

I
r
C
l
g
l
c
s
r
t
e
F
l
c
r
v
C
I
f
c
s
r
e
r
v
I
e
t
c
t
I
)
e

DERECHOS HUMANOS Y JUVENTUD

Rubén Miranda Gonçalves
(Coord.)

2015
Dirección Xeral de Xuventude e Voluntariado
Iniciativa Xove

Esta obra es el resultado final del proyecto "O papel da xuventude e os Dereitos Humanos", financiado en su integridad por la Dirección Xeral de Xuventude e Voluntariado de la Xunta de Galicia con expediente:

BS306B 2015/28-0

Quedan reservados todos los derechos de la obra. Ninguna parte de la misma podrá ser reproducida sin el consentimiento expreso de sus titulares.

Tanto el editor como el coordinador no se hacen responsables de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por sus autores.

© Rubén Miranda Gonçalves (Coord.)

© G.I. Xuristas en Acción

© Los autores, por los capítulos

1ª edición, 2015

ISBN: 978-84-608-2541-8

Depósito Legal: C 1768-2015

Impreso en España / *Printed in Spain*

Dirección Xeral de Xuventude e Voluntariado –Iniciativa Xove–
Consellería de Traballo e Benestar. Xunta de Galicia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Ana María Martín García

(Università degli Studi di Sassari, Italia)

Augusto Jobim

(Pontificia U. Católica do Rio Grande do Sul, Brasil)

Antônio Pereira Gaio-Júnior

(Universidade Federal Rural do Ríó de Janeiro, Brasil)

Camila Clarisse Romero Gomes

(Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

Carlos Henrique Soares

(Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

Fábio da Silva Veiga

(Universidad Complutense de Madrid, España)

Francielle Vieira Oliveira

(Universidade de Minho, Portugal)

Gabriel Martín Rodríguez

(Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España)

Guilherme Augusto Souza Godoy

(Universidade do Porto, Portugal)

Larissa Verri Boratti

(University College London, UK)

Marcelo Ilarraz

(University of London, UK)

María Cruz Barreiro

(Universidade de Vigo, España)

Pablo Fernández García-Armero

(Universidade de Santiago de Compostela, España)

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel

(Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Renato Leite Monteiro

(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

(Universidad de los Andes, Chile)

Rubén Miranda Gonçalves

(Universidade de Santiago de Compostela, España)

Rui Miguel Zeferino Ferreira

(Universidade do Porto, Portugal)

Thais Bernardes Maganhini

(Universidade Federal de Rondônia, Brasil)

SUMARIO

PRÓLOGO	11
PALABRAS PREVIAS	13
RELACIÓN DE AUTORES	15

CAPÍTULO I

Juventude e Direitos Fundamentais: breves reflexões para além da criminalidade	23
---	----

André Moysés Gaio & António Pereira Gaio Júnior

CAPÍTULO II

El gobierno de las sociedades y los Derechos Humanos de los Stakeholders	37
---	----

Fábio da Silva Veiga

CAPÍTULO III

Derechos Humanos y juventud en Asia	53
--	----

María Fernanda Caballero Martiz

CAPÍTULO IV

Reflexiones sobre la violencia	67
---------------------------------------	----

Federico Aznar Fernández-Montesinos

CAPÍTULO V

La tierra de las mil colinas	95
-------------------------------------	----

Ana Amorín Fernández

CAPÍTULO VI

La (in)aplicación del principio del interés superior del niño en las instituciones de resocialización de jóvenes en conflicto con la ley	131
---	-----

Bruna Utyama Feliciano, Laura María Silva Cortez & Thiago Oliveira Moreira

CAPÍTULO VII

Los Derechos Humanos en Asia: especial consideración a la pena de muerte y el papel de la juventud 163

Estefanía Ramos Gómez

CAPÍTULO VIII

A aplicação dos Direitos Humanos nas empresas transnacionais 207

Camila Clarisse Romero Gomes

CAPÍTULO IX

A cláusula social para a protecção dos Direitos Humanos e reflexamente dos Direitos laborais 237

Rui Miguel Zeferino Ferreira

CAPÍTULO X

La implantación de la política europea de vecindad en materia de Derechos Humanos, democracia y Estado de Derecho: el caso de Ucrania 257

Violeta Morquecho Cobas

CAPÍTULO XI

A vulnerabilidade de jovens prostitutas integradas no tráfico de drogas 277

Guilherme Augusto Souza Godoy

CAPÍTULO XII

Direitos Fundamentais: que futuro após o parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia? Breves comentários 299

Francielle Vieira Oliveira

CAPÍTULO XIII

Direitos Humanos dos migrantes e uma globalização excludente 325

Victor Scarpa de Albuquerque Maranhão & Thiago Oliveira Moreira

CAPÍTULO XIV

A política de drogas e a criminalização da juventude brasileira 355

Larissa Costa Polak & Hellen Oliveira Carvalho

CAPÍTULO XV

Venezuela frente al constitucionalismo. Cuando los fines no justifican los medios 373

Rodrigo Andrés Poyanco Bugeño

CAPÍTULO XVI

El Derecho de autodeterminación como Derecho Humano del Pueblo saharai 395

Rubén Miranda Gonçalves & Cristian Carbajales Neira

CAPÍTULO XVII

O universo rural brasileiro e a histórica violação de Direitos Humanos fundamentais da juventude rural 433

Amanda Dias Verrone & Elisabete Maniglia

CAPÍTULO XVIII

Juventud y Derechos Humanos 461

Gabriel Martín Rodríguez

<<http://justificando.com/2015/07/06/a-guerra-as-drogas-e-uma-ameaca-ao-regime-democratico-no-brasil/>>. Acesso em 07 set 2015.

