

III. DERECHO POLÍTICO IBEROAMERICANO

**LA PROBLEMÁTICA DEL PODER
DE REFORMA CONSTITUCIONAL
EN BRASIL: CLÁUSULAS PÉTREAS,
CONTROL JUDICIAL DE ENMIENDAS
CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIO
DEMOCRÁTICO**

DAVID ALMAGRO CASTRO

SUMARIO

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL en la CF 1988. 1.1 Situando la problemática del poder de reforma en el ordenamiento jurídico brasileño. 1.2 El poder de reforma constitucional en la CF 1988: aspectos formales y dinámica procesal. 2. LOS LÍMITES MATERIALES EXPRESOS AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: EN PARTICULAR, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CLÁUSULAS PÉTREAS EN EL ARTÍCULO 60, § 4.º CF. 2.1 Notas introductorias. 2.2 Contenido y alcance de las cláusulas pétreas del artículo 60, § 4.º CF: a favor de una interpretación de carácter restrictivo. 3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES Y LAS CLÁUSULAS PÉTREAS DEL ARTÍCULO 60, § 4.º CF: la necesaria autocontención judicial. 4. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 27.01.2015
Fecha aceptación: 14.09.2015

LA PROBLEMÁTICA DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN BRASIL: CLÁUSULAS PÉTREAS, CONTROL JUDICIAL DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

DAVID ALMAGRO CASTRO¹

Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CF 1988

1.1 Situando la problemática del poder de reforma en el ordenamiento jurídico brasileño

El debate sobre la función y límites del poder de reforma constitucional en el Estado democrático de Derecho presenta en el ordenamiento jurídico brasileño características diferenciadoras que por su relevancia merecen un estudio sistemático e individualizado. Una primera aproximación a la realidad constitucional del gigante latinoamericano revela un cuadro sin parangón en las democracias representativas contemporáneas.

El ordenamiento constitucional parece vivir una situación de continua reforma ante la profusión de enmiendas aprobadas desde la entrada en vigor de la CF.

¹ Pos-doctorando en Derecho en la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y en Derecho Constitucional por PUCRS. Profesor asistente programa de pos-graduación en Derecho de PUCRS.

En el momento en que se escriben estas reflexiones son ¡84! las reformas introducidas desde 1988. Una cifra que causa mayor estupefacción si se compara con el inmovilismo reformista de un legislador español que en treinta y cinco años solo ha considerado conveniente reformar la CE 1978 en dos ocasiones. La última de ellas, dicho sea de paso, con nocturnidad, alevosía e innegable desprecio por los principios que han de presidir la reforma de la Constitución².

Este hiperactivismo reformista encuentra su origen en la complejidad, tensión y desconfianza mutua que presidieron los trabajos de redacción de la CF. El resultado fue la promulgación de un texto constitucional excesivamente prolijo, detallista y con una densidad normativa muy superior a otras Cartas Magnas que, como la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la CE 1978, le sirvieron de referente.

Sus 246 artículos, 74 disposiciones transitorias, sus centenas de párrafos y millares de incisos hablan por sí solos de su grado de densidad normativa y detallismo. Es junto a la CP 1976 (298 artículos) y la Constitución de la India (395 artículos) un ejemplo paradigmático de Constitución analítica. Una de sus consecuencias principales fue la reducción del radio de acción del legislador ordinario en la tarea de producción del Derecho. Cuestiones de legislación ordinaria fueron indebidamente incorporadas al texto constitucional dando lugar a la «necesidad» de invocar continuamente un poder de reforma constitucional que ha terminado por perder su naturaleza de poder de uso puntual y moderado. Tan solo en el año 2014 se hizo uso del mecanismo de la reforma constitucional en siete ocasiones.

Este escenario se complica aún más ante la decisión del constituyente de 1988 de introducir límites expresos al poder de reforma constitucional —con una amplitud sin precedentes en la historia constitucional brasileña— en el artículo 60, § 4.º CF. En este punto puede observarse una notable simetría con el artículo 288 de la CP 1976³. La novedad no fue la inclusión de cláusulas

² En este sentido, cf. LÓPEZ AGUILAR, J. F (2012). «De la Constitución irreformable a la reforma constitucional exprés», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.29, pp. 199-218; VILLAVERDE GIMÉNEZ, I (2012). «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, pp. 483-498.

