

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA REFORMANDO LEYES Y LA CUESTIÓN DE LOS EFECTOS *EX NUNC* DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS (“REFORMATORIAS”) DE LEYES*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, desde 2000 ha venido progresivamente usurpando la función legislativa que la Constitución atribuye a la Asamblea Nacional, y con motivo de ejercer sus poderes de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, no se ha limitado a anular un artículo o la ley en su conjunto, sino que ha procedido a reformar artículos, estableciéndole una nueva redacción. Se trata, por tanto, de una legislación sancionada por el Tribunal Supremo, en evidente usurpación de funciones, que hace la reforma legal ineficaz y nula, de nulidad absoluta, conforme se establece en el Artículo 138 de la Constitución.

I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL REFORMANDO LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La última de estas reformas, ha ocurrido en relación con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo artículo 90 fue re-redactado por la Sala Constitucional mediante sentencia No. 1104 de 23 de mayo de 2006¹ dictada con motivo de decidir la impugnación de su último aparte. Dicha norma disponía que a los efectos de que se pudiera suspender alguna medida cautelar decretada en un juicio a solicitud de la república, en los casos en los que se hubiere presentado caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se pudieran causar por la suspensión,

* Estudio elaborado para el **IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional**, organizado por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Chiclayo, Perú, 27-29 de septiembre de 2007

¹ Véase en *Revista de Derecho Público* No. 106, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp 116 y ss.

tal caución debía ser aprobada por la representación de la República. Conforme a lo alegado por los impugnantes, la Sala consideró que dicha exigencia era inconstitucional, porque violaba las garantías del debido proceso, y entre ellas, el derecho a ser juzgado por un tribunal que sea competente y además sea imparcial, establecidas en el artículo 49 de la Constitución.

La Sala, al decidir, recordó que había sido jurisprudencia reiterada y pacífica del Tribunal Supremo que el derecho a ser juzgado por el juez natural es una garantía constitucional y un elemento para que pueda existir el debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución; lo que había quedado expresado, por ejemplo, en sentencia N° 144 del 20 de marzo de 2000, en la cual se había considerado que los tribunales ordinarios o especiales son los llamados en el ordenamiento venezolano, a ejercer la jurisdicción, es decir, “la potestad atribuida por la ley a un órgano del Estado para dirimir conflictos de relevancia jurídica, con un procedimiento predeterminado, siendo el órgano capaz de producir cosa juzgada susceptible de ejecución”. En dicha sentencia, la Sala concluyó señalando que:

Los jueces a quienes la ley ha facultado para juzgar a las personas en los asuntos correspondientes a las actividades que legalmente pueden conocer, son los jueces naturales, de quienes se supone conocimientos particulares sobre las materias que juzgan, siendo esta característica, la de la idoneidad del juez, la que exige el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.....

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que trastoque al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público”.

Sentado este principio, la Sala pasó a analizar la naturaleza de las medidas cautelares, las cuales se caracterizan por su provisionalidad, esto es, “porque las mismas se adoptan con el objeto de asegurar temporalmente la situación jurídica de quien la solicita”, de manera que para que sean acordadas

“debe acompañarse prueba de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, del derecho que se reclama, presupuesto éste fundamental que, conjuntamente con el peligro en la mora (*periculum in mora*), el juez debe valorar para la adopción de acuerdo con lo solicitado (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil)”.

Ahora bien, el último aparte del artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República cuya nulidad por inconstitucionalidad se solicitó, disponía que para que pudieran suspenderse las medidas cautelares decretadas en un juicio a solicitud de la República, la caución o garantía suficiente que se constituyera para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren por la suspensión, antes de que el juez pudiera decidir, debía ser aprobada por la representación de la República.

Esa provisión, que fue la impugnada, fue considerada por la Sala Constitucional como inconstitucional y violatoria del debido proceso,

“al prever un requisito adicional de aprobación para la caución que no se encuentra establecido en la Ley Adjettiva que regula la materia, y enervando además la facultad del juez que tiene la potestad atribuida por el artículo 253 constitucional para conocer de las causas y asuntos de su competencia conforme a los procedimientos que determine la Ley”.

La Sala, consideró, en efecto, que los jueces son los que poseen el conocimiento particular sobre las materias que juzgan, siendo esa función judicial indelegable; correspondiendo en cambio a la Procuraduría General de la República, conforme al artículo 247 constitucional, asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional. Conforme a ello, dedujo la Sala, fue la propia Constitución la que delimitó las facultades de la Procuraduría General, de cuya norma no se deriva facultad alguna para poder tomar decisiones a nivel judicial, que sólo corresponden a los jueces sin que puedan delegar tal función.