RONZONI, Telmo Mota et al. Reduzindo estigma entre usuário de droga: guia para profissionais e gestores. Juiz de Fora: UFJF, 2014.

Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista Min. Edson Fachin. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em 10 set 2015.

WACQUANT, L. Do Estado-providência ao Estado-penitência: realidades norte-americanas, possibilidades européias", in *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

VENEZUELA FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO. CUANDO LOS FINES NO JUSTIFICAN LOS MEDIOS¹

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO

Universidad de Los Andes (Chile)

1. INTRODUCCIÓN

En determinados contextos políticos y jurídicos latinoamericanos e, incluso, europeos², se tiende a mostrar una cierta simpatía, más o menos disimulada, con el actual régimen autoritario venezolano, no obstante su deriva crecientemente autoritaria; fundamentalmente por el hecho de que -se sostiene- el actual gobierno "bolivariano" posee -o, al menos en sus comienzos, habría poseído- una amplia legitimidad democrática, y porque dicho régimen representaría, por fin, a todos aquellos históricamente excluidos del proceso político venezolano.

1. Presentación al "I Simposio Científico Internacional de Xoves Investigadores", organizado en la Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, durante los días 7 y 8 de octubre de 2015.

2. En una reciente votación del Parlamento Europeo contra la situación de Leopoldo López y otros opositores presos por el régimen venezolano, que contó con 384 votos a favor, 75 en contra y 45 abstenciones, el partido político español "Podemos", de reconocida simpatía por el régimen venezolano, votó en contra. En "Nart, "atónito" con Podemos por votar contra la libertad en Venezuela. Libertad Digital. Disponible en:

<http://www.libertaddigital.com/internacional/europa/2015-03-12/ciudadanos-reprocha-a-pablo-iglesias-que-vote-en-contra-de-la-liberacion-de-presos-politicos-en-venezuela-1276542982/> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

Desde que esta materia dice relación directa con el constitucionalismo y la democracia, y sobre todo, frente a la reticencia de muchos a condenar explícitamente la situación venezolana, creemos interesante efectuar un análisis de la situación desde el punto de vista jurídico constitucional.

En este orden de ideas, y antes de comenzar nuestro análisis, queremos advertir claramente al lector, desde ya, de cuál es nuestro supuesto de partida: aquel según el cual el constitucionalismo es una disciplina creada para limitar el poder político, para lo cual utiliza mecanismos tales como la separación de poderes y la consagración de un conjunto básico de derechos y garantías, todo ello bajo supervisión judicial; configurándose de esta manera lo que se conoce como la "Rule of Law" o el "Estado de Derecho"³. Esta finalidad se advierte en el primer ejemplo del constitucionalismo contemporáneo, el norteamericano, e imprime su influencia en el constitucionalismo europeo, en lo esencial, a partir de la Segunda Post Guerra Mundial⁴.

En otras palabras, para nosotros parte fundamental del constitucionalismo es su aspecto negativo o liberal. Por el contrario, estimamos que cualquier doctrina que sostenga que un determinado fin político, ideológico, social, etc. es de tal excelencia o importancia que, para lograr su consecución, debe imponerse de manera permanente y absoluta sobre los derechos y garantías de las personas, debe ser tenida como profundamente anticonstitucional.

Dentro de las diversas declaraciones favorables a la actuación del gobierno venezolano en materia constitucional, quisiéramos seleccionar aquel que alude al apoyo masivo al gobierno, por parte de los "excluidos" como fundamento suficiente para derribar todas las barreras constitucionales de

3. El objetivo primario del Constitucionalismo es la limitación del poder por medio del Derecho, afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos. PEREIRA MENAUT 2006, p. 5

4. MARTÍNEZ ESTAY 2005, p. 150

contención del poder político; siendo las más elementales garantías y derechos que, según el constitucionalismo liberal, pertenecen a toda persona, meros privilegios de la clase gobernantes, "derechos de papel" para aquellos que -de acuerdo al imaginario del régimen bolivariano y las ideologías que lo apoyan- han sido "históricamente excluidos" y ahora estarían alcanzando, por su intermedio, el poder político

2. EL ORIGEN DEMOCRÁTICO DEL CHAVISMO

En primer término, es necesario recordar, que el chavismo⁵ conquistó el poder político gracias a amplias mayorías democráticas, en elecciones que fueron certificadas por organismos internacionales independientes (destacadamente, la fundación Carter⁶ y la Unión Europea⁷; entidades que consideraron públicamente al sistema electoral venezolano, en 2012 y 2005, respectivamente, como el mejor del mundo⁸). En consecuencia, cierto es que el proceso político iniciado por Hugo Chávez en Venezuela ha contado, hasta ahora, con el respaldo de las urnas.