³ Art. 288. As leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) A independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas do Estado; d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do

pétreas propiamente dichas sino, y como se advirtió anteriormente, su carácter expansivo. La forma federal del Estado, el sufragio directo, secreto, universal y periódico, la separación de Poderes y los derechos y garantías individuales son categorías jurídicas resistentes a la potestad reformadora del *Congreso Nacional*. Esta decisión reduce exponencialmente la capacidad de las generaciones pos-88 de reformar determinados ámbitos materiales sin necesidad de recurrir nuevamente al poder constituyente original.

No cabe dudar de la adopción en la CF 1988 de un modelo de democracia militante en el que, como es bien sabido, los elementos estructurales del ordenamiento político-jurídico quedan al margen del espacio de deliberación y acción del poder reformador. La oportunidad, corrección y consecuencias de establecer un elenco de cláusulas pétreas tan amplio como el del artículo 60, IV CF y las diferentes teorías doctrinales al respecto deben ser objeto de un juicio crítico detallado.

Se cierra este artículo con un breve análisis de la posición del Poder Judicial como garante de la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales. Una cuestión que, como es bien sabido, no tiene una solución homogénea en el Derecho Constitucional comparado. En este punto nos decantamos por una posición de autocontención del órgano judicial por las razones que en su momento se aducirán. Pero no adelantemos acontecimientos y comencemos por el principio.

1.2 *El poder de reforma constitucional en la CF 1988: aspectos formales y dinámica procesal*

La CF 1988 se enmarca dentro del elenco de Constituciones reconocibles como rígidas de acuerdo a la clásica distinción de James Bryce⁴. Esta característica implica que la Norma Suprema contiene entre sus disposiciones el mecanismo de la reforma constitucional. Este instituto jurídico, es notoriamente sabido, sirve al propósito de otorgar estabilidad y permanencia al orden constitucional⁵.

poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; m) A independência dos tribunais; n) A autonomia das autarquias locais; o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

⁴ Cf. BRYCE, J. (1998). *Constituciones flexibles y rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

⁵ Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006). «Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales em Chile», *Estudios Constitucionales*, año 4.º, n.º 2, p. 439.

Su naturaleza jurídica es la de un poder intermedio entre el legislador ordinario y el legislador constituyente; de invocación puntual, limitado y sometido a estrictas garantías procedimentales y límites materiales⁶. Su trascendencia en el ordenamiento constitucional es tal que sin este mecanismo no cabe hablar de Constitución racional normativa⁷.

La Constitución es norma jurídica que nace con vocación de permanencia en el tiempo. Esta pretensión exige su adaptabilidad a unas sociedades democráticas caracterizadas por su dinamismo, complejidad y heterogeneidad. Si se quiere instituir un poder realmente democrático —consecuencia lógica de la consideración del principio de soberanía popular como elemento constitutivo de la Constitución— ha de lograrse que la Carta Magna se corresponda con la realidad y las demandas sociales reconocidamente mayoritarias⁸. Su deseable reforma debe ser garantizada en sede constitucional de acuerdo al principio del paralelismo de las formas⁹. Ello quiere decir que la alteración de las disposiciones del texto constitucional debe estar revestida de garantías procedimentales más exigentes que las que pesan sobre el legislador ordinario¹⁰.

La naturaleza y función del poder de reforma es definida por el profesor Carlos Ayres Britto en unos términos suscritos por parte relevante de la doctrina brasileña¹¹. En opinión del ilustre profesor y ex Ministro del *Supremo Tribunal Federal* (en adelante, STF) los actos de reforma de la Carta Magna son únicamente válidos en tanto en cuanto supongan: a) El fortalecimiento de los fundamentos organizativos de la República Federativa enumerados en el art. 1.º, incisos I a V¹² y/o; b) El logro

⁶ Véase QUADROS DE MAGALHÃES, J. L. (2010). «Reflexões sobre democracia e poder constituinte», *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.º 21, p. 6.

⁷ Cf. PÉREZ ROYO, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional* 12 ed, Madrid, Marcial Pons, p. 126.

