PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE DERECHO Y SOCIEDAD

CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

Cláusulas pétreas: instituciones comparadas entre Ecuador, Brasil y Alemania

Steven Javier Calvopiña Ayabaca

Director: Gandhi Alejandro Vela Vargas

Quito D. M., 2025

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

RESUMEN

El presente trabajo analiza las cláusulas pétreas desde una perspectiva teórica, jurídica y comparada, centrándose en los casos de Ecuador, Brasil y Alemania. Se examina el conflicto entre el poder constituyente, capaz de otorgar una nueva constitución, y las cláusulas pétreas, que imponen límites a dicho poder. A través de una revisión doctrinal y jurisprudencial, se argumenta que estas cláusulas, aunque revistan una naturaleza contramayoritaria, buscan preservar los valores esenciales de una nación, como la democracia y los derechos fundamentales.

El estudio aborda los antecedentes filosófico-políticos del contrato social, la noción de democracia desde los sistemas de derechos humanos interamericano y europeo, y la compleja relación entre poder constituyente y cláusulas intangibles. Se hace énfasis en que si bien las cláusulas eternas son concebidas como límites infranqueables su existencia debe armonizarse con la necesidad de adaptación constitucional frente a cambios sociales.

Finalmente, el trabajo realiza un análisis comparado entre los ordenamientos de Ecuador, Brasil y Alemania, examinando su evolución histórica, redacción normativa y aplicación práctica. Se concluye que si bien existen riesgos provenientes de la rigidez excesiva las cláusulas pétreas pueden fortalecer el orden democrático y servir de defensa frente a amenazas antidemocráticas.

Palabras clave: Cláusulas pétreas, poder constituyente, democracia, derechos fundamentales.

ABSTRACT

This research explores the concept of eternity clauses from theoretical, legal, and comparative perspectives, focusing on the constitutional systems of Ecuador, Brazil and Germany. It examines the tension between the constituent power, which can make total constitutional changes, and the entrenched clauses, which seek to restrict that power.

The study delves into the philosophical foundations of the social contract, analyzes the role of democracy as a legal requirement under the Inter-American and European human rights systems, and discusses the challenges of reconciling constitutional rigidity with democratic adaptability. It emphasizes that while eternity clauses may appear counter-majoritarian, they aim to preserve essential democratic values and the identity of a constitutional order.

Through comparative analysis, the paper reviews the origin, legal structure, and practical function of these clauses in the selected countries. It concludes that when appropriately framed, eternity clauses can enhance democratic resilience and safeguard constitutional integrity against anti-democratic threats.

Keywords: Eternity clauses, constituent power, democracy, fundamental rights.

DEDICATORIA

A mi madre, Leidy.

Für die Ewigkeit.

AGRADECIMIENTOS

Ningún agradecimiento es honesto ni serio si no empieza en primer lugar dirigido hacia Dios, pues sin Él las grandes empresas que han hecho valiosos aportes a la humanidad no serían siquiera pensables, así como tampoco lo serían las cosas que hacen de esta vida una aventura bella y maravillosa; por lo tanto, mi primer reconocimiento es en honor a la Divina Majestad, por haberme dado la dicha de poder incorporarme a la lucha por hacer de este mundo un lugar mejor.

Una mención igual de especial merece mi madre. Si hubiese faltado su copioso amor en mi vida este trabajo y muchos otros momentos de superación personal y profesional permanecerían en tierras ignotas. Recapitular todas las cosas que su benemérito corazón la ha llevado a hacer por mis hermanas y por mí sería por mucho una tarea más larga que cualquier otra, y que de todas maneras culminaría con el más sincero y apoteósico "gracias".

Asimismo, quiero agradecer a mi director, Dr. Gandhi Vela, por su invaluable guía en la elaboración del presente trabajo; su bagaje teórico y su amplio conocimiento histórico-jurídico pulieron, a través de observaciones y correcciones, la investigación que se ofrece ahora al lector.

No quiero dejar de reconocer a los doctores Daniel Gallegos, Agustín Grijalva, Rubén Calle y Byron Villagómez, quienes a lo largo de mi formación y por medio de fructíferas charlas han aportado grandemente al desarrollo de esta obra. Con especial énfasis al primero de ellos, quien desde primer semestre no solo sembró en mí la pasión por el constitucionalismo y sus postulados, sino que también al brindarme varias oportunidades profesionales y académicas me propició el ambiente adecuado para que pueda entender y comprometerme con la defensa y garantía de los derechos.

Finalmente, quiero agradecer también a mi familia y a las personas que, directa e indirectamente, con comentarios constructivos y palabras de aliento, han hecho posible que el presente escrito vea la luz. Nombrarlos individualmente alargaría en demasía esta sección, sin embargo, sean mis agradecimientos también para con cada uno de ellos.

Ex nihilo nihil fit.

ABREVIATURAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade [acción constitucional que se puede presentar ante el STF en Brasil en procura de la declaratoria de inconstitucionalidad de una enmienda constitucional, ley o acto normativo]

AP: Acción de Protección

BvB: Feststellung der Verfassungswidrigkeit bei Parteien [procedimiento constitucional que se tramita ante el BvfG cuando se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de un partido político cuyas ideas y/o prácticas van en contra de determinados principios establecidos en la Ley Fundamental]

BvE: Organstreitverfahren [procedimiento constitucional que se tramita ante el BvfG cuando existen conflictos de competencias entre órganos constitucionales]

BvfG: Bundesverfassungsgericht [Tribunal Federal Constitucional de Alemania, máximo organismo de administración de justicia constitucional de ese país]

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CCE: Corte Constitucional del Ecuador

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CFB: Constituição da República Federativa do Brasil [Constitución de la República Federativa del Brasil]

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CRE: Constitución de la República del Ecuador

COA: Código Orgánico Administrativo

COGEP: Código Orgánico General de Procesos

COIP: Código Orgánico Integral Penal

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

EP: Acción Extraordinaria de Protección

GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Ley Fundamental para la República Federal de Alemania]

IN: Acción Pública de Inconstitucionalidad

LOGJCC: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

OC: Opinión Consultiva

OEA: Organización de Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

SEDH: Sistema Europeo de Derechos Humanos

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

STF: Supremo Tribunal Federal **[**Máximo organismo de administración de justicia constitucional de Brasil]

SUDH: Sistema Universal de Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UE: Unión Europea

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN 10
Sección I 12
1. Contexto, elementos y desarrollo de la cláusula pétrea 12
1.1. Presupuestos de la cláusula pétrea 12
1.1.1. El sistema democrático 15
1.1.2. El poder constituyente 20
1.2. La cláusula pétrea 24
1.2.1. Naturaleza jurídica 28
1.2.2. Desarrollo normativo y funcionalidad 31
1.2.3. Perspectivas doctrinales contemporáneas 34
1.2.4. Derecho constitucional comparado 35
Sección II 40
2. Cláusulas pétreas en los sistemas normativos de Alemania, Brasil y Ecuador 40
2.1. Alemania 40
2.1.1. La Ley Fundamental de 1949 44
2.1.2. Permanencia y mutabilidad 46
2.2. Brasil 48
2.2.1. La Constitución de 1988 51
2.2.2. Permeabilidad 53
2.3. Ecuador 55
2.3.1. La Constitución de 2008 56
2.3.2. Inconsistencia 57
2.4. Similitudes y diferencias entre los sistemas jurídicos comparados 59
2.4.1. Similitudes 60
2.4.2. Diferencias 61
CONCLUSIONES 62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 64

INTRODUCCIÓN

> *Un Estado sin medios para cambiar carece también de medios para conservarse. Sin tales medios, hasta se corre el riesgo de que se pierda esa parte de la Constitución que con más fervor se deseaba preservar.*
>
> Edmund Burke, Reflexiones sobre la Revolución en Francia

¿Qué pasaría si una fuerza imparable chocara con un objeto inamovible? Así se formula la paradoja de la fuerza irresistible, un dilema clásico de la Física que busca dejar en evidencia una aporía tanto lógica como semántica. Deviene en una discusión irresoluble puesto que si se sobrepone la fuerza imparable entonces el otro objeto no era del todo inamovible… y viceversa.

Este dilema puede extrapolarse al Derecho, en concreto, a la teoría fundacional del Estado y a los mecanismos de modificación constitucional por medio de la siguiente analogía: ¿Qué pasaría si el poder constituyente de una nación (fuerza irresistible) se encuentra frente a una cláusula pétrea que prohíbe por cualquier mecanismo de modificación constitucional cambiar determinados valores o principios (objeto inamovible) durante un proceso de cambio de Constitución?

Esta cuestión es de trascendental relevancia en un momento en el que en Ecuador se habla de un potencial cambio de constitución, por lo que deberán definirse sus contenidos y establecerse cuáles de aquellos merecerán una especial protección, y bajo qué mecanismos. Sin embargo, independientemente de si se lleva a cabo un nuevo proceso constituyente, el tema igual debe ser abordado de inmediato, puesto que el contexto de crisis simultáneas exige que el texto fundamental se adapte a las necesidades de la población, para lo cual habrá que dejar claro qué contenidos de la norma suprema no pueden ser tocados o vaciados de contenido mediante ningún procedimiento de modificación constitucional.

La doctrina no ha sido pacífica sobre puntos en los que debería haber consensos para facilitar la labor de quienes tienen competencia constitucional para modificar formal o informalmente la constitución, por ejemplo, los iuspublicistas no se han puesto de acuerdo sobre si las cláusulas pétreas aplican solo para los órganos que ejercen el poder constituido o si vincularían eventualmente a futuros poderes constituyentes. Asimismo, no ha concluido el debate sobre si el elemento democrático sigue siendo o no un parámetro bajo el cual analizar la legitimidad de las cláusulas eternas.

El propósito de la presente investigación es recapitular posturas esenciales sobre estos puntos de debate para aportar una conclusión que reconcilie instituciones y concepciones contrapuestas en aras de orientar futuros proyectos de cambio constitucional. Para tales efectos se hace un recorrido teórico de los presupuestos conceptuales de las cláusulas intangibles, para luego analizarlas en sí mismas y concluir haciendo un ejercicio comparativo entre la jurisprudencia de tres ordenamientos jurídicos distantes geográficamente, pero similares en sus orígenes y principios.

Termina la investigación con conclusiones prácticas y basadas en los hallazgos tanto doctrinarios como jurisprudenciales, que tienen como finalidad sentar una base sólida para debates más avanzados y complejos en materia de ingeniería constitucional y construcción de Estados y modelos de gobierno para los retos contemporáneos y regionales.

Sección I

1. Contexto, elementos y desarrollo de la cláusula pétrea

1.1. Presupuestos de la cláusula pétrea

El primer paso para definir la cláusula pétrea[1] y señalar sus elementos – lo cual eventualmente servirá para exponer la naturaleza del conflicto que mantiene con otras instituciones – es contextualizar el ambiente político-jurídico en el que se desenvuelve, y para ello serán de relevancia ciertos conceptos de la filosofía política.

Si se atiende a las palabras, pronto se cae en cuenta que hablar de cláusulas en la constitución[2] revela una determinada naturaleza contractual, una concertación de voluntades; pero no se trata de un contrato entre privados, sino entre quienes, habitando cierto territorio, han decidido organizarse para vivir en comunidad y hacerlo a través de reglas formando una unidad, por lo que al involucrar a un amplio número de personas se colige que se trata de un *contrato social*.

Y aunque Gough (1957) ha podido rastrear los orígenes del contrato social hasta la Antigua Grecia[3] – y abarcar su desarrollo a lo largo de los siglos hasta el siglo XIX – baste aquí con recordar lo que han dicho los tres teóricos clásicos de esta institución: Hobbes, Locke y Rousseau, en ese orden cronológico.

Para Hobbes (2018) el pacto social es

> un acuerdo de cada hombre con cada hombre, como si cada uno estuviera diciendo al otro: *Autorizo y concedo el derecho de gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera y les des esa autoridad en todas sus acciones* (p. 234) (cursiva original).

Por su parte, Locke (2014) refiere que

---

[1] En alemán, *Ewigkeitsklausel*; en inglés, *entrenched clause* o *eternity clause*; en portugués, *cláusula pétrea*.

[2] Tales como las propias cláusulas pétreas o las también conocidas cláusulas abiertas, entre otras.

[3] Asimismo, ha realizado un valioso trabajo al enfatizar en que el contrato social se divide en dos, a saber: contrato social propiamente dicho y contrato de gobierno (entendiendo a este último como el contrato por el cual el pueblo acepta someterse a la soberanía de un rey u otro jefe de gobierno).

> siempre que cualquier número de hombres esté así unido en sociedad de tal modo que cada uno de ellos haya renunciado a su poder ejecutivo de ley natural y lo haya cedido al poder público, entonces, y solo entonces, tendremos una sociedad política o civil (p. 123).

Finalmente, para Rousseau (2012)

> el pacto social […] se reduce a los siguientes términos: *cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo* (p. 48) (cursiva original).

De estas tres posturas queda claro entonces que el contrato social es un acuerdo entre todos los miembros de una sociedad para ceder su poder al orden público y a cambio recibir protección de las leyes y de sus ejecutores. En qué medida y proporción se debe ceder el poder y a quién son cuestiones en las que no existen consensos entre los autores citados.

Cabe puntualizar aquí que los tres contractualistas teorizan que la necesidad de instaurar un pacto social es la conservación y seguridad del individuo (Hobbes, 2018, p. 229; Rousseau, 2012, p. 46) y evitar que cada hombre sea juez de su propia causa y por lo tanto sea un juez arbitrario e injusto (Locke, 2014, p. 51). El contrato social – y la organización política que surge de él – es el remedio para los inconvenientes de permanecer en el estado de naturaleza.

Pero de lo expuesto no debe confundirse al contrato social con la constitución, pues si bien estos conceptos están relacionados, no son equivalentes. El primero es el acuerdo originario por el cual los miembros de una sociedad deciden unirse para vivir en comunidad y otorgarse instituciones a las cuales puedan acudir para exigir el cumplimiento de sus derechos, que necesariamente deberán ser iguales para todos; mientras que el segundo refiere a las reglas y principios – ya específicos, reunidos en un solo texto o no – que sirven de fundamento de todo el sistema que se creará para garantizar el cumplimiento íntegro de todos los derechos y obligaciones que tengan quienes decidan asociarse [Pegoraro & Rinella, 2019, pp. 116-18]. Es decir, y utilizando términos epistemológicos, el contrato social es la causa y la constitución es el efecto.

En su momento, la teoría del contrato social sirvió como efectivo contrincante de la teoría del derecho divino de los reyes a gobernar (Gough, 1957, p. 2) y desde la Edad Moderna no ha dejado de servir como legitimante de las distintas formas de Estado y de gobierno que existen alrededor del mundo, siempre alegando que es el pueblo el que ha decidido darse a sí mismo tal o cual organización.

Ahora bien, si se toma por cierto lo antes mencionado, esto es, que es el consenso de los individuos lo que conforma al cuerpo político, no se negará entonces que para que ese cuerpo se mueva en una dirección habrá de hacerlo a aquella que elija la mayoría (Locke, 2014, p. 132). Ante las objeciones que podrían plantearse a esta aserción advierte el propio Locke (2014) que "si en un cuerpo político la mayoría no pudiese tomar decisiones para todos los demás, dicho cuerpo no podría actuar como tal y se disolvería inmediatamente" (p. 134).

Por su parte, como antesala de su explicación de los criterios de un gobierno democrático, Dahl (2012) ilustra con un ejemplo ficticio el proceso de constituir una asociación política desde cero, para lo cual imagina un grupo grande de personas que desean instaurar una constitución y para ello designan a una persona que la redacte para que luego sea sometida a votación; en el primer borrador se propone confiar la autoridad para tomar decisiones a los miembros más capaces del grupo, a lo cual la asamblea se opone categóricamente, señalando que uno de los motivos que condujo a querer asociarse era "discutir y deliberar los asuntos antes de alcanzar una decisión", para lo cual "todos los miembros deben de considerarse como *políticamente iguales*" (énfasis original) (pp. 38-9).

Esto conduce inexorablemente a reflexionar sobre la relación que existe entre la democracia y la constitución[4], puesto que se ha visto que los principios democráticos sirven como parámetro de validez del acuerdo para organizarse políticamente – el contrato social – y, en consecuencia, de su producto: la constitución.

En este punto, vale hacer un paréntesis y tomar una de las tantas definiciones que sobre constitución ofrece Schmitt (2024), a saber, la concepción positiva[5]:

> la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia (énfasis original) (p. 69).

Una definición de constitución más aterrizada – y adaptada al momento constitucional vigente en Ecuador – es la que reza que aquella "es un texto solemne a través del cual es organizado

[4] Por su parte, la relación entre la democracia y el contrato social ya se ha dilucidado en líneas anteriores toda vez que se ha dicho que la instauración de una organización política requiere el consenso de los miembros de la sociedad, Rousseau incluso ha dejado por sentado que ese consenso – al menos ese – debería ser unánime.

[5] Schmitt propone cuatro concepciones de constitución, a saber: concepción absoluta, concepción relativa, concepción positiva y concepción ideal.

el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías de los derechos fundamentales" (Oyarte, 2022, p. 53).