La Sala, además, consideró que siendo la Procuraduría General de la República parte en un proceso judicial, “no podría obrar con imparcialidad y transparencia si debe aprobar las cauciones sustitutivas de las medidas cautela-

res decretadas”, función ésta que es potestad del juez natural que debe decidir sobre ella. Conforme a este razonamiento, la Sala concluyó declarando con lugar el recurso de nulidad que se había intentado contra el último aparte del artículo 90 de la Ley Orgánica por considerar que constituía una clara usurpación de funciones que son propias de la esfera judicial, lo cual:

“lejos de constituir un privilegio procesal a favor del Estado, es –sin lugar a dudas- el condicionamiento del derecho en manos de una de las partes del proceso, lo cual se traduce en un error que no tiene asidero jurídico, que viola además del artículo 49, los artículos 138 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

La declaración de nulidad de la mencionada disposición, por supuesto, significó la eliminación de la exigencia legal de la aprobación previa por parte de la Procuraduría General de la República para que los jueces pudieran suspender las medidas cautelares que habían sido decretadas a su solicitud; y nada más. Sin embargo, la Sala, sustituyéndose al Legislador, pasó a “reformular el artículo, agregando en su sentencia lo siguiente:

Dada la anterior declaración, la norma impugnada que preveía en su único aparte: “***Esta caución deber ser aprobada por la representación de la República***”, queda redactada en los siguientes términos:

“Artículo 90. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.

*Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren. ***Esta caución deber ser aprobada por el juez de la causa***”.* (Resaltado de este fallo).

La potestad judicial para resolver las peticiones de las partes está establecida en la Constitución y en las leyes adjetivas, particularmente el Código de Procedimiento Civil, por lo que la reforma legal introducida por la Sala, era innecesaria al sustituir la frase “***Esta caución deber ser aprobada por la re-***

presentación de la República”, por la frase ***Esta caución deber ser aprobada por el juez de la causa***”, lo que resulta del dispositivo del fallo.

Lo criticable de la sentencia, fue la usurpación de funciones legislativas que implicó, al pretender el juez constitucional asumir la facultad de “reformular” las leyes. En todo caso, consciente de esta usurpación de funciones, la Sala, conforme al artículo 21.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tuvo que determinar los efectos de la decisión anulatoria en el tiempo, disponiendo los efectos *ex nunc*, es decir, hacia futuro, como sucede con cualquier reforma legislativa, que nunca puede tener efectos retroactivos.

II. LA CUESTIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS (“REFORMATORIAS”) DE LEYES

En este caso, en efecto, la Sala consideró que en aras de la seguridad jurídica, dado que en “el presente caso, dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas por los funcionarios adscritos a la Procuraduría General de la República en los diferentes juicios llevados en representación de la República y, los efectos jurídicos que ello pudiere implicar” lógicamente estableció los efectos “del presente fallo anulatorio *ex nunc* o hacia el futuro, esto es, a partir de la publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, incluso para los casos en curso”.

Debe señalarse, sin embargo, que para llegar a esta conclusión, que en nuestro criterio es la regla en los casos de sentencias anulatorias de leyes, y no la excepción, la Sala hizo referencia a una sentencia precedente N° 359 del 11 de mayo de 2000 (Caso: *Jesús María Cordero Giusti.*), en relación a los efectos de las decisiones anulatorias de normas jurídicas, en la cual señaló lo siguiente:

“(…) de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se debe determinar los efectos en el tiempo de la decisiones anulatorias de normas. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tales casos, debe entenderse que produce sus efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado. Así, en reciente sentencia con ocasión de decidir la solicitud de ejecución de un fallo que no había fijado los efectos en el tiempo de una sentencia anulatoria, se indicó:

‘Ha sido señalado precedentemente que la sentencia anulatoria extinguió la norma por considerarla viciada, sin limitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la anulación en el tiempo, en razón de lo cual, este efecto es *ex tunc*, es decir hacia el pasado; opera desde el momento mismo en que la norma fue dictada’ (Sentencia de la Sala Político Administrativa del 11 de noviembre de 1999, caso Policarpo Rodríguez).

