

**ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA
Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES:
RELECTURA NECESARIA PARA EL SIGLO XXI**

CLÁUDIO A. PINHO *

* Abogado. Profesor. Master en Derecho Económico por la Universidad Federal de Minas Gerais. Presidente de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2006-2008, 2008-2009). Miembro de la Comisión de Estudios Constitucionales del Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil (2002-2004 e 2004-2006 e 2007-2009). Miembro de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2000-2002, 2002-2004, 2010-2011). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (2001). Consejero y Vice-Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados (2009-2010, 2010-2011). Miembro del Núcleo Docente Estructurante - NDE del Instituto Belo Horizonte de Ensino Superior - IBHES (2009-2011). Miembro del Consejo Editorial de la Revista Electrónica del Instituto de los Abogados Brasileños (2010-2011).

Sumario: I. Introducción. II. Estado de Derecho y Democracia. III. Límites y distorsiones. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

I. Introducción

El período de tiempo que comprende una generación equivale a aproximadamente treinta años. Ello nos permite decir que un siglo abarca algo en torno a tres generaciones. Con el paso del tiempo los institutos jurídicos se perfeccionan, como también las cosas de la vida, de la tecnología, la cultura y las relaciones interpersonales. Asimismo sucede con los institutos de derecho internacional: nociones de Estado, soberanía y territorio han sufrido sensibles modificaciones. Basta observar el concepto de Estado de la primera mitad del Siglo XX, para identificar que tendríamos dificultad en captarlo en toda su plenitud en los bloques de países tales como el MERCOSUR o la Comunidad Económica Europea¹. De la misma manera, bajo la óptica del derecho internacional, sería inconcebible la existencia de una Organización Mundial del Comercio frente al concepto de Estado en el Siglo XIX.

La visión de sentido común nos puede dejar la falsa percepción de que nada más es necesario decir sobre el Estado de Derecho² y sobre la Democracia. O peor, que discutir sobre estos temas sería revolver algo que ya se sabe, tan sólo hablar más sobre lo mismo. Nada más falso, puesto que la interpretación y análisis de institutos jurídicos siempre se deben hacer en conjunto con el momento histórico que se vive. La evolución de los institutos de derecho internacional sigue su curso independientemente del proceso histórico de democratización, sin embargo, únicamente inserto en el proceso histórico se podrá entender toda su dimensión. Cuanto al momento histórico en el que vivimos hoy, nítidamente se vislumbra un proceso cíclico, donde algunos países consolidan sus instituciones democráticas y del Estado de Derecho y otras, infelizmente, marcan el paso o retroceden en algún punto. En este sentido el derecho internacional, el derecho constitucional, los derechos humanos y la teoría de los derechos fundamentales, caminan dentro de una autonomía interpretativa, comprensible en momentos de paz, pero que no se puede examinar de manera compartimentada, sin el condimento histórico, so pena de no identificar las distorsiones que puedan

¹ La independencia para la adopción de la moneda era una de las características de Estado soberano. A partir del momento en que se adopta una moneda común, hay un acuerdo tácito de pérdida de autonomía, pues la conducción de la política monetaria pasa a ser dirigida por el conjunto de los países.

² DUGUIT afirma que *“si se considera el Estado como una persona, como un sujeto de derecho, tiene que admitirse necesariamente que cae bajo el imperio del derecho, y que no solamente es titular de derechos subjetivos, sino que está ligado por el derecho objetivo, por la regla de derecho; en una palabra, que el Estado es, según la expresión alemana, un Estado de derecho, un Rechtsstaat”*. DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Comares. Granada: 2005. p. 27.

ocurrir eventualmente. Esta preocupación se ha materializado en la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 2001³. Ésta también ha sido la preocupación de la Federación Interamericana de Abogados, organismo consultivo de la OEA, cuando en su reunión de Consejo, en noviembre de 2010, en Costa Rica, se discutió y constató la necesidad urgente de que se elaboraran nuevos estudios sobre el Estado de Derecho, bajo la perspectiva actual, frente a los actuales ataques que pueden ser sutil u ostensivamente perpetrados contra éste.

