

PRÓLOGO

Al libro de Tomás Arias Castillo

LA REVIVISCENCIA DE LAS LEYES: UNA POTESTAD DISCRECIONAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO VENEZOLANO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

Hans Kelsen en su clásico estudio sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” (1928) constató como cuestión de principio que:

“la anulación de una ley por el Tribunal Constitucional no acarrea, absolutamente, el reestablecimiento de la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor de la ley anulada: la anulación no hace revivir la antigua ley referida al mismo objeto y que la ley anulada abrogó. De la anulación resulta, por así decirlo, una esfera vacía de derecho. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de serlo, las obligaciones jurídicas desaparecen, la libertad jurídica les sucede.”

Pudiendo este principio acarrear lamentables consecuencias, en particular, si la anulación de la ley es por vicio en la forma producido durante su elaboración, Kelsen propuso que se podría pensar en otro medio, y era:

“facultar al Tribunal Constitucional a establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en que caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales.”¹

La posibilidad de revivencia de una ley derogada como resultado de la anulación de la ley derogatoria, en efecto, en virtud de que afecta el principio de la separación de poderes porque convierte al Juez Constitucional en legislador positivo, desde la misma concepción del sistema de control concentrado de la

¹ Véase Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, p. 84; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 15, Madrid 2011, pp. 289-.

constitucionalidad por uno de sus creadores, es un tema de derecho positivo, en el sentido de que debe tratarse de una competencia atribuida al Tribunal Constitucional, lo cual como lo destacamos hace unos años,² ha ocurrido por ejemplo en Austria, Portugal y Bélgica,³ a pesar de que en otros países como Polonia, México y Costa Rica es el Tribunal Constitucional el que puede decidir en la materia.⁴

Este tema de la revivencia de las leyes es precisamente el objeto de estudio de este excelente libro de Tomás A. Arias Castillo, inicialmente publicado en Caracas en 2012 en los Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, por la Editorial Jurídica Venezolana y que ahora sale publicado en las ediciones conjuntas entre Ediciones Olejnik y la Editorial Jurídica venezolana. El trabajo tuvo su origen en la *Tesina* que defendió el autor, en mayo de 2011, cuando culminó el Máster Oficial en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, dirigido por los profesores Luciano Parejo Alfonso y Tomás De la Quadra-Salcedo. Arias Castillo tiene la condición no muy común de ser abogado en ejercicio en España y Venezuela (colegiado en Madrid y Caracas), así como profesor de Derecho Público (Constitucional y Administrativo) y de Filosofía del Derecho. Se graduó en Derecho, obtuvo el Máster en Derecho Público y es tesista del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid; y se graduó de abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela, donde es profesor de pregrado y postgrado. Es además Especialista y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante; es Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Presidencia del Gobierno, Reino de España) y es Máster en Práctica de la Abogacía por el CEF-UDIMA habiendo aprobado el Examen de Abogacía del Ministerio de Justicia en España.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York, 2011.

³ Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 280, 281, 436–437.

⁴ Véase Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City, pp. 63–64, 74; “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 252.

⁴ Véase Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 513; y “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 114.

Con todas estas credenciales, nadie mejor que Tomás Arias para acometer este estudio sobre un tema respecto del cual no había antecedentes de una monografía al respecto, en el cual aborda el tema dividiéndolo en seis partes: En la primera, a manera de Introducción, analiza en general el tema de la reviviscencia de las leyes, como reotorgamiento de vigencia a textos derogados, que hacen los tribunales constitucionales en el ejercicio de sus competencias como guardianes de la Constitución; tema que en cierta forma, afirma, afecta sensiblemente la certeza del Derecho.

En la segunda parte, Arias analiza el tema general de los fundamentos y alcances del control de constitucionalidad en una sociedad democrática y con cuáles límites, analizando la posición de Jeremy Waldron, quien plantea que dicha función debería alojarse en el parlamento.

En la tercera parte, estudia el tema de la derogación de los actos estatales, la que, por sí sola, no implica la reviviscencia de un texto legal anterior; teoría, que entiende debe estudiarse y revisarse pues tiene implicaciones precisamente con la reviviscencia de las leyes por parte de los tribunales constitucionales.

En la tercera parte, analiza la **PROPUESTA ya mencionada de Kelsen de confiar en el Tribunal Constitucional una potestad discrecional a la hora de revivir textos legales derogados**, en el marco del ejercicio de las funciones de control de constitucionalidad, analizando la jurisprudencia más sobresaliente en la materia en Italia y en España.

En la quinta parte, estudia los **CASOS DE REVIVISCENCIA DE LEYES EN VENEZUELA, que es la parte más gruesa de la obra**, analizando la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, el cual considera que ha usado la reviviscencia de forma bastante irregular, cual si fuese un legislador positivo y muchas veces con la misión no declarada de subsanar los terribles desórdenes de la función legislativa en Venezuela, haciendo referencia a lo que denominó como los casos más escandalosos relativos al Decreto Ley en materia de paro forzoso (1999), por la nueva legislación en materia de seguridad social, de 2002; a la regulación transitoria del contencioso administrativo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976, por la Ley Orgánica del TSJ, de 2004; y a Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros,.

