales para la elección de todos los representantes que

357 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00

integran los órganos de los Poderes Públicos, así como el Parlamento Latinoamericano y el Parlamento Andino”, y derogó parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al decretar que ésta debía ser “de aplicación supletoria al presente Estatuto Electoral” (art. 1).

Debe insistirse en que a partir del 30-12-99, la Asamblea Nacional Constituyente no podía atribuirse a sí misma el ejercicio del poder constituyente originario, el cual, conforme al artículo 347 de la Constitución, a partir de su entrada en vigencia, no había duda de que *correspondía exclusivamente al pueblo*. Dicha norma establece, en efecto, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario”, y sólo el pueblo puede “ejercerlo”, incluso convocando una Asamblea Nacional Constituyente.

En consecuencia, el Estatuto Electoral no sólo carecía de base constitucional para que se pudiera dictar, sino que al haberse dictado por la Asamblea, supuestamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” como se indica en los fundamentos del mismo, se violó abiertamente lo establecido en el artículo 347 de la Constitución que ya estaba en vigencia desde un mes antes. Por ello, además, el Estatuto estaba viciado de usurpación de autoridad, por lo cual era nulo conforme al artículo 138 de la nueva Constitución. Conforme a la interpretación dada por la Sala Constitucional, después de publicada la Constitución de 1999 la Asamblea no podía autoatribuirse tal “poder soberano constituyente originario”, que sólo corresponde al pueblo. Al haberlo hecho, dictando el Estatuto Electoral, insistimos, no sólo usurpó la autoridad del pueblo, siendo dicho acto nulo conforme al artículo 138 de la Constitución; sino que violó abiertamente el artículo 347 de la Constitución.

Por otra parte, en cuanto al fundamento indicado respecto del artículo 39 del Decreto sobre el “Régimen de Transición del Poder Público”, la Asamblea se había autoatribuido competencia para dictar el Estatuto Electoral que debía regir en los primeros comicios para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público. Sobre dicha competencia, debe señalarse que la Constitución de 1999, una vez sometida a referendo popular el 15 de diciembre de 1999 y publicada el 30-12-99, había entrado en vigencia inmediata, y en ella se indicaba que la única competencia legislativa que se le atribuía a la Asamblea Nacional Constituyente, mientras estuviese en funcionamiento, era la de dictar la “Ley Especial del Distrito Capital” (Disposición Transitoria Primera), y nada más.

La competencia que en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público se autoatribuyó la Asamblea para dictar el Estatuto Electoral, por no estar prevista en la Constitución aprobada por el pueblo, al entrar ésta en vigencia el 30 de diciembre de 1999, puede considerarse que había quedado tácitamente derogada por contrariar lo dispuesto en su

texto (Disposición Derogatoria), pues conforme a la Constitución, sólo la Asamblea Nacional que se eligiera tenía potestad legislativa en materia electoral (arts. 63, 156, ord. 32, 187, ord. 1º, y 202); correspondía, sin embargo, al Consejo Nacional Electoral, órgano del nuevo Poder Público Nacional creado en la Constitución, establecer las adaptaciones normativas necesarias para la realización de las primeras elecciones.

El Decreto sobre el Estatuto Electoral, en todo caso, fue impugnado en varias oportunidades ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁵⁸. La primera sentencia (Nº 179) recaída al efecto (*caso: Gonzalo Pérez Hernández*) fue dictada en fecha 28 de marzo de 2000, bajo la ponencia del magistrado J.M. Delgado Ocando, en la cual se señaló que:

...Es claro que si la vigente Constitución prevé la legislación electoral como competencia de la Asamblea Nacional, ésta no puede, por razones lógicas, ejercer dicha competencia antes de ser instituida. Por eso, la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé la atribución del Consejo Nacional Electoral para convocar, organizar y supervisar los procesos electorales, mientras se promulgan las leyes electorales previstas en la Constitución vigente, pero no para dictar las normas conforme deba discurrir dicho proceso. La prescripción de la Base Transitoria Octava responde a este carácter inmanente y necesario de la transición al prever la competencia del Consejo Nacional Electoral y el propio régimen electoral que, al no poder ser sancionado por la Asamblea Nacional, y no estar explicitado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sólo puede ser sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente, pues la Disposición Transitoria Octava carecería de sentido si las previsiones de la vigente Constitución, incluido el artículo 298 eiusdem, pudieran ser aplicadas en el período de transición.

La Sala Constitucional al decidir esto, sin duda, se había olvidado de consultar el artículo 293, ordinal 1º de la nueva Constitución que le atribuía competencia al Consejo Nacional Electoral, como una de las ramas del Poder Público Nacional, para “resolver las dudas y vacíos” que las leyes electorales “susciten y contengan” y, por tanto, así poder adaptar la normativa electoral que estaba vigente a la nueva Constitución para la realización de las mencionadas primeras elecciones. En todo caso, el Tribunal Supremo de Justicia tenía el poder para interpretar la ley y adaptarla a la nueva Constitución como ya lo había hecho en la materia electoral, en la sentencia Nº 17 de la Sala Electoral de 14-03-2000 al resolver que la Asamblea Nacional no tenía “diputados adicionales”.

358 Véase en general Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales”, *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 3, Caracas 2000, pp. 77 y ss.

En todo caso, el Tribunal Supremo de Justicia, continuó señalando en su sentencia que:

El Estatuto Electoral del Poder Público ha integrado el régimen constitucional nacido del proceso constituyente, en orden a hacer efectivo el proceso de transición hacia la plena vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con la pregunta 1º del Referendo del 25 de abril de 1999. Esta Sala considera que sólo por una ficción jurídica podría distinguirse la naturaleza de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las otras normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente, aunque estas últimas normas tengan una vigencia determinada diferente a la vigencia indefinida de la Carta Magna. La Sala considera, asimismo, que todas las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente, incluida la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituyen un sistema normativo constitucional, cuya teleología tiende a “la transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico”, mediante un proceso que garantice la continuidad institucional, el Estado de Derecho y la “implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada.

En esta forma, el Tribunal Supremo continuó otorgándole rango constitucional a todas las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, incluso las dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, burlándose de sus disposiciones y contrariando la misma doctrina de la Sala, expresada en la sentencia N° 6 dictada el 17-01-00 conforme a la cual:

Los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.

En la misma fecha 28-3-00, la Sala Constitucional dictó otra sentencia (N° 180) con motivo de otra impugnación del Estatuto Electoral (*Caso: Allan R. Brewer-Carías y otros*), bajo la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en la cual, con razonamientos totalmente alejados de lo que es el control de constitucionalidad, contradictorios, y partiendo de premisas falsas, esta vez no fue que declaró improcedente el recurso intentado, sino que lo declaró sin lugar.

La primera argumentación de la Sala giró en torno a las consecuencias que originaría la declaratoria con lugar de la acción de inconstitucionalidad propuesta, con razonamientos de mérito, es decir, de oportunidad o conveniencia, muy alejados del control de constitucionalidad que debía ejercer un Tribunal Constitucional, sobre todo si los argumentos de mérito eran falsos. La Sala, en efecto, señaló entre otros aspectos, lo siguiente:

Si tal pedimento fuese declarado con lugar, no se podría elegir la Asamblea Nacional, desapareciendo así uno de los poderes en que se divide el Estado, y dejando sin efecto el sistema democrático (...).

La Asamblea Nacional Constituyente dictó el Estatuto Electoral del Poder Público, el cual de ser nulo, dejaría en un limbo jurídico la elección de la Asamblea Nacional, hasta el punto que no podría realizarse su elección, a menos que se llamara de nuevo una Asamblea Nacional Constituyente con ese objeto.

Mientras ocurre tal llamado, y se instala de nuevo la Asamblea Nacional Constituyente, lo que resulta indefinido en el tiempo, Venezuela dejaría de ser un Estado Democrático, ya que uno de sus poderes, la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) no podría instalarse, y aceptar tal situación es violar flagrantemente no sólo la Constitución vigente, sino los principios de organización política que la informan”.

La República tendría entonces el Poder Ejecutivo y el Judicial sin ser relegitimados, y con un Poder Legislativo limitado a lo que el régimen transitorio de los Poderes Públicos le permite a la Comisión Legislativa Nacional.

Declarar una nulidad del Estatuto que regula las únicas elecciones posibles para normalizar el funcionamiento del Estado es una irresponsabilidad que conduce a la negación del sistema democrático, al dejar indefinida la instalación de la Asamblea Nacional, con sus deberes esenciales para la vida del Estado. Por ello, considera esta Sala que la acción intentada contraría el orden público constitucional, y así se declara.

La visión apocalíptica y desconsolada que el Magistrado ponente de la sentencia vio en la acción intentada, al punto de declararla que contrariaba “el orden público constitucional” (¿cuál? ¿el que estaba en su imaginación alucinada?), se hubiera disipado suavemente, si sólo hubiera considerado la acción intentada desde el punto de vista jurídico-constitucional, no de mérito, y se hubiera percatado de que la nueva Constitución había creado no una división tripartita del Poder Público Nacional, sino una división pentapartita (no sólo Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino también el Ciudadano y el Electoral), que originaba el Poder Electoral, con todas las características del Poder Público Nacional y con las competencias que le asignaba el artículo 292 de la Constitución, precisamente para resolver todos los “cataclismos” institucionales que se imaginó. Sólo bastaba que el Magistrado ponente hubiera leído un artículo de la Constitución, el art. 292, y ello hubiera evitado que condujera a la Sala Constitucional a pronunciar tan alucinada y apocalíptica sentencia.

Todos los problemas, inconvenientes o incomodidades que significaban ejercer el control de constitucionalidad en ese caso, se hubieran disipado si el Magistrado ponente hubiera “descubierto” que la misma Constitución preveía la salida institucional a la inconstitucionalidad cometida por la Asamblea Nacional Constituyente, consistente en que el

Poder Electoral ejerciera sus competencias de adaptar la legislación electoral que estaba vigente a la nueva Constitución, precisamente con las orientaciones de interpretación constitucional que debía darle la Sala Constitucional. Toda la imaginación que la Sala Constitucional ya había desplegado en la “interpretación” constitucional, al punto de crear todo un cuerpo normativo sobre el procedimiento de amparo, modificand incluso la Ley Orgánica de Amparo, en la sentencia N° 7 de fecha 01-02-00 (*Caso: José A. Mejía y otros*) dictada bajo la ponencia del mismo magistrado Jesús Eduardo Cabrera³⁵⁹ pudo haberse ejercido en este caso del Estatuto Electoral. Pero aquí, el nuevo poder, al cual los Magistrados le debían su nombramiento, podía reaccionar “inconvenientemente”; en cambio, en materia de amparo, nadie protestaría. Cuando la justicia constitucional es moldeable según la presencia o presión del poder y se pone a su servicio, la mejor construcción jurídico-formal sobre control de constitucionalidad como la que contiene la Constitución de 1999, lamentablemente queda diluida y no sirve de mucho, salvo para consolidar la arbitrariedad.