⁸ Cf. BONAVIDES, P. (2010). *Teoría geral do Estado*, 8.ª ed, São Paulo, Malheiros Editores, p. 347. Véase GONÇALVES FERREIRA FILHO, M. (2005). *O poder constituinte*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, p. 124. En sentido similar, véase VALDER DO NASCIMENTO, C. (1993). «Revisão constitucional: âmbito, alcance e limites», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 120, p. 132; MARQUÊS TEIXEIRA, J. E. (2003). «O poder Constituinte originário e o poder constituinte reformador», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 158, p. 205.

⁹ Cf. PÉREZ ROYO, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional* 12 ed, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰ Véase BRANDÃO, R. (2007). «Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4.º, IV da CF/88», *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.º 10, p. 7; HART, H. L. (2012). *O conceito de Direito*, 1.ª ed, 2.ª tiragem, São Paulo, Martin Fontes, pp. 87 y ss.

¹¹ Cf., entre otros, VIEIRA, O. V. (1999). «A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma», São Paulo, Malheiros.

¹² Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

de los objetivos fundamentales de la propia República Federativa esculpidos en el art. 3 CF¹³. La reforma de la Constitución debe perseguir únicamente el perfeccionamiento de aquello que se propone con el propio acto de enmienda. La intención de aquella ha de ser servir mejor a la Constitución o, en palabras del propio autor «para que los principios estructurantes de la Constitución tengan a su disposición todos los medios de concreción que el pasar del tiempo exija como los más adecuados»¹⁴. Dicho con otras palabras: el objetivo de la reforma no ha de ser jamás el de defraudar o debilitar los principios axiales de la Constitución. La obra constitucional ha de sobreponerse a cualquier reforma en su núcleo fundamental¹⁵.

La voz «reforma» tiene connotaciones propias en el ordenamiento jurídico brasileño. A diferencia de otros ordenamientos como el español —donde queda acotado al procedimiento del artículo 167 CE— dicho término alude a toda y cualquier alteración del texto constitucional con independencia de su extensión¹⁶. Sus manifestaciones concretas son dos: la enmienda y la revisión constitucional¹⁷.

Por enmienda constitucional se entiende, en una primera aproximación de carácter descriptivo, aquella alteración de naturaleza específica y limitada desprovista de tintes revisionistas generales. La revisión, por el contrario, hace referencia a una modificación profunda y sustancial del texto constitucional. Tiene carácter excepcional y fue prevista con carácter expreso en el *Ato das Disposições Transitórias* (artículo 3.º)¹⁸. Su celebración tendría lugar una única vez

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹³ Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁴ Véase AYRES BRITTO, C. (2005). «Constituição e o monitoramento de suas emendas», *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.º 1, p. 7.

¹⁵ Véase MARTINS DE ANDRADE, F. (2009). «As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 181, p. 210.

¹⁶ Cf. MACHADO HORTA, R. (1994). «Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 121, p. 46.

¹⁷ Véase C. AYRES BRITTO, C. (2005). «A Constituição e o monitoramento de suas emendas», *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, *op. cit.*; VARGAS GROFF, P. (2006). «Constituição de 1988 e reformas», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 43; ANTUNES ROCHA, C. L (1993). «Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 120.

¹⁸ Véase SARLET, I. (2012). «Do poder constituinte e da mudança constitucional. Reforma e mutação», en SARLET, Ingo W. *et al. Curso de direito constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais,

transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la CF y una vez realizado el plebiscito sobre la forma y sistema de gobierno del Estado brasileño.

La revisión llevada a cabo en atención a esta disposición transitoria se asemejó a un procedimiento simplificado de alteración constitucional. Según aquél, a través de la revisión se aprobarían cambios en la CF mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros de las casas del *Congresso Nacional* —*Câmara dos Deputados* y *Senado*—. Este procedimiento supuso una excepción a la exigencia prevista en el artículo 60, § 2.º CF que establece la mayoría de 3/5 de los miembros de cada Cámara en dos turnos. La excepcionalidad de este procedimiento revisorio hace innecesario un análisis más detallado.

