

Palabras de presentación del libro de Claudia Nikken,

***Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019.**

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de junio de 2019

Allan R. Brewer-Carías

Nuestra querida Claudia Nikken, dilecta alumna, amiga y socia, e hija, además, de mi querido amigo y socio de tantos años, Pedro Nikken y de nuestra recordada Alegría, ha escrito este excelente libro sobre las *fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución* que hoy presentamos en la Academia, y que todos los que nos ocupamos del derecho público debemos agradecerle.

Además, ha tenido la gentileza de dedicarlo a lo que llama sus maestros, enumerando tres - leo-:

“Allan Brewer-Carías, mi maestro siempre;

Claude Goyard, quien me enseñó que no sabía nada; y

Pedro Nikken, quien además es mi padre, mi socio y en tantas cosas mi cómplice.”

Bellísima y sentida dedicatoria que, por supuesto, se imaginarán ustedes cuánto me toca a mí en el alma, y más, sin poder estar allá hoy físicamente con ustedes.

Les confieso que estando fuera del país forzosamente, a más o menos a 3500 kilómetros de allí, en más de una ocasión me ha entrado la duda – como también la habrán tenido los romanos exiliados en su día – sí, con la lejanía, personas como yo terminamos siendo solo un recuerdo lejano, que a veces se olvida.

Pero, gestos como éste de Claudia, redoblado con el requerimiento que me ha hecho de que presentara su libro en este acto, sin duda disuaden que me pueda sentir

perdido en alguna lejanía; y, al contrario, lo que siento es que ahora es cuándo tenemos que seguir estando !

Y refuerzo ese sentimiento, al haber releído el libro de Claudia que hoy tengo el honor de presentar, y encontrar en él referencias a tantos temas que he tratado a lo largo de las últimas décadas, sobre el tema central del libro referido a las fuentes del derecho constitucional y a la interpretación de la Constitución; tema que, sin duda, constituye la médula de la concepción del Estado constitucional, que está montado sobre el principio esencial de la supremacía de la Constitución; principio que aun siendo elemental, no hay que olvidar que en tiempos recientes, y en nombre de un supuesto y falso “nuevo constitucionalismo,” se lo ha querido ignorar.

El libro, además, se refiere a otro tema aún más importante, que es sobre el significado de dicha supremacía para la vigencia de la propia Constitución como fuente primaria del derecho constitucional, y de sus principios fundamentales, tanto orgánicos como dogmáticos, y, entre ellos, el de la separación de poderes y el de la garantía de los derechos humanos.

Y por supuesto, no podía ser de otra forma, al explicarnos el concepto de Constitución, y sus definiciones, Claudia, con razón ,recurrentemente acude a Hans Kelsen, quien definió la Constitución como “la regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de la determinación de los órganos y del procedimiento de legislación” y, por supuesto, de “la limitación del ejercicio del poder;” todo, en su teoría siempre válida de la formación del derecho por grados; en un proceso en el cual las normas de la Constitución, como lo dice Charles Eisenmann, citado también por Claudia, “gozan de una suerte de supremacía sobre las otras normas, las normas llamadas de fondo, pues formulan la ley de creación” (pp.35, 36). Y precisamente por esa supremacía, cualquier modificación o cambio o sustitución ilegítima de las mismas, dijo Kelsen – como nos lo recuerda Claudia - “que no se hayan operado de conformidad con las disposiciones de la Constitución

en vigor,” constituye una revolución, o mejor, como el Fiscal Javier Zaragoza lo acaba de expresar en Madrid hace unos días en la acusación a los responsables del llamado “procés” en Cataluña, también citando a Kelsen, es un “golpe de Estado.”

Todas esas referencias que Claudia hace en su obra, tanto a Hans Kelsen y como a Charles Eisenmann, en un trabajo que sin duda tiene su origen remoto en sus investigaciones realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en la Place du Panteón, por supuesto me trajeron a la mente recuerdos de las clases que recibí en 1962, - hace ya 57 años- precisamente de Charles Eisenmann, extraordinario profesor y polemista quien, en mis recuerdos, quedó siempre como uno de los mejores profesores que tuve durante mis estudios de derecho.

Estos recuerdos, además, generan aquí una cadena casual, pero vital, que va desde Viena, Paris y Caracas, y que hay que mencionar, por el hecho de que Kelsen fue profesor de Eisenmann en Viena (al tiempo de la redacción de su Tesis de grado sobre el Tribunal Constitucional Austríaco); Eisenmann fue mi profesor en Paris (en los cursos de post grado de Tercer Ciclo), y yo fui profesor de Claudia en Caracas (en la Universidad Central de Venezuela). Algo, sin duda, ha debido correr en esa cadena.