En todo caso, para justificar la “constitucionalidad” del Estatuto Electoral, la Sala Constitucional no analizó los alegatos de inconstitucionalidad formulados (¿entonces, cómo pudo declarar sin lugar la acción?), sino que de nuevo se basó en la consideración del rango constitucional del Régimen Transitorio creado por la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual le asignó, sin rubor alguno, incluso después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1999, el carácter de “poder constituyente originario” y, por tanto, por encima de la propia Constitución. Por ello, la Sala señaló:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al entrar en vigor, deroga el ordenamiento jurídico basado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pero no el nacido de la transitoriedad a que se refiere el tipo antes señalado, y que como emanación del poder constituyente deben complementar a la Constitución en la instalación de sus instituciones, cuyas fórmulas para esa instalación no se previeron dentro del texto constitucional, o dentro de las disposiciones transitorias a él incorporadas....

No tuvo en cuenta la Sala Constitucional que si esas normas no se incorporaron a la Constitución y a sus Disposiciones Transitorias fue porque esa fue la voluntad popular expresada en el referendo del 15-12-99, y nadie tenía el poder de sustituirse al pueblo, ni la Asamblea Nacional Constituyente ni su producto primario, el Tribunal Supremo de Justi-

359 Véase los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas 2000, pp. 49 y ss.

cia. Con esta sentencia, ambos órganos incurrieron en usurpación de la voluntad popular.

Ninguna razón constitucional podía invocar la Sala Constitucional para decir que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, con las adaptaciones que el Poder Electoral debía establecer conforme a su competencia de “reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que susciten o contengan (art. 293,1), no podía regir las primeras elecciones de órganos del Poder Público, y menos cuando el Constituyente en la Disposición Transitoria Octava había dispuesto que “mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral”.

Sin embargo, señaló la Sala:

Ese acto inicial, destinado a la instalación de esos órganos y al nombramiento de algunos miembros del Poder Público, como esta Sala –por ejemplo, tenía que ser sancionado por el poder constituyente, único capaz de hacerlo, al no estar regulado en la Constitución su desarrollo inmediato, y vive dentro del segundo régimen transitorio que nació –necesariamente este último- a partir del 30 de diciembre de 1999, fecha en que entró en vigencia la Constitución, sin resolver dentro de su cuerpo, ni en las disposiciones transitorias publicadas junto con ella, lo relativo a la instalación de la Asamblea Nacional, Presidente de la República, diputados a los Consejos Legislativos y Gobernadores de los Estados, Concejales al Cabildo Metropolitano de Caracas y Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, integrantes de los Concejos Municipales y Alcaldes de los Municipios, Juntas Parroquiales, representantes al Parlamento Latinoamericano y representantes al Parlamento Andino, instituciones básicas de la democracia participativa y de la estructura del Estado, y que permiten la vigencia plena de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al ejercer la Asamblea Nacional Constituyente su competencia constituyente, conforme al referendo del 25 de abril de 1999, cumplió el mandato que el pueblo le otorgó y sin que exista ruptura alguna del orden constitucional, ha permitido la continuidad normativa entre la abrogada Constitución de 1961 y la entrada en vigencia (con el funcionamiento de sus instituciones cuya instalación no fue normada en su texto) de la Constitución de 1999.

La violación a la reserva legal que se aduce en la acción intentada, como causa de la inconstitucionalidad del Estatuto Electoral del Poder Público, por ser las leyes electorales competencia de la Asamblea Nacional, es un argumento válido cuando se agote el régimen de transitoriedad que se apunta en este fallo, y que termina en este sentido con la elección de la Asamblea Nacional prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta decisión, sin duda, violó la soberanía popular expresada en el referendo del 25 de abril de 1999, ya que, de acuerdo con la base comicial novena, de rango supraconstitucional como lo consideró la antigua Corte Suprema de Justicia, y cuyo contenido no consideró el Tribunal Supremo, las nuevas normas constitucionales del proceso constituyente, para entrar en vigencia debían ser aprobadas por referendo popular.

De acuerdo con esta decisión, se consolidó el criterio de que podía haber un régimen constitucional transitorio no previsto en la Constitución de 1999 ni aprobado por el pueblo, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. Como antes señalamos, se olvidó el Tribunal Supremo de consultar la base comicial novena (la sentencia sólo hizo referencia a las bases primera y octava) que al contrario impuso, con carácter supraconstitucional, la exigencia de que la Constitución y toda norma de rango constitucional producto de la Asamblea Nacional Constituyente, tenía que ser aprobada por el pueblo mediante referendo, para poder considerarse aprobada definitivamente.

2. *La fijación de la fecha de las primeras elecciones de 2000 y la inaplicabilidad de la nueva Constitución*

En la misma fecha 30-01-00, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otro Decreto mediante el cual fijó para el día 28-05-2000 la elección de los nuevos órganos representativos del Estado³⁶⁰. Este Decreto también fue impugnado junto con el Estatuto Electoral del Poder Público ante el Tribunal Supremo de Justicia. El Máximo Tribunal, en la antes señalada sentencia N° 180 de fecha 28 de marzo de 2000, al analizar los vicios imputados al Decreto de fijación de la fecha para las elecciones que violaba la nueva Constitución, señaló que la Constitución de 1999, a pesar de su vigencia, *no era aplicable* para la fijación de la fecha de las elecciones. Se dio inicio, así, a una serie de sentencias de la Sala Constitucional en las cuales este máximo interprete de la Constitución, al cual le correspondía y le corresponde velar por su integridad (art. 334) y garantizar su supremacía y efectividad (art. 335), se dio el lujo de decir, a su antojo, cuándo la Constitución era o no era aplicable en diversos casos concretos.

La Sala, en efecto, decidió la impugnación del Decreto que fijó la fecha de las elecciones, señalando lo siguiente:

Con relación a la impugnación del Decreto que fijó la fecha para las elecciones, esta Sala debe señalar que, aunque a la Comisión Legislativa Nacional, le fue atribuida la fijación de la fecha para los comicios de los car-

gos de elección popular (artículo 6, numeral 17), de todas maneras la Asamblea Nacional Constituyente, obrando dentro de los ciento ochenta (180) días de su vigencia, se reservó para sí la fijación de la fecha para la elección de la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos de los Estados, Concejos Municipales, Presidente de la República, Gobernadores de Estados y Alcaldes de Municipios, tal como lo señala el artículo 39 del Régimen Transitorio del Poder Público, lo que además concretó en el Decreto de fecha 30 de enero de 2000, que fue impugnado. Surge una aparente antinomia entre el numeral 17 del artículo 6 del Régimen de Transición del Poder Público y la fecha de fijación de las elecciones, pero considerando que ambas determinaciones emanan del poder constituyente dentro del régimen de transición, esta Sala debe resolver la supuesta antinomia.

El Poder Constituyente contiene una suma de todos los poderes. Conforme al artículo 39 del Régimen Transitorio del Poder Público, a pesar que en dicho régimen se autorizó a la Comisión Legislativa Nacional para fijar fecha de los comicios de elección popular, la propia Asamblea, se reservó la fijación de la fecha para la elección de la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos de los Estados, Concejos Municipales, Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes de Municipios, lo que podía hacer por su especial naturaleza. Dicha fijación de fecha, prevenida en el Régimen de Transición del Poder Público, publicado el 29 de diciembre de 1999, tiene por objeto la integración de las personas que van a desarrollar un sector de las instituciones regidas por la Constitución de 1999, y se trata de unas elecciones especiales, destinadas a integrar por primera vez los organismos previstos en la Constitución.

La fecha de esas especiales elecciones se las reservó la Asamblea Nacional Constituyente, y las fijó en el Decreto de fecha 30 de enero de 2000, como parte del sistema que rige la transitoriedad.

A dicho Decreto se le impugna por ser la fecha fijada contradictoria con la prohibición del artículo 298 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto esta Sala observa:

El proceso constituyente en ningún momento rompió el orden constitucional establecido por la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y para pasar del régimen nacido de esa Constitución al que se regirá por la Constitución actual manteniendo el orden constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente no procedió a modificar leyes, como la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, ya que detentando todo el poder podía dictar, como en efecto lo hizo, un Estatuto Electoral para organizar y regular las primeras elecciones destinadas a la organización del Estado, de acuerdo a la nueva Constitución. Con ello obedeció a una necesidad interna normativa de la transitoriedad, para lo cual la Asamblea Nacional Constituyente *es soberana*, y no necesitaba ceñirse a leyes u otras normas jurídicas, y por ello al crear el Estatuto Electoral y fijar la fecha de las elecciones, instauró un régimen electoral transitorio y extraordinario, destinado a permitir la vigencia inmediata y plena de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin quedar sujeto a ella.

El artículo 298 de la Constitución vigente, no está referido, ni puede estarlo, al régimen electoral transitorio: 1) porque él contempla la modificación de la ley que regula los procesos electorales, en un lapso de seis (6) meses

antes del día de la elección y ninguna ley se está modificando; 2) porque el artículo 298 citado, se refiere a procesos electorales normales, regulados por leyes electorales promulgados por la Asamblea Nacional, la cual aún no se ha constituido. La norma constitucional no está ni puede estar destinada a procesos electorales nacidos de la transitoriedad, cuyo fin es permitir la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es la ley electoral adaptada y sin colisiones con la Constitución, dictada por la Asamblea Nacional, aun por elegirse, la que no puede ser modificada en los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección; 3) siendo la fijación de la fecha para las elecciones una emanación del poder soberano de la Asamblea Nacional Constituyente, antes de su desaparición, conforme a lo señalado en este fallo, sus mandatos en cuanto a lo concerniente al régimen de transición, tienen rango constitucional, que es el caso bajo estudio, estando ellos proyectado hacia una especial situación, como lo es la elección de quienes integrarán los cuerpos a que se refiere el decreto impugnado, elección que debía ser regida por lo que dictara la Asamblea Nacional Constituyente al efecto, como lo fue la fecha para ella. El Estatuto Electoral del Poder Público es una ley electoral distinta, que responde a la transitoriedad, que no se está modificando una ley; sino que está naciendo para un fin único y extraordinario, y por ello, a una ley de esa naturaleza, no está dirigida la prohibición del artículo 298 ejusdem.

En esta forma, la Sala Constitucional, para justificar que la Constitución de 1999, a pesar de su vigencia e imperatividad, *no se aplicaba* para fijar las primeras elecciones de 2000, llegó a atribuirle a la Asamblea Nacional Constituyente carácter soberano (“es soberana”, afirmó la Sala), por lo que supuestamente “no necesitaba ceñirse a las leyes u otras normas jurídicas” que, por lo visto, para la Sala eran menudencias. ¡¡“Es soberana”!!, nunca antes el Tribunal Supremo había incurrido en este vasallaje, de olvidarse que el único soberano es el pueblo y que una Asamblea de representantes nunca “es soberana”.