El procedimiento de enmienda constitucional es objeto de regulación en los artículos 59 y 60 CF. El artículo 59 incluye la enmienda constitucional entre los diferentes supuestos de creación normativa¹⁹. Esta inclusión permite suponer que la enmienda tiene naturaleza similar al acto de legislar. Un argumento adicional en favor de esta interpretación se deriva del hecho de que la enmienda se elabora y aprueba en el *Congresso Nacional* tal y como ocurre con las leyes propiamente dichas. Uno y otro argumento permiten definir la enmienda como un acto normativo que se diferencia de los demás por hallarse sujeto a un *iter* procesal agravado²⁰.

La dinámica procesal de la enmienda constitucional se encuentra regulada en el artículo 60 CF, perteneciente al Título IV, Capítulo II, Seção VIII, Subseção II, titulado «Da emenda à Constituição»²¹. Su objeto principal es la ordenación general de los requisitos y limitaciones formales y materiales que le

p. 108; DA CUNHA JUNIOR, D. (2012). *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed, Salvador, Juspodium, pp. 256-257.

¹⁹ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

²⁰ CF. GONÇALVES FERREIRA FILHO, M. (2005). *O poder constituinte*, 4 ed, *op. cit.*, p. 238.

²¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1.º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2.º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3.º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4.º 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

conferen legitimidad. La regulación se abre en el párrafo I exigiendo que la propuesta sea presentada por un tercio al menos de los miembros de la *Câmara dos Deputados* —171 de los 513 miembros— o bien del Senado —27 de los 81 miembros—. Se trata de un acto de indudable naturaleza colectiva derivado de su trascendencia constitucional.

La naturaleza de acto colectivo se ha visto alterada por la aceptación de una práctica política conocida popularmente como «apoyo» y que consiste en firmar a favor de la iniciativa de un parlamentario sin comprometerse a votar a favor de la misma. Estamos ante un fraude constitucional cuya continua repetición ha terminado por otorgarle carta de naturaleza. En otro orden de cosas, nada dice el texto constitucional sobre cuál de los dos órganos ha de iniciar el procedimiento de reforma. La concreción de este aspecto de la dinámica procesal se encuentra en el Reglamento interno de las Cámaras legislativas²².

El apartado II atribuye la iniciativa del poder de reforma al *Presidente da República*. Tratándose de un acto emanado de un órgano unipersonal, la propuesta de enmienda se inicia obligatoriamente en la *Câmara dos Deputados* conforme señala el inciso 1.º del art. 201 de su Reglamento interno. La participación del *Presidente da República* se limita a la iniciativa. No se precisa la sanción presidencial y queda descartado el veto presidencial, tal y como sucede en los casos de las leyes *complementares* u ordinarias.

El apartado III otorga la legitimidad activa en materia de enmienda a la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación mediante la mayoría simple de cada uno de sus miembros. En este caso el procedimiento puede iniciarse en cualquiera de las dos cámaras que componen el *Congresso Nacional* según se desprende de los Reglamentos internos de ambos cuerpos legislativos²³. Esta hipótesis de reforma constitucional, procedimentalmente más compleja por la cantidad de órganos constitucionales envueltos, goza en abstracto de una mayor legitimidad democrática al traer origen de la mayoría de los Parlamentos de los Estados brasileños. Hubiera sido conveniente otorgarles la competencia de ratificar las enmiendas aprobadas por el *Congresso Nacional* mediante la mayoría absoluta de sus miembros siempre que representasen la mayoría de la población brasileña. Tal procedimiento reforzaría la legitimidad del poder de reforma y atribuiría mayor legitimidad al sistema federal brasile-

individuais. § 5.º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

²² En este sentido, véase el art. 212 *Regimento interno do Senado Federal*; art. 201, inciso I, *Regimento interno da Câmara dos Deputados*.

²³ En este sentido, *vid.* art. 212 *caput* del Reglamento del Senado Federal; art. 201, inciso I, Reglamento interno de la Cámara de los Diputados.

ño²⁴. No obstante, su complejidad procesal le resta muchas posibilidades de ser puesta en marcha.

El § 1.º del artículo 60 introduce una limitación circunstancial al poder de enmienda constitucional de producirse la intervención federal o declararse el estado de defensa o de sitio. Estas circunstancias de crisis constitucional reducen sin duda la capacidad de libre deliberación y normalidad institucional que ha de rodear al procedimiento de enmienda constitucional. El sentido de esta limitación encuentra justificación en que las alteraciones de la Constitución no han de producirse al calor de circunstancias institucionalmente adversas²⁵.