Asimismo, resulta necesario considerar que el argumento de la mayoría democrática cobra especial importancia en América Latina, desde que, como es sabido, la historia reciente del constitucionalismo latinoamericano está

5. Designaremos como "chavismo" al régimen implantado en Venezuela desde la primera elección de Hugo Chávez, en el año 1998, incluyendo el período desde el cual quien encabeza dicho régimen es el actual presidente, Nicolás Maduro.

6. Ver informes de ésta en:

http://www.cartercenter.org/news/publications/election_reports.html#venezuela [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

7. Ver informe del año 2005 en:

<http://eeas.europa.eu/eueom/pdf/missions/finalreportenversion.pdf> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

8. Aunque parecían referirse al mecanismo de votación en sí, que es automático y a través de un terminal. Ver al respecto "Venezuela: Un sistema electoral limpio, una campaña desigual", RTVE noticias. Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20130413/venezuela-sistema-electoral-limpio-campana-desigual/636923.shtml> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

marcada por la presencia, al menos hasta fines de la década de los 80 del siglo XX, de una presencia generalizada de dictaduras de todo tipo (con predominancia de las dictaduras "de derecha"), muchas de las cuales cometieron graves violaciones a los derechos humanos. Lo anterior hizo que la mayoría de las poblaciones latinoamericanas estimaron la vuelta de la democracia como garantía fundamental de la libertad política y derechos de las personas y, hasta cierto punto, como una forma de gobierno que habría de cumplir, *ipso facto*, con los requisitos básicos del constitucionalismo.

Lo anterior, obviamente, no nos merece objeción. El problema surge, sin embargo cuando, desde algunos contextos ideológicos, comenzó a estimarse que, atendidas las fracturas sociales que aquejan a nuestro continente, la democracia "formal" o "liberal" tampoco sería suficiente para alcanzar una "verdadera" representación popular. A modo ejemplar, tomemos las palabras de BROTÓNS, que ya en 1999 rechazaba las primeras acusaciones de autoritarismo y populismo que se hacían al entonces recién estrenado gobierno chavista:

"El proceso político que vive Venezuela ¿es un ejemplo a seguir por otros países de América Latina? [...] Durante el último decenio ha podido sospecharse que el retomo de los países latinoamericanos a la democracia formal servía para justificar la represión de quienes luchaban en el continente por una mayor justicia social. Los regímenes democráticos podían imponer políticas de ajuste dictadas por los organismos financieros internacionales, es decir, por los países capitalistas desarrollados, que no se tolerarían a regímenes militares. Venezuela, con el éxito de Chávez, demostraba que el pueblo, el

pueblo sin exclusiones, podía alcanzar el poder mediante las urnas. [...]"⁹.

En este contexto, pareciera entonces que, para algunos, la caída de las dictaduras militares no fue suficiente, en América Latina, para obtener gobiernos de verdadera representación popular; y que, en consecuencia, a partir de entonces subsistirían dos tipos de democracia: la democracia "constitucional", tachada de no realmente representativa, y una suerte de "democracia popular" que, libre de los yugos del constitucionalismo liberal, sí representaría de verdad al "pueblo" o las "masas populares".

3. LA TIRANÍA DE LA MAYORÍA

Sin duda, es verdad que, en el contexto constitucional contemporáneo, sería profundamente antidemocrático e inconstitucional, negar el control del gobierno a las mayorías políticas de cada sociedad. En un contexto de igualdad jurídica y política de los miembros de la sociedad ante el poder político -lo que, sin duda, debe ser considerado como un avance en la historia de la humanidad-, los mecanismos democráticos son la forma más justa de determinar quién ha de detentar el poder político.

El problema, a nuestro juicio, se produce cuando se olvida de que la propia democracia -para no confundir los términos, hablemos de "gobierno de la mayoría"- puede degenerar en un régimen tiránico, como ya había advertido tempranamente Aristóteles¹⁰ y, más cercanamente a nuestra época, los padres fundadores norteamericanos y otros ilustres pensadores- si no se la somete a resguardos básicos.

En efecto, en primer término, existe la tentación de suponer que la democracia es, frente a otros tipos de regímenes políticos, el que necesita de menores resguardos

9. BROTÓNS 1999, p. 24

10. Ver más abajo, nota 29.

constitucionales. Es así como ya en la Inglaterra del siglo XIX, MILL observaba, frente al avance de la democracia, que la idea de limitar el poder político

"[...] fue un recurso contra los gobernantes cuyos intereses eran habitualmente opuestos a los del pueblo. Lo que ahora se exigía era que los gobernantes estuviesen identificados con el pueblo, que su interés y su voluntad fuera el interés y la voluntad de la nación. La nación no tendría necesidad de ser protegida contra su propia voluntad. No habría temor de que se tiranizase a sí misma. Desde el momento en que los gobernantes de una nación eran eficazmente responsables ante ella y fácilmente revocables a su gusto, podía confiarles un poder cuyo uso a ella misma correspondía dictar. Su poder era el propio poder de la nación concentrado y bajo una forma cómoda para su ejercicio [...]"¹¹.

Sin embargo, lo cierto es que el Constitucionalismo contemporáneo, en su versión original -la norteamericana-, nació precisamente en un contexto *democrático*, con el fin preciso de limitar el poder eventualmente abusivo que podrían ejercer las mayorías democráticas, contra las minorías.