Sólo esta frase bastaba para justificar cualquier actuación de la Asamblea Nacional Constituyente y declarar inadmisibles todos los recursos que se intentaran contra sus decisiones, por lo que no hubiera sido necesaria la trascripción, en blanco y negro, de las alucinaciones del Magistrado Ponente, que vio un apocalipsis institucional que plasmó por escrito, induciendo a sus compañeros de Sala a suscribir el desafortunado fallo.

En todo caso, con esta decisión se dio inicio a otras dictadas con posterioridad, en las cuales con base en la supuesta “transitoriedad”, la Sala Constitucional justificó la no vigencia o la inaplicabilidad de la Constitución. Por lo visto, el pueblo soberano aprobó una Constitución para que fuera burlada, siendo la Sala Constitucional, al concluir la Asamblea Nacional Constituyente sus funciones, la llamada a orquestar la burla.

En cuanto a las elecciones del 28-05-00, las mismas fueron “suspendidas” por imposibilidad de su realización, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional mediante sentencia de 25-05-00, al declarar con lugar un amparo interpuesto por representantes de la sociedad civil (Liliana Ortega en representación de COFAVIC y Elías Santana en representación de Queremos Elegir) alegando la representación de intereses colectivos o difusos³⁶¹.

IV. LA USURPACIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS ORDINARIAS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

1. *La sanción de la Ley de Presupuesto y de una Ley Especial de Crédito Público*

La Constitución de 1999 establece en su artículo 187, ordinal 6 que corresponde a la Asamblea Nacional “discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público”. Al haber dispuesto la propia Asamblea Nacional Constituyente la disolución del Congreso, decretó, en el Régimen Transitorio del Poder Público, que hasta que se eligieran los integrantes de la nueva Asamblea Nacional prevista en la Constitución, la Comisión Legislativa Nacional ejercería el Poder Legislativo Nacional (art. 4 y 5), designó sus miembros, y le otorgó, entre otras atribuciones, la de discutir y aprobar las leyes concernientes al crédito público (art. 6, ord. 4).

La Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, mediante Decreto de 18-01-00, de nuevo “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” que supuestamente le había otorgado el pueblo en el referendo de 25-4-99, y en concordancia con el artículo 1º de su Estatuto de Funcionamiento y con el Decreto que declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público, olímpicamente decidió asumir directamente la competencia mencionada prevista en el artículo 187, ord. 6º de la Constitución a los efectos de dictar la Ley de Presupuesto 2000³⁶² y además, la Ley Especial de Crédito Público para atender a las calamidades públicas, consecuencia de la catástrofe nacional producida por las constantes precipitaciones de lluvia³⁶³; y como consecuencia decretó la mencionada ley con fecha 24-1-00³⁶⁴ por un monto de un mil millones de dó-

361 Véase *El Universal*, Caracas 26-05-00, p. 1-2. Véase la sentencia en *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Caracas 2000, pp. 32 y ss.

362 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 21-12-99, Nº 50, pp. 2 y ss.

363 *Gaceta Oficial* Nº 36.881 de 31-01-00

364 *Gaceta Oficial* Nº 36.883 de 02-02-00

lares, para lo cual se fundamentó, de nuevo, en el ejercicio “del poder soberano constituyente originario” que supuestamente tenía.

La Asamblea Nacional Constituyente, en esta forma, violó la Constitución que había sancionado dos meses antes, usurpando la función legislativa.

2. *La reincorporación de personal militar a la Fuerza Armada Nacional*

La Asamblea Nacional Constituyente, nuevamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” que se había arrogado a sí misma ilegítimamente, dictó el Decreto de 28-01-00³⁶⁵ mediante el cual dispuso la reincorporación a la Fuerza Armada del personal militar participante e involucrado en los fallidos levantamientos militares de 4 de febrero y 27 de noviembre de 1992, que calificó como “acciones cívico-militares”, y que habían sido objeto de separación de la Fuerza Armada Nacional como consecuencia directa de tales hechos (art. 1). El Decreto dispuso, además, el goce de pensión en los casos de personal militar incapacitado y para los familiares, del personal militar que había fallecido a consecuencia de tales hechos (art. 2 y 3).

Ninguna norma de la nueva Constitución atribuía a la Asamblea la posibilidad de ejercer esta competencia.

3. *La fijación de las remuneraciones de los altos funcionarios de los Estados y Municipios*

En ejercicio del mismo “poder soberano constituyente originario” y en los actos de la Asamblea antes indicados como fundamento de los Decretos anteriores, en fecha 27-01-00 la Asamblea Nacional Constituyente dictó un “Régimen Transitorio de Remuneración de los más altos funcionarios de los Estados y Municipios³⁶⁶, el cual derogó expresamente la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales (art. 10). No se entiende cómo este cuerpo normativo se dictó como “régimen transitorio”, pero sin tener referencia alguna de término; y menos se entiende como al decretarse un régimen transitorio, se pudo haber derogado una ley orgánica, para lo cual, luego de entrada en vigencia la nueva Constitución, el Asamblea Nacional Constituyente no tenía poder alguno.

365 *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 28-01-00

366 *Gaceta Oficial* N° 36.880 de 28-01-00

V. LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD SINDICAL Y OTROS ACTOS CONSTITUYENTES EN MATERIA LABORAL

La Constitución de 1999 establece expresamente en su artículo 95, el derecho de los trabajadores, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, a constituir libremente organizaciones sindicales, las cuales “no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa”. La Constitución protege además, a los trabajadores “contra todo acto... de injerencia contraria al ejercicio de este derecho”. Además, señala la norma que “para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alterabilidad de los integrantes de las directivas y representantes mediante sufragio universal, directo y secreto”. Dicha libertad sindical se encuentra limitada, sin embargo, por el hecho de haberse atribuido al Consejo Nacional Electoral, como Poder Público, la potestad de “organizar las elecciones de sindicatos” (art. 293,6).

Adicionalmente a estas normas, Venezuela ratificó los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo que garantizan el derecho de los trabajadores a constituir, sin autorización previa, organizaciones sindicales, afiliarse a las mismas y elegir libremente a sus representantes, sin injerencia de las autoridades públicas. Estas normas internacionales tienen rango constitucional en el país, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución.

Ahora bien, a pesar de la claridad de estos principios constitucionales, los mismos fueron burlados por la Asamblea Nacional Constituyente al dictar diversos actos de intervención pública en los sindicatos.

1. *La intervención pública en las elecciones sindicales*

En efecto, mediante Decreto de 30-01-00, la Asamblea Nacional Constituyente dictó supuestas medidas para “garantizar la libertad sindical”³⁶⁷, creando una Comisión Nacional Electoral Sindical para garantizar la realización de elecciones libres, democráticas, universales, directas y secretas, para elegir a los directivos de las organizaciones sindicales de trabajadores. Este Decreto lo dictó de nuevo, la Asamblea, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, “en ejercicio del poder soberano constituyente” que supuestamente le había dado el pueblo mediante el referendo del 25-04-00, en concordancia con el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea (art. 1) y el Decreto que había declarado la reorganización de todos los órganos del Poder Público.

Ahora bien, contrariamente a las normas constitucionales antes indicadas, este Decreto lo que estableció fue un principio de intervención de los sindicatos por la referida Comisión, integrada por representantes de las centrales nacionales de trabajadores, no prevista en los “Estatutos y Reglamentos de las organizaciones sindicales”. La Asamblea Nacional Constituyente, además, dispuso que tres de sus miembros con un miembro designado por el Consejo Nacional Electoral serían “garantes de todo el proceso de democratización y unificación del movimiento sindical” (art.7).

Y es que el decreto de la Asamblea había dispuesto que antes de las elecciones generales de los representantes laborales, la Comisión Nacional Electoral Sindical debía procurar la unificación sindical en una misma industria, rama o empresa y debía crear las condiciones propias para la unificación del movimiento sindical, “representando la libre decisión de los trabajadores y de sus respectivas organizaciones”. A tal efecto, el Decreto dispuso que “la Comisión Electoral Sindical convocará referéndum para que los trabajadores resuelvan sobre la unidad sindical” (art. 3).

Este Decreto también fue considerado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como parte del régimen constituyente del país, al conocer de la acción de amparo interpuesta por varias organizaciones sindicales contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 1115-1979 de 15-11-00 convocando a un referendo aprobatorio sobre la renovación de la dirigencia sindical (referendo sindical)³⁶⁸. En la sentencia respectiva N° 1447 de 28-11-2000 que declaró improcedente el amparo, la Sala Constitucional consideró a dicho Decreto como:

Parte integrante del sistema constitucional vigente, por ser un acto constituyente sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de enero de 2000.

La Sala Constitucional formuló la misma consideración en la sentencia N° 1490 de 01-12-2000 mediante la cual declaró improcedente otro amparo intentado por otra organización sindical contra el referendo sindical. Ratificó, así, la Sala Constitucional la tesis que venía elaborando sobre la existencia a partir del 30-12-99, de dos Constituciones paralelas: una aprobada por el pueblo en el referendo de 15-12-00 y otra conformada por normas de rango constitucional sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente antes y después de que fuese publicada la Constitución de 1999.

La burla a la Constitución, así, fue consolidada por la Sala Constitucional.

2. *El referendo sindical y la suspensión de los directivos de los sindicatos*

La dificultad de aplicación del Decreto de intervención sindical dictado por la Asamblea Nacional Constituyente llevó a la nueva Asamblea Nacional, al poco tiempo de su elección, a dictar un Acuerdo de fecha 10-10-00³⁶⁹ mediante el cual exhortó a los trabajadores del país “a poner en marcha el proceso constituyente de las organizaciones sindicales, con el fin de democratizar el movimiento sindical”, convocando al efecto a un referendo nacional con las siguientes preguntas:

1. ¿Está Usted de acuerdo con la democratización y reorganización del movimiento laboral-sindical venezolano en todos los niveles que procure la unificación en concordancia con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los convenios internacionales suscritos por la República en materia de libertad sindical?
2. ¿Está Usted de acuerdo con la convocatoria y elección de una Asamblea Constituyente de Trabajadores, bajo estatuto electoral especial aprobado por el Poder Electoral, previa consulta y oídos los distintos movimientos organizados de trabajadores cuyo fin sea refundar el movimiento sindical venezolano en el marco del artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?