El § 2.º del artículo 60 regula el procedimiento de aprobación de la enmienda constitucional. El proyecto ha de ser aprobado en cada casa del *Congresso Nacional* en dos turnos de votación con el quórum reforzado de 3/5 de los votos de cada miembro en cada turno de votación. La exigencia de una doble votación en cada Casa del Congreso a aprobar por mayoría de 3/5 es la mayor dentro del proceso legislativo y es el distintivo lógico y natural de acuerdo a su trascendencia constitucional.

Por último, el § 3.º atribuye a las Mesas de la *Câmara dos Deputados* y del Senado la competencia para la promulgación de las enmiendas constitucionales. Ello hace innecesario, como se refirió anteriormente, la sanción y excluye el veto presidencial.

Como puede fácilmente comprobarse, las características y dinámica procesal del poder de reforma constitucional de la CF 1988 no difieren sustancialmente de otras Cartas constitucionales coetáneas a la brasileña. El ejemplo de la CE 1978 es bien ilustrativo. No puede decirse lo mismo en el apartado de los límites expresos al poder de reforma. El legislador constituyente brasileño optó por instituir límites materiales expresos al poder de reforma constitucional en el artículo 60, § 4.º CF, las popularmente conocidas como cláusulas pétreas. La amplitud de las mismas —que afecta a categorías con ramificaciones en otras partes del texto constitucional— y la existencia de un amplio sector doctrinal proclive a interpretaciones extensivas introducen matices propios en la tensión dialéctica entre constitucionalismo y democracia que precisan un análisis crítico sistemático.

²⁴ Véase VARGAS GROFF, P.(2006). «Constituição de 1988 e reformas», *Revista de Informação Legislativa*, op. cit., p. 9.

²⁵ Cf. SARLET, I; BRANDÃO, R (2014). «Art. 60. Da emenda à Constituição», en GOMES CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1.ª ed, 5.ª tiragem, São Paulo, Saraiva, p. 1128.

2. LOS LÍMITES MATERIALES EXPRESOS AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: EN PARTICULAR, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CLÁUSULAS PÉTREAS EN EL ARTÍCULO 60, § 4.º CF.

2.1 *Notas introductorias*

En el apartado introductorio se dijo que la CF 1988 se inspiró principalmente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la CP 1976 y la CE 1978 a la hora de dar forma a los contenidos materiales básicos. En el apartado que nos ocupa, el constituyente brasileño tomó como referente la línea seguida en el artículo 288 de la CP 1976. Una rápida lectura de este precepto basta para comprobar su notable influencia en la redacción del artículo 60, § 4.º CF²⁶.

La problemática derivada de la imposición de límites materiales al poder de reforma constitucional —una verdadera aporía del Estado Constitucional— se refleja en las consecuencias dialécticas y de orden práctico que su incorporación a un texto constitucional tienen para la definición del alcance y límites del principio democrático. Una polémica cuyo origen histórico se remonta a los albores del Estado Constitucional cuando Thomas Jefferson se preguntaba si una generación de hombres tiene el derecho de vincular a otra²⁷. Del otro lado del Atlántico, los jacobinos respondían en términos bien más explícitos al afirmar en el artículo 28 de la Constitución de 1793 que una generación no podía sujetar a sus leyes a las generaciones futuras. La consabida brevedad del texto constitucional imposibilitaría de raíz su aplicabilidad práctica.

La tensión entre democracia y constitucionalismo se sitúa —en el ámbito de este estudio— en la oportunidad y conveniencia de establecer límites materiales al poder de reforma constitucional. Como es bien sabido, la finalidad última de la democracia es el logro de la autorreferencialidad normativa de la ciudadanía. No menos conocida es la última *ratio* del constitucionalismo: la división del poder político y su dispersión en múltiples centros de poder sometidos a fiscalización entre sí. Dicho con otras palabras: mientras el ideario constitucionalista establece su epicentro teórico en la limitación del poder político por los diversos

²⁶ Debe aclararse que el artículo 288 CP 1976 es aún más prolijo que el artículo 60, § 4.º CF al incluir cuestiones como la separación de la Iglesia y el Estado, otras relativas a la Constitución Económica y de relaciones entre los diferentes entes administrativos que conforman el Estado portugués.