En el caso antes citado, si bien se dio efecto *ex tunc* al fallo anulatorio, la sentencia fijó los términos de la ejecución, es decir, los parámetros y el tiempo mediante los cuales los afectados por la norma anulada podían ejercer sus derechos.

En el caso de autos, esta Sala por razones de seguridad jurídica, para evitar un desequilibrio en la estructura de la administración pública estatal y la preservación de los intereses generales, así como en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley Estatal, fija los efectos *ex nunc*, es decir, a partir de la publicación de este fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional”.

La doctrina establecida en estas sentencias de establecer, como principio del sistema venezolano, que los efectos de las sentencias anulatorias de leyes son *ex tunc*, es decir, hacia el pasado o con efectos retroactivos, y que como excepción, por razones de seguridad jurídica, la Sala puede darle efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, como sucedió en este caso, en nuestro criterio es totalmente errada. El principio, en realidad, es el contrario: los efectos de principio de las sentencias anulatorias de la Jurisdicción Constitucional, como ocurre con las leyes que derogan otras leyes sancionadas por la Asamblea nacional, son en principio *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, no pudiendo tener efectos retroactivos. La única excepción a este principio, por razones de seguridad jurídica, es que cuando se asigne a algunas sentencias efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos o hacia el pasado, particularmente cuando se trata de proteger situaciones más favorables a los derechos de los administrados.

En efecto, la sentencia declaratoria de nulidad de la ley o de uno de sus artículos produce la cesación de sus efectos con valor general, es decir, *erga omnes*, en el sentido de que, como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo en sentencia de 21 de

diciembre de 1963, “es definitiva y surte efectos contra todos, pues tal presunta Ley deja de serlo desde el momento de ser declarada inconstitucional”.²

Pero adicionalmente, el problema fundamental que se plantea sobre estos efectos generales, se refiere al momento en que comienzan a producirse, es decir, si el artículo de la ley declarado nulo se considera que surtió sus efectos hasta que la Sala lo anuló o, al contrario, se estima como si nunca hubiera surtido efectos. Bajo otro ángulo, la cuestión es determinar si la decisión de la Sala comienza a surtir efectos desde el momento en que se publica o desde el momento en el cual el acto anulado se dictó.

Como es sabido, ni Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 resolvieron expresamente dichas cuestiones, sino que se limitaron a señalar que la Sala Constitucional debe determinar “expresamente sus efectos en el tiempo”(artículo 5, párrafo 1º, numerales 6 y 7).

Ahora bien, existiendo en Venezuela un sistema mixto de justicia constitucional, que implica el funcionamiento en paralelo, de los dos métodos básicos de control de constitucionalidad que muestra el derecho comparado: por una parte el sistema difuso, que se ejerce por todos los jueces, y por la otra el sistema concentrado que se ejerce por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (y respecto de los actos administrativos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa); no ha sido infrecuente la confusión sobre los efectos de las decisiones en materia de control de la constitucionalidad, lo que ha llevado en muchos casos a la aplicación de la doctrina de la garantía de la nulidad del acto inconstitucional, propia del control difuso, al sistema de control concentrado, ignorando las diferencias fundamentales entre los dos sistemas de justicia constitucional. Eso es lo que ha ocurrido en la sentencia de nulidad del artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en la sentencia que cita como precedente, de la misma Sala Constitucional No. 359 de 15 de mayo de 2000.³

² Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 12-12-63 en *Gaceta Forense*, N° 42, pp. 667 a 672.

³ Véase en *Revista de Derecho Público*, No.82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 454. Véase además, sentencia No. 816 de 26-7-00, en *Revista de Derecho Público*, No.83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 273.

En realidad, como hemos dicho, el principio opera en sentido inverso: en principio, por razones de seguridad jurídica las sentencias anulatorias de leyes tienen efectos *ex nunc*, y excepcionalmente, cuando la protección constitucional de derechos así lo exija, pueden ser dotadas de efectos *ex tunc*.