Otro recuerdo que me viene del curso de Eisenmann en París, fue cuando se extrañó de encontrar en el gran auditorio de la planta baja de la Facultad, donde Claudia también ha debido haber recibido clases, con un alumno que había leído a Kelsen, autor que en 1962 todavía era casi completamente desconocido en Francia, pues su obra, en esa época, no había sido traducida al francés. Eisenmann sí lo conocía bien porque hablaba alemán, y había escrito su tesis sobre una de las creaciones de Kelsen.

En francés solo se tenía como referencia bibliográfica, al importante estudio de Kelsen sobre “La garantía constitucional de la Constitución (La justicia constitucional)” que fue la ponencia que presentó en un coloquio del Instituto

Internacional de Derecho Público, celebrado en la misma Facultad de Derecho de la Place du Panthéon y que se celebró el 20 de octubre de 1928, sin duda invitado bajo la iniciativa de Eisenmann. Leyendo la minuta de la sesión del Coloquio, realmente asombra leer la lista de los participantes en el debate, todos nombres bien conocidos, al menos por mi generación, pues por sus libros estudiamos derecho público, como fueron Jèze, Alvarez Gendín, Barthelemy, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Laferrière, Mestre y Gacón y Marín. La ponencia fue publicada el mismo año en la *Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger* en 1928; y la minuta de la sesión del Coloquio fue redactada por el joven jefe de la secretaría del mismo, precisamente Charles Eisenmann.

Pero volviendo a lo que a Eisenmann le extrañó en entre sus alumnos en Paris tres décadas después de aquél Coloquio, fue que el estudiante que en 1962 algo sabía de Kelsen, era precisamente un estudiante latinoamericano, que era yo, gracias a que había sido alumno de Gustavo Planchart Manrique, Antonio Moles Caubet y Gonzalo Pérez Luciani, quienes nos llevaron a leer directamente por la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, la cual ya para ese entonces estaba traducida al español y editada en México, décadas antes. Esta es una muestra más, como siempre lo he pensado, de la excelencia que siempre tuvo la Universidad venezolana, que siempre pudo colocar a los alumnos de nuestras Facultades, siempre en un nivel bastante más arriba que el de los estudiantes de otros países.

Pero volviendo a la relación de Kelsen y Eisenmann con motivo del trabajo de Claudia, quiero recordar algo poco conocido y es que el mismo Kelsen escribió una “nota de presentación” de la tesis de grado de Eisenmann sobre el sistema de justicia constitucional en Austria, y que presentó el mismo año 1928, que constituye un texto que curiosamente solo se ha publicado en castellano, en Perú, por la acuciosidad investigativa de nuestro querido amigo el profesor Domingo García Belaúnde; y en

el cual, sin hacer referencia realmente al contenido de la Tesis, Kelsen escribió lo siguiente sobre el trabajo de Eisenmann – leo- :

“Charles Eisenmann, me parece, ha desplegado toda su capacidad desde el principio de su tarea, y debe sentirse muy satisfecho con lo logrado. No es, para un debutante, una empresa común el desdeñar la gran ruta regia de las doctrinas tradicionales, y el buscar abrirse una nueva vía a través de la selva de problemas y, precisamente, en el punto donde ella es más tupida. Pero, la inquietud que habría podido concebir un amigo más experimentado se disipa al reconocer que la audacia de la juventud está aquí protegida por el seguro instinto de un jurista nato y la alta conciencia que se nutre de un profundo amor a la verdad.”

Esto mismo, querida Claudia, y queridos amigos, letra a letra, es lo que yo diría de tu libro, solo cambiando el nombre de Charles Eisenmann por el de Claudia Nikken, particularmente cuando lo recorremos todo, y nos encontramos con que, pasadas las doctrinas tradicionales, nos lleva, tanto a la médula de los nuevos problemas y conceptos del derecho constitucional, a los cuales Claudia se ha enfrentado con toda seguridad y conocimiento, como jurista nata y con profundo amor a la verdad, particularmente cuando recorre la selva tupida, que por lo demás es tropical, del debate de la realidad que resulta de la confrontación entre tantos principios y teorías, y la realidad de un país, como el nuestro, en el cual desde el 19 de enero de 1999 – como Claudia lo afirma con razón - nos encontramos en una situación de completa “anormalidad constitucional.”

En esa fecha, en efecto, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia permitió, en definitiva, con una sentencia completamente ambigua, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (p. 141), cometiendo con ello, como dice la Dra. Nikken en su libro y con lo que he estado siempre de acuerdo, “el mayor fraude a la constitución,” al haber permitido que se

instituyese “un nuevo órgano de revisión, mediante una interpretación que modificó el procedimiento de revisión constitucional” (p. 168).

Sí, desde entonces hemos estado en una situación de “anormalidad constitucional” que Claudia define, siguiendo también a Eisenmann, como aquella que existe cuando se da una lucha por la titularidad y ejercicio de la soberanía sin que se dé cumplimiento a las normas preestablecidas para alcanzar el poder o revisar la constitución,” (p. 141).