El objetivo de este ensayo es identificar los institutos del Estado de Derecho y de la Democracia, para que podamos delimitar no sólo los casos en que ellos están presentes, sino, principalmente, los casos de ausencia, ruptura o falla de continuidad, que necesiten la atención de la comunidad internacional⁴.

II. Estado de Derecho y Democracia

El Estado de Derecho, en una primera perspectiva histórica, es la contraposición al Estado absolutista, materializado en una Constitución. Según dice VALADÉS “*el Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder*”⁵. El primer elemento es, entonces, la existencia de una Constitución⁶ y, tratándose de vislumbrar el tema con la mirada sobre el Hemisferio Americano⁷, estamos hablando de una

³ La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en la reunión de la OEA del 11 de setiembre de 2001, el mismo día en que los Estados Unidos de América, donde está la sede de la OEA, sufrió el peor de los atentados terroristas en suelo americano.

⁴ Éste también ha sido uno de los objetivos de Brasil al elaborar la Carta Democrática Interamericana al destacar la necesidad de “*defender los criterios de gradualismo en la identificación de situaciones de inestabilidad de los regímenes democráticos, hasta la ruptura, y de flexibilidad que contemplase y favoreciese la negociación y las gestiones diplomáticas durante todo el proceso*”. en Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones. OAS Official Records. Washington: 2001. p. 257.

⁵ VALADÉS, Diego. *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002. P. 7-8.

⁶ CANOTILHO dice que “*el Estado de derecho es un Estado constitucional. Presupone la existencia de una constitución que sirva – valiendo e vigorando – de orden jurídico-normativo fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. La constitución confiere al orden estatal y a los actos de los poderes públicos medida y forma*” . CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. 3ª. Ed. Coimbra: 1999. p. 241.

⁷ La segunda parte del artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana dice: “*La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.*”

Constitución escrita⁸. Entramos así en la importancia del derecho constitucional para la correcta comprensión del Estado de Derecho. Sin embargo, no basta que la Constitución de determinado Estado esté vigente, se requiere que haya una *legitimidad*⁹ constitucional¹⁰, o sea, tanto el origen de la Constitución de determinado país como su texto deben reflejar las aspiraciones de su población¹¹.

Como segundo elemento del Estado de Derecho, indisociable del primero, tenemos la existencia del límite de la ley o *rule of law*¹². Este principio se puede materializar en tres reglas: (a) la existencia del proceso legal para pérdidas de bienes, derechos y libertades; (b) la universalidad de la aplicación de la Justicia¹³

⁸ AFONSO ARINOS dice que “*la doctrina constitucional, principalmente después de BRYCE, solía equiparar el concepto de Constitución escrita al de Constitución rígida, entendida como tal la ley constitucional cuya modificación fuera deliberadamente dificultada... Hoy se acepta con reservas la distinción propuesta por BRYCE. En primer lugar, los juristas han observado que el carácter escrito de las Constituciones no limita al texto en ella contenido toda la materia constitucional*”. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol.1 - Teoria Geral. Forense. Rio de Janeiro: 1958. p.54-55.

⁹ PAULO LOPO SARAIVA concluye que “*Derecho sin legitimidad es arbitrio disfrazado*”. SARAIVA, Paulo Lopo. *A Constituição da Casa-Grande e da Senzala (O Direito Consuetudinário Brasileiro) in Caderno de Soluções Constitucionais*, V. 3. São Paulo: 2008. p. 374.

¹⁰ MÜLLER afirma que “*en el diploma fundador de una democracia constituida en Estado de Derecho como el de la Ley Fundamental, el discurso sobre el poder constituyente es legítimo cuando no aparece o es tratado como texto ideológico, sino como parte del ‘derecho vigente’, o sea, como parte del conjunto así caracterizado de textos de normas, como texto (individual) de norma*”. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Traducción de Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004. p. 19.

¹¹ Sobre las modificaciones constitucionales recientes en Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia, ver BELAUNDE, Domingo García. *Poder Constituyente: Orígenes, Desarrollo y Modalidades in Caderno de Soluções Constitucionais*, V. 3. São Paulo: 2008. p. 57-61.