En efecto, en la aplicación del método de control concentrado de constitucionalidad, la Sala Constitucional asume su rol de supremo intérprete⁴ o defensor⁵ de la Constitución, a la cual corresponde ser el fiel de la balanza en la aplicación del principio de la separación de poderes⁶ teniendo que proclamar, al decidir la acción de inconstitucionalidad, la "extinción jurídica" del acto recurrido o el mantenimiento del mismo con la plenitud de sus efectos⁷. En cambio, cuando se aplica el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el juez desaplica una ley que estima inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, sin afectar la validez de la ley, teniendo la decisión efectos declarativos, que se aplican *in casu et inter partes*, y se extienden *pro pretaerito*.⁸

Por tanto, la "retroactividad" de la declaratoria de no aplicabilidad de la ley, tiene sólo sentido bajo el ángulo de que el juez estime que ella nunca ha surtido efectos, es decir, de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad operan *ex tunc*, al ser una decisión mero declarativa de una inconstitucionalidad o nulidad preexistente. En este sentido, por ejemplo, la apreciación de la inconstitucionalidad de la ley ya derogada, pero que se aplicó durante su vigencia al caso concreto que el juez está conociendo, tiene justificación, pues la declaratoria de inaplicabilidad de la ley, al ignorar su existencia, tiene sentido para el proceso, aun cuando la ley esté derogada en el momento de la deci-

⁴ Lo que implica la irreversibilidad de sus decisiones. La doctrina ha sido establecida desde hace muchos años por la propia Corte. Véase, por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 17-11-38 en *Memoria 1939*, pp. 330 y ss.

⁵ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 4-3-41 en *Memoria 1942*, pp. 128 a 130.

⁶ Véase, por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa de 3-5-39 en *Memoria, 1940*, p. 217; y de 17-4-41 en *Memoria, 1942*, pp. 182 y ss.

⁷ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 20-1-66 en *Gaceta Forense*, N° 51, 1968, p. 13

⁸ Véase A. y S. Tunc, *Le Système Constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, París, 1954, volumen II, pp. 294 y 295.

sión. Por ello, como la decisión judicial que se pronuncia en el control difuso de la constitucionalidad de las leyes tiene "efectos retroactivos", evidentemente que pueden referirse a las leyes derogadas, respecto de los efectos que pudo producir durante su vigencia⁹.

En esos casos, el juez no anula la ley al ejercer el control difuso, sino que sólo declara o constata una inconstitucionalidad preexistente, por lo que ignora la existencia de la ley (la considera inexistente) y no la aplica al caso concreto cuyo conocimiento jurisdiccional le corresponde.

Esos efectos, en todo caso, son completamente diferentes a los efectos que produce el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad cuando la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional anula una ley por inconstitucionalidad. En estos casos, cuando la Sala ejerce sus atribuciones previstas en el artículo 336 de la Constitución, "declara la nulidad" de la ley, es decir, anula la ley, la cual hasta el momento en que se publique la sentencia de la Sala, es válida y eficaz, surtiendo todos los efectos no obstante su inconstitucionalidad. La decisión, por tanto, carece de eficacia retroactiva, la misma tiene efectos *ex nunc o pro futuros*¹⁰; y esto en virtud de la presunción de constitucionalidad que las leyes tienen¹¹, equivalente, *mutatis mutandis*, a la presunción de la legalidad que acompaña a los actos administrativos¹².

Ninguno de los sistemas concentrados del control de la constitucionalidad de las leyes que se conocen en el derecho comparado, atribuye efectos hacia el pasado, es decir, *ex tunc, pro pretaerito* a todas las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad, las cuales no son mero declarativas, ni tienen efecto retroactivos, sino que son sólo constitutivas; y por ejemplo, en los sistemas italianos y alemán, éstos posibles efectos hacia el pasado son res-

⁹ Véase J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas, 1955, pp. 56-57.

¹⁰ Véase, por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa 17-11-38 en *Memoria 1939*, pp. 330 a 334; sentencia de la CF de 19-6-53 en *Gaceta Forense*, N° 1, 1953, pp. 77 y ss.; y sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de 29-4-65 publicada por la *Imprenta Nacional*, 1965, pp. 113 y 116.. *Cfr. Doctrina Procuraduría General de la República*, 1963, Caracas, 1964, pp. 199 a 201.

¹¹ Véase J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional...op. cit.*, p. 90.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 31.

tringidos fundamentalmente al ámbito penal¹³. Y la solución de estas dos legislaciones—la italiana y la alemana— es lógica, pues si bien sería monstruoso, por las repercusiones que tendría sobre la seguridad jurídica, pretender que las sentencias declaratorias de la nulidad por inconstitucionalidad de una ley tengan efectos mero declarativos, y que, por tanto, se tuvieran como nunca dictados o cumplidos los actos realizados antes de que la ley fuera declarada nula, asimismo podría resultar injusto que en los casos penales, las sentencias dictadas conforme a una ley declarada posteriormente nula, no fueran afectados por la anulación por inconstitucionalidad. De ahí la excepción respecto de los casos penales que la legislación italiana y alemana establecen para el principio de que los efectos de las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad sólo se producen hacia el futuro (en el mismo sentido que respecto del principio de la irretroactividad de las leyes).