En efecto, como advirtieron los *framers*, en un ambiente de igualdad frente al poder -que en eso consiste precisamente, la democracia-, y en ausencia de estamentos sociales distintos al mismo, que pudiesen aprovecharse de privilegios o garantías especiales, el poder político seguía siendo peligroso cuando, respecto de cualquier tema que fuera sometido al debate público, la mayoría tuviese la tentación de imponer, por la fuerza, su opinión a la minoría respectiva. Como se diría en "El Federalista":

11. MILL 1997, pp. 59-60

" [...] En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro [...]"¹².

Las mismas reflexiones pueden encontrarse en otros pensadores liberales. Como ejemplo, el precitado MILL, quien señala que

"[...] Llegó sin embargo, un momento en que una república democrática ocupó una gran parte de la superficie de la tierra y se mostró como uno de los miembros más poderosos de la comunidad de las naciones; [...]. Se vio entonces que frases como el «poder sobre sí mismo» y el «poder de los pueblos sobre sí mismos», no expresaban la verdadera situación de las cosas; el pueblo que ejerce el poder no es siempre el mismo pueblo sobre el cual es ejercido; y el «gobierno de sí mismo» del que tanto se habla, no es el gobierno de cada uno por sí, sino el gobierno de cada uno por todos los demás. Además, la voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la porción más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por

12. HAMILTON, MADISON 2006, p. 222

consiguiente, puede desear oprimir a una parte de sí mismo"¹³.

Es así como prácticamente todo el aparato constitucional contemporáneo, -en el que destacan, entre otros, el diseño de separación y contrapeso entre las distintas ramas de gobierno (*checks and balances*), declaraciones de derechos de los ciudadanos (*Bill of Rights*) y finalmente, el control judicial del cumplimiento constitucional (la *judicial review*)-, primeramente diseñado en el constitucionalismo norteamericano y que pasaría después, en lo esencial, al constitucionalismo europeo-continental, está destinado al cumplimiento de ese fin: controlar el poder político de las mayorías, para proteger los derechos de las minorías.

Destáquese, dentro de los elementos reseñados, la presencia de jueces independientes que controlen el ejercicio del poder político. Se trata de una garantía tan importante que ejemplos clásicos -la Inglaterra de la Rule of Law- y contemporáneos -la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta el año 2009- demuestran que la defensa de los derechos y libertades de las personas depende, de manera esencial, de la presencia de aquellos guardianes de la constitución, incluso en ausencia de otros elementos como declaraciones expresas de derechos humanos o fundamentales. Por eso es que PEREIRA MENAUT señala que los jueces son "la clave del arco del imperio del derecho"¹⁴.

4. EL POPULISMO VENEZOLANO, O LA DESTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En este contexto, se comprenderá, sin embargo, lo que sucede cuando, como lo hace el proyecto "bolivariano", se considera a estos resguardos como armas de la burguesía contra "el pueblo" -que, por supuesto, el chavismo dice representar-, y a la democracia constitucional como un

13. MILL 1997, pp. 60-61

14. PEREIRA MENAUT 2006, p. 206

mecanismo destinado a excluir, en la práctica, a los pobres del ejercicio del poder político.

De esta manera, no es difícil que el gobierno venezolano en particular, y el populismo bolivariano en general, se hayan aplicado a desmontar las ya frágiles barreras constitucionales que sobrevivían en los países en que alcanzaron el gobierno, con el objetivo de avanzar sus objetivos políticos.

Es así como el gobierno de Chávez tomó diversas medidas que fueron apartándolo gradualmente de los requisitos básicos del estado de derecho tradicional. A nuestros efectos, y de manera ejemplar, resulta destacable, entre muchos otros lamentables hitos, una ley aprobada en 2004, que amplió el número de miembros del Tribunal Supremo de Justicia de 20 a 32 magistrados, y que, en opinión de *Human Rights Watch* le permitió al gobierno y a su coalición en la Asamblea Nacional copar y purgar el Tribunal Supremo¹⁵; profundizando, en la práctica, la "enorme vulnerabilidad de los miembros del poder judicial"¹⁶, y

15. De acuerdo a *Human Rights Watch*, la medida adoptada en mayo de 2004 formaría parte de una serie de medidas destinadas al control gubernamental del Poder Judicial. De acuerdo a la medida criticada, la Asamblea Nacional quedó habilitada para designar, por mayoría simple, a los nuevos magistrados. Con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), la coalición gobernante "podrá usar su escasa mayoría en la Asamblea para obtener una mayoría abrumadora de magistraturas en el Tribunal Supremo. También tendrá potestad para anular las designaciones de magistrados actualmente en ejercicio. En definitiva, esta Ley le permitirá al gobierno y a su coalición en la Asamblea Nacional copar y purgar el Tribunal Supremo" *Human Rights Watch* 2004, p. 1

16. AYALA CORAO y CASAL señalan que la situación de enorme vulnerabilidad de los jueces frente a presiones de diversa índole ya ha alcanzado a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, "como lo demuestra la remoción del Magistrado Franklin Arrieché mediante el subterfugio de la declaratoria de la nulidad de su designación, la cual respondió a las críticas que la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia relativa a los acontecimientos del 11 de abril de 2002, de la que él fue ponente, suscitó en las más altas esferas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo". Ayala Corao, Casal 2008, p. 465

repercutiendo, entre otras consecuencias, en lo que el Diario "El País" de España señala como el "dudoso honor" de que el Gobierno de Venezuela pueda presumir de no enfrentar fallos adversos por parte del Tribunal Supremo desde esa reforma legal¹⁷.