Y en la sexta parte, el autor formula su posición en **CONTRA LA REVIVISCENCIA DE TEXTOS LEGALES CON EL PROPÓSITO DE SUBSANAR OMISIONES LEGISLATIVAS, estudiando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Venezuela en la materia que a su juicio mostró la peor cara del control de constitucionalidad de las leyes en Venezuela: arbitrariedad, pésima técnica jurídica, mera casuística y nula certeza o seguridad jurídica. La**

enseñanza más útil del estudio de Tomás Arias es que la reviviscencia no puede ser un medio para subsanar omisiones legislativas o, lo que es lo mismo: so pretexto de laxitud en el ejercicio de la función legislativa del parlamento, no es solución alguna que los tribunales constitucionales revivan leyes derogadas con el supuesto fin de colmar lagunas normativas. Ello no sólo convierte a estos tribunales en legisladores positivos, sino en actores políticos sin control alguno bajo procedimientos democráticos.

Se trata de un excelente y detallado estudio de un tema viejo en materia de control de constitucionalidad de las leyes, pero que no había sido abordado monográficamente como nos lo presenta Arias.

Por ello, como homenaje al autor, quiero hacer referencia a uno de los primeros casos jurisprudenciales en los cuales el Tribunal Supremo de Justicia recurrió a la revivencia de la una ley, con fines muy poco plausibles, como fue la intervención del Consejo Nacional Electoral para impedir que funcionara y así impedir que se pudiera realizar en el país el referendo consultivo sobre la renuncia del entonces Presidente Chávez, que se había solicitado por iniciativa popular en 2002 y que llegó a convocarse para febrero de 2003. Con ello se comenzó a poner en evidencia en Venezuela, el rol que ha jugado por el Tribunal Supremo de Justicia en el proceso de desmantelamiento del Estado de derecho en Venezuela

Después de la sanción de la Ley Orgánica del Poder Electoral en 2002,⁵ y dada la relativa autonomía que tuvo el Consejo Nacional Electoral, en particular respecto del Poder Ejecutivo, la vía utilizada por éste para la toma de control del Poder Electoral y en particular del Consejo Nacional Electoral, fue precisamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, comenzando incluso a asumir la conducción de la política gubernamental en materia electoral, en defensa de las posiciones del gobierno, no ejerciendo su jurisdicción constitucional, por ejemplo, anulando leyes, sino decidiendo asuntos de oficio, *motu proprio*, generalmente incluso después de declarar sin lugar acciones intentadas, e incluso recurriendo al expediente de la pervivencia de las leyes.

La primera manifestación de este proceso tuvo por objeto impedir en 2003 que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de sus competencias, pudiera convocar un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República tal como la oposición al gobierno del Presidente Chávez lo había solicitado mediante la recolección y consignación ante dicho organismo de millones de firmas.

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.573 de 19-11-2002.

A tal efecto, la Sala Constitucional, al declarar sin lugar un recurso de inconstitucionalidad que había ejercido el propio Presidente de la República contra una Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, en un *obiter dictum* y por tanto, de oficio, contenido en la sentencia N° 2747 de 7 de noviembre de 2002,⁶ consideró que dicha Ley resultaba “inaplicable” en materia de quórum para que el Consejo Nacional Electoral pudiera decidir, impidiéndole entonces a dicho órgano poder tomar decisión alguna, al considerar la Sala que debía hacerlo con una mayoría calificada de 4/5 que no estaba prevista en la Ley (la cual disponía la mayoría de 3/5).

Para lograr ese efecto, la Sala Constitucional, en dicha sentencia, tuvo que “revivir” una previsión que estaba en el derogado Estatuto Electoral transitorio que se había dictado en 2000 sólo para regir las primeras elecciones de acuerdo con la nueva Constitución de 1999 y que tuvieron lugar en ese preciso año 2000; Estatuto que por tanto, ya había cesado de tener efectos.

Con dicha decisión, por la composición que en aquél entonces tenía el Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional impidió que dicho órgano pudiera funcionar, y que entre otras decisiones, pudiera darle curso efectivo a la iniciativa popular respaldada por más de tres millones de firmas para realizar un referendo consultivo para preguntarle al pueblo si “*está (...) de acuerdo con solicitar al Presidente de la República Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías la renuncia voluntaria a su cargo,*” que el Consejo Nacional Electoral previamente había convocado mediante Resolución N° 021203-457 del 3 de diciembre de 2002 para el día 2 de febrero de 2023.