Finalmente, y antes de volver a la línea argumentativa principal, no se debe obviar un producto inmediato de la constitución: el Estado. Heller (1998) lo define como "resultado de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, como organización" (p. 293), organización que se diferencia de otras dentro de un territorio por su "carácter de unidad soberana de acción y decisión" (p. 301) y que logra con relativo éxito reclamar para sí la exclusividad del poder coactivo; sin embargo, hace una reserva cuando dice que "el Estado no es un orden normativo; tampoco es el «pueblo»; no está formado por hombres sino por actividades humanas" (p. 302).

Estas aclaraciones sobre la constitución y el Estado son necesarias toda vez que, como se evidencia, al menos en autores clásicos sobre la materia, el elemento democrático no es ni un requisito ni una característica evidente o directa, ya de la constitución, ya del Estado. Por lo que, y retomando, es menester analizar de aquí en adelante los puntos convergentes y disidentes entre democracia y constitución, a fin de abordar más adelante el espacio que ocupa la cláusula pétrea en la teoría de la democracia constitucional, en razón de lo cual se expondrá en los siguientes parágrafos las características de la teoría del poder del pueblo.

1.1.1. El sistema democrático

> *Tomando el término en su acepción más rigurosa, jamás ha existido verdadera democracia, y no existirá jamás. Va contra el orden natural que el mayor número gobierne y el menor sea gobernado.*
>
> Rousseau, Del Contrato Social

En este punto es válido preguntarse qué importancia tiene dedicar un acápite al estudio de la democracia como requisito para analizar la cláusula pétrea y sus componentes, ya que, a priori, no se evidencia una relación directa o cuando menos relevante; pues bien, téngase por justificación la siguiente:

La cláusula pétrea está estrechamente relacionada con las modificaciones constitucionales y estas, a su vez, comportan un capítulo importante en la teoría constitucional. Tal como lo ha señalado Albert (2019): "ninguna parte de la constitución es más importante que los procedimientos que usamos para cambiarla" (p. 2). Y a este respecto Masapanta Gallegos (2022) ha manifestado que "la legitimidad democrática, en cuanto a la modificación del contenido de la norma suprema, constituye uno de los principales problemas que afronta cualquier teoría de la Constitución" (p. 26). Y habiendo visto que el principio democrático es un parámetro de validez de la constitución puede decirse entonces que el elemento democrático es un requisito indirecto también de la cláusula pétrea.

Ahora bien, una vez justificada la necesidad de examinar a la democracia es preciso establecer qué concepto se tendrá de ella, cuestión no menor si se tiene en cuenta que sobre pocas cosas ha hablado más la doctrina que sobre la democracia. No es ajeno para nadie el hecho de que tratados y estudios enteros y en todos los idiomas se han consagrado con absolutas prolijidad y laboriosidad al análisis de dicho sistema político, lo cual dificulta la justificación de tal o cual definición a la hora de elegir bando entre los conceptos.

Sin embargo, en esta ocasión ese no es el caso, toda vez que para el correcto desenvolvimiento del presente trabajo es imperante trabajar preeminentemente con acepciones jurídicas y que, por lo tanto, incluyan el elemento coercitivo, es decir, que se prefieren aquellas definiciones cuyo contenido sea exigible o pueda llegar a ser exigible en virtud de haber sido emitidas por autoridades reconocidas y legalmente establecidas. Para lo cual, se trabajará con lo que sobre democracia y sus elementos han señalado la Corte IDH y el TEDH, los tribunales regionales sobre derechos humanos actualmente más influyentes del mundo.

En primer lugar, y para los países miembros del SIDH, la Corte IDH ha hecho una categórica prescripción en la OC-28/21 al señalar lo siguiente:

> Es claro que el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva (párr. 55).

Es decir, no está en discusión que para los países del SIDH, y sobre todo para los que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, garantizar el ejercicio de la democracia es un deber jurídico internacional, por lo que puede decirse que la democracia misma es un deber jurídico internacional para los Estados americanos.

El método coercitivo que prevé el SIDH para los países que incumplan con tal obligación se encuentra regulado en la Carta Democrática Interamericana, que en sus artículos 19, 20 y 21 establece sanciones como la suspensión del derecho de participar en la OEA o en las sesiones de la Asamblea General, así como también hace viable la estimulación del restablecimiento del orden democrático mediante el envío de los buenos oficios y las gestiones diplomáticas necesarias.

En la opinión consultiva antes referida añade la Corte IDH que "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (párr. 43)". De lo cual ya se puede colegir que el respeto y la garantía de los derechos fundamentales son elementos *sine qua non* de una democracia.

Ahonda más en esto la Corte IDH en la OC-28/21 al dejar en claro que

> El compromiso estatal con el pleno respeto y garantía de los derechos humanos, tal como manda el artículo 1 de la Convención Americana, constituye un presupuesto esencial de la consolidación democrática y abona a un posicionamiento legítimo del Estado frente a la comunidad internacional (párr. 66).

Pero la Corte IDH va más allá de solo establecer una relación condicional entre democracia y respeto a los derechos humanos, pues en la misma OC-28/21 se lee como sigue:

> La única forma como los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que precisamente esos **derechos** han sido concebidos como **limitaciones al principio mayoritario**. […] la protección de los **derechos humanos** constituye un **límite infranqueable a la regla de mayorías**, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas […], no puede condicionarse la validez de un derecho humano reconocido por la Convención a los criterios de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría quitarle toda eficacia a la Convención y a los tratados internacionales de derechos humanos (párr. 70) (énfasis añadido).

Es decir, de lo expuesto se desprende inequívocamente que a criterio de la Corte IDH los derechos fundamentales son una barrera insoslayable para la democracia; esto es de capital importancia porque implica que ya hay algo que la democracia no puede "tocar", algo que ya no se puede modificar por decisión de *ninguna* mayoría.

Esto no implica que la Corte IDH niegue a los pueblos americanos su derecho soberano a la autodeterminación, pues en la OC-28/21 expresa que

> Los Estados pueden establecer su sistema político y regular los derechos políticos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos. Sin embargo, las regulaciones que implementen los Estados deben ser compatibles con la Convención Americana, y, por ende, con los principios de la democracia representativa que subyacen en el sistema interamericano, incluyendo los que se desprenden de la Carta Democrática Interamericana (párr. 86).

Como se evidencia en el parágrafo citado, se hace una reserva al derecho de los pueblos americanos a establecer su sistema político, a saber: la obligación de respetar la democracia; a su vez, la democracia implica el deber de respetar y garantizar los derechos humanos o fundamentales.

Finalmente, la Corte IDH refuerza lo que ha señalado en la OC-28/21 con las siguientes líneas:

> La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. […] **existen límites a lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías** en instancias democráticas […] (párr. 44).

Se colige entonces que, cuando menos en el SIDH, los derechos fundamentales ya no pueden ser trastocados por ninguna mayoría, por más legitimidad democrática con la que cuente, lo que eventualmente incluiría a aquella mayoría que decida celebrar un nuevo contrato social, en los términos que se han señalado en los apartados precedentes.

Por su parte, el TEDH en el caso *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey* ha señalado que

> *Democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order. That is apparent, firstly, from the Preamble to the Convention, which establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights* (párr. 45).[6]

[6] Traducción del autor: La democracia es, sin duda, un rasgo fundamental del orden público europeo. Así se desprende, en primer lugar, del preámbulo de la Convención, que establece una conexión muy clara entre la Convención y la democracia al afirmar el mantenimiento y la realización ulterior de los derechos humanos y las

Es decir, para el TEDH la democracia es un requisito para la garantía de los derechos fundamentales, a diferencia del criterio de la Corte IDH, que señala, como vimos en líneas anteriores, que los derechos fundamentales, su respeto y garantía otorgan a una sociedad el carácter de democrática.

Más adelante, en el mismo fallo y parágrafo, el TEDH hizo una aserción de trascendental importancia para el SEDH, pues señaló que "democracy thus appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it".[7] Aseveración con la que va más allá que la Corte IDH, pues de la literalidad de la frase se desprende con certeza que deja menos margen de decisión a los Estados para organizar su sistema político, en aras de que el mismo sea compatible con el CEDH.

Entonces, es categórico que para ambos sistemas regionales de derechos humanos la democracia es un pilar fundamental no solo para la protección de derechos, sino para la compatibilidad entre los referidos sistemas y sus Estados miembros, por lo que queda sentado que el análisis del contenido de sus documentos fundacionales debe tener como parámetro el elemento democrático, sin el cual los Estados no se hallan legitimados frente a los sistemas supranacionales a los que pertenecen.

Y antes de pasar al siguiente apartado es menester tener en cuenta lo señalado por Ernst Kempen (1990):

> Demokratie ist niemals absolute, sondern stets nur relative Mehrheitsherrschaft, denn sie ist durch die Grundrechte von Minderheiten begrenzt, welche diesen Minderheiten wiederum die Chance sichern sollen, morgen selbst zur Mehrheit zu werden. Das Volk kann deswegen innerhalb einer demokratischen Verfassung nicht auf das Demokratieprinzip verzichten (p. 363).[8]

libertades fundamentales es mediante una democracia política efectiva y, por otra, mediante una comprensión y un respeto comunes de los derechos humanos.

[7] Traducción del autor: Así, la democracia parece ser el único modelo político contemplado por la Convención y, en consecuencia, el único compatible con ella.

[8] Traducción del autor: La democracia nunca es absoluta, sino siempre solo un gobierno de mayoría relativa, porque está limitada por los derechos fundamentales de las minorías, que a su vez se supone aseguran a estas minorías la oportunidad de convertirse en la mayoría mañana. Por lo tanto, el pueblo no puede renunciar al principio de democracia dentro de una constitución democrática.

1.1.2. El poder constituyente

Hablar del poder constituyente es hablar de democracia.

Negri, El Poder Constituyente

Preuss (2011) ha señalado la importancia del poder constituyente en los siguientes términos:

> the integrity of the constitution is the reality of the constituent power. The constitution is an institutionalized reminder of the retroactively constructed "fact" that, at the beginning of the constitution, there was a collective will of the people to live in a polity. The fact is a myth, and a necessary one. This myth feeds the legitimacy of the constitution, and the vitality of the constitution feeds the belief in this constitutional narrative (pp. 444-5).[9]

Como se observa, considera que el término es una ficción importante para legitimar a la Constitución; y más adelante relaciona al concepto con el de clausula pétrea al señalar que "on this understanding, an eternity clause in a constitution is an attempt to keep this narrative alive without undermining the capacity of each generation to adapt the constitution to new needs and challenges" (Preuss, 2011, p. 445).[10] Es decir, considera que la petrificación sirve como base que sostiene a la idea fundacional de determinado Estado, pero sobre la cláusula pétrea y su relación con el poder constituyente se hablará en el apartado siguiente.

El origen histórico del poder constituyente como concepto remite a la Revolución Francesa, pues fue en el año 1789 cuando se lo utilizó para explicar la formación de las sociedades políticas y sus tres etapas; la primera etapa consiste – y coincide en esto con la teoría del contrato social – en un grupo considerable de individuos que tienen el propósito de asociarse y que de ello deriva que este grupo de personas sean "el origen de todo poder"; la segunda etapa consiste en un proceso de solidificación de la voluntad común, es decir, se determinan las necesidades que serán tenidas

[9] Traducción del autor: La integridad de la Constitución es la realidad del poder constituyente. La Constitución es un recordatorio institucionalizado del hecho retroactivamente construido de que, al comienzo de la Constitución, había una voluntad colectiva del pueblo de vivir en un sistema político. El hecho es un mito, y uno necesario. Este mito alimenta la legitimidad de la Constitución, y la vitalidad de la Constitución alimenta la creencia en esta narrativa constitucional.

[10] Traducción del autor: En este entendido, una cláusula pétrea en una Constitución es un intento de mantener viva esta narrativa sin socavar la capacidad de cada generación para adaptar la Constitución a nuevas necesidades y desafíos.

como públicas y los mecanismos para satisfacerlas; y la tercera etapa consiste en la metamorfosis de la voluntad común *real* hacia una voluntad *representativa* (Sieyès, 2012, p. 60).

Se observa entonces que el poder constituyente está conceptualmente influenciado o relacionado con la teoría contractualista, pero añade un elemento adicional que esta última no desarrolla del todo bien, que es el hecho de que ninguna sociedad puede actuar siempre contando con la participación absoluta de todos sus miembros, lo que hace necesario que se constituya un órgano de personas que representen a distintos grupos sociales para que actúen a nombre y representación del pueblo y declaren la voluntad de este, voluntad que se verá manifestada en el resultado del único propósito para el que se congregó este grupo de personas en particular: redactar una constitución.

Schmitt (2024) apunta con precisión que "el poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está «siempre en estado de naturaleza»" (p. 165). Esto porque entiende que, al ser el paso fundacional de cualquier Estado u asociación política, el único límite que ata al poder constituyente es la capacidad de los miembros del órgano representativo de llegar a un acuerdo sobre lo que será la voluntad del pueblo.

Schmitt (2024) concluye así que "poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo" (p. 160). De lo cual se puede colegir que el poder constituyente, por medio de la asamblea constituyente, es un mecanismo por el cual surge una constitución; y si ya existía una en un Estado el poder constituyente al redactar una nueva constitución se convierte en un mecanismo de cambio constitucional, al igual que las reformas y las enmiendas, pero con sus particularidades.

Sobre este asunto, es decir, los modos de cambio constitucional, Albert (2019) reconoce la existencia de una abrumadora cantidad de estudios sobre los procesos informales de reformas constitucionales; de hecho, su propia obra es un intento de traer nuevamente ante los reflectores los mecanismos formales existentes en las constituciones vigentes en el mundo. Ante lo cual cabe preguntarse cuáles son en concreto esos mecanismos formales e informales de modificación constitucional.

Masapanta Gallegos (2022) explica con lucidez que

> entre los mecanismos formales o expresos de modificación de la Constitución tenemos la activación del poder constituyente originario, y el proceso de enmienda o reforma de los textos

> constitucionales; mientras que por medio de los mecanismos implícitos o tácitos tenemos lo que en la teoría se ha llamado «mutaciones constitucionales», debiendo dentro de un constitucionalismo democrático estar legitimados mediante referendos aprobatorios por parte del pueblo (p. 25).[11]

Entonces se puede ubicar al poder constituyente – dentro de la teoría de la constitución – como uno de los mecanismos formales de modificación constitucional y, de hecho, como el más complejo y extraordinario, por cuanto implica la participación de una serie de actores políticos que no se requieren para otros mecanismos y por cuanto implica dejar de lado el anterior sistema político-jurídico.

A este respecto, Suber (1990, citado por Albert, 2019) sostiene que "in the modern tradition of representative government, amendment rules hold special status: they legitimize higher and ordinary law as derived from the consent of the governed" (p. 3).[12] Esta aseveración se puede extender a los mecanismos de modificación constitucional en general, o sea, afirmar que las reglas de cambio constitucional mantienen una suerte de estatus de supraconstitucionalidad que legitiman a otras normas inferiores.

Pero ahora surge una pregunta fundamental: es de suyo conocido que si el poder constituyente no tiene límites entre estos se incluye a los temporales, es decir, puede reactivarse cuando la voluntad popular así lo decida, ante lo cual De Vega (1991, citado por Masapanta Gallegos, 2022) ha dejado sobre la mesa la interrogante respecto de "¿en qué medida el poder constituyente de un día puede condicionar al poder constituyente del mañana?", para lo cual el propio Masapanta Gallegos ha anticipado que "la inmutabilidad de los textos constitucionales no es una característica de las constituciones democráticas" (p. 24).

En síntesis, si se tiene por cierto que la base de ninguna estructura puede ser movediza – de lo contrario lo erigido se derrumbaría al instante – ha de concederse que en el texto constitucional deben establecerse mecanismos que dificulten la modificación de lo que se ha consagrado en ella; sin embargo, queda remanente la incertidumbre del grado de dificultad que debe establecerse por parte del poder constituyente sobre aquellos principios, valores y reglas que desea proteger por medio de cada mecanismo de modificación constitucional (enmiendas,

---

[11] Albert (2019) distingue – para los sistemas anglosajones – entre *minor amendment* (que correspondería a la enmienda), *major amendment* (reforma) y *giving a new constitution* (poder constituyente originario).

[12] Traducción del autor: en la tradición moderna de los gobiernos representativos, las reglas de reforma mantienen un estatus especial: legitiman las leyes superiores y las ordinarias en tanto que derivadas del consentimiento de los gobernados.

reformas y asamblea constituyente) para que el poder constituido y el poder constituyente del futuro no se vean supeditados sin opción de cambio a instituciones sociales que puede que ya no sean las más adecuadas para ellos.

Vale anotar una observación que hace Preuss (2011), y es que, efectivamente, "the constituent power is not an independent agent that can exist outside of a constitution. Constituted powers and constituent power are logically interdependent" (445).[13] Motivo por el cual resulta lógico que un constituyente acote el margen de actuación del poder constituido dentro de un Estado.

El dilema radica en que hay unos principios y una estructura que se desea conservar, y al mismo tiempo la posibilidad de que un nuevo poder constituyente se proponga establecer otro orden completamente distinto al anterior. En las constituciones del mundo se ha optado por determinar mecanismos de cambio constitucional más complejos para proteger y conservar aquello que cada constituyente ha considerado de importancia fundamental para la existencia de su unidad política, so pena – y a consciencia – de volver en la práctica casi imposible cambio alguno sobre el asunto protegido, como se verá en los apartados correspondientes.