Después de esa flagrante vulneración de un principio básico del estado de derecho, cual es la separación de poderes y la independencia del poder judicial, podemos entender que la reciente condena del líder opositor Leopoldo López a 13 años de cárcel, por convocar a una protesta contra el régimen, situación condenada por *Human Rights Watch*¹⁸ y Amnistía Internacional¹⁹, no es sino una consecuencia esperable de una situación que se viene arrastrando desde hace mucho tiempo y que parece no haber sido advertida sino hasta ahora por un número importante - aunque no suficiente- de actores latinoamericanos²⁰.

17. "La justicia de Venezuela destaca entre las más sumisas de América", *El País*, 7 de abril de 2014. http://internacional.elpais.com/internacional/2014/04/06/actualidad/1396814524_501463.html. [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

18. Venezuela: Condenan injustamente a líder de la oposición ; <https://www.hrw.org/es/news/2015/09/10/venezuela-condenan-injustamente-lider-de-la-oposicion>; [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

19. "Venezuela: Sentencia contra líder de la oposición muestra absoluta falta de independencia judicial" <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/09/venezuela-sentence-against-opposition-leader-shows-utter-lack-of-judicial-independence/> ; [fecha de consulta, 15 de septiembre de 2015]

20. Sólo las instituciones políticas de cuatro países -Chile, Paraguay, Costa Rica y Perú- se atrevieron a manifestar sus reservas frente a la situación de Leopoldo López (detalles en "Los políticos que repudian la sentencia a Leopoldo López y los que guardan silencio", *Infobae*, 15 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.infobae.com/2015/09/15/1755401-los-politicos-que-repudian-la-sentencia-leopoldo-lopez-y-los-que-guardan-silencio/>; [fecha de consulta, 15 de septiembre de 2015]. Destáquese, en cambio, el apoyo oblicuo de UNASUR a la actuación del gobierno venezolano en este caso. Ver: "Unasur reitera respeto a decisión tomada ante caso de Leopoldo López"; disponible en:

5. EL MESIANISMO REVOLUCIONARIO COMO ARGUMENTO PARA DESBANCAR AL CONSTITUCIONALISMO

Si lo anterior no fuese suficiente, muchos parecen pensar que, aunque es cierto que el chavismo habría cometido "algunos deslices" en lo que dice relación con el abuso del poder político, su actuación estaría justificada por la circunstancia de que el gobierno bolivariano venezolano representaría realmente, por primera vez en la historia venezolana, a las masas desfavorecidas, históricamente alienadas del poder político. O, en palabras de CEDEÑO, quien evidencia el carácter "popular-mesiánico" del proyecto bolivariano:

"El proyecto sociopolítico de Chávez —la Revolución Bolivariana— intenta "totalizar el campo de lo popular" (Sánchez, 2004) y, en esa medida, acentúa la pregunta por la representación en todos los ámbitos sociales y las instituciones del Estado. [...] La incorporación del pueblo (y sus valores) al lenguaje político revolucionario no sólo evidencia los límites del relato identitario de tradición liberal que ocupó buena parte de la pasada centuria, sino también la fractura social que éste lograba administrar, por no decir neutralizar tras la fachada de la pacificación nacional.

La Revolución Bolivariana[...] y a pesar de la consigna de la "democracia participativa", [...] pareciera apoyarse en una noción cristalizada e idealizada de lo popular y, de este modo, acentúa un proceso de

<https://www.hrw.org/es/news/2015/09/10/venezuela-condenan-injustamente-lider-de-la-oposicion> . [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

identificación con las masas empobrecidas que va más allá de lo meramente político y cultural, para alcanzar, como dice Fernando Coronil, un mito "que no es ya unificador, sino justiciero" (2002: xiv). [...] Hoy, en América Latina, tal como lo dice Muniz Sodré, "La esperanza mesiánico-revolucionaria [...] es la única posibilidad estratégica, para poblaciones a las que se ha hecho refluir hacia la capa inferior de una sociedad recién estratificada, de tener acceso a canales de ascenso social negados por la sociedad global [...]"²¹.

Si entendemos bien el mensaje del bolivairismo, entonces, el constitucionalismo clásico o liberal, tendría un carácter "burgués", "liberal" (en el sentido de liberalismo económico), excluyente de aquellos que no conformarían la elite política y social de la sociedad respectivas.

No es difícil ver el parentesco de esta idea con aquellas que sostienen la libertad formal garantizada por el derecho constitucional clásico -es decir, el derecho constitucional liberal-, resultaría totalmente insuficiente en condiciones de carencia material; que, en otras palabras, la libertad asegurada por el constitucionalismo liberal tiene poco o ningún significado sin la existencia de condiciones materiales mínimas que permitan a las personas ejercer esa libertad jurídica.