¹² VALADÉS complementa diciendo que “*la convicción generalizada de la legitimidad de los representantes está en el origen del acatamiento colectivo y voluntario a la autoridad. Se sabe que, cuando la autoridad se excede, existen los medios adecuados para corregir el yerro, pero que en términos generales hay una garantía de efectividad y objetividad en la acción de los órganos del poder. Esto permite, incluso, resolver uno de los problemas más serios con que se enfrenta el Estado: el de los límites de La ley*”. *Op. cit.* p. 47.

¹³ El término “*Justicia*” que se emplea es el de Justicia como *valor* e no como Poder Judicial, como plantea PAULO LOPO SARAIVA en su “*Teoria Tetradimensional do Directo*” – SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade*. Edicamp. Campinas: 2002. p. 221 –, teoría ésta reverenciada por Paulo Bonavides cuando dice que “*sin justicia, no hay democracia ni libertad. Tampoco hay jurisdicción constitucional, ni Estado de Derecho*”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros. São Paulo: 2001. p. 375

y (c) la sujeción dos actos de poder a las decisiones de los jueces¹⁴. CANOTILHO trata esta materia cuando se refiere al principio de la seguridad jurídica, afirmando que:

*“las refracciones más importantes del principio de la seguridad jurídica son las siguientes: (1) con respecto a actos normativos –prohibición de normas retroactivas restrictivas de derechos o intereses jurídicamente protegidos–; (2) con respecto a actos jurisdiccionales –inalterabilidad de la cosa juzgada–; (3) con respecto a actos de administración –tendencial estabilidad de los casos juzgados a través de actos administrativos constitutivos de derechos–”*¹⁵.

La Democracia, como cualitativo del Estado de Derecho, adiciona como característica esencial el pluralismo partidario¹⁶, con elecciones periódicas, libres y con sufragio universal y secreto¹⁷ y la participación de minorías en el ejercicio del poder. JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca que *“Democracia es concepto histórico. No siendo por sí un valor-fín, sino medio e instrumento de realización de valores esenciales de convivencia humana que se traducen básicamente en los derechos fundamentales del hombre”*¹⁸. En este punto, ya podemos identificar la Carta Democrática Interamericana, elaborada por la OEA, en el año 2001, como fruto del momento histórico del comienzo de este Siglo. Su artículo 1º prescribe que: *“Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”*.

Surge entonces la necesidad de examinar si es posible disociar el concepto de Estado de Derecho del concepto de Democracia o de Estado Democrático de Derecho. Para esta distinción debemos ingresar en la óptica constitucional de la teoría de los derechos fundamentales como materialización, a nivel constitucional,

¹⁴ VALADÉS, Diego. *Op. Cit.* p. 10.

¹⁵ CANOTILHO. *Op. cit.* p. 252.

¹⁶ En las palabras de VALADÉS *“las características del constitucionalismo democrático han consistido en el reconocimiento de los partidos políticos; en la garantía de procesos electorales libres e imparciales; en la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; en el fortalecimiento de la organización, facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; en la adopción de formas democracia semidirecta, a veces incluso en perjuicio de los sistemas representativos, como el referéndum legislativo, el plebiscito, la iniciativa popular y, aunque mucho más raro, en la revocación de los representantes”*. *Op. Cit.*, p. 21.

¹⁷ El artículo 3º da Carta Democrática Interamericana dice: *“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”*

¹⁸ SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros. 1ª. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: 2002. p. 43.