Es más, la misma situación pragmática del conflicto que puede surgir entre la seguridad jurídica y las sentencias penales, ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a establecer excepciones al principio contrario. En Estados Unidos, el método de control de constitucionalidad es de carácter difuso, siendo los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de carácter retroactivo, por ser mero declarativas. En principio, el ámbito de dichas sentencias es *inter partes*, pero que en virtud de la técnica de los precedentes, y de la regla *stare decisis* las mismas adquieren carácter general obligatorio. Sin embargo, a pesar de ello, la jurisprudencia ha extendido el carácter retroactivo sólo a los casos penales, respetando, al contrario, los efectos cumpli-

¹³ Tal es el supuesto por ejemplo, de la Ley Constitucional italiana de 11 de marzo de 1953, que establece las normas complementarias de la Constitución en lo concerniente a la Corte Constitucional, cuyo artículo 30 expresa: "Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión. Cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional haya sido pronunciada una sentencia irrevocable, cesará su ejecución y todos los efectos penales" (Véase F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional Italiana*, Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos, N^o 8, UCV, Caracas, 1966, p. 53). Asimismo la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de marzo de 1951, establece que "permanecen inmutables las resoluciones firmes, apoyadas en una norma declarada nula" por el Tribunal Constitucional Federal, aun cuando "es admisible la revisión del procedimiento según los preceptos de la Ley de Procedimiento Penal, contra una sentencia penal formal apoyada" sobre la misma norma declarada nula (Véase Art. 79 en F. Rubio Llorente, "El Tribunal Constitucional Alemán", *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N^o 18, Caracas, 1959, p. 154).

dos en materias civiles, y administrativas en base a una ley declarada inconstitucional¹⁴.

Ahora bien, siendo el control de la constitucionalidad de las leyes atribuido por la Constitución a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo un control similar a los concentrados que muestra el derecho comparado, es evidente que los efectos de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley, en ausencia de norma expresa constitucional o legal alguna, sólo pueden ser producidos *erga omnes* pero hacia el futuro; es decir, las sentencias son en principio constitutivas, *pro futuro* y sus efectos *ex nunc* no pueden extenderse hacia el pasado (no pueden ser retroactivas). Puede decirse que este ha sido el criterio no sólo seguido en el pasado por la doctrina venezolana¹⁵, sino por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, aun cuando en algunos casos la antigua Corte en Sala de Casación Civil¹⁶ y ahora la Sala Constitucional, no han sido consecuentes. Ello constata con lo resuelto en múltiples sentencias de las antiguas Cortes Supremas¹⁷ y de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa¹⁸, en las cuales se sostuvo el carácter constitutivo de los efectos de las sentencias en materia de control de la constitucionalidad.

En todo caso, este carácter constitutivo de los efectos de las decisiones de la Sala Constitucional declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad de las

¹⁴ Véase J. A. C. Grant, "The legal effect of a ruling that a statute is unconstitutional" *Detroit College of Law Review*, 1978, pp. 207-237, Cfr. M. Cappelletti, "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", *Revista de la Facultad de Derecho*, 65, México, 1966, pp. 63-64.

¹⁵ Véase, José G. Andueza, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano op. cit.* En contra Humberto J. la Roche, *El control Jurisdiccional en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, 1972, p. 153.

¹⁶ Véase en *Gaceta Forense*, N° 101, año 1978, pp. 591-592.

¹⁷ Véase sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 20-12-40, *cit.* por J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional...op. cit.*, p. 90; de 17-11-38, *Memoria 1939*, p. 330; de 21-3-39, en *Memoria 1940*, p. 176; y de 16-12-40 en *Memoria 1941*, p. 311; y de la antigua Corte Federal de 19-6-53, en *Gaceta Forense*, N° 1, 1953, pp. 77 y 78. Véase además, la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa 27-2-40 en *Memoria 1941*, p. 20

¹⁸ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 20-1-66 en *Gaceta Forense*, N° 51, 1966, p. 13; de 15-2-67 en *Gaceta Forense*, N° 55, 1967, p. 70; y de 18-11-65 en *Gaceta Forense*, N° 50, 1967, p. 111..

leyes, es por ejemplo congruente con las decisiones respecto de las solicitudes de nulidad por inconstitucionalidad de leyes ya derogadas, lo que en general se ha rechazado¹⁹, precisamente por considerarse que dichas sentencias no tienen efectos retroactivos²⁰.