Desde que formuló el concepto, Sieyès (2012, citado por Masapanta Gallegos, 2022) ya señaló que "la Constitución limita los poderes constituidos pero no puede limitar el poder constituyente" (p. 32). Es decir, pareciera que el debate ha quedado zanjado desde el primer momento por cuanto se entiende que el poder constituyente de determinado momento histórico puede solidificar cuanto quiera en una nación y esto sea efectivamente intocable por los poderes constituidos, no siendo así para eventuales poderes constituyentes que, según lo visto, podrían pasar por alto cualquier proscripción de cambio constitucional.

Sin embargo, como se recordará, ya se vio que, en los sistemas regionales de derechos humanos, por lo general, no se permite actualmente que los Estados trastoquen elementos que usualmente se hallan en las constituciones, a saber: la democracia y los derechos humanos. Estas dos instituciones sociales no son susceptibles de cumplimiento facultativo y mucho menos de inobservancia.

En el siguiente apartado se discutirá a profundidad sobre los límites que podría verse impuestos el poder constituyente y si realmente son candados que bloquearían con efectividad el

[13] Traducción del autor: El poder constituyente no es un agente independiente que pueda existir fuera de una Constitución. Los poderes constituidos y el poder constituyente son lógicamente interdependientes.

actuar de los representantes del soberano a la hora de otorgar un nuevo texto constitucional a su nación. Teniendo presentes todas las advertencias hechas hasta ahora, de entre las cuales probablemente la más importante sea la de tener en cuenta a la democracia como criterio que sirve de parámetro para evaluar a la cláusula pétrea.

1.2.La cláusula pétrea

Es scheint eben doch nicht „alle“ Staatsgewalt
vom Volke auszugehen.

[“Todo” el poder del Estado no parece emanar del pueblo]

Otto Ernst Kempen

A modo de repaso conviene recapitular lo expuesto hasta ahora: se ha dicho que el momento inicial de toda organización política es la voluntad de asociarse (el contrato social); que los actos tendientes a consolidar esta unión es lo que se denomina poder constituyente; que el texto producto de las deliberaciones de los representantes del pueblo es lo que se ha denominado constitución y que el Estado es su producto inmediato; y, finalmente, que los mecanismos de reformas constitucionales ocupan un lugar especial en la teoría de la constitución, por cuanto se trata de las reglas para cambiar las reglas. Es un proceso en el cual la democracia ha hecho las veces de eje transversal legitimante de las actuaciones del poder.

En este punto corresponde abordar conceptualmente a la cláusula pétrea con base en el panorama mencionado, pero antes es preciso advertir que existen dos posturas respecto del origen de la cláusula pétrea. Por un lado, la que sostiene Schwartzberg (2009, citada por Suteu, 2021) al decir que “the history of constitutional rigidity has shown it to be an instrument of elite entrenchment, not just insulating from change features deemed of higher or constitutive importance, but also protecting privilege and power asymmetries” (p. 2).[14]

[14] Traducción del autor: la historia de la rigidez constitucional ha demostrado que es un instrumento de atrincheramiento de las élites, no solo aislando del cambio características consideradas de mayor importancia o constitutivas, sino también protegiendo privilegios y asimetrías de poder.

Ante lo cual Guimarães de Andrade (1999) no coincide, ya que él considera que "as cláusulas pétreas se apresentam como conquista dos cidadãos" (p. 94).[15] Es decir, existe disenso sobre si surgieron para consolidar intereses particulares de grupos económicos y políticos poderosos o para garantizar y defender los derechos y libertades de los individuos en general.

Para efectos de este estudio se optará por considerar que el origen de las cláusulas pétreas es la intención de proteger bienes jurídicos considerados de interés público. Ahora bien, debe existir algo de tal relevancia que lleve al poder constituyente a decidir proscribir su modificación por cualquier medio, pretendiendo incluso que tal decisión se imponga a los poderes constituyentes del mañana. Pero averiguar qué es eso que debe ser protegido y si puede estarlo a costa de la voluntad de los representantes futuros del pueblo es una cuestión que puede ser respondida por la práctica de los poderes constituidos.

Existe variada terminología para la institución que se pretende estudiar, tanto en español como en otros idiomas, pues solo en la lengua castellana se utilizan como sinónimos "cláusulas pétreas", "cláusulas intangibles" y "cláusulas eternas o de eternidad"; en inglés se usan los términos "*entrenched clauses*" y "*eternity clauses*"; en portugués, "*cláusulas de intangibilidade*", "*cláusulas pétreas*" y "*cláusulas superconstitucionais*".

Ernst Kempen (1990) reconoce que el creador teórico de la cláusula de pétrea es Carl Schmitt, sin embargo, Almagro Castro (2015) sostiene que

> Cualquier tentativa de definir el significado de las cláusulas pétreas debe tener en cuenta la clásica distinción de K. Loewenstein. Según el maestro alemán, por garantías de eternidad se entiende en primer lugar el conjunto de medidas para proteger determinadas instituciones, es decir, la intangibilidad articulada. En segundo lugar alude a aquellas cláusulas que buscan proteger determinados valores o principios no explícitamente contenidos en disposiciones o instituciones constitucionales concretas: los principios inherentes o inmanentes al texto constitucional (p. 266).

Es decir, la petrificación puede consistir en límites explícitos e implícitos, frente a lo cual la doctrina todavía no ha llegado a consensos sobre si la cláusula pétrea es bien un límite explícito, bien un límite implícito, o si puede ser cualquiera de las dos o ambas al mismo tiempo, claro está, dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se encuentre.

Almagro Castro (2015), por su parte, ha referido que

[15] Traducción del autor: las cláusulas pétreas se presentan como conquista de los ciudadanos.

> El significado primario de las cláusulas pétreas o garantías de eternidad es su naturaleza de cláusula inmodificable, irreformable y no susceptible de mudanza formal. Su objeto principal es la defensa de la perennidad de la obra del legislador constituyente en su condición de límites irresistibles al ejercicio del poder constituyente derivado (p. 266).

En la esfera lusohablante encontramos una concepción similar del término en Guimarães de Andrade (1999), quien señala que "cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, insusceptível de mudança formal" (p. 91).[16] Para más adelante decir que "são imunes a qualquer arremetida do poder constituinte derivado ou secundário" (p. 91).[17] O, lo que es lo mismo, que los órganos que ejercen el poder constituido no pueden alterar aquello que protege la cláusula pétrea.

Sobre este último punto, Colombo Murúa (2011) dilucidó que "las cláusulas pétreas se presentan como un límite insalvable al legislador democrático al fundamentarse, al parecer, en una concepción de supremacía del principio de legalidad por sobre el de soberanía popular" (p. 181). De lo cual ya se puede entrever una tensión entre democracia y cláusula pétrea. Elster (1991, citado por Suteu, 2021) ha señalado con precisión que la cláusula pétrea reviste una naturaleza contramayoritaria.

En el mundo anglosajón se ha dicho que "eternity clauses are provisions in the constitution that impose substantive immunities against the amendment procedure" (Albert & Emrah Oder, 2018, p. 66).[18] Lo cual no dice mucho, pero se puede complementar con lo señalado con más detalle por Albert (2010, citado en Albert & Emrah Oder, 2018), quien considera que las cláusulas pétreas son "impervious to the constitutional amendment procedures enshrined within a constitutional text and immune to constitutional change even by the most compelling legislative and popular majorities" (p. 66). [19]

Lo cual resulta más conclusivo toda vez que deja por sentado que la cláusula pétrea hace que el contenido protegido quede absoluta y categóricamente fuera de la esfera de lo modificable por cualquier procedimiento en un orden jurídico. Suteu (2021) aporta con que "eternity clauses [are] a type of constitutional provision which insulates from amendment certain constitutional

---

[16] Traducción del autor: una cláusula pétrea es aquella que es inmodificable, irreformable, "insusceptible" de cambio formal.

[17] Traducción del autor: son inmunes a cualquier arremetida del poder constituyente derivado o secundario.

[18] Traducción del autor: las cláusulas eternas son disposiciones de la Constitución que imponen inmunidades sustantivas contra el procedimiento de reforma.

[19] Traducción del autor: [son] impermeables a los procedimientos de reforma constitucional consagrados en un texto constitucional e inmunes a los cambios constitucionales incluso por las mayorías legislativas y populares más apremiantes.

values, principles, or institutions. They represent a special mechanism of constitutional entrenchment" (p. 1).[20] Lo cual revela que lo que se protege son valores, principios e instituciones, y refuerza la concepción inicial de que la cláusula pétrea es tan solo un modo de petrificación constitucional.

Sobre esto último, Suteu (2021) ha manifestado que

> Unamendability is also qualitatively different from other mechanisms of constitutional entrenchment. Unlike procedural entrenchment rules such as supermajority rules or ratification referendums, unamendability imposes material limitations on constitutional change on the basis of a hierarchy of norms within and sometimes even above the constitution (p. 2).[21]

Vemos entonces que según la doctrina la inmodificabilidad de las cláusulas pétreas yace bajo la idea de jerarquía normativa dentro de la constitución, es decir, existen principios o instituciones que se encontrarían por encima de otros preceptos constitucionales: aquellos que se encuentran protegidos la cláusula eterna.

En este mismo sentido se ha expresado el jurista brasilero Sant'Ana Pedra (2006) al mencionar que

> as cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais (p. 137).[22]

Como se evidencia, se retoma la idea de Schmitt de que la identidad nacional impregnada en la constitución es de muy alto valor, a tal punto que el maestro lusohablante considera que la cláusula pétrea es una garantía idónea para proteger dicha identidad. Sin embargo, volviendo a un plano más conceptual el propio Sant'Ana Pedra (2006) ha señalado en el mismo trabajo que

---

[20] Traducción del autor: las cláusulas eternas […] son un tipo de provisión constitucional que aísla de las reformas a determinados valores constitucionales, principios o instituciones. Representan un mecanismo especial de petrificación constitucional.

[21] Traducción del autor: la «inmodificabilidad» [de la cláusula pétrea] también es cualitativamente diferente de otros mecanismos de petrificación constitucional. A diferencia de procedimientos agravados de reforma tales como reglas de supermayoría o referéndums ratificatorios, la «inmodificabilidad» impone limitaciones materiales a los cambios constitucionales sobre la base de la jerarquía de normas dentro – y a veces incluso sobre – la constitución.

[22] Traducción del autor: las cláusulas pétreas constituyen un núcleo intangible que se presta para garantizar la estabilidad de la Constitución y preservarla frente a cambios que aniquilen su núcleo esencial, o provoquen la ruptura o eliminación del propio orden constitucional, siendo la garantía de la permanencia de la identidad de la Constitución y de sus principios fundamentales.

> as cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição. (p. 136-7).[23]

Aseveración crucial, pues denota que el único modo por el cual se puede desvincular a un ordenamiento jurídico y a quienes están bajo él de la inmutabilidad y obligatoriedad de respeto de la cláusula pétrea es el rompimiento de todo el orden normativo vigente, lo cual se entiende como la transición mediante una asamblea constituyente.

1.2.1. Naturaleza jurídica

Para abordar el asunto de la naturaleza jurídica de esta institución cabe recordar el cuestionamiento que se hace Preuss (2011): "why should a fundamental constitutional element not be replaced if the supermajority represented by the amending power determines the need for a new one?" (p. 439).[24] Cuestionamiento que hay que entender que va dirigido a preguntar por qué no se puede modificar la cláusula pétrea mediante los procedimientos de reforma previstos en el propio orden jurídico en el que existe aquella, lo cual otra vez nos refleja la crítica contramayoritaria de la que es objeto la institución bajo estudio.

La obligatoriedad, vinculatoriedad e inmodificabilidad de las cláusulas pétreas vienen dadas, según Colombo Murúa (2011), en virtud de que "las disposiciones inmutables suponen que no exista ningún procedimiento legal viable (por complejo que este fuera) para modificarlas" (p. 27). Y el motivo lógico tras esto es que, como entiende Marbury (1920, citado por Colombo Murúa, 2011), "la competencia de revisar la constitución no puede extenderse a la posibilidad de su supresión" (p. 160).

Para delimitar la relevancia jurídica constitucional de las cláusulas eternas Colombo Murúa (2011) ha manifestado que

---

[23] Traducción del autor: las cláusulas pétreas son clásicamente consideradas como obstáculos insalvables en una reforma constitucional, que solo pueden superarse con la ruptura del orden constitucional vigente, mediante la elaboración de una nueva Constitución. [las cláusulas pétreas se definen como] un núcleo intangible que se presta para garantizar la estabilidad de la Constitución y preservarla contra cambios que aniquilen su núcleo esencial, o provoquen la ruptura o eliminación del propio orden constitucional, siendo la garantía de la permanencia de la Constitución y sus principios fundamentales.

[24] Traducción del autor: ¿por qué no debería sustituirse un elemento constitucional fundamental si la mayoría calificada representada por el poder de reforma determina la necesidad de uno nuevo?

> las cláusulas pétreas son, sin duda, una especie (la más importante) de los límites a la reforma constitucional. Los límites, en general, pueden definirse como aquellos obstáculos o mecanismos que restringen en algún sentido el normal desarrollo de la función constituyente para modificar una constitución (p. 29).

Y acto seguido el profesor argentino define jurídicamente a las cláusulas pétreas como límites autónomos explícitos atemporales, dado que provienen del propio ordenamiento jurídico estatal para el que rigen, están señalados con claridad en la Constitución y rigen *ad aeternum* (Colombo Murúa, 2011).

Sin embargo, un criterio opuesto es del iuspublicista brasilero Sant'Ana Pedra (2006), que considera que

> no que concerne às limitações materiais impostas pelas circunstâncias históricas, na medida em que os motivos que ensejaram as cláusulas pétreas estiverem superados, mormente em razão da evolução da sociedade, e não estando mais presentes as situações conjunturais que as reclamaram, seria possível a superação de tais obstáculos por meio do poder constituinte não-revolucionário. A atuação desse poder tornaria possível a supressão de cláusula pétrea sem uma ruptura na ordem constitucional vigente (p. 142).[25]

Es decir, a consideración del mentado autor la vinculatoriedad y perennidad de la cláusula pétrea es relativa, pues de existir una modificación en la situación que motivó el surgimiento de una cláusula pétrea en determinada jurisdicción se podría optar con total legitimidad por eliminarla o modificarla.

Mas si se hace caso omiso a la consideración anterior, bien puede apuntarse, como hace Preuss (2011), que

> the establishment of an unalterable substantive normative core of the constitution is tantamount to creating a supra-constitutional standard by which constitutional amendments must be measured. An amendment that does not meet this standard is unconstitutional, making it an unconstitutional constitutional amendment. […] The institution best suited to verify an unconstitutional constitutional amendment is the constitutional court (p. 441).[26]

---

[25] Traducción del autor: con respecto a las limitaciones materiales impuestas por las circunstancias históricas, en la medida en que superen las razones que dieron origen a las cláusulas pétreas, especialmente por la evolución de la sociedad, y ya no se presenten las situaciones coyunturales que las exigían, sería posible superar tales obstáculos por medio de un poder constituyente no revolucionario. La acción de este poder permitiría suprimir una cláusula pétrea sin que se rompa el orden constitucional actual.

[26] Traducción del autor: el establecimiento de un núcleo normativo sustantivo inalterable de la Constitución equivale a crear un estándar supraconstitucional por el cual deben medirse las reformas constitucionales. Una reforma que

Lo que denota la relevancia jurídica de considerar como efectivamente eternas a las cláusulas pétreas, a saber: jurídicamente existiría un parámetro por encima de otros bajo el cual serían analizadas todas las reformas, a lo que se añade que las cortes o tribunales constitucionales serían los organismos encargados de medir bajo tal vara los cambios constitucionales, siendo ya no solo guardianes de la constitución, sino recelosos guardaespaldas de una parte específica de ella.

Preuss (2011) fundamenta la necesidad de la inmodificabilidad eterna de las cláusulas pétreas en los siguientes términos: "if the eternal normative stipulations were changed, the collective self – or identity – of the polity as embodied in the constitution would collapse" (p. 445).[27] En otras palabras, tocar lo que cuida la cláusula eterna es destruir la unidad política.

La existencia de la cláusula pétrea, tanto como concepto teórico como institución fáctica, ha dado lugar a que autores como el propio Preuss (2011) formulen la noción de reforma constitucional inconstitucional (como ya se vio), teniendo como supuesto que lo inmodificable sería el núcleo identitario, tal como lo concebía Schmitt en su teoría de la constitución. Véase lo que dice aquel:

> this is the essence of the idea of unconstitutional constitutional amendment[s:] Constitutional amendments that touch upon the identity-engendering norms of the constitution are not unconstitutional in the sense that they violate a constitutional clause: they are unconstitutional because they destroy the constitution altogether by destroying the founding myth of its constituent power (p. 445).[28]

Es decir, independientemente de si se trata de un límite pétreo explícito o implícito, si lo que se toca al reformar la constitución es la identidad de la organización política se incurre en una violación al espíritu de la constitución y por tanto en una norma constitucional que resulta inconstitucional. Lo cual puede producirse tras trasgredir una cláusula pétrea si es que esta contiene el núcleo identitario de la nación.