de los derechos humanos¹⁹. Los estudios sobre los derechos fundamentales, según BONAVIDES, han granjeado especial atención por la importancia que asumen en el estudio de la hermenéutica constitucional²⁰. Los derechos fundamentales se dividen en generaciones, que demuestran un sistema progresivo, de manera que solo se puede llegar a una generación si la anterior ha sido vivenciada. Su identificación, no sólo en el texto, sino también en la práctica constitucional de cada país, nos da la medida segura de la evolución de este mismo país. Ellos siguen los idearios de la revolución francesa de libertad, igualdad y fraternidad. Los derechos fundamentales de primera generación son los derechos que materializan la libertad de asociación (para fines pacíficos), libertad de religión y culto, libertad de manifestación de pensamiento. BONAVIDES recuerda que los derechos fundamentales de segunda generación han dominado el Siglo XX, así como los derechos de primera generación afloraron en el Siglo XIX²¹. Los derechos fundamentales de segunda generación reflejan el derecho de igualdad y son “*los derechos sociales, culturales y económicos así como los derechos colectivos o de colectividades, introducidos en el constitucionalismo en las diferentes formas del Estado social*”²². Los derechos fundamentales de tercera generación, asociados al ideario de fraternidad de la Revolución Francesa, se cristalizaron hacia el final del Siglo XX. Son, según BONAVIDES, “*dotados de altísimo tenor de humanismo e universalidad*”²³. Son ellos el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y el derecho a la comunicación²⁴. Los derechos fundamentales de cuarta generación son el derecho a la democracia, el derecho a la información²⁵ y el derecho al pluralismo. BONAVIDES nos aclara que “*la democracia positivada como derecho de cuarta generación ha de ser, por necesidad, una democracia directa*”²⁶. En derivación de la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones, vemos que no basta que ellos estén expresados en el texto constitucional; es necesario que existan garantías que

¹⁹ El artículo 7º de la Carta Democrática Interamericana dice: “*La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.*”

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 18ª. ed. São Paulo: 2006. p. 608.

²¹ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 564.

²² BONAVIDES. *Op. cit.* p. 564.

²³ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 569.

²⁴ La primera parte del artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana dice: “*Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.*”

²⁵ Se puede observar que en las insurrecciones revolucionarias y populares actuales, el primer intento de los gobiernos es tratar de filtrar o impedir la divulgación de imágenes y hechos contra el régimen vigente en Internet, o su difusión a la comunidad internacional.

²⁶ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 571.

aseguren tales derechos y que de hecho haya un ejercicio pleno de las garantías²⁷, o sea, debe haber una búsqueda material del ejercicio de los derechos fundamentales y no apenas que él esté formalmente descrito en la constitución, y ello porque los derechos fundamentales no se interpretan, se concretizan²⁸. CANOTILHO afirma que la garantía de los derechos fundamentales “*es el reducto antropológico del Estado de Derecho*”²⁹. A pesar de no haber sido expresamente movida por esta teoría, la Carta Democrática Interamericana consolida todas las directrices de los derechos fundamentales, trazando un rumbo seguro hacia el Estado de Derecho y la Democracia en el Siglo XXI.

Para que la Democracia esté presente es importante también que se observe el principio de la tolerancia que consiste en la aceptación de las diferencias, sean éstas de índole étnica, religiosa, de opinión o de orientación política³⁰. Según VALADÉS, en el sistema democrático el principio de la tolerancia es su mayor virtud y también su vulnerabilidad. Y casi vaticinando la realidad actual, el profesor mexicano dice que “*las dictaduras se derriban cuando los excesos de la intolerancia no dejan otra salida que la violencia; en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión*”³¹. En las Américas hay una identidad entre el Estado de Derecho y el Estado Democrático de Derecho, puesto que no podemos concebir un Estado de Derecho que no sea Democrático en el actual momento histórico, siendo este el corolario de la Carta Democrática Interamericana.

III. Límites y distorsiones

Establecido el núcleo que nos permite identificar los elementos del Estado de Derecho y de la Democracia, debemos observar donde están los límites y distorsiones. Las rupturas ocurren o con reformas constitucionales, desde la simple enmienda constitucional hasta la creación de una nueva Constitución o en el campo de la discrecionalidad y del ejercicio de determinado acto legal. Todavía, iniciaremos nuestro análisis abordando la cuestión de los límites de los actos de la democracia participativa. El artículo 6º de la Carta Democrática

²⁷ JOSÉ AFONSO DA SILVA dice sobre la constitución que “*no basta ser democrática cuanto a la forma de su elaboración; se quiere que lo sea también cuanto a su contenido, o sea, que además de los derechos tradicionales del Hombre (libertades e igualdades formales), consagre, en su texto, las garantías de eficacia de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural*”. *Op.cit.* p. 43.