En todo caso, en el centro de la cuestión a partir de 1976 estaba en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que era igual al actual artículo 5, párrafo 1º, numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual atribuye, a la Sala Constitucional la obligación de establecer los efectos de sus decisiones en el tiempo, con lo que a pesar de que en principio, los efectos de sus decisiones declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad deben seguir siendo, como en todos los sistemas concentrados de justicia constitucional, de carácter constitutivo, y de efectos *pro futuro, ex nunc*²¹, la Sala puede corregir los efectos desfavorables que la rigidez de este principio pueda provocar, particularmente en el campo de los derechos y garantías constitucionales, y atribuirle a sus sentencias efectos retroactivos, *pro pretaerito, ex tunc*.

Por supuesto, incluso en estos casos relativos a los derechos y garantías constitucionales, en nuestro criterio, el problema que podría originar la rigidez del principio de los efectos *ex nunc, pro futuro* de la sentencia anulatoria de una ley, lo que podría conducir a que la ley violatoria de una garantía constitucional, a pesar de su declaratoria de nulidad, pudiera producir efectos hasta que se produjese esa declaratoria, queda al disponer la propia Constitución como garantía contra esa situación, la “nulidad absoluta” de los “actos del Poder Público” —incluso las leyes— que lesionen los derechos y garantías constitucionales (artículo 25).

¹⁹ Véase sentencias de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Plena 21-12-49, en *Gaceta Forense*, N° 1, 1949, p. 15; y de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 20-1-66, en *Gaceta Forense*, N° 51, 1968, pp. 13 y 14.

²⁰ Véase J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional...op. cit.*, pp. 56 y 57.

²¹ Por ejemplo en sentencia de antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 23-2-84, al declarar la nulidad por inconstitucional del acto de instalación de una Asamblea Legislativa, la Corte dispuso expresamente que “la presente decisión no tendrá efecto retroactivo alguno en relación con las actuaciones cumplidas por la Asamblea Legislativa” (Consultada en original).

Por tanto, la nulidad absoluta de ciertos actos expresamente establecidos en la Constitución, es lo que permite que ciertas sentencias de la Corte declaratorias de nulidad de una ley, tengan efecto retroactivo, hacia el pasado, y se las considere como de carácter declarativo, *ex tunc*. Es decir, y a pesar del poder que tiene la propia Sala Constitucional para determinar los efectos de sus decisiones en el tiempo, en el ordenamiento constitucional venezolano sólo puede llegarse a admitir que las sentencias de la misma, declaratorias de nulidad de una ley, tienen siempre la categoría de sentencias declarativas, produciendo efectos hacia el pasado, en los casos en que la propia Constitución califica a una ley o acto estatal como nulo o ineficaz, supuesto que sólo se regula en los artículos 25 y 138 de la Constitución. En efecto, el artículo 25 de la Constitución contiene la primera de las normas que declara *per se*, la nulidad absoluta de "todo acto dictado en ejercicio del Poder Público", en los cuales se incluyen las leyes, cuando "viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley".

Conforme a esta primera excepción expresa, una ley que, por ejemplo, establezca una discriminación fundada en "la raza, el sexo, el credo o la condición social", viola expresamente el derecho a la igualdad garantizado en el artículo 21 de la Constitución, o una ley que por ejemplo, regule "penas infamantes o perpetuas" viola abiertamente el artículo 44,3° de la Constitución. Ahora bien, conforme al texto constitucional del artículo 25, esas leyes serían "nulas", con vicio de nulidad absoluta, no pudiendo producir ningún efecto jurídico e inclusive no debiendo ser aplicadas por autoridad alguna, so pena de incurrir en responsabilidad. En estos casos, la decisión de la Sala Constitucional al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la ley no podría tener otro carácter que el mero declarativo, en virtud del texto expreso de la Constitución. Se trata, en efecto, de la constatación de una nulidad ya establecida en la Constitución, extinguiéndose la ley hacia el futuro y hacia el pasado, en el sentido que en virtud de la propia declaratoria de la ley como "nula" por la Constitución, se considera que ella nunca pudo surtir efectos. Por tanto, en los supuestos en que están en juego los derechos garantizados por la Constitución y que son los que regula el artículo 25 de dicho texto, la sentencia declaratoria de nulidad de la ley inconstitucional, no podría tener efectos constitutivos, ni

en consecuencia, podría dejar incólumes los efectos producidos por una ley inconstitucional con anterioridad a la declaratoria de nulidad por la Sala.