HEYWOOD sintetiza esta argumentación señalando que "[l]os partidarios de la igualdad de resultados, tanto en el sentido moderado como en el radical, argumentan habitualmente que se trata de la forma más importante de la igualdad puesto que, sin ella, todas las demás formas de igualdad son una farsa. Los derechos jurídicos y civiles, por ejemplo, son de escaso beneficio a los ciudadanos que no

21. CEDEÑO 2007, pp. 26-28

tienen un empleo seguro, un salario decente, un techo sobre su cabeza, etc."²². LOEWENSTEIN la recuerda también, en relación al origen de la idea del Estado social, cuando señala cómo, gracias a la influencia del marxismo "[...] las masas sometidas económicamente no se contentaron con la mera teoría de la libertad y de la igualdad ofrecida por las constituciones liberales y por el catálogo de derechos fundamentales. Para las masas, estas garantías no eran más que abstracciones sin valor porque, en realidad, las clases plutocráticas dominaban el proceso del poder. Las vacías fórmulas de libertad e igualdad tenían que ser rellenas con el contenido material de unos servicios públicos que garantizasen a las clases bajas un mínimo de seguridad económica y justicia social [...]"²³.

Esta tendencia a suponer que las garantías constitucionales liberales pierden significado al carecerse de condiciones materiales de subsistencia, se encuentra incluso entre ciertos juristas de conocido prestigio.

Así parece deslizarse en ALEXY, cuando sostiene, por ejemplo que, para quien se encuentra en situaciones deficitarias -tales como vivir por debajo del nivel de una existencia mínima, estar condenado a un permanente no hacer nada y el quedar excluido de la vida cultural de la época- "no hay duda, de que para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, no le sirven para nada y que, por lo tanto, se convierten en «fórmulas vacías»". La idea de los derechos fundamentales es el asegurar jurídicamente las cosas que para el individuo son especialmente importantes [...] los derechos fundamentales —si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente— apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos para el ejercicio de las libertades jurídicas y, por lo tanto, son

22. HEYWOOD 2010, pp. 330-331

23. LOEWENSTEIN 1976, reimpresión 1986, p. 399

«regulaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente». La pregunta es si esta suposición, que encuentra fundamentos adicionales en el principio del Estado social, y en el principio de igualdad jurídica, puede defenderse aún si se tienen en cuenta los argumentos en contra²⁴.

Sin embargo, a ello corresponde oponer dos objeciones. La primera consiste en el peligro de -llevando estos argumentos al extremo- infravalorar las garantías del estado de derecho tradicional, en una especie de intercambio de "pan" por "libertades". El propio ALEXY antes citado, reconoce que incluso en caso de privación material extrema, los derechos y libertades liberales aún presentan una utilidad, cuando, por ejemplo, protegen al individuo del trabajo forzoso, y le brindan la posibilidad de mejorar su situación por medio del proceso político²⁵.

Pero además, como dice BÖCKENFÖRDE, no es correcto infravalorar las garantías jurídico formales y los procedimientos regulados propios del Estado de Derecho en su sentido formal, porque dichas garantías y los procedimientos formales, señala este autor, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; "se revelan, pues, como instituciones de la libertad, [...]". Agrega este autor que

"la supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho

24. ALEXY 2007, pp. 448-449

25. ALEXY 2007, pp. 448-449

material y pre-positivo superior, ya sea este el de la "religión verdadera", el de la "comunidad popular de miembros de la misma especie" o el del "proletariado". Solo en una segunda fase, cuando el nuevo derecho se ha convertido en un sistema de dominio como instrumento de la transformación revolucionaria, se llega al positivismo y al legalismo de los regímenes totalitarios"²⁶.

CANOSA USERA, por su parte, se□la que la grandeza mayor del Estado social consiste precisamente en armonizar esos fines potencialmente antagónicos, ya que no cabe invocar el principio democrático y el principio social contra la libertad. Por eso las políticas sociales del Estado para satisfacer las exigencias constitucionales de justicia social, encuentran su límite, impreciso pero insoslayable, en respetar, en lo esencial, el ámbito de las libertades negativas de estirpe liberal. En definitiva, el Estado social no puede dejar de ser Estado de Derecho porque si así fuera ya no sería en rigor Estado constitucional²⁷.

No debe olvidarse que los autores que desde la antigüedad hasta nuestros días, le sirven de fundamento al constitucionalismo, siempre fueron hombres prácticos; hombre que pensaban primero, que aquellos que gobiernan no son ángeles o santos, sino que son personas tales y como nosotros -es decir con nuestras mismas virtudes, fortalezas, vicios y defectos-, pero que administran más poder que nosotros. Y puede que el gobernante en cuestión, decida que tiene entre manos un proyecto, un objetivo, una idea, de tal

26. BÖCKENFÖRDE 2000, p. 42

27. CANOSA USERA 2014, p. 174. Han de recordarse también las famosas prevenciones contenidas en E. FORSTHOFF, "Concepto y Esencia del Estado social de Derecho", pp. 69-107, en W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, K. DOEHRING (EDS.), *El Estado social* (Colección Estudios Sociales), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

importancia con trascendencia, que su persecución y logro bien amerita el sacrificio de algunos pequeños derechos, meros detalles frente a la grandeza el objetivo que aquellos se han impuesto.