²⁸ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 572.

²⁹ CANOTILHO. *Op. cit.* p. 245.

³⁰ El artículo 9º da Carta Democrática Americana dice: “*La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.*”

³¹ VALADÉS. *Op. cit.* p. 36.

Interamericana dice que “*la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia*”. Los principales institutos que pueden estar en mayor o menor grado insertados en determinado texto constitucional son el plebiscito, el referéndum y la revocación también denominada *recall*³². El referéndum popular según JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*“se caracteriza por el hecho de que proyectos de ley o propuestas de enmiendas constitucionales aprobados por el Legislativo deban ser sometidos a votación popular, atendidas ciertas exigencias, tales como la solicitud de cierto número de electores, de cierto número de parlamentares o del propio Poder Ejecutivo, de modo que el proyecto o propuesta se considerará aprobado siempre que cuente con la aprobación popular, de lo contrario, se reputará rechazado”*³³.

El plebiscito según CANOTILHO “*es, en su expresión más neutra, el pronunciamiento popular incidente sobre elecciones o decisiones políticas, como por ejemplo, la confianza en un jefe político, la opción por una u otra forma de gobierno. Cuando el pronunciamiento popular incide sobre un texto normativo (una ley, una constitución) el plebiscito se aproxima al referéndum*”³⁴. El *recall*, a su vez, es la revocación o ratificación de un mandato parlamentario o confirmación en el cargo de cualquier persona que detenta un cargo electivo. El objetivo es someter al electorado a nueva reapreciación. Empecemos por este último.

En el *recall*, una cuestión doctrinaria importante es saber si se trata de un acto positivo (confirmación) o negativo (revocación)³⁵. Pues ello influenciará la pregunta que será formulada al electorado. Otro problema importante en el instituto del *recall* es que cuando se somete determinada persona pública a una nueva votación de ratificación o revocación –siendo voto universal y secreto– en la práctica no se la somete solamente a los electores que eligieron a la persona, objeto del *recall*, sino a todo el electorado, colocando inclusive a los electores que no votaron originariamente por dicha persona o los que antipatizan con ella, y hay una desproporción entre el momento político electoral que la ha hecho ascender a la función pública, donde existían dos o más candidatos, y el momento del *recall*,

³² Otros institutos de la democracia participativa como las leyes y enmiendas constitucionales de iniciativa popular y también el veto de iniciativa popular no serán abordados, pues el objetivo de este trabajo es identificar los casos donde la ruptura del Estado de Derecho ocurre, siendo éstos más frecuentes en los institutos del plebiscito, referendo y en el *recall*.

³³ SILVA. *Op.cit.* p. 51.

³⁴ CANOTILHO. *Op. cit.* p. 289.

³⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA trata como votación para confirmar, siendo, por tanto, un acto positivo. *Op.cit.* p. 51.

C. A. PINHO

donde solamente una persona es el foco de la votación. Para nuestro estudio, considerando las cuestiones que el observador debe tener en mente, la institución del *recall* debe obedecer las reglas del derecho positivo para que el elemento primario de la democracia participativa no sea el primer elemento a usurpar el Estado de Derecho y en suma, la propia Democracia. Ya no importa que el hecho gravoso que coloca bajo sospecha el mandato de la persona foco del *recall* haya sido debidamente averiguado y que se hayan agotado las oportunidades de amplia defensa. El *recall* no es un instrumento de execración pública, o de respuesta a la especulación mediática, so pena de que estemos, aquí también, excediendo peligrosamente los límites del Estado de Derecho.

Relativamente al plebiscito y al referéndum, la cuestión crucial del Estado de Derecho dice respecto al contenido material del propio acto u opción que se quiere validar con la participación popular. No puede ser este un acto que revoca o afronta derechos fundamentales, que restringe libertades públicas ni al menos ser un acto que reduzca o sofoque la tolerancia democrática con cualesquiera minorías, sea de naturaleza étnica, religiosa o de ideología política. En este sentido, los límites de la aplicación de los institutos de la Democracia participativa son justamente los principios del propio Estado de Derecho, de la Democracia y de los derechos fundamentales, so pena de privilegiarse a la dictadura de la mayoría.