El segundo caso de regulación expresa de la excepción al principio del efecto constitutivo de las sentencias de la Corte Suprema declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, está contenido en el artículo 138 de la Constitución que establece, que "toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos"; y por usurpación de autoridad hay que entender "el vicio que acompaña a todo acto dictado por una persona desprovista totalmente de autoridad"²², es decir, "el usurpador es aquel que la ejerce y realiza sin ningún tipo de investidura, ni regular ni prescrita. El concepto de usurpación, en este caso, emerge cuando una persona que no tiene *auctoritas* actúa como autoridad"²³, en el sentido del término "autoridad", que emplea la Constitución (Artículos 138 y 350). De allí que, como dice la Constitución, la autoridad usurpada sea ineficaz y sus actos sean nulos. Este segundo caso de texto expreso de la Constitución que declara como "nulo", con vicio de nulidad absoluta e "ineficaz", un acto estatal, implica que la sentencia que declare la nulidad por inconstitucionalidad, por ejemplo, de una "ley dictada por un gobierno que se organice por la fuerza, sólo puede tener efectos declarativos de una nulidad ya establecida expresamente en la propia Constitución.

Pero, insistimos, aparte de estas dos previsiones expresas de la Constitución mediante la cuales el mismo texto constitucional declara la nulidad absoluta de una ley, lo cual produce, como consecuencia, que la sentencia que declare de la nulidad por inconstitucionalidad tenga meros efectos declarativos; sólo podrían admitirse como excepción al principio adoptado por nuestro sistema constitucional, de los efectos constitutivos de las sentencias de la Sala declaratorias de la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes que se estiman, como principio general, viciadas de nulidad relativa (anulabilidad), en aquellos casos en los cuales la misma Sala, en forma expresa en su sentencia, establezca la nulidad absoluta, lo cual podría producirse conforme al artículo 5, párrafo 1º, numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, en algunos supuestos de usurpación de funciones, con-

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 62.

²³ *Idem*, p. 59.

cepto constitucional enteramente distinto al señalado de usurpación de autoridad²⁴ o en otros que determine expresamente²⁵. Sin embargo, si la Sala no califica expresamente en su decisión a una *ley* que declara nula como viciada de nulidad absoluta, retrotrayendo los efectos de la nulidad hacia el pasado, se tiene como vigente el principio general señalado de la nulidad relativa.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, por tanto, puede concluirse contrariamente a lo establecido por la Sala Constitucional en la sentencia que comentamos, que como principio general, toda sentencia declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley dictada por la Sala Constitucional conforme al artículo 336 de la Constitución, tiene efectos *erga omnes*, y el carácter de una sentencia constitutiva, de nulidad relativa, con efectos *ex-nunc, pro futuro* salvo que el propio texto de la sentencia declare la nulidad absoluta de la ley o ésta se pronuncie en virtud de lo previsto en los artículos 25 y 138 de la Constitución, en cuyo caso, tendría carácter declarativo.

Sin embargo, inclusive en estos casos, esta retroactividad de la sentencia no sería absoluta, sino que en realidad implicaría que todas las situaciones particulares nacidas de la aplicación de la ley declarada nula serían susceptibles de impugnación, por lo que en muchos supuestos podría sostenerse que permanecerían incólumes las situaciones jurídicas respecto de cuya impugnación se hayan consumado los lapsos de caducidad o prescripción de las acciones correspondientes.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales... cit.*, p. 60.

²⁵ Véase sentencias de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa 28-3-41 en *Memoria 1942*, p. 158; y de la antigua Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa de 5-12-85, al declarar la nulidad, por ilegalidad (violación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) de una Ordenanza de zonificación municipal, aun cuando no estaban en juego la violación de derechos fundamentales, la Sala dejó "expresa constancia de que los efectos de la anulación de derechos fundamentales, de carácter absoluto, se retrotraen, por tanto, al 12 de mayo de 1983, fecha de la entrada en vigencia de la Ordenanza impugnada" (Consultada en original, p. 15).