---

no cumpla con este estándar es inconstitucional, lo que la convierte en una reforma constitucional inconstitucional. […] la institución más adecuada para verificar una reforma constitucional inconstitucional es el Tribunal Constitucional.

[27] Traducción del autor: si se cambiaran las prescripciones normativas eternas, el "yo colectivo" – o la identidad – de la unidad política tal como se plasma en la Constitución se derrumbaría.

[28] Esta es la esencia de la idea de las reformas constitucionales inconstitucionales: las reformas constitucionales que se refieren a las normas identitarias de la Constitución no son inconstitucionales en el sentido de que violen una cláusula constitucional; son inconstitucionales porque destruyen la Constitución por completo al destruir el mito fundacional de su poder constituyente.

1.2.2. Desarrollo normativo y funcionalidad

Puede iniciarse un primer punto de esta exposición con la panorámica que ofrece Colombo Murúa (2011):

> dentro de este marco teórico estarían fundamentadas las cláusulas intangible[s:] ellas provendrían de un sujeto de naturaleza superior a los demás, por lo que ningún poder constituido podría vulnerarlas válidamente – ni siquiera el constituyente subsiguiente, configurado y actuando de acuerdo con la normativa prefijada por el primero –. (p. 116).

Sin embargo, eso no resuelve el problema planteado por Sant'Ana Pedra (2006), quien ha aseverado que "as limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se por um lado protegem o ordenamento jurídico contra investidas ilegítimas, por outro impedem que esse mesmo ordenamento jurídico evolua" (p. 141).[29] A lo cual acude Almagro Castro (2015) cuando dice que "la aludida eternidad de las cláusulas pétreas es por sí misma contraria a la naturaleza forzosamente evolutiva y transformadora de la sociedad democrática" (p. 272).

Afirmaciones de las cuales se puede concluir, como lo hace el propio Almagro Castro (2015), que "el principal foco de tensión entre rigidez y reforma se sitúa en lograr la armonía entre la adaptabilidad de la Norma Fundamental a los cambios sociales y la estabilidad del ordenamiento constitucional" (p. 272). En este punto se reafirma que la crítica de la que peor se defiende la cláusula pétrea es de la contramayoritaria.

Colombo Murúa (2011) apunta que "esta es la tensión que surge entre una normativa de pretendidos contenidos inmutables y la dinámica y cambiante realida[d: u]na cláusula pétrea se presenta como una disposición que intenta inmovilizar la realidad y esta es, por esencia, dinámica" (p. 21). Pero no se debe lugar cabida a la confusión y pensar que el conflicto es entre cláusula intangible y realidad, sino entre aquella y la sociedad que demanda una adaptación a esa realidad.

En los apartados subsecuentes, se verá como se ha abordado en el campo de la doctrina y en el de la jurisprudencia esta fricción entre democracia y cláusulas pétreas, pues, como destacó

[29] Traducción del autor: las limitaciones materiales siempre han provocado situaciones paradójicas, ya que si por un lado protegen al sistema jurídico frente a ataques ilegítimos por otro lado impiden que este mismo ordenamiento jurídico evolucione.

Schier (2009), "no campo relacional entre a tutela dos direitos fundamentais e a democracia, qualquer crítica há de ser compreendida a partir da experiência concreta" (p. 7).[30]

Por otra parte, e igualmente sobre la funcionalidad de las cláusulas intangibles, Colombo Murúa (2011) ha sido categórico al sostener que "no es acertado ni responde a una sana técnica legislativa postular como pétreos los contenidos provenientes del derecho natural" (p. 174). Esto porque considera que

> la petrificación consiste en un mecanismo formal que inmoviliza la formulación del principio, la cual, pese a que las circunstancias así lo exijan, no podría nunca alterarse. En conclusión, entonces, la petrificación de contenidos de derecho natural en las constituciones produce la inmovilización formal de determinados derechos, según la concepción histórica y gnoseológica del momento. Esto quiere decir que, ante otras circunstancias, puede ser necesario reformular los contenidos que se han petrificado (p. 179).

Se observa de esta manera que un punto neurálgico de la teoría de las cláusulas pétreas es su relación con los derechos fundamentales, así como se evidencia que la doctrina considera erróneo que estos sean amparados por aquellas, por una supuesta inmovilidad que deviene en inconveniente para un desarrollo del contenido de los derechos.

En otro aspecto, debido al desarrollo normativo que han tenido las cláusulas eternas en las constituciones del mundo, se han identificado por Brandão (2008, citado por Schier, 2009) las críticas del constitucionalismo a la existencia de estas en cuatro categorías, a saber:

> (i) a previsão de cláusulas pétreas cria uma artificial distinção entre poder constituinte originário e poder de revisão, na medida em que, na verdade, ambos são expressões da soberania popular; (ii) as cláusulas pétreas pressupõem a existência de uma distinção questionável de hierarquia entre normas constitucionais originárias e derivadas; (iii) a existência de limites materiais ao poder de reforma não impedirão a mudança caso esta seja a vontade efetiva do povo bem como (iv) podem fomentar a ruptura institucional (p. 7).[31]

[30] Traducción del autor: en el campo relacional entre la protección de los derechos fundamentales y la democracia, toda crítica debe entenderse desde la experiencia concreta.

[31] Traducción del autor: (i) el establecimiento de cláusulas pétreas crea una distinción artificial entre el poder constituyente originario y el poder de revisión, en la medida en que, de hecho, ambos son expresiones de soberanía popular; (ii) las cláusulas pétreas presuponen la existencia de una cuestionable distinción jerárquica entre las normas constitucionales originarias y derivadas; (iii) la existencia de límites materiales al poder de reforma no impedirá el cambio si este es la voluntad efectiva del pueblo, así como (iv) puede fomentar la ruptura institucional.

Para lo cual se ha ensayado un intento amplio y general de solventar estas problemáticas que consiste en interpretar restrictivamente las cláusulas pétreas, postura a la que se opone categóricamente Martins de Andrade (2009) por ser de su criterio que

> essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos própios princípios constitucionais contemplados nas «garantias de eternidade», como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento (p. 221).[32]

De lo que se puede rescatar, en otras palabras, que intentar mitigar las consecuencias negativas de la existencia de las cláusulas intangibles mediante una interpretación restrictiva de ellas implicaría vaciar de contenido lo que protegen, lo que las convertiría en un simple y llano sinsentido jurídico.

Sobre esto, cabe recordar las palabras de Sarlet (2003, citado por Martins de Andrade, 2009), quien ha referido con suma precisión que

> as «cláusulas pétreas» de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional. [Porém, m]era modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade [...]. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas «cláusulas pétreas» não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido (p. 221).[33]

Palabras de las cuales se puede extraer un término medio en el sentido de que el autor propone concebir a las cláusulas eternas como protectoras del núcleo intangible de aquello que protegen, es decir, se puede regular u orientar el contenido de un principio o valor petrificado, mientras no se vulnere ni trastoque aquello que constituye su esencia misma.

---

[32] Traducción del autor: esta afirmación simplista, en lugar de resolver el problema, puede agravarlo, ya que la tendencia detectada no va en la dirección de una interpretación restrictiva de las cláusulas pétreas, sino de una interpretación restrictiva de los principios constitucionales contemplados en las «garantías de eternidad» como pretendía la Asamblea Constituyente, lo cual conduce efectivamente a su debilitamiento.

[33] Traducción del autor: las «cláusulas pétreas» de una Constitución no tienen por objeto proteger las disposiciones constitucionales en sí mismas, sino los principios consagrados en ellas, que no pueden ser vaciados por una reforma constitucional. […] Por lo tanto, la mera modificación del tenor literal del precepto no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad […]. En todo caso, es posible compartir el entendimiento de que la protección conferida por las «cláusulas pétreas» no implica la intangibilidad absoluta del bien constitucional protegido.

1.2.3. Perspectivas doctrinales contemporáneas

Suteu (2021) ha constatado la existencia de "two of the most widespread readings of eternity clauses: as mechanisms of constitutional precommitment and as tools for defending democracy in the face of anti-democratic forces" (p. 43).[34] Este "defender la democracia de los antidemocráticos" es lo que se conoce como democracia militante[35], concepto extendido casi exclusivamente en Europa y en contextos de supresión de partidos políticos y su financiamiento. Implica que las cláusulas pétreas protegen los elementos sin los cuales una democracia no puede existir y que están en la mira de grupos antidemocráticos que buscan destruir al sistema desde el sistema. En la sección II se desarrollará la relación entre cláusulas eternas y democracia militante.

Retomando un asunto controvertido de la sección anterior, en lo que va de siglo Colombo Murúa (2011) ha instado al gremio de iuspublicistas a entender que "limitar el poder no es sinónimo de limitar la decisión democrática. […] si bien la rigidez constitucional opera en función de la soberanía de la ley, también puede hacerlo fortaleciendo, y no limitando […], la decisión democrática" (p. 185). Es decir, ya existe desde hace varios años, pero relativamente reciente, una propuesta para conciliar cláusulas intangibles y democracia.

Cierra su propuesta Colombo Murúa (2011) afirmando que "muchas veces los límites autoimpuestos son funcionales a los fines que buscamos. […] No se debe presuponer […] que la democracia vaya a quedar inmovilizada u ociosa cuando se le aplique el «chaleco de fuerza» constitucional" (p. 209). Aunque el término que utiliza no resulte muy adecuado, es oportuno rescatar su visión de que las cláusulas pétreas pueden coadyuvar a la realización de los principios democráticos y garantizar un ambiente de estabilidad política para la toma de decisiones y fomentar el progreso de una nación.

Por otra parte, cuando se trata de la relación entre cláusulas pétreas que protegen derechos humanos, Martins de Andrade (2009) es del criterio de que una interpretación extensiva de los derechos resguardados por aquellas puede ser amplia sin implicar problemas a la gobernabilidad:

> expandir o âmbito de proteção das cláusulas pétreas – pela elasticidade da noção de «direitos fundamentais» -, longe de criar embaraços ao desenvolvimento, à adaptação da Constituição a

[34] Traducción del autor: dos de las lecturas más extendidas de las cláusulas pétreas: como mecanismos de precompromiso constitucional y como herramientas para la defensa de la democracia frente a las fuerzas antidemocráticas.

[35] El concepto viene de Alemania, en donde se lo acuñó bajo el término *wehrhafte Demokratie.*

> realidade subjacente e petrificar o autogoverno das gerações futuras, garante que a Lei Maior tenha realmente a centralidade merecida no ordenamento nacional, seja respeitada pelos demais ramos políticos e tenha os frequentes excessos e arbítrios restringidos pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional (p. 226).[36]

Con lo cual el autor introduce un aspecto importante a tener en cuenta, a saber: los llamados a verificar el cumplimiento y preservación de la cláusula pétrea son por excelencia los órganos del poder judicial, de lo cual se entiende preeminentemente que serían los máximos órganos de dicha función del Estado, los cuales en algunos países tienen competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes y, en general, ser guardianes de la constitución.

Para concluir, si bien Sant'Ana Pedra (2006) hace una advertencia en los términos expuestos a continuación él mismo termina cediendo al considerar que ya hay límites insoslayables en las constituciones, materializados en cláusulas pétreas:

> embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, quando essas limitações materiais impedem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabam por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestam. […] Mas é claro que há cláusulas pétreas que são insuscetíveis de serem superadas, haja vista que representam um núcleo de valores que não podem ser afastados nem mesmo com a vontade de uma irrefutável maioria (p. 146).[37]

En esa "irrefutable mayoría" podría sin problema alguno incluirse a la asamblea constituyente, aunque el autor no lo exprese así. Es decir, se comprueba una vez más que no es una doctrina pacífica la que propugna por la eternidad de las cláusulas pétreas a costa de los futuros constituyentes, pero es una postura que efectivamente existe y tiene sus razones de ser.

1.2.4. Derecho constitucional comparado

[36] Traducción del autor: ampliar el alcance de la protección de las cláusulas pétreas – por la elasticidad de la noción de «derechos fundamentales» -, lejos de crear obstáculos al desarrollo, a la adaptación de la Constitución a la realidad subyacente y a petrificar el autogobierno de las generaciones futuras, asegura que la Ley Mayor tenga realmente la centralidad que merece en el orden nacional, sea respetada por los demás poderes políticos y tenga los frecuentes excesos y arbitrariedades restringidas por el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

[37] Traducción del autor: si bien las cláusulas pétreas han sido concebidas para garantizar, de forma aún más agravada, el orden constitucional y su necesaria estabilidad, cuando estas limitaciones materiales impiden que la Constitución se mantenga al día con la evolución social, acaban cumpliendo exactamente el papel contrario al que sirven. […] Pero está claro que hay cláusulas pétreas que son intransitables de ser superadas, ya que representan un núcleo de valores que no se pueden dejar de lado ni siquiera con la voluntad de una mayoría irrefutable.

En este punto se vuelve imperante justificar el ejercicio comparado que se pretende realizar en la siguiente sección y, más importante todavía, la elección de los países que se han seleccionado para dicho ejercicio. Pues bien, hay que iniciar explicando qué es la comparación en esta rama del conocimiento, para lo cual acude en auxilio Biscaretti di Ruffìa (1996) al apuntar en primer término que "la ciencia del derecho constitucional comparado […] es el estudio profundo de los ordenamientos constitucionales de los Estados" (p. 79).

Mas añade más precisión el propio Biscaretti di Ruffìa (1996) cuando conceptualiza que el estudio comparado en derecho público consiste en

> cotejar entre sí las normas e instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, y alcanzar por esta vía la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en tales ordenamientos (p. 79).

De lo cual el lector atento podrá notar que parte de la definición es la finalidad que persigue la comparación, pues no habría razón alguna en comparar por comparar, sino que debe estar encaminada a un objetivo que reporte beneficios tanto al comparatista como a sus lectores, frente a lo cual Biscaretti di Ruffìa (1996) responde que "la investigación comparativa, en efecto, conduce con frecuencia a una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional" (p. 80).

Afirmación a la que se suman Pegoraro y Rinella (2016) cuando comentan que "el derecho comparado puede ser instrumental a iluminar el conocimiento de un derecho nacional" (p. 332). Mas los maestros italianos Pegoraro y Rinella (2016) no concluyen ahí sino que orientan a otros comparatistas al mencionar que "entre las llamadas funciones prácticas de la comparación existe precisamente aquella de proporcionar al legislador y a los jueces el material comparativo comentado, «ordenado», clasificado, para que puedan utilizarlo con pleno conocimiento" (p. 330).

Punto sobre el cual Biscaretti di Ruffìa (1996) es aún más específico y destaca la relevancia del ejercicio comparado en los siguientes términos:

> no se puede ignorar la notable aportación que la ciencia del derecho constitucional comparado puede proporcionar al campo de la nomotética, es decir, a lo relacionado con la política legislativa, ya que un buen conocimiento de las leyes e instituciones de países similares por sus estructuras constitucionales podrá resultar extremadamente útil a aquellos que deben asumir las nuevas exigencias normativas que se manifiestan en el ordenamiento nacional, ya sea para alcanzar una

> mejor elaboración técnica de las normas mismas o para aprovechar la experiencia concreta derivada de su aplicación ya realizada (p. 80).

Y si bien con estas aseveraciones podría darse por bien servido quien cuestione la necesidad del ejercicio comparativo no está demás traer a colación lo manifestado por Reitz (1998): "the real power of comparative analysis arises precisely from the fact that the process of comparing apples and oranges forces the comparatist to develop constructs like fruit" (p. 625).[38] Es decir, el aporte del comparatista no es solo práctico sino también teórico, al verse orillado a crear conceptos nuevos para explicar sus hallazgos.

Sin embargo, es preciso alertar ahora al lector de los puntos que se deben tener en cuenta en todo estudio comparativo, los cuales son varios y diversos en su naturaleza, pero que definitivamente empiezan por el hecho de que, como recuerda Biscaretti di Ruffia (1996), "el estudio de un solo ordenamiento extranjero no determina, por sí, una investigación real de derecho comparado" (p. 82). Lo cual justifica en primer término la elección de dos ordenamientos jurídicos aparte del ecuatoriano.

Asimismo, Biscaretti di Ruffia (1996) ha sido categórico al advertir que

> la atención del comparatista deberá dirigirse no solo a las normas escritas, sino también a las normas no escritas o consuetudinarias […]. En todo caso, el mismo comparatista debe concentrar su atención, más que en las reglas formuladas en los textos, en la estructura concreta y el funcionamiento efectivo de las instituciones constitucionales respectivas (p. 82).

Lo que justifica el estudio de la jurisprudencia de los máximos organismos de justicia constitucional en los países seleccionados, a la par que obliga al comparatista a no hacer "turismo normativo", es decir, no se debe permanecer en el estudio exclusivo de lo que dicen las normas constitucionales que contienen cláusulas pétreas, sino que se debe verificar cómo funcionan en la práctica y cómo son concebidas por quienes las aplican. Biscaretti di Ruffia (1996) retoma la distinción anglosajona entre *the law in the books* y *the law in action* (p. 90), la cual es lo suficientemente sugerente como para requerir explicación de su utilidad en el presente estudio.