A pesar de la invocación a las disposiciones constitucionales e internacionales en la materia, este Acuerdo constituía una burla al principio constitucional que garantizaba la libertad sindical al pretender democratizar el movimiento sindical mediante una Asamblea Constituyente Sindical, cuyo estatuto se desconocía. El recuerdo del conflicto originado con la imprecisión de las preguntas que desembocaron en el referendo del 25-4-99 estaba muy fresco, por lo que la polémica que provocó este Acuerdo y las protestas, incluso de la Organización Internacional del Trabajo, llevaron a la Asamblea Nacional a modificar el texto de las preguntas que proponía para el referendo sindical, en un nuevo Acuerdo de fecha 13-11-00³⁷⁰, en el cual se formuló la siguiente única pregunta:

¿Está Usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Electoral elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspendan durante ese lapso en sus funciones los directivos de las centrales, federaciones y confederaciones sindicales establecidas en el país?

369 *Gaceta Oficial* N° 37.057 de 16-10-00

370 *Gaceta Oficial* N° 37.078 de 15-11-00

De nuevo, esta pregunta constituía una burla mayor a lo dispuesto en la Constitución que garantiza a los trabajadores protección contra todo acto “de injerencia” contrarios al ejercicio de la libertad sindical, y llegó el Acuerdo de la Asamblea Nacional al cinismo de declarar que:

Los efectos que deriven de la realización del referéndum tendrán lugar en el marco del artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de manera particular en lo referente a la preservación de los derechos de los sindicatos, los cuales no estaban sujetos a intervención, suspensión o disolución administrativa.

Mayor injerencia en los sindicatos que la suspensión en sus funciones de los directivos de las centrales, federaciones y confederaciones era realmente difícil de imaginar. La pregunta que se proponía, por tanto, no sólo constituía una burla a la Constitución, sino que en sí misma violaba el texto fundamental y por más que se tratase de un referendo, no era posible que se sometiera a referendo una reforma a la Constitución sin que se cumplieran con las condiciones establecidas en el artículo 340 sobre reforma constitucional.

El Consejo Nacional Electoral no analizó la constitucionalidad de la pregunta que propuso la Asamblea Nacional para el llamado referendo sindical, y dictó la Resolución N° 001115-1979 del 15-11-00³⁷¹ mediante la cual convocó a todos los electores para que participaran en el proceso referendario sindical que debía realizarse el 3-12-00 conjuntamente con las elecciones municipales, como lo había dispuesto la Asamblea Nacional.

El referendo sindical se realizó con una abstención electoral que constituyó récord histórico en el país³⁷², resultando aprobado por una exigua votación. Así, por voluntad popular se había dispuesto la violación de la Constitución.

El texto de la Resolución del Consejo Nacional Electoral había sido objeto de una acción de amparo constitucional ejercido por el Frente Constituyente de Trabajadores, alegando la violación por el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre medidas para garantizar la libertad sindical, de los artículos 95 y 349 de la Constitución y de los Convenios internacionales en materia sindical.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado J. M. Delgado Ocando, decidió la acción de amparo, y como era de esperarse la declaró improcedente mediante sentencia N° 1490 de 01-12-00, y legitimó la intervención pública de los sindicatos,

371 *Gaceta Oficial* N° 37.081 de 20-11-00

372 La abstención fue del 76,57%. Véase *El Universal*, Caracas 04-12-00, p. 1-1 y 1-2, y *El Universal*, Caracas 08-12-00, p. 1-1. Del 23% de los votantes que acudieron al referendo (2.632.523) el 64,49% votó “sí” (1.632.750) y el 26,60% votó “no” (719.771). Véase *El Universal*, Caracas 05-12-00, p. 1-2, y *El Universal*, Caracas 08-12-00, p. 1-1.

argumentando en cuanto a “la suspensión temporal de los directivos” de los mismos, que ello:

No afecta la libertad sindical prevista en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues tal suspensión respeta los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta consagrados en el *artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, aparte que el Poder Electoral es competente, según el *artículo 293 eiusdem*, para organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley.

El referendo no viola el artículo 95 citado, pues la prohibición contenida en éste se refiere a la intervención, suspensión o disolución administrativa de las organizaciones sindicales, lo cual no es materia del referendo. Por el contrario, éste prevé, en un lapso perentorio, la renovación de la dirigencia sindical bajo el Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, según lo pautado en el artículo 293,6 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

La suspensión propuesta por el referendo no implica ninguna intervención administrativa, ni tampoco la suspensión de las organizaciones sindicales, las cuales deben continuar su ejercicio durante la suspensión temporal de los directivos, conforme a su regulación interna, de conformidad con lo dispuesto en la Sección Tercera, Capítulo II de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el Convenio no. 87 de la Organización Internacional del Trabajo y el *artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Tal conformidad hace improcedente el alegato de la violación del *artículo 49*, pues la suspensión, en la hipótesis de que el referendo sea aprobado, sería un mandato constitucional del soberano.

La Sala Constitucional, lamentablemente, aquí también olvidó leer completo el artículo 95 de la Constitución, particularmente en cuanto a la garantía de los trabajadores de ser protegidos “contra todo acto de ... injerencia contrarios al ejercicio de este derecho”, es decir, a la libertad sindical. Si hubiera leído y transcrito esta parte del artículo, que olvidó, no hubiera podido “legitimar” la burla a la Constitución contenida en la pregunta del referendo. Por ello, la Sala, en otro párrafo de la sentencia, insistió en señalar que:

La Sala Constitucional no considera contrario a la libertad sindical el referendo destinado al cumplimiento de los derechos consagrados en dicho artículo, máxime cuando el referendo apunta a la renovación de la dirigencia sindical según los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 citado. El referendo, según la pregunta que lo conforma, no implica, pues, suspensión o intervención administrativas, sino protección del Estado para hacer efectiva la democracia sindical, por lo que la inconstitucionalidad alegada está excluida en la medida en que la consulta al pueblo versa sobre la instrumentación del propio texto fundamental, exigido por su artículo 95.

3. *Los otros actos públicos de intervención de derechos laborales*

Con posterioridad al Acuerdo de la Asamblea Nacional Constituyente sobre medidas para garantizar la libertad sindical, la misma Asamblea dictó otros actos constituyentes en materia laboral, todos con fundamento igual, “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” o del “poder constituyente originario” y en el Estatuto de Funcionamiento de la propia Asamblea.

Dichos actos fueron los siguientes: el Decreto de 30-01-00 de convocatoria al proceso electoral de la Federación Campesina de Venezuela³⁷³; el Decreto de 30-01-00 de cesación de sus funciones de los dos directores laborales principales y suplentes indicados en el artículo 610 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los entes descentralizados del Estado³⁷⁴; y el Decreto de 30-01-00 de suspensión del proceso de discusión de la Convención Colectiva de Petróleos de Venezuela, S.A.³⁷⁵.

Ni la Constitución de 1999 ni sus Disposiciones Transitorias autorizaban a la Asamblea para dictar estas decisiones.

VI. LA TRASTOCACIÓN DE LA TRANSITORIEDAD CONSTITUCIONAL, EL SECUESTRO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN FRAUDE A LA VOLUNTAD POPULAR

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias dictadas con motivo de la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, había sentado un criterio contradictorio sobre el régimen constitucional transitorio. En la sentencia N° 179 de 28-03-00, con ponencia del magistrado José M. Delgado Ocando, había dicho que el régimen constitucional transitorio creado por la Asamblea Nacional Constituyente estaría vigente “hasta que los poderes constituidos sean designados o electos”; pero en la sentencia N° 180 de la misma fecha, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se señaló que:

El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá.

373 *Gaceta Oficial* N° 36.920 de 28-01-00

374 *Gaceta Oficial* N° 36.904 de 02-03-00

375 *Gaceta Oficial* N° 36.904 de 02-03-00

En particular, en esta última sentencia se abrió la puerta a la arbitrariedad constitucional, al preverse la vigencia ilimitada de la transitoriedad, así:

El artículo 3 de dicho régimen (Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público) señala: “Cada disposición del régimen de transición del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional”, por lo que mientras tales legislaciones no se aprueben, las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente.

En esta forma, la vigencia de la Constitución de 1999 puede decirse que permanece pospuesta, porque su vigencia efectiva dependerá de lo que en el futuro haga o deje de hacer la Asamblea Nacional.

1. *La imprecisa transitoriedad constitucional*

Indudablemente que al ponerse en vigencia una nueva Constitución que deroga una anterior y que, adicionalmente, crea nuevas instituciones y transforma el régimen político del Estado, resulta indispensable el establecimiento normativo de un régimen transitorio que tiene que tener rango constitucional.

En Venezuela, el proceso constituyente de 1999 tendiente a la adopción de una nueva Constitución en la cual se transformara el Estado y se creara un nuevo orden jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, fue iniciado conforme a la doctrina sentada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia del 19-01-99, mediante la realización del referendo consultivo del 25-04-99 relativo a la convocatoria de una Asamblea Constituyente que realizara tal tarea.

Fue, por tanto, la voluntad popular la que manifestada en dicho referendo fijó el estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente y su carácter de “poder constituido extraordinario” como lo calificó el magistrado Humberto J. La Roche (para distinguirlo de los poderes constituidos ordinarios regulados en la Constitución de 1961), lo cual resultaba claro de la base comicial novena que le quitaba a la Asamblea todo poder para poner en vigencia la Constitución que elaborara y sancionara, reservándose el pueblo su poder constituyente originario para aprobar la nueva Constitución mediante referendo. Incluso, la base comicial octava del

referendo de 25-04-99, como fue votada, por decisión de la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala Político Administrativa, no tenía la frase del proyecto presidencial de considerar a la Asamblea “como poder originario que recoge la soberanía popular”. En consecuencia, fue la voluntad popular la que dio nacimiento a la Asamblea Nacional Constituyente, como órgano constituido extraordinario con una misión específica, de elaborar una nueva Constitución, careciendo de todo poder constituyente originario que se reservó el pueblo.

La Constitución que elaboró la Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, tenía que establecer el régimen transitorio entre la Constitución precedente de 1961 y la nueva Constitución, y para ello, la propia Asamblea Nacional Constituyente elaboró las Disposiciones Transitorias que fueron sancionadas junto con la Constitución y que fueron aprobadas por el pueblo en el referendo de 15-12-99.

En esas Disposiciones Transitorias, que son, como se ha dicho, las únicas de rango constitucional aprobadas por el pueblo en el referendo de 15-12-99 conforme a lo resuelto por el propio pueblo en el referendo del 25-4-99, nada se dispuso sobre la cesación en sus funciones de los titulares de los órganos del poder constituido conforme a la Constitución anterior (de 1961) y que habían sido electos un año antes. Esa fue, y no otra, la voluntad popular. De haberse dispuesto en esas Disposiciones Transitorias la cesación de los titulares de los órganos de los poderes constituidos, quizás la votación en el referendo hubiera sido mayoritariamente negativa.