Para asegurar la ineffectividad de dicho referendo, para el caso de que llegara a realizarse, la Sala Constitucional dictó la sentencia N° 23 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*), estableciendo como interpretación vinculante que el referendo consultivo regulado en dicha norma como medio de participación política, “no tiene carácter vinculante.”⁷

La decisión N° 2747 de 7 de noviembre de 2002 de la Sala Constitucional, antes referida, “reviviendo” una ley derogada, significó, en la práctica, la parálisis total y absoluta del Poder Electoral, lo que se consolidó por decisión de otra Sala del Tribunal Supremo, la propia Sala Electoral, primero, impidiendo mediante sentencia N° 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*) que

⁶ Véase Sentencia N° 2747 de 7 de noviembre de 2002 (Exp. 02-2736). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2747-071102-02-2736%20.HTM>

⁷ Véase Sentencia N° 23 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 71 de la Constitución*), en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/03-0017.HTM>

uno de los miembros del Consejo pudiese votar,⁸ y segundo, anulando la convocatoria que había hecho el Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente que estaba convocado para el 2 de febrero de 2003.

Para ello, la Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo, muy diligentemente, al conocer de la impugnación de la referida Resolución del Consejo Nacional Electoral de convocatoria del referendo, en dicha sentencia N° 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*), decretó, además, un amparo cautelar suspendiendo los efectos el acto impugnado; y luego procedió, unas semanas después, a dictar su sentencia definitiva en el caso, N° 32 de 19 de marzo de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*)⁹ declarando la nulidad “de los actos del Consejo Nacional Electoral atinentes a la realización del referendo consultivo cuya celebración estaba prevista para el 2 de febrero del presente año” (2003),¹⁰ y que por tanto nunca se realizó.

Ante semejantes atropellos a la participación política, la respuesta popular liderizada por la oposición a estas decisiones fue el desarrollo de una nueva iniciativa popular respaldada también por otras tres millones y medio de firmas para la convocatoria de un nuevo referendo, esa vez revocatorio del mandato del Presidente de la República, el cual solo pudo realizarse tres años después,

⁸ Véase Sentencia N° 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/3-220103-X-0002.HTM>. Véase en Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004,” en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312.

⁹ Véase Sentencia N° 32 de 19 de marzo de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/marzo/32-2600303-0300001.HTM>. Véase Allan R. Brewer-Carías, en “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,” en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; y en en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán (Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126; y en *Studi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, pp.379-436.

¹⁰ Véase las referencias a todas las decisiones adoptadas entre 2002 y 2003 en relación con el referendo consultivo convocado y no realizado sobre la renuncia del Presidente H. Chávez, en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional Versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.

pero después de que la Sala Constitucional lo convirtió en un “referendo ratificatorio” no regulado en la Constitución.¹¹

En todo caso, para que se pudiera materializar la convocatoria y realización de dicho referendo, ante la parálisis del Consejo Nacional Electoral decretada por la Sala Constitucional producto de la revivencia del Estatuto electoral derogado, resultaba indispensable que se pudiera designar un nuevo Consejo Nacional Electoral, como correspondía, mediante la designación de sus miembros, por la Asamblea Nacional. La representación gubernamental en la Asamblea Nacional no pudo hacer por sí sola dichas designaciones, pues en aquél entonces no controlaba la mayoría de los 2/3 de los diputados que se requerían para ello, por lo que ante la imposibilidad o negativa de llegar a acuerdos con la oposición, y ante la perspectiva de que no se nombraran los miembros del Consejo Nacional Electoral, la vía que se utilizó para lograrlo, bajo el total control del gobierno, fue acudir de nuevo ante la Sala Constitucional para que esta lo hiciera.

Para ello, se utilizó la vía de decidir un recurso de inconstitucionalidad que se había intentado contra la omisión legislativa en hacer las designaciones, de manera que al decidir el recurso, la Sala Constitucional, en lugar de exhortar sucesivamente a la Asamblea Nacional para que hiciera los nombramientos, como correspondía, lo que hizo fue, motu proprio, proceder la Sala a hacerlo directamente luego de dictar la sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*) mediante sentencia N° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá y otros*),¹² usurpando la función del Legislador, y peor aún, sin cumplir con las condiciones constitucionales que se requerían para hacer los nombramientos, entre ellos, asegurar la indispensable participación popular mediante representantes de los diversos sectores de la sociedad como lo requería la Constitución.¹³

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares: de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificatorio,” en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007, pp. 349-378.

¹² Véase el texto y los comentarios a dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

Con esta decisión, la Sala Constitucional le aseguró al gobierno el completo control del Consejo Nacional Electoral, secuestrando a la vez el derecho ciudadano a la participación política, y permitiendo al partido de gobierno tener posibilidad de manipular los resultados electorales. La consecuencia de todo ello ha sido que las elecciones que se han celebrado en Venezuela durante las últimas dos década, han sido organizadas por una rama del Poder Público supuestamente independiente pero tácticamente controlada por el gobierno, totalmente parcializada.

Y todo este proceso tuvo su origen precisamente en la ilegítima revivencia de una ley por el Juez Constitucional.

Se entiende, por tanto, con las referencias a estos casos concretos, y a todos los que analiza en la obra, la importancia del estudio de Tomás Arias Castillo, que me ha pedido que presentara, lo que he hecho con todo gusto, agradeciéndole al autor que lo haya escrito, pues es un aporte fundamental a la bibliografía jurídica relativa a la Justicia Constitucional, sobre todo cuando en regímenes autoritarios se convierte en un sistema de “in” justicia constitucional.

Nueva York, diciembre 2023