En consecuencia, no existe fin sustantivo que amerite o justifique la privación de derechos y libertades clásicos. Se trata, simplemente, del paso de la democracia a la dictadura, o del constitucionalismo al autoritarismo. Esto se aplica también, por supuesto, a cualquier idea que, fundándose en una supuesta lucha contra la exclusión social, termine comprometiendo la libertad de todos los ciudadanos.

Pero además, cabe agregar a lo anterior una objeción que emana de la propia experiencia latinoamericana, que a su vez replica la deriva de otros regímenes autoritarios y totalitarios a nivel mundial. Los gobiernos bolivarianos no han terminado sino siendo gobiernos de un partido, luego de una facción y finalmente, de aquel que lidera aquella facción y su camarilla. En el caso venezolano, Chavez y, ahora, Maduro.

De esta suerte, usualmente no es el "pueblo" -entidad bastante difícil de definir, por lo demás- sino quien gobierna a ese pueblo -el partido, el bien amado líder, el populista de turno- quien se termina beneficiando del poder sin límites que implica el salirse del constitucionalismo.

Pero esto ya había sido advertido hace siglos por ARISTÓTELES, quien nos señala cómo en una democracia, cuando deja de gobernar la ley -diríamos hoy, la Constitución-, se pasa rápidamente al gobierno de la masa; y de ésta, rápidamente, al gobierno del demagogo. Vale la pena reproducir la cita de manera completa:

"En efecto, en las democracias en que la ley gobierna, no hay demagogos, sino que corre a cargo de los ciudadanos más respetados la dirección de los negocios. Los demagogos sólo aparecen allí donde la ley ha perdido la

soberanía. El pueblo entonces es un verdadero monarca, único, aunque compuesto por la mayoría, que reina, no individualmente, sino en cuerpo [...] Tan pronto como el pueblo es monarca, pretende obrar como tal, porque sacude el yugo de la ley y se hace déspota, y desde entonces los aduladores del pueblo tienen un gran partido. Esta democracia es en su género lo que la tiranía es respecto del reinado. En ambos casos encontramos los mismos vicios, la misma opresión de los buenos ciudadanos; en el uno mediante las decisiones populares, en el otro mediante las órdenes arbitrarias. Además, el demagogo y el adulador tienen una manifiesta semejanza. Ambos tienen un crédito ilimitado; el uno cerca del tirano, el otro cerca del pueblo corrupto. Los demagogos, para sustituir la soberanía de los derechos populares a la de las leyes, someten todos los negocios al pueblo porque su propio poder no puede menos de sacar provecho de la soberanía del pueblo de quien ellos soberanamente disponen, gracias a la confianza que saben inspirarle. Por otra parte, todos los que creen tener motivo para quejarse de los magistrados, apelan al juicio exclusivo del pueblo; éste acoge de buen grado la reclamación, y todos los poderes legales quedan destruidos"²⁸.

6. ¿OPRESORES Y OPRIMIDOS? MEJOR CIUDADANOS

De lo expuesto puede advertirse el peligro de análisis binarios y facilistas, que dividen a las sociedades en "aventajados" y "desaventajados"; "opresores" y "oprimidos"

28. ARISTÓTELES 2005, nos. 1292a10

y que, evaden la creciente complejidad de nuestras sociedades latinoamericanas, como sucede por lo demás en toda época y lugar²⁹. Ciertamente es que América Latina está marcada por desigualdades sociales, en algunos casos muy pronunciadas; cierto es también, el hecho de que esas desigualdades generan dificultades en el ejercicio de los derechos y libertades clásicos, particularmente en la situación social y cultural del continente como el nuestro. Finalmente, debe recordarse que consideraciones parecidas, dieron lugar a lo que hoy día conocemos como el constitucionalismo social. La idea de justicia social no es, en sí misma, contraria al constitucionalismo.

El problema es cuando, en esa deriva, se llega, primero, a la desvalorización del constitucionalismo clásico o liberal, o de los derechos y libertades clásicos que benefician a todos los ciudadanos por igual y, en segundo lugar, a crear verdaderas categorías políticas o sociales, que excluirían a los reputados como "privilegiados" - y que bien podrían ser, de acuerdo a la opinión del gobierno autoritario de turno, "usted, yo, o el de enfrente"³⁰- de los derechos otorgados por el nuevo régimen.

Y, ante este efecto, cabe preguntarse si esa desvalorización -y, en definitiva, eliminación del constitucionalismo liberal clásico- resuelve o no los problemas que se presentan como superiores a la limitación del poder político, o los agravan, sumando a la miseria material, la miseria política. No tenemos antecedentes de que los gobiernos bolivarianos hayan solucionado la pobreza o exclusión social de los más desfavorecidos en los países

29. ARISTÓTELES consideraba que la comunidad política no puede ser una unidad -es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones-, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad. "Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva". ARISTÓTELES 2005, nos. 1261a-1261b.

30. Canción "Detrás está la gente", de Joan Manuel Serrat.

respectivos³¹. Sin embargo, nos enteramos todos los días de situaciones tales como encarcelamiento de opositores, muerte de manifestantes, eliminación de la independencia del poder judicial, persecución de la prensa libre, etc.