En todo caso, independientemente de los motivos que llevaron a la Asamblea Nacional Constituyente a no prever en las Disposiciones Transitorias nada que implicara la cesación de los titulares de los órganos de los poderes constituidos, lo cierto es que en las mismas nada se reguló sobre esa materia, de lo que resultaba que los nuevos órganos del Estado sólo entrarían a ser integrados cuando terminara el mandato de los precedentes.

Sin duda, fue una omisión imperdonable para quienes tenían programado un cambio inmediato de los titulares de los órganos del Estado; pero esa fue la Constitución sancionada por la Asamblea y aprobada por el pueblo, la cual, como lo declara el artículo 7, “es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” a la cual están sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público”.

Fue esa Constitución, aprobada así por el pueblo, además, la que dispuso que una vez que entrara en vigencia “el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, después de su aprobación por el pueblo mediante referendo” (Disposición Final), quedaba “derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el 23-01-1961” y que “el resto del ordenamiento jurídico” mantendría su vigencia en todo lo que no contradijera la nueva Constitución (Disposición Derogatoria).

El ordenamiento jurídico es un todo, por lo que la derogación tácita que esta norma dispone no admite excepciones respecto de normas que contradijeran la nueva Constitución, fuera cualquiera la fuente de creación, incluso, las normas que hubiera podido dictar la propia Asamblea Nacional Constituyente, la cual no podía estar por encima de la voluntad popular.

Fue entonces, la Asamblea Nacional Constituyente la que trastocó el ordenamiento jurídico y la transitoriedad constitucional, al dictar con posterioridad a la aprobación popular de la nueva Constitución mediante el referendo del 15-12-99, un régimen de “disposiciones transitorias” de la nueva Constitución, distinto al que ella preveía, en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público adoptado el 22-12-99, una semana después de que la Constitución hubiese sido aprobada por el pueblo.

A partir del 22-12-99, por tanto, ha habido dos regímenes de transitoriedad constitucional en el proceso constituyente venezolano: uno legítimo, constitucional, aprobado por el pueblo en las Disposiciones Transitorias de la Constitución; y otro ilegítimo, paraconstitucional, adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente cuando ya había concluido su misión, dos días antes, el 20-12-99 al proclamar la nueva Constitución y sus Disposiciones Transitorias aprobadas por el pueblo.

Esta era la situación jurídica que debía enfrentar el Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en su Sala Constitucional, a la cual correspondía y corresponde “garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (art. 335). Pero el Tribunal Supremo de Justicia había sido “creado” por la Asamblea Nacional Constituyente, en el mismo mencionado Régimen de Transición del Poder Público, en el cual se nombró a sus Magistrados. Estos le debían su existencia a la Asamblea Nacional Constituyente y al Régimen Transitorio paraconstitucional en el cual sus Magistrados habían sido nombrados. No es difícil, por tanto, deducir cuál podría ser la “interpretación constitucional” que daría la Sala Constitucional. Declarar la inconstitucionalidad, por violación de las normas supraconstitucionales adoptadas en las bases comiciales del referendo del 25-04-99, hubiera significado declararse a sí mismos como de designación inconstitucional.

El malabarismo constitucional quedó claro, por lo que la Sala Constitucional, por supuesto, le reconoció rango y valor constitucional a lo que no tenía, al Régimen de Transición del Poder Público que contenía disposiciones transitorias a la Constitución no aprobadas por el pueblo, como éste lo había exigido en el referendo de 25-04-99.

Y así, como ya hemos señalado, con ocasión de la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, la Sala Constitucional sin considerar el vicio denunciado

de violación de las bases comiciales definidas por el pueblo en el referendo de 25-04-99, y declarar sin lugar el recurso, sentó el criterio de la coexistencia de dos regímenes constitucionales transitorios, uno aprobado por el pueblo y otro no aprobado por el pueblo.

Antes, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se había pronunciado sobre el Régimen de Transición del Poder Público en varias ocasiones. En la sentencia N° 4 de 26-01-00 había dicho que el mismo, dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no estaba sujeto a este texto. Al fundamentarse la acción intentada en presuntas transgresiones a la Constitución de 1961 y no en los parámetros y principios consagrados en las bases comiciales fijadas en el referendo del 25-04-00, la Sala Constitucional concluyó declarando la improcedencia del recurso, no sin antes estimar “el carácter originario del poder conferido por el pueblo” a la Asamblea, lo cual no era cierto.

En otra sentencia del día siguiente, 27-01-00, al conocer de otra impugnación del Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, el Tribunal Supremo no sólo reiteró el criterio de que el mismo no estaba sujeto a la Constitución de 1961, sino que tampoco estaba sujeto a la nueva Constitución de 30-12-99, pues se había dictado con anterioridad a la vigencia de ésta, declarando improcedente la acción.

Sin embargo, fue en la sentencia dictada el 28-03-00 con ocasión de la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, que el Tribunal Supremo, a través de su Sala Constitucional, delineó su tesis ya comentada de la existencia de dos regímenes transitorios: el constitucional (Disposiciones Transitorias a la Constitución de 1999), y paraconstitucional (Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público). En la sentencia (caso *Allan R. Brewer-Carías y otros*) con la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, la Sala dijo:

La Asamblea Nacional Constituyente, a fin de cumplir el mandato que le otorgó el pueblo, tenía varias alternativas, una, elaborar una Constitución con un conjunto de disposiciones transitorias que regularán el máximo la implementación jurídica del régimen transitorio entre las instituciones previstas en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y las previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Otra alternativa era, no realizar dichas implementación en las disposiciones transitorias de la Constitución, y efectuarla mediante un cuerpo legislativo (sic) aparte, complementado por actos destinados a llenar el vacío institucional que se crearía al entrar en vigencia la nueva Constitución. Esta fue la vía escogida por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando dictó el Régimen de Transición del Poder Público...

Por supuesto, como ya hemos señalado, nada más falso. Esas “alternativas” no las tenía la Asamblea Nacional Constituyente en el mandato popular recibido; tenía una sola: dictar una Constitución con su régimen transitorio si era necesario, para que fuera sometida a aprobación popular íntegramente. No había posibilidad de que parte de la nueva Constitución, así fuera sobre régimen transitorio, quedase excluida de la aprobación popular. Con la sentencia, así, se configuró un fraude a la voluntad popular.

Por tanto, en una forma absolutamente contraria al proceso constituyente, el Tribunal Supremo en dicha sentencia señaló que el Régimen Transitorio del Poder Público constituyó “un segundo régimen transitorio”, con normas que:

Se proyectan paralelamente a la Constitución vigente (1999),... como Disposiciones Transitorias de la Constitución vigente. Esta normativa de rango análogo a la Constitución, está destinada a que las instituciones prevenidas en la Constitución, pero que aún no han entrado en funcionamiento, se realicen, y se agotan al cumplir su cometido.

En la otra sentencia de 28-03-00 sobre la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público (caso *Gonzalo Pérez Hernández y otros*) la Sala Constitucional citando a C. Schmitt, G. Burdeau y G. Jellinek, sentó el criterio de que:

El Régimen de Transición del Poder Público, el Estatuto Electoral del Poder Público y el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente que fijó la fecha para la realización de las elecciones son normas constitucionales, es decir, actos de decisión política fundamental... tales actos son orgánicamente iniciales, autónomos, incondicionados e indivisibles...

En estas dos sentencias además, se introdujo la afirmación de que:

La transición es necesaria e imanente al proceso de producción originaria que ha abrogado la Constitución de 1961 y promulgado la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Toda esta formulación teórica de justificación de un régimen de disposiciones transitorias de la Constitución de 1999, que no forma parte de ella ni fue sometida a la aprobación popular mediante el referendo del 15-12-99, se pretendió afinar en la sentencia dictada por la Sala Constitucional, el 27-04-01, al resolver un recurso de interpretación sobre la duración del mandato del Presidente de la República, de la cual fue ponente, de nuevo, el magistrado José M. Delgado Ocando.

Ya antes, en su Discurso de apertura de las actividades judiciales del año 2001 el magistrado Delgado Ocando había elaborado el tema de

la transitoriedad³⁷⁶, también como “necesaria e inherente” al proceso constituyente, justificando los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre transitoriedad, no aprobados por el referendo del 15-12-99, como producto “del ejercicio temporal de la potestad originaria” supuestamente conforme a las bases comiciales del referendo del 25-04-99. “De la transitoriedad necesaria -dijo el Magistrado- resulta que aún en la hipótesis de que la Asamblea Nacional Constituyente no hubiera sancionado normas transitorias, la producción originaria hubiera exigido la transitoriedad y el máximo Tribunal había tenido que resolver los problemas inherentes a ella”.

Distinguió el magistrado Delgado Ocando, en su discurso, lo que llamo las normas transitorias “de permanencia indeterminada”, refiriéndose al texto de la Constitución de 1999; de las normas transitorias “de permanencia determinada” refiriéndose al Régimen de Transición del Poder Público y a las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999. Estas últimas, dijo, están “proyectadas a invalidarse, pro futuro, cuando las preguntas refrendarias hayan sido contestadas y cumplidas”. En nuestro criterio, esta afirmación hace que el tal carácter de “determinadas” sea lo más imaginativamente indeterminado y conduce a que la transitoriedad pueda no terminar nunca. Por ello la afirmación del magistrado Delgado Ocando, por ejemplo, de que “la transitoriedad necesaria del proceso hace de imposible cumplimiento los artículos 270 y 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.(!).

Estas normas, precisamente, son las que regulan la participación de los diversos sectores de la sociedad civil en los Comités de Postulaciones para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo y de los Jueces y de los órganos del Poder Ciudadano. La Constitución, por tanto, conforme a este criterio se convierte en la “hoja de papel” de la cual habla la sentencia del 27-04-01, de la cual fue ponente el mismo magistrado Delgado Ocando.

En esta sentencia, en efecto, sobre el tema de transitoriedad, la Sala Constitucional recogió el criterio del carácter “necesario e inmanente” de la misma al proceso constituyente, definiéndolo como “proceso inmanente a la producción originaria sin censura institucional” y precisando que el sistema constitucional “está integrado por todas las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente; incluidas las destinadas a la reestructuración del Poder Público y la vigencia inmediata de la Constitución de 1999”.

El Tribunal Supremo, en esta forma, consolidó el fraude a la voluntad popular que significó darle rango constitucional a unas normas que el

376 Véase la reseña en *El Universal*, Caracas 12-01-01, p. 1-4.

pueblo no aprobó mediante el referendo de 15-12-99; y que conduce a que la supuesta transitoriedad establecida en un acto constituyente no aprobado por el pueblo conlleve a la inaplicabilidad de la Constitución que si fue aprobada mediante referendo.