Reitz (1998), por su parte, ha enfatizado en dos cuestiones que es necesario poner en conocimiento del lector; la primera de ellas es que considera que es virtualmente imposible para el investigador de pregrado (independientemente de su nacionalidad o casa de estudios) hacer una

[38] Traducción del autor: el verdadero poder del análisis comparativo surge precisamente del hecho de que el proceso de comparar manzanas y naranjas obliga al comparatista a desarrollar constructos como la fruta.

investigación comparada que reúna todos los requisitos para ser tenida en cuenta por la comunidad internacional de comparatistas, no por una inexistente falta de capacidad cognitiva, sino más bien por la cantidad de requisitos que debe reunir la persona en sí para poder tener las herramientas necesarias para la investigación, pues considera como requisitos imprescindibles tener vastos conocimientos historiográficos de los países que compara, habilidades lingüísticas excepcionales y un íntimo y profundo conocimiento de todo el sistema jurídico en el que se encuentra lo que quiere comparar. Requisitos que a su criterio no reúne ningún estudiante de pregrado del mundo.

El otro aspecto necesario para la comparación es que se tenga en cuenta que al elegir los ordenamientos jurídicos se debe seleccionar aquellos que estén inspirados en los mismos principios o sistemas, para partir de una base común que fundamente los problemas que servirán de *tertium comparationis*, es decir, los países a comparar no pueden ser disímiles del todo entre sí, es necesario que compartan características, lo cual justifica la elección de Brasil y Alemania, pues son sistemas romano-germánicos, democracias, Estados federales, repúblicas, son considerados parte del mundo occidental y sus constituciones vigentes surgieron de periodos anteriores no democráticos; se distancian del Ecuador en cuanto a este último punto y sobre el hecho de que este es un Estado unitario, pero los demás elementos son base suficiente para justificar su elección, añadiéndose además que su distancia geográfica no permite el efecto "vecindario".

Retomando el asunto de los aportes que puede hacer el estudio comparativo a la labor del legislador, cabe coincidir con Reitz (1998) que "comparison is a relatively weak basis for normative argument" (p. 624).[39] Es decir, como acota el propio Reitz (1998),

> the adoption of a foreign model cannot rest on the fact that many other countries have the rule or legal institution. The argument for domestic law reform has to be made in terms of normative claims acceptable within the domestic legal system (pp. 624-5).[40]

Es decir, con base en un estudio comparado no se puede pretender argumentar que determinado ordenamiento jurídico debería regular una institución tal cual lo hacen otros ni instaurar en su sistema dicha institución solo porque otros la tienen, pues las demandas normativas las hace la sociedad con base en sus necesidades y en su idiosincrasia cultural y política; o sea, este estudio no busca llegar a la conclusión de que en Ecuador las cláusulas pétreas se redacten de

[39] Traducción del autor: la comparación es una base relativamente débil para la argumentación normativa.
[40] Traducción del autor: la adopción de un modelo extranjero no puede basarse en la razón de que muchos otros países tengan la norma o la institución jurídica. Los argumentos a favor de la reforma de la legislación nacional deben formularse en términos de exigencias normativas aceptables en el ordenamiento jurídico nacional.

la misma forma en que están redactas en otras constituciones ni que deberían proteger lo mismo que ellas protegen, sino llegar a una vista más amplia que permita una mejor interpretación de la cláusula existente en la normativa constitucional doméstica.

Y antes de iniciar con el ejercicio comparativo hay que tener en cuenta dos últimas consideraciones, una de carácter teórico y la otra de carácter fáctico, así, Colombo Murúa (2011) estructura que

> Las normas intangibles aparecen en los ordenamientos con diferentes estructuras formales y, por ende, con distintas problemáticas. Por ello es conveniente distinguirlas a los fines de lograr un adecuado estudio de cada una de ellas. Así, algunas normas petrifican contenidos consagrados en otros artículos separados, otras disposiciones consagran contenidos y los petrifican en un mismo artículo y, por último, otras petrifican contenidos y, a la vez, se petrifican a sí mismas. La clasificación no es superflua, ya que cada uno de estos tipos tendrá su propia problemática e implicancias formales (p. 59).

Lo que deja entrever que los sistemas que contienen cláusulas pétreas también son susceptibles de categorización dogmática. Sobre el otro asunto, Pinto Ferreira (2003, citado por Sant'Ana Pedra, 2006) ha notado que

> as cláusulas pétreas constituem-se de poucos artigos nas constituições dos países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, em que sobrevive o respeito à lei, e são mais amplas nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os chamados países terceiro-mundistas, em que esse núcleo intangível é desrespeitado pelos poderes constituídos na grande maioria das vezes. Estender a relação das cláusulas pétreas com o intuito de proteger muitos pontos da Constituição é extremamente perigoso (p. 141).[41]

Observación que resulta de gran valor porque pone de manifiesto que petrificar muchos valores o instituciones o principios bajo cláusulas pétreas puede desembocar en potenciales y eventuales incumplimientos de dichas cláusulas, alterando el orden constitucional y generando exactamente el efecto contrario que se buscaba al instaurarlas. Por todo lo expuesto, procédase ahora al ejercicio comparativo, que consistirá en una sucinta explicación histórica, seguido de una contextualización de la constitución vigente y concluirá con una exposición jurisprudencial.

---

[41] Traducción del autor: las cláusulas pétreas están compuestas por unos pocos artículos en las constituciones de los países desarrollados o del primer mundo, en los que sobrevive el respeto a la ley, y son más amplias en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, los llamados países del tercer mundo, en los que este núcleo intangible es irrespetado por los poderes fácticos en la gran mayoría de los casos. Ampliar la lista de cláusulas pétreas para proteger muchos puntos de la Constitución es extremadamente peligroso.

Sección II

2. Cláusulas pétreas en los sistemas normativos de Alemania, Brasil y Ecuador

2.1. Alemania

> *It is a matter of debate whether we must accept constitutional aberrations of that kind as the price for the protection of a liberal and democratic constitution*
>
> Ulkrich K. Preuss

El caso alemán es particularmente especial por su historia ya no tan reciente, esto es, el fascismo que gobernó el país desde 1933 hasta 1945, después de ese triste y condenable episodio en la historia de la humanidad, cuando se debatía el futuro político-jurídico de los germanos, Preuss (2011) recuerda que "the prevailing perception among the authors of the Basic Law was that the new German constitution had to be protected against any self-destructive potential".[42]

Se debía proteger a la nueva carta magna de cualquier posibilidad autodestructiva, como la que permitió la Constitución de Weimar de 1919 y que facilitó el ascenso del nazismo al poder. El debate en el entorno germánico sobre la cláusula pétrea que contiene su Ley Fundamental de Bonn de 1949 no puede entenderse sin las críticas que rodean al surgimiento de ese mismo texto.

La cuestión, como explica Ernst Kempen (1990), inicia teniendo presente que

> Nun weiß jeder, der sich mit der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes beschäftig hat, dass es mit dessen demokratischer Legitimation nicht übermäßig weit her ist. Die 65 Abgeordneten des Parlamentarischen Rates, von denen der Verfassungstext in der kurzen Zeit von September 1948 bis Mai 1949 erarbeitet wurde, vertraten jeweils 750,000 Personen. Trotz dieses demokratisch sehr schwachen Repräsentationsverhältnisses waren sie nicht etwa unmittelbar vom Volk, sondern mittelbar von den Landtagen auf Parteivorschlag und ohne Aussprache zur Person gewählt worden (p. 356).[43]

[42] Traducción del autor: la percepción predominante entre los autores de la Ley Fundamental era que la nueva constitución alemana tenía que ser protegida de cualquier potencial autodestructivo.

[43] Traducción del autor: todos los que se han ocupado de la historia del origen de la Ley Fundamental saben que su legitimidad democrática no está excesivamente lejos. Los 65 miembros del Consejo Parlamentario, que redactaron el texto constitucional en el breve periodo comprendido entre septiembre de 1948 y mayo de 1949, representaban cada uno a 750.000 personas. A pesar de esta relación de representación democráticamente muy débil, no habían

Lo relatado por el profesor alemán deja ver sin dificultad que la primera objeción que se le puede hacer al texto fundacional alemán del 49 es acerca su legitimidad, pues el poder constituyente que le dio vida ni siquiera estaba compuesto por representantes del pueblo, sino por representantes de los Estados alemanes occidentales, excluyendo por tanto a los orientales.

Prosigue Ernst Kempen (1990) señalando que

> die Ewigkeitsgarantie Selbstbeschränkung des Art. 79 Abs. 3 GG für Föderalismus und parlamentarische Demokratie nur dann als demokratische Selbstbeschränkung des Volkes ausgegeben werden dürfte, wenn der Verfassunggeber [sic] vor 40 Jahren von einem historisch einmaligen und deshalb prinzipiell einzigartigen Mehrheitsvotum getragen war, welches die Zweidrittel-Regel weit überstiegen haben müsste. War das jedoch etwa nicht der Fall, so enthielte die Verfassungsänderungssperre dessen ungeachtet einer Einschränkung unserer Verfassungsautonomie (p. 355).[44]

Es decir, plantea en un primer momento una solución para la cuestión de la legitimidad apuntando que esta podría existir si en las cámaras que aprobaron la Ley Fundamental hubiese existido una votación histórica de parlamentarios que difícilmente se replicaría en algún otro momento de la historia; sin embargo, recoge Ernst Kempen (1990) que

> Angesichts der vom Grundgesetz selbst schon für jede Verfassungsänderung geforderten Zweitdrittel-mehrheit in Bundestag und Bundesrat reicht diese demokratisch doch sehr verdünnte Legitimation des Verfassungebungsaktes [sic] von 1949 jedenfalls nicht aus, um die damals mitbeschlossene Veränderungssperre des Art. 79 Abs. 3 GG als eine «ewige» demokratische Selbstbindung des «Deutschen Volkes» zu interpretieren (p. 356).[45]

O sea, siguiendo lo que aconteció históricamente, el número de votos que le dio vida a la carta de Bonn no alcanzó para revestir de autoridad y legitimidad a los preceptos contenidos en ella, entonces debía ensayarse otro intento de legitimación, para lo cual se propuso que la fuente

---

sido elegidos directamente por el pueblo, sino indirectamente por los parlamentos estatales a propuesta de los partidos y sin debate.

[44] Traducción del autor: la garantía de eternidad prevista en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental para el federalismo y la democracia parlamentaria solo puede hacerse pasar por autocontrol democrático del pueblo si la legislatura de la Constitución de hace 40 años estaba respaldada por una mayoría de votos históricamente única y, por lo tanto, en principio única, que habría tenido que haber superado con creces la regla de los dos tercios. Sin embargo, si no fuera así, la prohibición de la enmienda constitucional contendría una restricción de nuestra autonomía constitucional.

[45] Traducción del autor: Teniendo en cuenta la mayoría de dos tercios en el Bundestag y el Bundesrat exigida por la propia Ley Fundamental para cada enmienda constitucional, esta legitimación democrática – muy diluida del acto constitucional de 1949 – no es en ningún caso suficiente para interpretar la prohibición de modificación del artículo 79.3 de la Ley Fundamental, que se decidió en su momento, como un «eterno» compromiso democrático del «pueblo alemán».

de tal legitimidad sea el hecho de que los ciudadanos alemanes durante más de medio siglo ratificaron su sistema por medio de votaciones que designaban escaños en ambas cámaras del parlamento alemán, sin embargo, observa Ernst Kempen (1990) que "da die «Ewigkeitsgarantie» jedoch notwendigerweise nicht später änderbar und infolgedessen auch überhaupt nicht abstimmbar ist, können die Ergebnisse der Bundestagswahlen niemals als inhaltliche Legitimation des Art. 79 Abs. 3 GG verstanden werden "(p. 357).[46]

Otro intento de legitimación fallido. Concluye Ernst Kempen (1990) este primer momento con lo siguiente:

> Die mehrheitliche Legitimationsbasis des Grundgesetzes reicht nicht aus, um Art. 79 Abs. 3 juristisch als einen Akt demokratischer Selbstbindung des deutschen Volkes im Wege der Verfassunggebung [sic] oder nachträglichen Anerkennung qualifizieren zu können. […] Er lässt sich nur nicht überzeugend als Selbstbindung des Volkes in dessen Eigenschaft als Verfassunggeber [sic] deklarieren (p. 357).[47]

Se observa entonces que desde un inicio hay una fuerte crítica con raíces históricas a la autoridad y validez de la cláusula pétrea alemana, lo cual requiere una explicación también de orden histórico, para lo cual acude en auxilio una vez más el egregio Ernst Kempen (1990) teorizando que "Möglicherweise waren diese Fundamentalprobleme seinerzeit selbständiger deutscher Verfassungswillensbildung weitgehend entzogen, weil die Westalliierten sie bereits mit der Verbindlichkeit der Besatzungsmacht definitiv entschieden hatten, ohne dass es eine wirkliche Alternative – und damit echte Entscheidungsfreiheit – für die Deutschen gab " (p. 357).[48]

Lo cual en su momento no generaba mayor malestar, pues – explica Ernst Kempen (1990) –:

> Immerhin war das Grundgesetz damals nicht für künftige unberechenbaren Generationen, sondern für ein höchstens fünfjähriges Provisorium geplant. […] Deshalb spricht viel mehr dafür, dass sich

[46] Traducción del autor: dado que la «garantía de eternidad» no puede ser necesariamente modificada posteriormente y, por lo tanto, no puede ser votada en absoluto, los resultados de las elecciones al Bundestag nunca pueden entenderse como legitimadores del contenido del artículo 79.3 de la Ley Fundamental.

[47] Traducción del autor: la base mayoritaria de legitimidad de la Ley Fundamental no es suficiente para poder calificar jurídicamente al parágrafo 3 del artículo 79 como un acto de autocompromiso democrático del pueblo alemán a través de la elaboración de una constitución o el reconocimiento posterior. […] Simplemente no se puede declarar de manera convincente como un compromiso propio del pueblo en su calidad de dador de la constitución.

[48] Traducción del autor: Es posible que estos problemas fundamentales estuvieran en gran medida alejados de la toma de decisiones constitucionales independientes de Alemania en ese momento porque los aliados occidentales ya los habían decidido definitivamente con el carácter de vinculantes de la potencia ocupante, sin que hubiera una alternativa real – y por lo tanto una verdadera libertad de elección – para los alemanes.

> speziell die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG eben nicht auf westdeutsche demokratische Legitimation, sondern vorwiegend auf die «geliehene» besatzungsrechtliche Autorität der Siegermächte stützte (p. 358).[49]

De lo cual se colige categóricamente que la Ley Fundamental vigente hasta ahora nunca estuvo prevista para ser una base definitiva del orden sociopolítico de los alemanes, sin embargo, en su momento hubo un intento de legitimación que consistió en lo que tuvo a bien explicar el reputado Ernst Kempen (1990):

> «Die Ratifizierung in jedem beteiligten Land erfolgt durch ein Referendum, das eine einfache Mehrheit der Abstimmenden in jedem Land erfordert…». Bekanntlich haben die deutschen Politiker später gerade diese Volksabstimmung mit ihrer legitimationssichernden Breitenwirkung verweigert. Stattdessen ist die Veränderungssperre des Art. 79 Abs. 3 GG sozusagen als traditionell deutscher Absicherungsersatz an die Stelle der vorgesehenen Volksabstimmung getreten (pp. 358-9).[50]

Es decir, se propuso (por EE. UU.) ratificar mediante referéndum el texto de Bonn, a lo cual las autoridades alemanas de la época se opusieron. En este punto es evidente que la Ley Fundamental fue impuesta, pero Ernst Kempen (1990) explica que las potencias vencedoras propusieron la expedición de una constitución para la Alemania occidental, relata sobre esas potencias que "Man könnte die Londoner Sechsmächtekonferenz daher als eine durch Siegermacht legitimierte, auswärtige Grundkonstituante für Westdeutschland sehen" (p. 360).[51]

La explicación de tal oposición viene dada en las palabras de un parlamentario de la época, palabras que recoge Ernst Kempen (1990), y que rezan lo siguiente:

> «Ein Volksentscheid würde dem Grundgesetz ein Gewicht verleihen, das nur einer endgültigen Verfassung zukommen sollte. Die Ministerpräsidenten möchten noch einmal betonen, dass eine

[49] Traducción del autor: después de todo, la Ley Fundamental no estaba prevista para generaciones futuras e impredecibles en ese momento, sino para un acuerdo provisional que no duraría más de cinco años. […] hay muchos más indicios de que la garantía de eternidad en virtud del artículo 79.3 de la Ley Fundamental en particular no se basaba en la legitimación democrática de Alemania Occidental, sino principalmente en la autoridad «prestada» de las potencias vencedoras en virtud de la ley de ocupación.

[50] Traducción del autor: «la ratificación en cada Estado participante se realiza mediante un referéndum que requiere una mayoría simple de los votantes de cada Estado…». Como es bien sabido, los políticos alemanes se negaron posteriormente a celebrar este referéndum con su amplio efecto de legitimidad. En cambio, la prohibición de cambios en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental ha ocupado el lugar del referéndum planeado como un sustituto tradicional alemán de la seguridad, por así decirlo.