Lo de 1999 fue, así, sin duda, un atentado a mansalva contra la Constitución, que comprometió la responsabilidad del juez, - tema al cual Claudia dedica todas las reflexiones finales de su libro -, constituyéndose en el primer acto formal emitido, digo yo, bajo presión presidencial, del mal llamado “nuevo constitucionalismo” que, con la excusa de convocar a la expresión de la voluntad del pueblo, pisoteó la supremacía constitucional.

Dicho acto se complementó a los pocos días, con la convocatoria que hizo Chávez de un referendo consultivo para la Asamblea Constituyente de 1999, siguiendo el guion de dicho “nuevo constitucionalismo” para destruir la democracia representativa y el régimen constitucional, que un grupo de profesores españoles le ofrecieron a Chávez – como si se tratase de nuevos espejitos para deslumbrar aborígenes- , que muchos lamentablemente compraron en el país, y que luego se repitió en Ecuador y Bolivia. Al constatar estos hechos se entiende porqué Claudia en su libro, sobre lo que en nuestro medio se tilda de “neo-constitucionalismo,” simplemente escribe con razón, pero lapidariamente: “No me gustan esos ‘neos,’” y menos, agregaría yo, cuando han sido el origen y causa de la “anormalidad constitucional” que padecemos.

Partiendo de estas premisas, la autora en su extraordinario trabajo va pasando revista a todos los temas relacionados con la interpretación constitucional, comenzando con la afirmación importante, que a veces se nos olvida, de que a la

Constitución la puede y debe interpretar todo el que la aplica (p. 30), sean los particulares o los órganos del Estado, en este último caso mediante lo que llama la interpretación “oficial.” Ésta corresponde a los órganos legislativo, a los órganos ejecutivos y a los órganos judiciales; destacándose en ella, a la que llama la “interpretación auténtica” que es la que realiza el propio poder constituyente o los jueces constitucionales, caracterizada, en este último caso, por provenir de un órgano estatal que tiene la última palabra en la materia, “es decir, un órgano cuya interpretación no pueda ser contradicha o modificada por algún otro órgano y sea vinculante a todos” (p. 95).

Yo agregaría, a su clasificación, dentro de las interpretaciones oficiales, como le comenté a la autora cuando por primera vez leí su libro, lo que podría calificarse como “interpretación primaria” de la Constitución, que es la que corresponde a los órganos llamados a ejecutarla inmediata y directamente, como es la Asamblea Nacional cuando por ejemplo legisla, y el Ejecutivo cuando dicta actos de gobierno.

Y esto último tiene interés contemporáneo, porque si bien la Asamblea Nacional, cuando sanciona una ley es el órgano de interpretación primaria de la Constitución, también lo es en casos en los cuales, en medio de la anomalía existente y como consecuencia de la ruptura del orden constitucional, ha tenido que establecer los mecanismos para restablecer la plena vigencia de la Constitución frente a la usurpación de un régimen ilegítimo, como lo ha hecho desde enero de 2019, mediante la definición del estatuto de transición hacia la democracia.

En todo caso, y por lo que se refiere a la interpretación auténtica de la Constitución, es decir, la que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como Jurisdicción Constitucional, hay varios aspectos estudiados por Claudia en su libro, que bien vale la pena destacar.

Uno de ellos es el tema de la supra constitucionalidad, en dos aspectos: uno, que es incompatible con la supremacía constitucional, y que ha sido un “invento” de la

Sala Constitucional para calificar a los actos de la Asamblea Nacional Constituyente tanto en 1999 como ahora, a partir de 2017, y así justificar la violación impune de la Constitución, en medio de la anomalía o anormalidad que no cesa.

El otro aspecto que, en cambio, sí es compatible con el principio de la supremacía constitucional, porque la Constitución misma lo incorpora en sus previsiones, es el que permite, por ejemplo, la aplicación de las regulaciones internacionales sobre derechos humanos en forma preferente a los declarados en la propia Constitución, cuando sean más favorables al estatus de las personas (p. 65); principio que sin embargo, ha sido la propia Sala Constitucional la que desde 2004 se encargó de borrarlo de un plumazo, al reservarse tal función, negando la aplicabilidad inmediata de los instrumentos internacionales por los jueces, contrariamente a lo previsto en la propia Constitución, que en la materia no pasa de ser papel mojado.

Otro tema vinculado con el de la supra constitucionalidad, es el del control de convencionalidad, que es el que ejercen los jueces nacionales, como lo ha elaborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al confrontar las normas jurídicas internas que deben aplicar en los casos concretos con las de la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo darle a ésta aplicación preferente; (p. 63, 64); y que, como tal, es básicamente un control difuso que le corresponde ejercer a todos los tribunales y no sólo a la Sala Constitucional, salvo cuando se trate de la anulación de alguna ley.