Esta anómala situación constitucional, lamentablemente, fue acogida por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como la Sala Político Administrativa la cual, en una sentencia de 19-07-01 dictada con ponencia de Yolanda Jaimes Guerrero, con motivo del conflicto de autoridad surgido con la designación del Contralor del Estado Táchira y la aplicación del Régimen de Transición del Poder Público, “interpretó” la sentencia de la Sala Constitucional dictada con motivo de la acción de nulidad del Estatuto Electoral, antes citada, de fecha 28-03-00, en la cual se había pronunciado “acerca de dos etapas de la transitoriedad por la que ha atravesado el proceso constituyente venezolano”, declarando que la “Sala lo entiende de la manera siguiente:

1. Una *etapa de transitoriedad previa* a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Etapa que en criterio de la Sala Constitucional (expuesto en decisión de fecha 28 de marzo de 2000) comenzó el 25 de abril de 1999, con la finalidad no sólo de discutir y aprobar una nueva Constitución, por medio de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que según la Pregunta Primera del Referéndum Consultivo, la Asamblea se convirtió en un órgano para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Esta etapa previa de transición finalizó una vez aprobado el Texto Fundamental. Adicionalmente, en este período, precisa la Sala Constitucional la Asamblea Nacional Constituyente el 12 de agosto de 1999, decretó la reorganización de todos los Poderes Públicos y reformó las funciones del Poder Legislativo.

2. Otra *etapa de transitoriedad posterior* a la promulgación y entrada en vigencia del Texto Fundamental, durante la cual, la Asamblea Nacional Constituyente dictó una serie de normas (entre las cuales destaca el Régimen de Transición del Poder Público) que a criterio de la Sala Constitucional “... conforman un sistema de rango equivalente a la Constitución, pero de vigencia determinada con respecto a la Constitución que elaboraba...” (subrayado de esta Sala), destinado a regir toda la transitoriedad. La Sala Político Administrativa considera –como se ha expuesto– que esta transitoriedad trasciende de la entrada en vigencia de la Constitución, pues bajo el enunciado del artículo 3 del citado Régimen de Transición del Poder Público, el mismo se encuentra destinado a regir hasta la implantación efectiva de la organización y el funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución.

Con esta decisión se consolidaron dos situaciones inconstitucionales: la violación de la Constitución de 1961 por la Asamblea Nacional Constituyente sin tener autoridad alguna para ello, durante su funciona-

miento; y la violación de la Constitución de 1999 con base en una su-
puesta transitoriedad que hace inaplicables sus normas; y todo avalado
por el Tribunal Supremo de Justicia.

2. *La burla a la Constitución por la confiscación del derecho
constitucional a la participación de la sociedad civil
en la designación de los titulares de los órganos del Poder Público
no electos popularmente para el primer periodo constitucional*

Uno de los motivos principales que originó la crisis política y la
necesidad de una Asamblea Constituyente y de una reforma constitucio-
nal como la de 1999, fue la reacción contra la democracia meramente
representativa de partidos, buscando su perfeccionamiento con aspectos
de democracia de participación.

La crítica al sistema de designación de los altos funcionarios públi-
cos no electos por el Congreso (Fiscal General, Contralor General, Ma-
gistrados de la Corte Suprema) que establecía la Constitución de 1961, y
que le daba poder discrecional para ello, puede decirse que fue generali-
zada en el país. La queja se refería a la falta de participación y al mono-
polio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en
dichas designaciones. Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente,
en esta materia se impuso el principio de la participación sobre el princi-
pio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacio-
nal la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos
popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se intro-
dujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para
hacer tales nombramientos*.

En concreto, la Constitución reguló una forma precisa de *partici-
pación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de
Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de candida-
tos ante la Asamblea Nacional, por lo que no se pueden formular postula-
ciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea puede
designar otras personas distintas a las postuladas por los Comités de Pos-
tulaciones. Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes,
que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los
diferentes sectores de la sociedad*. Son diferentes a la Asamblea Nacional
y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos.

En efecto, en cuanto a la designación de los magistrados del Tri-
bunal Supremo de Justicia, el artículo 264 de la Constitución dispone
que las postulaciones de candidatos sólo puede hacerse ante un Comité
de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones
vinculadas a la actividad jurídica.

El Comité de Postulaciones Judiciales, conforme al artículo 270 de la Constitución, es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que se trata de un órgano permanente que, además, debe asesorar a los Colegios electorales judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley” (art. 270)

Ahora bien, el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que debe ser regulado en la Ley, es el siguiente: El Comité, recibidas las postulaciones, “oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

La Asamblea Nacional Constituyente, al dictar el Decreto sobre el Régimen Transitorio el Poder Público el 22-12-99 había designado los magistrados del Tribunal Supremo, e indicó que serían “de carácter provisorio” hasta tanto la Asamblea Nacional realizase las designaciones o ratificaciones definitivas *de conformidad con la Constitución* (art. 20). Por tanto, la Asamblea Nacional electa en 2000 tenía el mandato Constitucional (tanto en virtud del texto expreso de la Constitución, como en virtud del Régimen Transitorio del 22-12-99 al cual el Tribunal Supremo reconocía rango constitucional) de designar a los magistrados en forma definitiva de conformidad con la Constitución.

En cuanto a la designación de los órganos del Poder Ciudadano, la postulación de candidatos también debe hacerse ante un Comité de Evaluación de Postulaciones regulado en el artículo 279 de la Constitución, que debe ser convocado por el Consejo Moral Republicano (integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República). Este Comité “estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad” y debe adelantar “un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna para cada órgano del Poder Ciudadano”. Estas ternas son las que deben ser sometidas a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de 30 días continuos al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluye ese lapso sin acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral debe entonces someter la terna a consulta popular.

Sólo en caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional podría pro-

ceder, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente (art.279).

En el Régimen Transitorio del Poder Público establecido por la Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99, se dispuso que a los fines de la designación por la Asamblea Nacional electa en 2000 del Defensor del Pueblo, del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República “de conformidad con la Constitución”, la Asamblea Nacional Constituyente debía designar a los integrantes del primer Comité de Evaluaciones y Postulaciones del Poder Ciudadano, lo que en definitiva nunca hizo.

En cuanto a los miembros del Consejo Nacional Electoral, éste debe estar integrado por personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos deben ser postulados 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).

Las postulaciones de candidatos a integrar el Consejo Nacional Electoral, deben realizarse ante el Comité de Postulaciones Electorales, el cual debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley” (art. 295).

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a las postulaciones que formule el Comité, deben ser designados por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes (art. 296)

El resultado de estas regulaciones es que de acuerdo con la Constitución, no se pueden formular postulaciones a los mencionados cargos directamente ante la Asamblea Nacional, sino ante los Comités, y la Asamblea Nacional no podría designar para los cargos a personas que no estén en las listas de postulados que elaboren los Comités de Postulaciones. Se trata, en definitiva, en una Constitución que en más de cincuenta artículos habla de participación, del *único mecanismo directamente regulado en la Constitución* que asegura la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos. No se trata de un mecanismo de consulta y mucho menos a través de mesa de diálogos, sino de participación activa.

Por supuesto, la forma de integración de los Comités de Postulaciones era esencial para que se aplicara la Constitución, por lo que la Asamblea Nacional estaba y está *obligada a llenar el vacío legal*, mediante una legislación que regulase los Comités de Postulaciones. Resultaba inadmisibles que la Asamblea Nacional pretendiera legislar, para no legislar, como sucedió con la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magis-

trados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14-11-00³⁷⁷, que violó tanto los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución, como los artículos 20 y 33 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre Régimen de Transición del Poder Público cuyo rango constitucional fue reconocido por el Tribunal Supremo. Estas normas exigían que la Asamblea Nacional, una vez electa, debía realizar las designaciones definitivas de los altos funcionarios “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano violó la Constitución al no organizar los Comités de Postulaciones que ésta exigía, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y sustituirlos por una Comisión Parlamentaria.

En efecto, la Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentaran “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes de los Poderes Públicos Nacionales regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7).

Como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art.9).

377 *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general, Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional...”, *loc. cit.*, p. 86 y ss.

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional. Tanto que se ha hablado de participación y de democracia participativa, como supuestamente sustitutiva de democracia representativa, y cuando correspondía hacerla realidad, por primera vez, cumpliendo la Constitución, como implicaba un límite al poder hegemónico, se ignoró.

Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos³⁷⁸ la Asamblea Nacional designó al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin ajustarse a lo que disponían los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución.

La Asamblea Nacional, así, se había burlado de la Constitución, lo que incluso había llevado a la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, a intentar una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

La Asamblea Nacional Constituyente, para proceder a designar a los mencionados altos funcionarios del Estado, por supuesto que tenía que dictar las respectivas leyes orgánicas que exigía la Constitución y llenar el vacío legal existente. Sin embargo, fue la propia Asamblea la que renunció a legislar lo que debía y, en su lugar, “prorrogó” el régimen transitorio por su carencia legislativa, dictando, en lugar de las leyes orgánicas respectivas, la Ley Especial mencionada, que violaba la Constitución.

Lo grave de esta situación fue que el Tribunal Supremo de Justicia legitimó esta omisión del legislador y justificó la violación de la Constitución. En un auto de fecha 12-12-00, dictado días antes de la designación por la Asamblea Nacional de los referidos altos funcionarios del Estado, con ocasión de resolver la pretensión de amparo acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Especial que había intentado la Defensora del Pueblo³⁷⁹, la Sala Constitucional señaló que una segunda etapa del sistema constitucional derivado del proceso constituyente:

Surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las Cartas Fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, *quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.*

378 Publicados en *Gaceta Oficial* N° 37.105 de 22-12-00.

379 Véase *El Universal*, Caracas 13-12-00, p. 1-2.

De ello resulta, por tanto, que era indispensable que la Asamblea Nacional dictase tales Leyes Orgánicas para que las nuevas instituciones pudieran entrar definitivamente en funcionamiento. Por ello, la afirmación que de seguidas hizo la misma Sala Constitucional:

La normalización total de las instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia requieren de Leyes Orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición de Poder Público y la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó que cuando las Leyes Orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas Leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen Transitorio del Poder Público y la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fecha 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

De manera que el Régimen Transitorio estaría vigente hasta que la Asamblea Nacional dictase las referidas leyes orgánicas, por lo que conforme a la doctrina de la Sala, mientras esas leyes orgánicas no se dictasen, el régimen transitorio y provisorio continuaría indefinidamente. Pero en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional a dictar dichas leyes, la Sala lo que hizo fue “legitimar” el contenido de la Ley Especial mencionada que no contenía las regulaciones que debían contener las leyes orgánicas indicadas, aceptando así, la burla a la Constitución³⁸⁰. No se debe dejar de mencionar que en la “Exposición de Motivos” que acompañó el Proyecto de Ley Especial, se afirmó como motivación la “falta de disposiciones expresas que regulen la designación de los integrantes del Poder Ciudadano y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia”, (que sólo la Asamblea Nacional podía dictar), constatando que “aun no existen los órganos que han de intervenir en tal designación” (que sólo la Asamblea Nacional podía regular), por lo cual se señalaba que “la Asamblea Nacional debe cubrir el vacío legal”.