[51] Traducción del autor: se podría ver a la Conferencia de las Seis Potencias de Londres como una asamblea constituyente extranjera básica para Alemania Occidental, legitimada por las potencias victoriosas.

deutsche Verfassung erst dann geschaffen werden kann, wenn das gesamte deutsche Volk die Möglichkeit besitzt, sich in freier Selbstbestimmung zu konstituieren» (p. 361).[52]

Relatos todos de los que se concluye y evidencia que la falta de interés sobre la legitimidad popular de la carta magna que se estaba creando en ese entonces repercute ahora con fuerza neurálgica a la hora de analizar la cláusula pétrea; sin embargo, Ernst Kempen (1990) considera que de una u otra manera sí hubo legitimidad, pues "Die verfassunggebende Gewalt 1948/49 dualistisch strukturiert war, denn sie legitimierte sich zugleich aus der besatzungsrechtlichen Autorität der Sieger und dem großenteils zurückgegebenen Selbstbestimmungsrecht der Besiegten" (p. 365).[53]

2.1.1. La Ley Fundamental de 1949

El artículo 79 § 3 de la Ley Fundamental establece que "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig".[54]

Se evidencia a primera vista que hay una remisión a los artículos 1 y 20 de la GG, por lo que se transcriben sus partes pertinentes a continuación. El artículo 1 señala que "die Würde des Menschen ist unantastbar",[55] mientras que el artículo 20 establece que "die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat".[56] Remisión de la cual puede recapitularse que la cláusula intangible en ese país protege (i) la organización de la Federación en Länder, (ii) la participación de los Länder en la legislación, (iii) la dignidad humana; y (iv) el Estado federal, democrático y social.

---

[52] Traducción del autor: «un referéndum daría a la Ley Fundamental un peso que solo debería darse a una constitución definitiva. Los ministros-presidentes quisieron subrayar una vez más que una constitución alemana solo puede crearse cuando todo el pueblo alemán tiene la oportunidad de constituirse en la libre autodeterminación».

[53] Traducción del autor: el poder constituyente de 1948/49 se estructuró de manera dualista, porque estaba legitimado al mismo tiempo por la autoridad de los vencedores bajo el derecho de ocupación y el derecho de autodeterminación de los vencidos, en gran medida devuelto.

[54] Traducción oficial del Bundestag alemán: No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

[55] Traducción oficial del Bundestag alemán: La dignidad humana es intangible.

[56] Traducción oficial del Bundestag alemán: La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.

Preuss (2011) destaca dos aspectos notables de esta cláusula. El primero de ellos es que "article 79 § 3 incorporated Schmitt's idea that certain core elements of the constitution should remain unamendable, even by supermajorities in both houses" (p. 439).[57] El segundo aspecto es que

> the unamendable stipulations of the constitution were designed to exist forever, which is why article 79 § 3 is usually called the "eternity clause" of the Basic Law. […] this clause and the principles that it protects are not declared to be eternally valid; rather they cannot be changed trough constitutional means, that is, by any constituted authority of the Basic Law. […] the principles immunized against revision by article 79 § 3 can only be changed by the extraconstitutional power of the German people (i.e., the constituent power) (p. 440).[58]

Frente a esto es posible sacar un par de conclusiones, la primera es que efectivamente el artículo 79.3 de la GG se trata de una cláusula pétrea; la segunda es que siguiendo el criterio del autor citado esta cláusula podría verse superada por el ejercicio del poder constituyente del pueblo alemán. Sobre el primero de estos puntos Colombo Murúa (2011) no coindice, ya que considera que el artículo 79. 3 de la GG no es una norma pétrea sino una norma que petrifica, puesto que es susceptible de ser cambiada a través del cuestionado método de doble revisión, ante lo cual concluye que "estas cláusulas deben ser entendidas,[59] por consiguiente, como herramientas para agravar el procedimiento de reforma, pero no como normas inmodificables" (pp. 59-60).

Sin embargo, la postura del argentino no armoniza con lo que ha venido haciendo la doctrina a lo largo de sus indagaciones, y es que efectivamente considera al referido artículo de la Ley Fundamental de Bonn como una cláusula pétrea, es más, hay quienes incluso apuntan que es la primera de estas cláusulas plasmadas en una constitución a nivel mundial, por lo que se sostiene aquí y más bien se ratifica que la proscripción del mentado artículo es efectivamente una cláusula eterna.

---

[57] Traducción del autor: el artículo 79.3 incorporó la idea de Schmitt de que ciertos elementos centrales de la Constitución deben seguir siendo inmodificables, incluso ante supermayorías en ambas cámaras.

[58] Traducción del autor: las prescripciones inmodificables de la Constitución fueron diseñadas para existir para siempre, razón por la cual el artículo 79.3 de la GG es generalmente llamado "cláusula eterna". […] esta cláusula y los principios que ella protege no se declaran eternamente válidos; más bien, no pueden ser modificados por medios constitucionales, es decir, por cualquier autoridad constituida por la Ley Fundamental. […] los principios inmunizados contra la revisión por el artículo 79.3 solo pueden ser modificados por el poder extraconstitucional del pueblo alemán (es decir, el poder constituyente).

[59] Habla en plural porque se está refiriendo a la petrificación de un artículo y toma como ejemplo de ello al artículo 79. 3 de la GG.

2.1.2. Permanencia y mutabilidad

El propio Preuss (2011) ha estudiado su jurisprudencia doméstica, lo que le permitió aseverar con total convicción que

> the German Federal Constitutional Court defended the eternity clause against potential encroachments by the constitution-amending legislative powers, which means that it defended the constituent power as embodied in the constitution. However, by indicating that only the directly declared will of the German people alone can override the barrier of the eternity clause of article 79 § 3, it accepted that the actuation of its constituent power is a legitimate option (p. 443).[60]

Es decir, si se atiende a la conclusión a la que arriba el jurista alemán se evidencia que la jurisprudencia teutona ha zanjado un punto de debate crucial sobre las cláusulas pétreas, a saber: si sobreviven o no al poder constituyente. El caso en concreto es el 2 BvE 2/08 del BvfG, en el que se establece como sigue:

> el artículo 146 confirma el derecho pre-constitucional [sic] a darse una Constitución de la cual surge el poder constituido y al cual está sujeto […]. Solo el poder constituyente, mas no el poder constituido, es el que tiene derecho para liberar el Estado constituido por la Ley Fundamental (§ 179).[61]

En este "liberar el Estado constituido" no se encuentra más adelante en dicho fallo reserva alguna en el sentido de que el eventual poder constituyente pueda verse limitado por la cláusula pétrea del artículo 79.3 de la GG, por lo que según el criterio del máximo órgano jurisdiccional constitucional de ese país la cláusula eterna no es tan eterna después de todo. Y sobre esta se pronuncia parágrafos más adelante estableciendo que

> El principio democrático no es ponderable; es intangible. El poder constituyente de los alemanes que se dio la Ley Fundamental pretendió establecer un límite infranqueable a todo desarrollo político ulterior. Una modificación de la Ley Fundamental mediante la cual se afecten los principios establecidos en los arts. 1 y 20 LF es inadmisible (art. 79. 3 LF). Con la llamada garantía de eternidad, el propio legislador de reforma de la Constitución no puede disponer sobre la identidad

[60] Traducción del autor: el Tribunal Federal Constitucional alemán defendió la cláusula eterna contra posibles invasiones por parte de los poderes legislativos con competencia para reformar la Constitución, lo que significa que defendió al poder constituyente tal como está consagrado en la Constitución. Sin embargo, al indicar que solo la voluntad directamente declarada del pueblo alemán puede superar la barrera de la cláusula eterna del artículo 79.3 aceptó que la actuación de su poder constituyente es una opción legítima.

[61] El texto se encuentra traducido al español por el propio BvfG.

del orden constitucional liberal. Con ello la Ley Fundamental no solo presupone sino que garantiza la condición de Estado soberano de Alemania (§ 216).

Con esta indicación del BvfG se pone de manifiesto que la cláusula pétrea contenida en el artículo 79.3 de la GG es tomada por el tribunal como fuente de legitimidad y no como institución jurídica carente de ella. Y le añade mayor gravedad a su importancia al relatar que

> Desde el punto de vista del principio democrático la violación de la identidad constitucional establecida en el art. 79.3 LF constituye al mismo tiempo, una usurpación del poder constituyente del pueblo. En este sentido, el poder constituyente no ha conferido a los representantes y órganos del pueblo un mandato para disponer de la identidad constitucional. A ningún órgano constitucional se le ha otorgado competencia para modificar los principios constitucionales fundamentales contenidos en el art. 79.3 LF. La Corte Constitucional Federal vela por ello. Con la llamada garantía de eternidad la Ley Fundamental, por una parte, reacciona ante experiencias históricas de un vaciamiento solapado o incluso o incluso abrupto de la sustancia liberal de un ordenamiento fundamental democrático; por otra parte también establece con claridad que la Constitución de los alemanes, coincidiendo con el desarrollo internacional desde que existen las Naciones Unidas, posee una base universal que no debe estar sujeta a modificaciones por el Derecho positivo (§ 218).

Este parágrafo resulta particularmente relevante puesto que el BvfG juzga sobre su propia competencia en la materia al señalar que quien vela por el respeto a la cláusula pétrea es el propio tribunal, sin que necesariamente le respalde una disposición jurídica constitucional o legal que le otorgue expresamente esa competencia.

Por otra parte, en el juicio 2 BvB 1/19 el BvfG manifestó que

> Gemessen daran stellt sich der Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien aus der staatlichen Finanzierung gemäß Art. 21 Abs. 3 GG nicht als eine die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG berührende Aushöhlung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG dar. Nach dem grundgesetzlichen Konzept der «wehrhaften Demokratie» können Parteien, die auf die Abschaffung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgehen, gemäß Art. 21 Abs. 2 GG verboten und damit vollständig an der Wahrnehmung des Verfassungsauftrags zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG gehindert werden. Dabei schließt das Konzept der «wehrhaften Demokratie» auch die gleichheitswidrige Benachteiligung solcher Parteien durch den Ausschluss aus der staatlichen Finanzierung ein. Die durch Art. 79 Abs. 3 GG garantierte Substanz des Demokratieprinzips, das heißt die selbstbestimmte, freie und gleiche Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger an der politischen Willensbildung und das Gebot der

Legitimation der Ausübung staatlicher Gewalt durch das Volk, wird dadurch nicht tangiert (§ 218).[62]

Esta cita resulta valiosa por cuanto permite ver con claridad la relación entre la cláusula pétrea y la democracia militante: aquella es una herramienta efectiva y necesaria para esta. Sin embargo, la parte más importante está en que el tribunal, al justificar que la exclusión de un partido político del financiamiento estatal no afecta el núcleo del principio democrático protegido en la cláusula eterna, define jurisprudencialmente que el orden democrático libre está amparado en dicho principio democrático, lo que convierte de facto al "orden democrático libre" en una nueva cláusula pétrea surgida del ejercicio jurisdiccional y contencioso del BvfG.

2.2. Brasil

A Constituição de 1988 tem permitido uma estabilidade institucional sem precedentes no Brasil.

Gilmar Mendes

Para el caso del país sudamericano, Sant'Ana Pedra (2006) pone de relieve que "a Constituição brasileira de 1988 ampliou sobremaneira o campo coberto pelas cláusulas pétreas em relação ao direito anterior, que apenas excluía do alcance do poder reformador a abolição da Federação e da República" (p. 137).[63] Lo que recuerda que la Constitución del 88 no es la primera que contiene una cláusula pétrea, sino que en ese país existe una larga tradición de petrificación.

[62] Traducción del autor: en ese sentido, la exclusión de partidos hostiles a la Constitución de la financiación estatal conforme el artículo 21 parágrafo 3 de la GG no constituye una vulneración del principio democrático del artículo 20 parágrafos 1 y 2, ni afecta la cláusula eterna del artículo 79.3 de la GG. Según el concepto constitucional de «democracia militante», los partidos que persiguen la abolición del orden democrático libre pueden ser prohibidos conforme al artículo 21 parágrafo 2 y, por lo tanto, excluidos por completo del cumplimiento del mandato constitucional de participación en la formación de la voluntad política del pueblo, de conformidad con el artículo 21, parágrafo 1, inciso 1. Este concepto de democracia militante también comprende la exclusión de dichos partidos de la financiación estatal, incluso si ello implica un trato desigual. La sustancia del principio democrático garantizado por el artículo 79.3, es decir, la participación libre, igual y autodeterminada de los ciudadanos en la formación de la voluntad política y el mandato de legitimidad del poder estatal por parte del pueblo, no se ve afectada por ello.

[63] Traducción del autor: la Constitución brasilera de 1988 amplío considerablemente el campo cubierto por las cláusulas pétreas en relación con el ordenamiento jurídico anterior, que solo excluía del alcance del poder reformador la abolición de la Federación y de la República.

El contexto próximo de la *Constituição cidadã*[64] revela que, como bien tiene a señalar Schier (2009),

> a sociedade brasileira vinha de longo período de experiência autoritária decorrente de um golpe militar levado a efeito em 1964 e que nada primou pelo respeito aos direitos fundamentais. Logo, a Lei Fundamental de 1988 buscou romper com um passado antidemocrático, marcado pela tortura, pelo medo e pela negação das liberdades constitucionais (p. 5).[65]

En efecto, Brasil vivió una dictadura militar de aproximadamente 21 años, experiencia que influyó definitivamente en el proceso constituyente que inició en el mismo año de 1985, proceso sobre el cual, y en relación con el tema de estudio, Ferreira Filho (1995) apunta que

> ao avaliar o peso dessas «cláusulas pétreas», convém lembrar que a Constituição de 1988 não foi obra de poder constituinte originário. Ela resultou de uma «reforma constituinte». De fato, a «Constituinte» de 1987/1988 não era senão o Congresso Nacional – inclusive com os senadores eleitos em 1982 – investido de poderes especiais de reforma por força da Emenda no. 26/85 à Constituição de 1967 (p. 16).[66]

Dato que pone de manifiesto que el proceso constituyente que culminó con la expedición de la Constitución de 1988 también estuvo marcado por cuestionamientos (por parte de los juristas de ese país) a la legitimidad del organismo encargado de redactar la nueva *norma normarum*; como se ve, se trató de un cambio total del texto constitucional por medio de una reforma (o enmienda, según la denominación brasilera).

Otro hecho importante a tener en cuenta es el que apunta el propio Ferreira Filho (1995), a saber: "a Emenda no. 26/85 permitiu uma reforma constitucional sem a limitação das «cláusulas pétreas» então vigentes que proibiam a abolição da Federação e da República. E foi por isso que

---

[64] Constitución ciudadana, sobrenombre otorgado a la Constitución de 1988 debido a la amplia participación ciudadana que involucró.

[65] Traducción del autor: la sociedad brasilera tuvo un largo periodo de experiencia autoritaria a raíz de un golpe militar perpetrado en 1964 y que no coadyuvó al respeto de los derechos fundamentales. Por ello, la Ley Fundamental de 1988 buscó romper con un pasado antidemocrático, marcado por la tortura, el miedo y la negación de las libertades constitucionales.

[66] Traducción del autor: a la hora de valorar el peso de las «cláusulas pétreas», vale la pena recordar que la Constitución de 1988 no fue obra del poder constituyente originario. Fue el resultado de una «reforma constituyente». De hecho, la «Asamblea Constituyente» de 1987/1988 no fue más que el Congreso Nacional – incluidos los senadores elegidos en 1982 – investido de poderes especiales de reforma en virtud de la Enmienda No. 26/85 a la Constitución de 1967.

pôde surgir a proposta monarquista" (p. 16).[67] Como se mencionó, ya existía amplia tradición de incluir cláusulas pétreas en el texto constitucional en Brasil, lo que demostró, cuando se hizo el cambio de texto constitucional, que las cláusulas pétreas pueden ser *de facto* inobservadas por el poder constituyente, pero esta afirmación no aplica del todo para el país lusohablante toda vez que como ya se puso de manifiesto no fue propiamente una asamblea constituyente la que realizó el cambio constitucional. En todo caso se puede decir que fue una reforma total de la constitución que fue inconstitucional por violar una cláusula pétrea.

Por su parte, Almagro Castro (2015) ha aseverado que "la amplitud del ámbito material de las cláusulas pétreas del artículo 60, § 4. ° [CFB] hunde sus raíces históricas en la desconfianza que presidió los trabajos de la Asamblea Constituyente" (p. 267). Esto tiene sentido si se recoge todo lo dicho hasta ahora, a saber: que el país salía de una dictadura cruenta y que el proceso constituyente no fue regular.

Sin embargo, el asunto no gravita alrededor de la legitimidad de la Constitución, sino que, como apunta Vilhena Vieira (1999, citado por Martins de Andrade, 2009),

> o grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma interpretação das cláusulas superconstitucionais capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que asseguram o Estado de Direito e, fundamentalmente, de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia (p. 222).[68]

El desafío se centra particularmente en garantizar que la petrificación sea acorde con el contenido de lo protegido, pues otros cuestionamientos ya han sido dejados de lado; en palabras de Schier (2009):

> o risco de ruptura constitucional eventualmente imposta pela existência das cláusulas pétreas, também parece afastada no caso do Brasil. E isto se confirma pois não foram poucos os momentos de crise política, econômica e social que a sociedade brasileira atravessou nesses últimos vinte

[67] Traducción del autor: la enmienda No. 26/85 permitió una reforma constitucional sin limitación de las «cláusulas pétreas» entonces vigentes que prohibían la abolición de la Federación y de la República. Y por eso pudo surgir la propuesta monárquica.