Otra cuestión mucho más delicada y de difícil identificación, cuanto a su aporte para la ruptura del Estado de Derecho y de la Democracia son las hipótesis de ejercicio del poder discrecional por el agente público o de la no aplicación del derecho. Quien diserta sobre la materia con profundidad, tratando con claridad esta incómoda cuestión es DIEGO VALADÉS. Él dice que: *“el estado de derecho consiste en la adecuación de los actos del poder a la letra de la ley. Sin embargo, la propia ley prevé la posibilidad de casos extremos, fuera de su regulación expresa. No se trata de una contradicción, supuesto que se admite la posibilidad de que se presenten situaciones tendrán que encontrarse en los principios del derecho”*. No son raros temas de esta índole donde, algunas veces, el derecho interno no es aplicado en pro de la protección de un bien mayor, o incluso que se otorgan privilegios más allá de los límites legales en situaciones extremas. Un buen ejemplo son los aparatos de seguridad que se montan para que se pueda desarrollar un proceso judicial contra un narcotraficante de peso o un terrorista internacional, muy arriba del regular proceso contra el delincuente común y a veces fuera del límite del derecho positivo. Las situaciones de distorsiones y rupturas existen. No obstante, el análisis siempre se debe realizar frente al caso concreto o la situación particular, para poder constatar si aquella no aplicación de la ley menosprecia o ayuda a preservar el Estado de Derecho y la Democracia.

IV. Conclusión

La línea que descaracteriza el Estado de Derecho o la Democracia no siempre es plenamente visible y plenamente identificable como buscamos demostrar. Aun así, vemos, con los más plausibles motivos, tentativas, concientes o no, de

fracturar o debilitar, ya sea la Democracia, ya sea el Estado de Derecho. El papel del jurista y del observador internacional es alertar cuando ello tiende a suceder. Estas fracturas empiezan con un proceso legiferante distorsionado o con una situación de clamor popular que dan marco a la modificación legislativa, pueden objetivar sustraerle independencia al Poder Judicial o transformarlo en un poder inoperante, de manera que el control de la ley, del legislativo y del ejecutivo no ocurra. En el caso de las Américas, la OEA es el foro competente al que se deben encaminar los pleitos de esta índole, sea por el propio Estado miembro³⁶, sea por el Secretario General, con el consentimiento del Estado afectado³⁷, o sea por la alteración del orden constitucional a pedido de cualquier Estado miembro³⁸. Hemos procurado aportar elementos que permitan identificar, con cierto grado de objetividad, las situaciones donde la participación de la comunidad internacional se hace necesaria, haciendo con que el fortalecimiento de las instituciones del Estado de Derecho y de la Democracia constituya la línea de frente de la evolución de los derechos, y por consiguiente, de la Humanidad, en el Siglo XXI.

³⁶ Artículo 17 de la Carta Democrática Interamericana: “*Cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática.*”

³⁷ Artículo 18 de la Carta Democrática Interamericana: “*Cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y este realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento.*”

³⁸ Artículo 20 da Carta Democrática Interamericana: “*En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente.*”

C. A. PINHO

V. Bibliografía

BELAUNDE, Domingo Garcia. *Poder Constituyente: Orígenes, Desarrollo y Modalidades* in Caderno de Soluções Constitucionais, V. 3. São Paulo: 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 18ª. ed. São Paulo: 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros. São Paulo: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. 3ª. Ed. Coimbra: 1999.

Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones. OAS Official Records. Washington: 2001.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Comares. Granada: 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol.1 - Teoria Geral. Forense. Rio de Janeiro: 1958.

MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. Tradução de Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004.

SARAIVA, Paulo Lopo. *A Constituição da Casa-Grande e da Senzala (O Direito Consuetudinário Brasileiro)* in Caderno de Soluções Constitucionais, V. 3. São Paulo: 2008.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade*. Edicamp. Campinas: 2002.

SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros. 1ª. ed. 2ª. tirada. São Paulo: 2002.

VALADÉS, Diego. *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002.