No se percató la Asamblea Nacional que el vacío legal debía cubrirlo ella misma, no mediante la Ley Especial que violaba la Constitución, sino mediante la sanción, precisamente, de las leyes orgánicas que exigía la Constitución con las cuales se pondría final al régimen provisorio y transitorio. Al renunciar a su obligación, la Asamblea Nacional

380 El Director General de la Defensoría del Pueblo, Juan Navarrete, calificó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia como un abuso de poder. Véase *El Universal*, Caracas 14-12-00, p. 1-2.

“prorrogó” dicho régimen, el cual quedó vigente a su antojo, y el Tribunal Supremo así lo avaló, renunciando a su obligación de “asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334) y garantizar su “supremacía y efectividad” (art. 335).

3. *La burla a la Constitución en cuanto a la inaplicabilidad de las condiciones de elegibilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo para el primer periodo constitucional*

La burla sistemática de la Constitución de 1999 puede decirse que llegó a su clímax cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que las condiciones para ser magistrado del Tribunal Supremo que regula con precisión el artículo 263 de la Constitución, no resultaban aplicables a los propio Magistrados decisores que ocupaban posiciones en el Tribunal Supremo y aspiraban a ser ratificados por la Asamblea Nacional. De ello resultaba que la Constitución, como norma suprema, era obligatoria para todas las personas e instituciones (art. 7), menos para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a quienes correspondía garantizar la supremacía y efectividad de sus normas (art. 335) y asegurar su integridad (art. 334).

En efecto, con motivo de la mencionada acción de nulidad por inconstitucionalidad que la Defensora del Pueblo había ejercido contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la pretensión de amparo formulada conjuntamente por la Defensora del Pueblo, la Sala Constitucional, por auto de 12-12-00, luego de reiterar la vigencia de dos regímenes constitucionales: el establecido en la Constitución de 1999 y el establecido en el Régimen de Transición del Poder Público contenido en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 22-12-99, resolvió solicitar a la Defensora del Pueblo que aclarase su solicitud de amparo. Sin embargo, hizo las siguientes consideraciones mediante las cuales decidió que la Constitución de 1999 no se aplicaba a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que estaban firmando el auto.

En efecto, en esa decisión, la Sala comenzó constatando lo siguiente sobre la designación definitiva de los Magistrados del Tribunal Supremo:

El Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 28 de marzo de 2000 (Nº 36.920), previó en su artículo 21 que la Asamblea Nacional realizará las designaciones

o ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de sus suplentes, ya que los Magistrados nombrados en los artículos 19 y 20 del Régimen de Transición del Poder Público, ejercerían sus cargos en forma provisoria.

Es decir, la Sala admitió que el Régimen de Transición del Poder Público exigía que se cumpliera la Constitución en el proceso de “designación o ratificación definitiva” de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sin embargo, para desligarse de la Constitución en cuanto al cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 263 respecto de los Magistrado en funciones que habían sido designados provisionalmente el 22-12-99 y que aspiraban ser “ratificados”, la Sala “inventó” el argumento de que la figura de la “ratificación” no estaba prevista en la Constitución, por lo que el artículo 263 de la misma supuestamente sólo se aplicaba cuando los Magistrados fueran a designarse *ex novo*, pero no cuando fueran ratificados. El siguiente fue el razonamiento de la Sala:

La figura de la ratificación no está prevista en la Constitución vigente, sino en el Régimen de Transición del Poder Público, y ella fue tomada en cuenta sólo con relación a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mas no con respecto a los miembros del Poder Ciudadano, ya que los artículos 35, 36, 37 y 38 del Régimen de Transición del Poder Público no contemplaron la ratificación de quienes ejercían provisionalmente los cargos del Poder Ciudadano.

Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del *artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público*, según la cual las ratificaciones definitivas *se harán de conformidad con la Constitución, carece de aplicación*, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Constitución no previó normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

En esta forma, de un plumazo, la Sala Constitucional que es la primera institución obligada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 336), resolvió que la Constitución no era aplicable precisamente, a los Magistrados mismos del Tribunal Supremo y de la Sala que eran los que estaban decidiendo. Se estaba haciendo justicia por las propias manos de los que se beneficiaban de la decisión³⁸¹.

381 Por eso la Defensora del Pueblo anunciaba que solicitaría la inhibición de los Magistrados de la Sala Constitucional. Véase *El Universal*, Caracas 16-12-00, p. 1-4.

El resultado de declarar la inaplicabilidad de la Constitución para la “ratificación” de los magistrados, llevó a los Magistrados de la Sala, entonces a “legislar” y autodefinirse el “régimen especial” relativo a las condiciones de elegibilidad de los mismos, aplicables a ellos mismos, además, alegando el principio de no discriminación. ¿Qué mayor discriminación, en realidad, que la contraria, es decir, definir para ellos mismos y sólo para ellos un régimen especial de condiciones para ser designados? La Sala, en efecto, dijo lo siguiente:

En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación.

Exigirsele a dichos Magistrados, además, otros requisitos que ni la Constitución (que no previó la figura), ni ninguna otra ley contempla, es crear una discriminación en contra de los ratificables, en relación con quienes no han sido Magistrados, que aspiran integrar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Y luego, la Sala pasó a examinar cada una de las condiciones de elegibilidad exigidas en el artículo 263 para ser magistrado del Tribunal Supremo, así:

Conforme al *artículo 263 de la vigente Constitución*, aplicable a los aspirantes a la más alta Magistratura, para pertenecer a ella se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad
3. En forma alternativa y no acumulativa:
 - 3.1) Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica.

Se trata de un conjunto de requisitos que deben concurrir, pero que para no violar derechos adquiridos, también de naturaleza constitucional, hay que analizar si para la fecha de graduación del abogado, existía o no organizado en el país un sistema de postgrado a que pudiera acceder.

Es de observar, sobre este tema, que aquí comenzó la Sala a cambiar la Constitución, pues los postgrados no sólo se realizan para la fecha de graduación del interesado al terminar el pregrado. Por tanto, la exigencia constitucional del postgrado es independiente de la fecha de graduación de la persona.

La Sala continuó analizando las condiciones, distorsionando la categoría legal de lo que es “profesor titular” conforme a la Ley de Universidades, así:

- 3.2) Haber sido profesor o profesora universitario en ciencias jurídicas durante un mínimo de quince años, y tener la categoría de profesor titular.

La categoría de profesor titular no podría entenderse en el sentido de un grado dentro de la jerarquía de una carrera, ya que la norma para nada se refiere a la carrera universitaria, y a la necesidad de ser profesor a tiempo completo dentro de ella, que es la que permite acceder a los grados superiores; y además, quien ingresa a una universidad como instructor difícilmente puede llegar a la más alta jerarquía en un lapso de quince años. De allí que la categoría de titular tiene que ser entendida como la condición de una persona respecto de las demás.

El autor Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, al referirse a esta acepción menciona que “en este último sentido habría categorías de abogados, médico, pintores, militares, albañiles. Es lo que CABANELLAS ha llamado la “categoría profesional” o “estatuto personal”, con lo cual no estaríamos en presencia de jerarquías dentro de una profesión sino de la condición o estatuto de una profesión, “respecto de las demás”, en este caso hablaríamos de la categoría de profesor universitario por oposición a la categoría de médico o militar.

Por otra parte, la condición de titular tampoco denota exclusivamente un grado jerárquico. En efecto, el Diccionario de la Real Academia dice que titular es el que “ejerce cargo, oficio o profesión con cometido especial y propio”, y agrega, a título de ejemplo, “juez, médico, profesor universitario TITULAR”.

A este respecto OSSORIO aclara que el titular es “aquel que ejerce un cargo u oficio por derecho propio o nombramiento definitivo; *a diferencia de substitutos, reemplazantes o interinos.* (Diccionario de Derecho Usual de CABANELLAS)” (Subrayado de la Sala).

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que este requisito para los profesores universitarios se interpreta como la exigencia de que el docente universitario tenga una antigüedad mínima de quince años como profesor y se trate de un profesor titular, es decir, ordinario activo o jubilado”.

En la Ley de Universidades, y esa fue la intención del constituyente, se define la categoría de “profesores titulares” como miembros ordinarios del personal docente (art. 87), a la cual se accede después de ascender sucesivamente desde profesor instructor, profesor asistente, profesor agregado y profesor asociado, de manera que para ser profesor titular “se requiere haber sido profesor asociado, por lo menos durante cinco años”. (art. 97). Es contrario a la Ley identificar, entonces, “profesor titular” con “profesor ordinario” como lo hizo la Sala.

¡Cómo pudo la Sala, simplemente, ignorar la Ley! Para resolver la duda no necesitaba citar a Ossorio ni a Cabanellas; bastaba con que consultara la Ley de Universidades.

Por tanto, “profesor titular” es lo que está definido en la Ley y es falso que para poder ascender en el escalafón universitario se necesite ser profesor a tiempo completo. Además, también es falso que “sea muy difícil” ascender desde instructor a titular en un lapso de 15 años. La decisión de la Sala, en realidad, lo que constituyó fue la entronización de la mediocridad y el abandono de la excelencia universitaria que es lo que la Constitución exigía expresamente para los magistrados.

Pero el análisis de la Sala continuó con el otro requisito de elegibilidad, así:

- 3.3) Ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.

Al respecto, la Sala acotó:

- A) Es necesario que el aspirante tenga como mínimo quince años en el ejercicio de la carrera judicial. Dentro de este lapso deben computarse no sólo los años como juez de instancia sino, eventualmente, como Magistrado de la antigua Corte Suprema de Justicia o del actual Tribunal. En efecto, según el artículo 2° del “*Régimen de Transición del Poder Público*”, los actuales Magistrados pueden ser ratificados de forma definitiva por la Asamblea Nacional.
- B) El requisito de haberse desempeñado como Juez Superior, es una exigencia mínima. Obviamente, si se han desempeñado como Magistrados de la antigua Corte o del Tribunal Supremo de Justicia, con mayor razón (por argumento a *fortiori*), el aspirante a ser designado o ratificado cumpliría con este requisito constitucional.
- C) La “especialidad correspondiente a la Sala”, a la que alude este numeral, debe ser interpretada de una manera amplia, al menos en lo que concierne a la Sala Constitucional y a la Sala Social. La primera, porque las atribuciones y competencias de esta Sala, en materia de protección a la Constitución abarca varios ámbitos, que exceden la especialidad académica del Derecho Constitucional; y la segunda, porque las materias de que debe conocer la Sala Social exceden también del campo laboral *strictu sensu*, que es su competencia por excelencia, por lo cual, lo ideal es que sea integrada por especialistas en las distintas materias que la Constitución y la Ley le puedan asignar (Familia, menores, etc.).