[68] Traducción del autor: el gran desafío de una teoría de las limitaciones materiales al poder de reforma, dentro del marco constitucional brasilero, es lograr una interpretación de las cláusulas supraconstitucionales capaz de garantizar la protección de los procedimientos democráticos de toma de decisiones, de las instituciones que garantizan el Estado de derecho y, fundamentalmente, de todos aquellos derechos esenciales para la realización de la dignidad humana, sin negar el derecho de cada generación a realizar su autonomía [constituyente].

> anos, tendo os direitos fundamentais, protegidos com o grau de intangibilidade, se prestado mais para criar um ambiente de estabilidade do que de instabilidade. Esta autovinculação às cláusulas pétreas aponta que na experiência brasileira a tutela formal máxima dos direitos fundamentais encontra uma ampla legitimidade (p. 7).[69]

Y a estos efectos positivos de la cláusula pétrea brasilera hay que añadir lo comentado por el propio Schier (2009) cuando reseña que

> o pensamento jurídico brasileiro tem compreendido que a proteção constitucional dos direitos fundamentais mediante cláusulas pétreas não veda toda e qualquer intervenção restritiva ordinária neste sítio. As chamadas restrições de direitos fundamentais são, por certo, admitidas, desde que a limitação respeite o chamado «núcleo essencial do direito restringido» (p. 8).[70]

Es decir, dentro del gremio jurídico de aquel país se tiene la consciencia de que la redacción de la cláusula pétrea no inviabiliza todo tipo de ajuste al contenido de lo protegido, lo cual es un buen síntoma, sino que está en el subconsciente que las enmiendas son permitidas mientras no vacíen de contenido la norma petrificada.

2.2.1. La Constitución de 1988

El artículo 60 § 4 de la CFB prescribe que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I) a forma federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; IV) os direitos e garantias individuais".[71] A diferencia del caso alemán aquí no se evidencia remisión alguna, sino que el contenido petrificado se encuentra todo en la redacción del referido artículo.

---

[69] Traducción del autor: el riesgo de la ruptura constitucional eventualmente impuesto por la existencia de las cláusulas pétreas también parece desaparecer en el caso de Brasil. Y esto se confirma porque ha habido muchos momentos de crisis política, económica y social por los que ha pasado la sociedad brasilera en los últimos veinte años con los derechos fundamentales, protegidos con el grado de intangibilidad, habiéndose prestado más a crear un ambiente de estabilidad que de inestabilidad. Esta autovinculación a las cláusulas pétreas indica que en la experiencia brasilera la máxima protección formal de los derechos fundamentales encuentra una amplia legitimidad.

[70] Traducción del autor: el pensamiento jurídico brasilero ha entendido que la protección constitucional de los derechos fundamentales a través de cláusulas pétreas no prohíbe toda intervención restrictiva ordinaria en este campo. Las llamadas restricciones a los derechos fundamentales están, por supuesto, permitidas, siempre que la limitación respete el llamado «núcleo esencial del derecho restringido».

[71] Traducción oficial del Supremo Tribunal Federal brasilero: No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda que tienda a abolir: I. – la forma federativa del Estado; II. – el voto directo, secreto, universal y periódico; III. – la separación de los Poderes; IV. – los derechos y garantías individuales.

Colombo Murúa (2011) es del criterio de que el caso brasilero es un caso aparte que no entra en la clasificación de petrificación de un artículo ni petrificación de un contenido (p. 68). Esto pues según el autor argentino

> la particularidad está en que la petrificación no es total, sino que solo se prohíben las propuestas de enmiendas que tiendan a abolir los principios y derechos enumerados. Por ende, se sigue que se podrán modificar esos principios siempre y cuando no se los suprima (p. 68).

Es decir, es una suerte de petrificación flexible. Añade más Colombo Murúa (2011) al reseñar que

> esta forma de petrificación marca una solución para la problemática […] referida a la desacertada inmovilización de la letra o literalidad de los artículos que la intangibilidad suele suponer. Esto es así porque la Constitución brasileña indica claramente que lo pétreo son los principios en sí (ya que ellos no pueden ser abolidos), más allá de la forma en que se los positivice. Es decir, no se petrifica, así, a un determinado artículo – en su literalidad –, sino a un contenido determinado (p. 69).

Este mismo criterio es compartido por autores locales tales como Sant'Ana Pedra (2006), quien en sus palabras explica lo ya manifestado, pero de la siguiente manera:

> o enunciado da norma contida no artigo 60.4 da [CFB], ao utilizar as expressões «abolir» e «tendente a abolir», quis preservar em qualquer hipótese o cerne da Constituição, vedando inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional, não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusula pétrea, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial. [...] Entretanto, a expressão «tendente a abolir» permite propostas de emendas que visem a ampliar as previsões constantes no § 4 do artigo 60 da [CFB] (p. 138).[72]

Finalmente, en otro aspecto, Martins de Andrade (2009) ha sido enfático al señalar que "as cláusulas pétreas referidas no inciso IV do § 4 do art. 60 da Constituição Federal devem abranger todos os possíveis e imagináveis «direitos fundamentais» assegurados na Lei Maior" (p. 225).[73]

---

[72] Traducción del autor: la redacción de la norma contenida en el artículo 60.4 de la CFB, al emplear las expresiones «abolir» y «tendiente a abolir», quiso preservar en todo caso el núcleo de la Constitución, prohibiendo inequívocamente que no solo las propuestas de reformas constitucionales que puedan suprimir alguno de los principios distinguidos como cláusula pétrea sean siquiera consideradas y votadas por el Congreso Nacional, sino también aquellas que llegarán a [esos principios] de manera equivalente, revelando una tendencia a abolirlos, perjudicando también su contenido esencial. […] Sin embargo, la expresión «tendiente a abolir» permite presentar propuestas de enmienda destinadas a ampliar las disposiciones contenidas en el párrafo 4 del artículo 60 de la CFB.

[73] Traducción del autor: las cláusulas pétreas a las que se refiere el art. 60.4 de la CFB deben abarcar todos los «derechos fundamentales» posibles e imaginables garantizados en la Constitución.

Un punto importante, pues lo que se propugna es la ampliación del ámbito de protección de la cláusula pétrea en cuanto se busca cobijar bajo la garantía de los derechos fundamentales todos otros aquellos derechos que puedan entrar en tal categorización, lo que aumentaría la tensión entre la cláusula pétrea y la democracia, pues no ha existido una convención que amplíe el espectro jurídico protegido.

2.2.2. Permeabilidad

En primer lugar, en cuanto a temas de competencia jurisdiccional, el STF señaló en la ADI 815 que

> as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cujas observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido (p. 325).[74]

Con lo cual el tribunal reconoció que no tiene competencia para declarar inconstitucionales normas infraconstitucionales con base en el argumento exclusivo de la existencia de cláusulas pétreas, pues eso generaría la noción de jerarquía entre aquellas normas petrificadas y aquellas susceptibles de enmienda; en su lugar, el tribunal consideró que la Constitución le encarga el rol de guardián de ella toda, y no de una sola de sus partes.

Este accionar concuerda con lo sostenido por Almagro Castro (2015): "El Estado Constitucional contemporáneo legitima el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por el órgano jurisdiccional encargado de la defensa jurídica de la Constitución" (p. 273).

Por otra parte, el STF en la ADI 939 trató un caso que involucraba la cláusula pétrea en dos sentidos, a saber: en la protección de una garantía individual y en la forma federativa del

[74] Traducción del autor: las cláusulas pétreas no pueden ser invocadas para sustentar la tesis de la inconstitucionalidad de normas constitucionales inferiores frente a normas constitucionales superiores, ya que la Constitución las prevé solo como límites al poder constituyente originario, y no como normas abarcadoras cuya observancia se impone al propio poder constituyente originario en relación con otras que no son consideradas como cláusulas pétreas y, por lo tanto, pueden ser modificadas. Acción no conocida por imposibilidad jurídica del pedido.

Estado. El caso consistió en una enmienda constitucional que autorizó a la Unión a instituir un tributo que iba a ser recaudado el mismo año de su creación, lo cual estaba y está vedado en virtud del principio de anterioridad, que implica que un tributo no puede ser recaudado el mismo año en el que entra en el ordenamiento jurídico, principio que el tribunal consideró que formaba parte de las garantías individuales de los contribuyentes y por lo tanto no podía ser trasgredido por estar amparado por la cláusula pétrea.

Respecto de lo relativo a la forma federal del Estado, el tribunal recordó, en ese mismo caso, que en virtud del principio de inmunidad tributaria recíproca no se pueden cobrar tributos entre sí la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, lo que sí ocurrió en aquel caso y permitió que una vez más el tribunal considere como protegido por la cláusula pétrea dicho principio constitucional.

Este fallo en cambio da plataforma a lo aseverado por, otra vez, Almagro Castro (2015) cuando menciona que "la declaración de inconstitucionalidad ante la existencia de vicios materiales se produce por la proposición de enmiendas manifiestamente ofensivas a la propia cláusula pétrea" (p. 275). Más adelante acota que "nos inclinamos por la legitimidad del control material de constitucionalidad de las enmiendas únicamente cuando se produzca una violación expresa del contenido esencial de las cláusulas pétreas" (p. 276).

Finalmente, el STF en la ADI 1675 reconoció que los derechos sociales de los trabajadores se encuentran entre los derechos y garantías constitucionales recogidos en el artículo 5 de la CFB, artículo que a su vez está protegido por la cláusula pétrea, por lo que se verifica que jurisprudencialmente se ha creado una nueva cláusula pétrea respecto de los derechos sociales y, en general, colectivos, pues la redacción textual del artículo 60.4 de la CFB dice "derechos y garantías individuales", por lo que al incluir a otros derechos no individuales se está ampliando el campo de protección de la cláusula pétrea.

Es importante traer a colación un estudio que analiza 14 sentencias del STF que incluyen un análisis de mérito sobre cláusulas pétreas, el estudio fue hecho por Morais (2011), quien asegura que "uma segunda conclusão acerca das cláusulas pétreas nos julgamentos de mérito de emendas à Constituição Federal é que o STF não possui um conceito claro acerca da função e dos limites das cláusulas pétreas" (p. 58).[75]

[75] Traducción del autor: una segunda conclusión sobre las cláusulas pétreas en las sentencias de mérito sobre enmiendas a la CFB es que el STF no tiene un concepto claro sobre la función y los límites de las cláusulas pétreas.

Lo cual se puede consolidar con lo que afirma el propio Morais (2011) al precisar su afirmación anterior en los siguientes términos:

> O que se pôde notar em todos os julgamentos é que não houve nenhum esforço da Corte em tentar estipular um conceito amplo da função das cláusulas nem acerca do conceito de cada uma delas. Em nenhum dos julgamentos a Corte construiu conjuntamente, a fim de consolidar posição acerca da função e limites das cláusulas pétreas, um conceito sólido acerca do núcleo intangível da Constituição (p. 58).[76]

Es decir, a pesar de ampliar el campo de protección de las cláusulas pétreas, anular enmiendas constitucionales con base en ellas y fundamentar su competencia contenciosa en su nombre el STF no ha definido o no ha querido definir lo que entiende por cláusulas eternas o intangibles en su ordenamiento jurídico, lo cual se vuelve necesario para una mejor aplicación.

Sin embargo, Schier (2009) reconoce que "antes de representar risco, o ativismo judicial que está se esboçando enquadra-se nos limites aceitáveis de tensão institucional inerente aos estados democráticos" (p. 8).[77] Es decir, lejos de causar un perjuicio al Estado de Derecho, el accionar del STF se enmarca dentro del campo que se esperaría que actúe y tenga efectos jurídico-políticos.

2.3. Ecuador

Sí se puede tener, hombres del Ecuador, derrotados
sin pelea, una pequeña gran patria. Hagámosla.

Benjamín Carrión

Oyarte (2022) hace un breve repaso de lo que fue el último momento constituyente del Ecuador, lo hace iniciando con estas palabras:

---

[76] Traducción del autor: lo que sí se puede notar en todas las sentencias es que no hubo ningún esfuerzo por parte de la Corte para tratar de esbozar un concepto amplio de la función de las cláusulas [pétreas] o sobre el concepto de cada una de ellas [las protegidas por el numeral 4 artículo 60 CFB]. En ninguna de las sentencias la Corte construyó conjuntamente, con el fin de consolidar una posición sobre la función y los límites de las cláusulas pétreas, un concepto sólido sobre el núcleo intangible de la Constitución.

[77] Traducción del autor: antes que representar un riesgo, el activismo judicial que está surgiendo se inscribe dentro de los límites aceptables de la tensión institucional inherente a los Estados democráticos.

> en la consulta popular de 15 de abril de 2007, con una amplia mayoría (81, 7 %) se aprobó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, por lo que se debían elegir sus representantes, lo que ocurrió el 30 de septiembre de 2007, elecciones en las que el movimiento oficialista obtuvo más del sesenta y nueve por ciento de los escaños (p. 259).

Continúa el propio Oyarte (2022) recordando que

> En el proyecto de Estatuto contenido en el Decreto ya se establecía que la eventual asamblea constituyente tendría «plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva Constitución», aunque ese texto constitucional debía ser sometido a la aprobación de la ciudadanía (p. 258).

Sobre este último punto Oyarte (2022) expresa su opinión y menciona que por esa razón no se trataría de una asamblea constituyente, pues la expedición de la nueva carta magna estaría supeditada a la ratificación del pueblo. Sus palabras textuales son las siguientes:

> Con ello se evidenciaba que, a la larga, esa asamblea constituyente no ejercería el poder constituyente, toda vez que el pueblo sería quien conserve la facultad de aprobar la nueva Constitución de modo directo, por referéndum, lo que estaba en manos de sus representantes (p. 258).

A estas alturas de la explicación Oyarte (2022) deja entrever la crisis de legitimidad del proceso constituyente ecuatoriano, pues revive el hecho de que "la Asamblea Constituyente, sobrepasando sus facultades y basándose en los «plenos poderes» destituyó y nombró funcionarios; dio disposiciones en materia de remuneraciones y de indemnizaciones por despido; […] suspendió concesiones mineras; […] ratificó incautación de bienes" (p. 259).

Con lo cual Ecuador se suma a los otros dos países bajo estudio, que también tenían crisis de legitimidad de sus procesos constituyentes y, por lo tanto, aunque en diferente medida, de las cláusulas pétreas que estaban contenidas en sus respectivas constituciones. Pero en el caso ecuatoriano lo primero que se debe responder es si efectivamente tiene cláusulas pétreas o no.

2.3.1. La Constitución de 2008

El artículo 441 de la CRE establece que

> La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará […].

El artículo 442 de la CRE prescribe que "La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de…".

Finalmente, el artículo 444 de la CRE señala que

> la asamblea constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el Registro Electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Según los parámetros de Colombo Murúa (2011) una parte de la cláusula pétrea ecuatoriana consistiría en la petrificación de un contenido y la otra parte se enmarcaría en la posición logicista de Merkl y Ross (pp. 69-71). En primer lugar, hay que dejar en claro que la cláusula pétrea en el Ecuador es el artículo 442, pues este excluye de todo debate parlamentario la posibilidad de imponer restricciones a los derechos y garantías constitucionales, y por otro lado imposibilita toda reforma que pretenda cambiar el procedimiento de reforma de la propia Constitución.

Al petrificar directamente los derechos y garantías y no artículos particulares es evidente que no se trata de una petrificación de un artículo, sino de la petrificación de un contenido; ahora bien, respecto del procedimiento de reforma, se puede aseverar que pertenece a la corriente logicista de Merkl y Ross, quienes defienden que "el procedimiento de reforma constitucional es inmodificable", asimismo se explica que "la inadmisibilidad de la autorreferencia procede […] del campo de la lógica, en donde se considera que las proposiciones autorreferentes carecen de sentido por ser paradójicas" (Colombo Murúa, 2011, pp. 69-70). Por lo que el Ecuador tiene un artículo que puede ser denominado cláusula pétrea y que protege un valor y una institución.

2.3.2. Inconsistencia

En el dictamen No. 5-20-RC/21 la CCE conoció el caso de una propuesta de convocatoria a asamblea constituyente, el juez ponente de aquel caso expuso que "como se observa en la pregunta, la iniciativa propone una asamblea de «plenos poderes» - poderes ilimitados,

extraordinarios, incondicionados –, sin mayor argumentación. Los «plenos poderes» implican el desconocimiento de límites" (párr. 13).

Ante lo cual, el tribunal expuso que "los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen como función, entre otras, limitar al poder. Los «plenos poderes» de una asamblea constituyente no podrían ejercerse en contra de estos derechos" (párr. 14).

En el referido dictamen se reforzó el argumento anterior afirmando que

> la reforma a la Constitución, de acuerdo con los mecanismos previstos en su texto, no permite que un órgano, como la asamblea constituyente, pueda ejercer competencias propias de los órganos que ejercen el poder constituido. […] los «plenos poderes» se podrían superponer a las garantías constitucionales e impediría prevenir, corregir y reparar potenciales violaciones a los derechos emitidas por el órgano concentrador de poder (párr. 15).