Por nuestra parte, creemos que no existe sociedad, por fracturadas que esté, que no merezca el goce de estos derechos y libertades respecto de todos sus miembros; y que el argumento de señalar que determinadas personas o grupos sociales, por estar en situaciones de necesidad extrema, no necesitan de los derechos y libertades clásicos, es una peligrosa forma de nivelar hacia abajo -y no hacia arriba- la situación social de aquellos mismos a quienes se pretende representar.

A mayor abundamiento -y como hemos visto, sugieren algunos de los autores precitados-, son las garantías y derechos liberales -tales como el derecho a asociación (partidos políticos, ONG); la libertad de expresión (manifestaciones políticas, prensa crítica, activismo social y político); el derecho a voto y la garantía de elecciones libres; la separación de poderes y, especialmente, la existencia de tribunales independientes; la garantías del debido proceso y la previsión de torturas y apremios ilegítimos en favor de los opositores al régimen- las herramientas imprescindibles para que las sociedades puedan presentar sus demandas y exigir soluciones, de pie y no de rodillas, frente al poder político. Se trata de someter al poder político al servicio de la sociedad; y no a la inversa, como sucede en los regímenes bolivarianos, en donde se utiliza la fuerza del estado para someter a la sociedad al servicio de un ideario político.

31. En un informe de junio de este año, *Human Rights Watch* expresa su preocupación por el deplorable estado de la salud pública y privada en Venezuela. Ver detalles en: <https://www.hrw.org/es/news/2015/06/01/presentacion-de-human-rights-watch-sobre-venezuela-ante-el-comite-de-derechos> y <https://www.hrw.org/es/news/2015/04/29/la-crisis-del-sistema-de-salud-de-venezuela> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]

En este sentido, las argumentaciones del populismo latinoamericano resumen de un indisimulado paternalismo político y social, al reservar para sí la representación política de una parte de la población que sería tan débil que es incapaz de pensar y manifestarse por sí misma; y a la que no le interesaría ejercer sus derechos y libertades. De ahí a prescindir del parecer democrático del pueblo, hay un paso.

Creemos que no es cierto que existan situaciones en las cuales los derechos civiles y políticos pierdan importancia. Que todas las personas, por humilde que sea su condición, merecen ver garantizadas su libertad y derechos, y ser tratadas de manera digna, esto es, como sujetos autónomos y libres. Y que no se nos debe hacer escoger entre pan o libertad. El progreso político de nuestros pueblos latinoamericanos tiene como un elemento importante, sin duda, el mejoramiento de las condiciones materiales de vida; pero ello, nunca, al precio de nuestros derechos y libertades.

7. BIBLIOGRAFÍA

- R. ALEXY, "Teoría de los derechos fundamentales". Traducido por Bernal Pulido, Carlos. 2ª ed. 1 volumen, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (El Derecho y la justicia), 2007.
- ARISTÓTELES, "Política". Introducción, traducción y notas de María Isabel Santa Cruz y María Inés Crespo, Losada, Buenos Aires (Colección Griegos y Latinos, 1), 2005.
- C. AYALA CORAO; J. M. CASAL, "La evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005". *Estudios Constitucionales* 6, 2, 2008. DOI: 10.4067/S0718-52002008000100014.
- E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Estudios sobre el estado de derecho y la democracia". Prólogo y Traducción de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), 2000.
- R. CANOSA USERA, "Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho". en R. CANOSA USERA, J. RODRÍGUEZ-

- ARANA MUÑOZ (EDS.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. 2ª ed (Colección de derecho constitucional), Reus. Madrid, pp. 165-175, 2014.
- J. CEDEÑO, "Venezuela en el siglo XXI: "Nuevos hombres, nuevos ideales, nuevos procedimientos"". *Guaragua* 11, 24, pp. 23-49, 2007. DOI: 10.2307/25596552.
- A. HAMILTON; J. MADISON, "El Federalista, LI". en A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY (EDS.), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica (FCE). México D.F., pp. 219-223, 2006.
- A. HEYWOOD, "Introducción a la teoría política". Traducción de Ramón Cotarelo, Tirant lo Blanch, Valencia (Ciencia política, 32), 2010.
- Human Rights Watch, "Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela", 2004. <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/venezuela0604sp.pdf>, Fecha de Consulta: 20/09/2015.
- K. LOEWENSTEIN, "Teoría de la constitución". Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Ariel, Barcelona (Ariel Derecho), 1976, reimpresión 1986.
- J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "El sistema europeo-continental de Justicia Constitucional". *Estudios Constitucionales* 3, 1, pp. 149-171, 2005. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82003109>, Fecha de Consulta: 22/01/2015.
- J. STUART MILL, "Sobre la libertad". en J. STUART MILL, I. BERLIN (EDS.), *Sobre la libertad. Prólogo de Isaiah Berlín*. Traducido por Pablo de Azcárate. 1. ed (Ciencias sociales / Alianza Editorial. Ciencia política, 3400), Alianza. Madrid, pp. 55-207, 1997.
- A.-C. PEREIRA MENAUT, "Teoría constitucional y otros escritos". Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay, LexisNexis, Santiago de Chile (2), 2006.
- A. REMIRO BROTONS, "La Venezuela 'chavista': Un sistema político se renueva". *Política Exterior* 13, 72, pp. 19-25, 1999. DOI: 10.2307/20644842.