De nuevo, en este razonamiento, la Sala interpretó la exigencia constitucional de haber sido “juez superior” como quiso, a la medida de los Magistrados decisores.

Poco se puede agregar en cuanto a comentarios a esta conducta del Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistrados designados por el nuevo poder, a dedo, el 22-12-99, que con la mayor desfachatez, en un auto que lo que decide es exigir que el accionante (Defensor del Pueblo) aclarase su acción, aprovecharon para decidir que la Constitución no era aplicable a sus integrantes que aspiraban a ser designados, con el argumento de que de lo que se trataba era que iban a ser “ratificados” y jello no estaba regulado en la Constitución!. En todo caso, la decisión de fondo de la acción intentada no se adoptó posteriormente.

VII. LA BURLA A LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MODIFICACIONES ILEGÍTIMAS A LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1999, en su Título IX que regula la Reforma Constitucional, establece tres mecanismos de revisión de la Constitución, que son: la Enmienda constitucional, la Reforma constitucional y la Asamblea Nacional Constituyente. (arts. 304 a 349).

La rigidez constitucional deriva de que es la propia Constitución la que en esos artículos regula con precisión el procedimiento de la revisión constitucional.

En cuanto a la Enmienda, que tiene por objeto al adición o modificación de uno o varios artículos sin alterar la estructura fundamental de la Constitución (art. 340), el procedimiento se regula precisándose quiénes pueden tener la iniciativa de la Enmienda (art. 341,1), la aprobación por mayoría de la Asamblea Nacional cuando la iniciativa parta de ésta (art. 341,2), la aprobación por referendo de la Enmienda (art. 341,3 y 4) y la forma de publicación y promulgación de la misma (art. 341,5 y 346).

En cuanto a la Reforma constitucional, que tiene por objeto una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional (art. 342), la Constitución regula quiénes tienen la iniciativa de la Reforma (art. 342), la tramitación de la misma y su discusión y aprobación por la Asamblea Nacional (art.343), la aprobación por referendo (art. 344 y 345) y promulgación de la Reforma (art. 346).

Por último, en cuanto a la Asamblea Nacional Constituyente, la cual se regula como un órgano representativo del pueblo como “depositario del poder constituyente originario” (art. 347), se precisa quiénes tiene la iniciativa para convocarla (art. 348) y las normas de su funcionamiento (art. 349).

1. *La ilegítima admisibilidad de la revisión refrendaria de la Constitución*

Las anteriores normas confirman la rigidez de la Constitución, la cual no puede revisarse por ningún otro mecanismo.

Sin embargo, no lo resolvió así la Sala Constitucional, la cual en una ambigua sentencia dictada con ocasión de declarar improcedente una acción de amparo ejercida contra el denominado “referendo sindical”, en la cual parece admitir que además de las formas de revisión de la Constitución expresamente reguladas en el Título IX, había otra que sería el referendo consultivo, lo que, por supuesto, constituye una burla a la rigidez constitucional.

En efecto, con ocasión de la convocatoria, a instancias de la Asamblea Nacional por el Consejo Nacional Electoral al denominado referendo sindical realizado el 03-11-00, destinado a aprobar la suspensión de los dirigentes de las más altas organizaciones sindicales, lo que evidentemente constituía una violación del derecho a la libertad sindical garantizado en el artículo 95 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al dictar la sentencia de 1-12-00 (caso *Frente Constituyente de Trabajadores*), no sólo resolvió que no existía tal violación -refiriéndose sólo a una parte del artículo, pero ignorando otra, como antes se ha argumentado-, sino que sentó un criterio teórico que podría permitir fundamentar reformas constitucionales no aprobadas conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Constitución, como consecuencia de la realización de un referendo, por ejemplo, aprobatorio.

En efecto, en esa sentencia, la Sala analizó el tema del “referendo consultivo y el mandato constitucional emanado de la consulta”, señalando lo siguiente:

La Sala observa además, que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que “sus representantes acaparen todo el poder político” (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. De E. Aja y otros, p.82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo

que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte de que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancia de la Asamblea Nacional. Debe mencionarse que el mandato que el pueblo conferiría al Consejo Nacional Electoral, en caso de que la pregunta del Referendo sea aprobada, tendría carácter constitucional y sus efectos no constituirían una suspensión “administrativa” como se desprende de los alegatos del accionante.

De esto resulta, por tanto, que lo aprobado en cualquier referendo consultivo sería “un mandato constitucional” del pueblo, que pasaría a integrar “el sistema constitucional”, aún cuando la pregunta del referendo fuera contraria a la Constitución misma, lo que significa la “legitimación” de otro procedimiento para la revisión constitucional distinto a los previstos en el Título IX y la puerta abierta para la violación de la Constitución mediante la realización de referendos consultivos.

La Sala Constitucional, incluso, “legitimó” esta burla a la rigidez constitucional, al agregar en la sentencia que:

El referendo, pues, como institución democrática, es la reivindicación del poder constituyente dentro del sistema constitucional vigente, para garantizar el proyecto político de la Constitución y para realizar, respecto de la consulta referendaria, el ejercicio de la democracia participativa, la que, por esta vía, deviene democracia gobernante o social, como lo señala Burdeau (*Letat*, Paris, Seuil, 1971, Poder Público.57-61). Los referendos populares exceden, por tanto, la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicar su poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa.

2. *Las ilegítimas modificaciones al texto constitucional de 1999 desde su sanción hasta su publicación*

El proceso de puesta en vigencia de la Constitución de 1999 y de su publicación posterior estuvo plagado de improvisaciones y abusos por parte de supuestas “comisiones técnicas” que fueron moldeando el texto constitucional a su antojo. Con un ejemplo puntual puede apreciarse cómo fue cambiada la Constitución, sin que ello hubiese sido producto ni de la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente ni del pueblo.

En efecto, en el texto publicado por la Asamblea Nacional Constituyente del proyecto sancionado el 15-11-99, que fue el mismo texto, en principio, publicado por el Consejo Nacional Electoral para el referendo del 15-12-99, el artículo 317 de la Constitución, que regula el principio de la legalidad tributaria, establecía que no podían

Concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, *sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente*.³⁸²

Ese había sido el texto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobado en el referendo del 15-12-99, es decir, el aprobado por el pueblo. Sin embargo, en el texto publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30-12-99, el artículo 317 aparece con la siguiente redacción:

Ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, *sino en los casos previstos por las leyes*.

No se trataba de argumentar cuál de las dos redacciones es más adecuada a las exigencias de la legislación tributaria, sino de afirmar que se publicó como texto constitucional un texto que no fue aprobado por el pueblo en el referendo y que, por tanto, no es constitucional. Se había reformado la Constitución sin el voto de la Asamblea ni el voto popular.

3. *Las reformas a la Constitución efectuadas después de su publicación el 30-12-99*

El proceso de reforma ilegítima de la Constitución no se quedó en los cambios indicados, de los cuales sólo hemos mencionado ejemplos puntuales, pues con seguridad debe haber muchos otros; sino que continuó con la “republicación” del texto constitucional en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinaria del 24-03-2000, en la cual, además, se publicó una Exposición de Motivos de la Constitución que no había sido aprobada en el referendo del 15-12-99, y que supuestamente había sido aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en su última sesión del 30-1-00, lo cual era falso.

La “nueva versión” de la Constitución se publicó supuestamente corrigiendo “errores de gramática, sintaxis y estilo”, lo que de por sí era improcedente, pues ello implicaba un cambio en el texto constitucional aprobado por el pueblo. Sin embargo, la verdad es que con tal excusa, se introdujeron múltiples cambios sustanciales al texto constitucional, en una forma ilegítima, muchos de los cuales denunciamos y enumeramos en su oportunidad³⁸³, los cuales fueron objeto de un recurso de interpretación interpuesto ante la Sala Constitucional por el entonces Fiscal Gene-

382 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 08-11-99, N° 40, p.13. .

383 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, con nuestros comentarios, 3ª Edición, Caracas 2001, p. 282 a 289.

ral de la República³⁸⁴ y por Hermán Escarrá Malavé³⁸⁵ sin que la Sala haya resuelto el asunto.

Un solo ejemplo de estos cambios que podemos citar puntualmente es el referido, precisamente, a la competencia de la Sala Constitucional para revisar las sentencias de instancia en materia de amparo o control difuso de la constitucionalidad. El artículo 336,10 de la Constitución aprobada en el referendo del 15-12-99 y publicada el 30-12-99, atribuía a la Sala competencia para:

10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva.

Esta norma se modificó en la “versión” de la Constitución publicada el 24-03-00, en una forma absolutamente ilegítima, estableciéndose la siguiente redacción:

10. Revisar las sentencias *definitivamente firmes* de amparo constitucional o de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva.

De nuevo, no se trataba de argumentar sobre la conveniencia o no de esta “reforma” del texto constitucional, no aprobada ni por la Asamblea ni por el pueblo, sino de advertir lo ilegítimo de la modificación, lo que también denunciábamos en su oportunidad³⁸⁶.

Lo grave de esta irregularidad que confirma la falsedad de que la “Exposición de Motivos” de la Constitución publicada el 24-03-00 hubiera sido aprobada el 30-01-00 por la Asamblea, es que en dicha “Exposición de Motivos” elaborada supuestamente respecto del texto publicado el 30-12-99 se explica el ordinal 10 del artículo 336 haciendo alusión a la competencia de la Sala “para revisar las decisiones *definitivamente firmes*” dictadas en materia de amparo y control difuso de la constitucionalidad, cuando dicha frase (“definitivamente firmes”) sólo “apareció” en el texto de la Constitución publicado dos meses después de la “aprobación” de la “Exposición de Motivos”.

384 El Fiscal General de la República detectó cambios en 179 artículos, la mayoría de forma y 19 de fondo. Véase en *El Universal*, Caracas 10-12-00, p. 1-4.

385 El ex constituyente Hermán Escarrá Malavé, quien había presidido la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, detectó 278 “reformas” al texto constitucional. Véase *El Universal*, Caracas 13-12-00, p. 1-4.

386 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 110 y ss.

Muchos otros cambios sustanciales se hicieron al texto constitucional con la excusa de “corrección de errores de gramática, sintaxis y estilo” todos los cuales significaron una burla a la rigidez constitucional, pues fue evidente que estos cambios o reformas constitucionales ilegítimos fueron hechos por supuestos revisores técnicos y gramaticales, sin aprobación popular.

Colección de libros



NUESTROS DERECHOS

Para ejercerlos, hay que conocerlos

Ventas: Teís. 5622 6582 / 5622 6583 www.libros.unam.mx

De venta en librerías UNAM, librerías y almacenes de prestigio