Finalmente, la CCE concluyó que

> un órgano con «plenos poderes» es incompatible con el principio republicano de la división de poderes y con una democracia constitucional, entendida como una forma de gobierno que impide la concentración de competencias y atribuciones en un único órgano. La concentración del poder en este sentido propicia el autoritarismo y la arbitrariedad (párr. 16).

Exposición que va en línea con lo que ya planteaba Colombo Murúa (2011), y es que "la noción, aparentemente avalada por el constitucionalismo, de un supuesto «poder» ilimitado y originario aparece como la herramienta ideal para que regímenes autoritarios intenten justificar las modificaciones y atropellos al Estado de derecho" (p. 134).

Sin embargo, lo relevante del citado dictamen es que en el párrafo 16 utiliza como uno de los argumentos principales el que la asamblea constituyente de plenos poderes contraviene el principio republicano y la democracia constitucional, con lo cual la jurisprudencia ecuatoriana se suma a la alemana y la brasilera en cuanto a la creación jurisprudencial de nuevos límites materiales expresos y autónomos, es decir, cláusulas pétreas. En este caso, del principio republicano y de la democracia constitucional. Pero este caso reviste de una mayor relevancia, pues a quien se le impide trasgredir esos valores no es al poder constituido, sino al mismísimo poder constituyente.

Sin embargo, el Dictamen No. 2-24-RC/24 de la CCE produce confusión. He aquí sus palabras textuales:

> la convocatoria a asamblea constituyente – reconfiguración del texto constitucional – implica la expedición de un nuevo texto constitucional y, en la mayoría de los casos, la modificación completa y exhaustiva de la existente. Por ello, la activación de este mecanismo requiere la conformación de un cuerpo colegiado especial que propicie un debate amplio sobre los principios y valores que deben reflejarse en el nuevo texto. La convocatoria a una asamblea constituyente responde a un proceso democrático participativo que pretende cambiar la Constitución de un país y que debe garantizar la representación de diversos sectores de la sociedad y la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre su ordenamiento jurídico fundamental. Finalmente, se percibe la necesidad de un cambio significativo en el orden constitucional o cuando la Constitución actual se considera obsoleta o insuficiente para abordar nuevos desafíos de gran alcance en el ámbito político, económico y social (párr. 18).

La confusión viene dada por el hecho de que afirma que una constitución puede quedar obsoleta y generar la demanda de un cambio, pero no se ratifica en el hecho de que el cambio debe estar sujeto a los límites materiales expresados en la Constitución de 2008 y ahora ampliados por la jurisprudencia.

Respecto del asunto de la competencia para garantizar el fiel respeto y cumplimiento de la cláusula pétrea, en el mismo dictamen 2-24-RC/24 se apunta que

> por la trascendencia de los mecanismos de modificación constitucional como garantía de la rigidez de la Constitución se ha establecido el control de constitucionalidad que asegure el respeto del ámbito de poder de reforma y de la activación del poder constituyente. Este control está asignado a la Corte Constitucional (art. 443 CRE) (párr. 20).

Con lo cual la CCE asume su rol como garante por excelencia de los contenidos protegidos por las cláusulas pétreas ecuatorianas.

Finalmente, aunque con otras palabras, en el dictamen 10-24-RC/25 se ha ratificado la intangibilidad de la democracia constitucional:

> se plantea que el texto de la Constitución no sea redactado por la asamblea constituyente, sino que la ciudadanía elija a partir de un texto pre elaborado [sic] por un órgano ajeno a la asamblea constituyente. Lo dicho limita el proceso parlamentario, deliberativo y democrático indispensable en el proceso de redacción del nuevo texto constitucional (párr. 24).

2.4. Similitudes y diferencias entre los sistemas jurídicos comparados

De manera separada se abordarán en los siguientes segmentos los resultados del ejercicio comparativo realizado.

2.4.1. Similitudes

En los siguientes cuadros constan las semejanzas entre los mecanismos de petrificación de los tres países.

¿Qué protegen las cláusulas pétreas?

<table>
<tr><th>Ecuador</th><th>Brasil</th><th>Alemania</th></tr>
<tr><td>• Estructura fundamental de la Constitución.
• Carácter y elementos constitutivos del Estado.</td><td>Forma federativa del Estado</td><td>• División de la Federación en Länder.
• Principio de participación de los Länder en la legislación.
• Federalismo.</td></tr>
<tr><td>Procedimiento de reforma de la Constitución.</td><td>Separación de los Poderes.</td><td rowspan="2">• Estado de derecho.
• Republicanismo.
• Democracia.
• Estado social.</td></tr>
<tr><td>Derechos y garantías constitucionales.</td><td>• Derechos y garantías individuales.
• Voto directo, secreto, universal y periódico.</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>Dignidad humana.</td></tr>
</table>

Fuente: elaboración propia

2.4.2. Diferencias

En este apartado aparecen las diferencias entre los sistemas de petrificación de los tres países.

¿Cómo están redactadas las cláusulas pétreas?

Ecuador	Brasil	Alemania
Art. 441. – La enmienda […] que no altere […], que no establezca restricciones […], o que no modifique […] se realizará […].	Art. 60 parágrafo 4. – No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir […].	Art. 79 parágrafo 3. – No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte […].
Art. 442. – La reforma parcial que no suponga una restricción […], ni que modifique […] tendrá lugar […].		

Fuente: elaboración propia.

¿Qué principios, valores o instituciones se introdujeron por vía jurisprudencial?	**Ecuador**	**Brasil**	**Alemania**
	Principio republicano y democracia constitucional	Derechos colectivos dentro de derechos y garantías individuales	Orden democrático libre

Fuente: elaboración propia.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia de estos tres tribunales bajo análisis no considera que exista una tensión entre las respectivas cláusulas pétreas y democracia, más bien una relación complementar. Por lo que abrir eventualmente en el Ecuador un debate sobre la ilegitimidad de las cláusulas pétreas basada en su naturaleza contramayoritaria no solo sería infundado doctrinariamente sino también jurídica y comparativamente.

La presente investigación constata la existencia de cláusulas pétreas jurisprudenciales, es decir, que si bien no están en el texto de la constitución se entienden incorporadas a ella por ser límites materiales explícitos y autónomos establecidos por los máximos organismos de interpretación constitucional de sus respectivos países, lo cual aunque aumente la naturaleza contramayoritaria de dichas cláusulas eternas debe entenderse como acorde al espíritu de la constitución, no por una supuesta infalibilidad de quienes integran la magistratura constitucional, sino porque tales magistraturas han sido instituidas pensando en el resguardo de los máximos intereses de la población presente y futura de la nación.

No se niega lo obvio: las cláusulas pétreas pueden ser desobedecidas *de facto*, razón por la cual corresponde al Derecho garantizar su vigencia. La vinculatoriedad de las cláusulas pétreas es de estricta observancia, el reformar o enmendar la constitución saltando u obviando el contenido protegido acarrea la nulidad de la reforma o enmienda, y como muchas de las nulidades en el Derecho conllevaría a la obligación de restaurar el estado de cosas inmediato anterior, a lo que se suma sin duda alguna lo que acontece con quien provoca la nulidad, a saber: la correspondiente sanción civil, administrativa o, especialmente, penal.

La convocatoria a una asamblea constituyente no puede significar en ninguno de los tres países, pero sobre todo en Ecuador, carta abierta para inobservar lo que las cláusulas pétreas resguardan. Para garantizar dicha observancia en caso de transición puede utilizarse como ejemplo el modelo ecuatoriano, en el que la constitución “prevé su propia muerte”, característica que en un plano práctico implica que el aparecimiento del poder constituyente de simple organización no irrumpa abruptamente, sino que intervenga de modo racional y organizado, con reglas claras que cumplan parámetros de participación democrática.

Esto último puede dar paso a una nueva categorización doctrinaria, a saber: la distinción entre poder constituyente institucionalizado en contraposición al desintitucionalizado; el primero es aquel que aparece siguiendo reglas claras y previas determinadas en la propia constitución, mientras que el segundo es aquel que se ejerce con reglas que se establecen en el proceso, son de carácter revolucionario y pueden generar cuestionamientos de legitimidad. Esto no implica en absoluto una suerte de antijuridicidad del segundo en comparación con el primero, sino solo que el primero es una transición ordenada, lo que puede denominarse como "apoptosis constitucional" y garantizaría mayor estabilidad política durante un proceso tan sensible y extraordinario como lo es el cambio total de constitución.

Si bien en el Ecuador efectivamente existen cláusulas pétreas, es necesario que la redacción no deje lugar a dudas, asimismo, no es suficiente con que existan obligaciones jurídicas internacionales que supongan límites materiales expresos, pues los tratados internacionales se pueden denunciar y el régimen internacional público se puede desconocer, pero el sentido de obligación para consigo mismo es algo que solo puede aportar la aparición de cláusulas pétreas expresas surgidas desde dentro del propio sistema doméstico.

Que la presente investigación sea recibida como un paso más para cumplir aquella vieja promesa de Hobbes:

> mucho después de que los hombres hayan empezado a constituir Estados, imperfectos y susceptibles de derrumbarse y de recaer en el desorden, puede que, mediante industriosa meditación, se descubran principios de razón que, excepto en caso de violencia externa, hagan que la constitución de un Estado dure para siempre (p. 420).

FINIS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS

Doctrina

Albert, R. (2019). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press.

Albert, R., & Emrah Oder, B. (Eds.). (2018). *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice.

Almagro Castro, D. (2015). La problemática del poder de reforma constitucional en Brasil: cláusulas pétreas, control judicial de enmiendas constitucionales y principio democrático. *Revista de Derecho Político*, 255-280.

Biscaretti Di Ruffia, P. (1996). *Introducción al derecho constitucional comparado*. Fondo de Cultura Económica.

Colombo Murúa, I. (2011). *Límites a las reformas constitucionales: Teoría de las cláusulas pétreas* (1.ª ed.). Astrea.

Correia Morais, L. (2011). *O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?* (Monografía). Sociedade Brasileira de Direito Público.

Dahl, R. (2012). *La democracia*. Editorial Ariel.

Ernst Kempen, O. (1990). Historische und aktuelle Bedeutung der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG. Überlegungen zur begrenzten Verfassungsautonomie der Bundesrepublik. *Zeitschrift Für Parlamentsfragen*, 354-366.

Gough, J. W. (1957). *The Social Contract. A Critical Study of its Development* (2.ª ed.). Oxford University Press.

Guimarães de Andrade, D. (1999). Cláusulas pétreas. *Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 3ª Região*, 91-94.

Heller, H. (1998). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.

Hobbes, T. (2018). *Leviatán. O la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Alianza Editorial.

Locke, J. (2014). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Alianza Editorial.

Masapanta Gallegos, C. (2022). *Mutación de la Constitución en Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Oyarte, R. (2022). *Derecho Constitucional* (4.ª ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2016). Derecho constitucional comparado: La ciencia y el método (1.a ed.). Astrea.

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2019). Derecho constitucional comparado: Constituciones y fuentes del derecho (1.a ed.). Astrea.

Preuss, U. (2011). The Implications of «Eternity Clauses»: The German Experience. *Israel Law Review*, 429-448.

Reitz, J. (1998). How to do Comparative Law. *The American Journal Of Comparative Law*, *46*(4), 617-636.

Rousseau, J.-J. (2012). *Del Contrato social*. Alianza Editorial.

Sant'Ana Pedra, A. (2006). Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação Legislativa*, 135-148.

Schier, P. R. (2009). Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. *Direitos Fundamentais E Democracia*, *6*, 1-10.

Schmitt, C. (2024). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.

Sieyès, E. (2012). *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza Editorial.

Suber, P. (1990). *The Paradox of Self-Amendment*. Peter Lang Publishing.

Suteu, S. (2021). *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism* (1.ª ed.). Oxford University Press.

BIBLIOGRAFÍA

Arato, A. (2017). *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge University Press.

Bobbio, N. (2022). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Brandão, R. (2022). *Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia* (4.ª ed.). Lumen Iuris.

Colón-Ríos, J. (2012). *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Routledge.

Colón-Ríos, J. (2020). *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press.

Corrêa Benjamin, C. (2013). Ainda é possível pensar a democracia a partir do poder constituinte? Uma discussão em torno de Carl Schmitt. *Revista Da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 353-372.

Dahl, R. (1989). *La poliarquía*. Tecnos.

Ferreira Filho, M. G. (1995). Significação e alcance das «cláusulas pétreas». *Revista de Direito Administrativo*, 11-17.

Fox, G., & Nolte, G. (1995). Intolerant Democracies. *Harvard International Law Journal*, 1-70.

García San José, D. (2024). El concepto de democracia en el derecho internacional. *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, 76.

Garoupa, N., & Santos Botelho, C. (2021). Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration. *German Law Journal*, 216-237.

Ginsburg, T., & Huq, A. (2018). *How to Safe a Constitutional Democracy*. The University of Chicago Press.

Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional* (1.ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Hein, M. (2020). Do constitutional entrenchment clauses matter? Constitutional review of constitutional amendments in Europe. *International Journal Of Constitutional Law*, 78-110.

Hohnerlein, J. (2024). Democratic Revisability and the Legitimacy of Constitutional Entrenchments: A Content-Specific Approach. *German Law Journal*, 1-24.

Hutchinson, A., & Colón-Ríos, J. (2011). Democracy and Constitutional Change. *Theoria: A Journal Of Social And Political Theory*, 43-62.

Loughlin, M., & Walker, N. (Eds.). (2007). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford University Press.

Martins de Andrade, F. (2009). As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, 207-226.

Negri, A. (2015). *El poder constituyente* (1.ª ed.). Traficantes de sueños.

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2018a). Derecho constitucional comparado: Sistemas constitucionales (1.a ed., Vol. A). Astrea.

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2018b). Derecho constitucional comparado: Sistemas constitucionales (1.a ed., Vol. B). Astrea.

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2020). Derecho constitucional comparado: Sistemas de justicia constitucional (1.a ed.). Astrea.

Polo Pazmiño, E. (2020). La intervención de la Corte Constitucional en los procedimientos de enmienda, reforma y cambio de Constitución. *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE*, 133-167.

Ramírez Cleves, G. (2024). Unos apuntes básicos sobre la reconstrucción del concepto Poder Constituyente. Recuperado de https://iureamicorum.blogspot.com/2024/05/unos-apuntes-basicos-sobre-la-idea-de.html

Rita Scotti, V. (2018). Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective. *Revista de Investigações Constitucionais*, *5*(3), 59-76.

Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers* (1.ª ed.). Oxford University Press.

Sant'Ana Pedra, A. (2009). Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas. *Revista Derechos y Libertades*, (22), 241-260.

Sartori, G. (2007). *¿Qué es la democracia?* (2.ª ed.). Taurus.

Schwartzberg, M. (2007). *Democracy and Legal Change*. Cambridge University Press.

Uprimny, R. (2024, 5 mayo). La democracia: entre la soberanía popular y las instituciones constitucionales. *Cambio*. Recuperado de https://cambiocolombia.com/imaginar-la-democracia/la-democracia-entre-la-soberania-popular-y-las-instituciones

Voermans, W. (2023). *The Story of Constitutions. Discovering the We in Us* (1.ª ed.). Cambridge University Press.

Normativa doméstica

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (22 de octubre de 2009). R. O. 52, Segundo Suplemento, de 22 de octubre de 2009.

Constitución de la República del Ecuador [Const.] (20 de octubre de 2008). (artículos 441, 442 y 444).

Normativa extranjera

Bundesverfassungsgerichtsgesetz [Ley del Tribunal Federal Constitucional]. (11 de agosto de 1993). Boletín Oficial Federal No. 440, de 20 de diciembre de 2024.

Constituição da República Federativa do Brasil [Constitución de la República Federativa del Brasil]. (05 de octubre de 1988). (Artículo 60).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Ley Fundamental para la República Federal de Alemania]. (23 de mayo de 1949). (Artículo 79).

Instrumentos internacionales

Carta Democrática Interamericana [CDI]. (11 de septiembre de 2001). (artículos 1, 2, 3, 7, 19, 20, 21 y 22).

Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. (18 de julio de 1978). (artículo 26).

República de Guatemala (2024). Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Guatemala relativa a Democracia y Derechos Políticos (06 de diciembre de 2024). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Jurisprudencia

Bundesverfassungsgericht. (23 de enero de 2024). Urteil 2 BvB 1/19 [Urteil des Zweiten Senats].

Bundesverfassungsgericht. (30 de junio de 2009). Urteil 2 BvE 2/08 [Urteil des Zweiten Senats].

Corte Constitucional del Ecuador. (01 de mayo de 2025) Dictamen No. 10-24-RC/25 [MP. Jhoel Escudero Soliz].

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de mayo de 2024) Dictamen No. 2-24-RC/24 [MP. Richard Ortiz Ortiz].

Corte Constitucional del Ecuador. (23 de junio de 2021) Dictamen No. 5-20-RC/21 [MP. Ramiro Ávila Santamaría].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (7 de junio de 2021) Opinión Consultiva OC-28/21.

Corte Internacional de Justicia. (27 de junio de 1986) *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*.

Supremo Tribunal Federal. (15 de septiembre de 1993). ADI 939-7/DF [MP. Sidney Sanches].

Supremo Tribunal Federal. (10 de mayo de 1996) ADI 815-3/DF [MP. Moreira Alves].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (30 de enero de 1998) *Case of United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*.