El principio, sin embargo, también en medio de la anomalía constitucional que nos afecta, hace solo unos días - el 6 de junio de 2019 – ha sido eliminado de un plumazo mediante sentencia dictada por la Sala de Casación Civil, en la cual se condenó a una empresa periodística (La Patilla), a pagar un monto astronómico de dinero por daños morales, pero a fuerza de declarar que en Venezuela los jueces no pueden ejercer el control de convencionalidad, sino que ello corresponde en exclusiva a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, confundiendo, con todo el

retroceso imaginable, el control de convencionalidad con control de constitucionalidad.

El libro de Claudia se centra luego en el estudio del órgano que ha sido el responsable de todos estos desaguisados y, por tanto, de la permanencia de la “anormalidad constitucional” que existe en el país desde hace 20 años, que es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual, al carecer de autonomía e independencia, mediante supuestas interpretaciones constitucionales se ha convertido precisamente en el responsable directo de la mutación ilegítima de la Constitución, hasta incluso cambiar principios pétreos, como el de la alternabilidad republicana (p. 59).

Todo ello ha terminado conformando, como lo califica Claudia, un impresionante “catálogo muy nutrido de sentencias” (p. 169), que conforman – dice en otra parte - “un muestrario infinito de fraudes a la constitución, de tal grado de intencionalidad que difícilmente puede hablarse de ‘error manifiesto de apreciación.’” Por ello Claudia constata con razón, que “se han escrito tomos - a los cuales yo mismo he contribuido - acerca de las reiteradas decisiones de la Sala Constitucional que han dado al traste con la letra y con el espíritu de la Constitución que está llamada a proteger” (p. 171); muchas de las cuales, han sido resultado de una justicia constitucional “a la carta” que ha resultado del nefasto “invento” de la Sala – como también lo constata Claudia – consistente en la creación del llamado “recuso de interpretación constitucional” (p. 88). Mediante este instrumento, el gobierno o los amigos de los magistrados y el propio gobierno, como supuestos “recurrentes,” se han encargado de pedir lo que les apetece en la materia, recibiendo siempre lo pedido, en general previamente acordado.

Y ante esta Sala Constitucional, como “interprete auténtico de la constitución,” pero como responsable directo de la “anormalidad constitucional” que nos acompaña, Claudia concluye su obra preguntándose como todos los que nos hemos

ocupado de esto lo hemos hecho, y como estoy seguro que todos los presentes se preguntarán: *¿Quis custodiet ipso custodet?* (pp. 174, 211, es decir, ¿Quién controla a este contralor desaforado?

La respuesta, por supuesto, solo puede darse a futuro, para cuando pueda el país volver a la normalidad constitucional, y se lleguen a designar a los nuevos magistrados del tribunal supremo, no mediante el “concurso” que regula la Constitución, como bien lo califica Claudia en su libro (pp. 200,204) – y que yo calificué en los debates en la Asamblea Constituyente como lo más parecido a un “concurso de belleza”-, sino mediante la sabia selección de personas probas y justas, para impartir justicia con independencia.

Y recordemos que, en definitiva, como lo expresó George Jellinek, la única garantía frente al guardián de la Constitución radica, al final, en su “conciencia moral,” la cual, en definitiva, se forja por la condición de los propios miembros del tribunal constitucional. En definitiva, el riesgo con un Juez Constitucional, como lo observó Alexis de Tocqueville al analizar la Constitución Federal de los Estados Unidos, y el rol de la Corte Suprema de ese país, es que en definitiva “la paz, la prosperidad, y la existencia misma de la Unión,” están depositados en los magistrados. Por ello decía, “sin ellos, la Constitución sería letra muerta,” lo que contrasta precisa y lamentablemente con lo que hoy tenemos en Venezuela, que es que r obra del juez constitucional efectivamente la Constitución es letra muerta.

Como podemos apreciar del vuelo de rasante que he hecho del libro de Claudia Nikken que se me pidió presentar, lo que debemos es agradecer al Centro para la Integración y el Derecho Público y a la Editorial Jurídica Venezolana, y a esta Academia, por la realización de este acto, porque todos que han contribuido a que el libro haya sido dado a conocer como se lo merece; y, por sobre todo, lo que tenemos es que darle las muchas gracias a nuestra querida Claudia por las magníficas reflexiones que nos ha regalado con tu libro, escritas con “la idea” – como nos lo

indica en el párrafo final del mismo – “de invitar al lector a la reflexión y la investigación para entender su Constitución; para determinar cómo está conformado su orden constitucional; para confrontarlo con la interpretación de la constitución.”

Quien lea la obra, constatará que, sin duda, ello lo ha logrado y con creces.

18 de junio de 2019