²⁷ Cf. JEFFERSON, T. (1994). «Letter to Samuel Kerchival, July 12, 1816», en JEFFERSON, T. *The Essential Thomas Jefferson*, New Jersey, Gramercy Books, p. 314.

centros de poder, la democracia refuerza la extensión del mismo en favor de su titular supremo, la ciudadanía²⁸.

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 immanentes al texto constitucional²⁹.

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. En este sentido, un amplio sector de la doctrina brasileña e internacional los considera garantías en favor de la preservación de la identidad ideológica de la Constitución³⁰.

Ya se anticipó que la presencia de cláusulas pétreas en el constitucionalismo brasileño no es una idea original del constituyente del 88. Otros textos constitucionales históricos ya contaron con ellas, si bien ceñidas a la inderogabilidad de la forma republicana del gobierno y la forma federativa del Estado³¹. Es la amplitud la nota distintiva de la CF ya que se incluyen por vez primera los derechos y garantías individuales, el derecho de sufragio con sus características esenciales —directo, secreto, universal y periódico— y la Separación de Poderes.

²⁸ Cf. BRANDÃO, R (2008). *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, p. 33; KARAM DE CHUERI, V.; GODOY, M. G. (2010). «Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte», *Revista Direito GV*, São Paulo, n.º 6, p. 160.

²⁹ Véase LOWENSTEIN, K (1979). *Teoría de la Constitución*, 3 ed, Barcelona, Ariel, p. 189.

³⁰ Véase DE GOES NOGUEIRA, C. (2005). «A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 166, p. 83; DE SOUZA SAMPAIO, N. (1995). *O poder de reforma constitucional*, 3ed, Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda, pp. 82 y ss; COELHO, I. (1994). «Os Limites da Revisão Constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 121. SARMIENTO, D. (2004). «Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e Reforma da Previdência», en: TAVARES, M. L. (org). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, pp. 1-49.

³¹ En este sentido, *vid.* art. 90, §4, de la Constitución de 1891, que incluía igualmente la representación de los Estados en el Senado, a semejanza de la Constitución de los EE. UU; el art. 178, § 5, de la Constitución de 1934; el art. 217, § 6.º de la Constitución de 1946; art. 51 de la Constitución de 1967; y los artículos 47 y 48 de la Enmienda Constitucional n.º 1 de 1969.

La amplitud del ámbito material de las cláusulas pétreas del artículo 60, § 4.º CF hunde sus raíces históricas en la desconfianza que presidió los trabajos de la Asamblea Constituyente. Como resultado de ello, el legislador constituyente del 88 acabó limitando la acción política de las generaciones futuras al dejar fuera del espacio de deliberación política y reforma jurídica categorías elementales como los derechos y garantías individuales y la propia Separación de Poderes. Tras esta decisión paira el evidente conservadurismo e inmovilismo que el legislador constituyente quiso imprimir a la democracia brasileña³².

Esta nuestra opinión no es compartida por otros autores de la doctrina nacional para quienes el artículo 60, § 4.º CF es un útil dique de contención frente al arbitrio de mayorías ocasionales que, al albur de vientos de cola, pudieran introducir reformas que al afectar a categorías jurídicas esenciales pudieran desnaturalizar el orden constitucional³³.

La redacción del § 4.º, que afirma que no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda *tendente a abolir* las categorías jurídicas consideradas cláusulas pétreas, es objeto de intensa polémica doctrinal. Para algunos autores el fin último del artículo 60, § 4.º CF no es tan solo evitar la destrucción pura y simple de la Constitución o de ciertos valores superiores. Está igual y expresamente prohibida cualquier propuesta que tienda a abolir, minimizar o vaciar de contenido y eficacia de forma directa o indirecta los elementos del orden constitucional incluidos en el mismo. Otros autores van aun más allá al afirmar que una interpretación *a sensu contrario* de tal expresión legitima la aprobación de enmiendas tendentes a ampliar las previsiones del § 4.º del artículo 60 CF³⁴.

De admitirse la interpretación extensiva referida *ut supra* se corre el riesgo más que evidente de periclitar el texto constitucional y forzar la ruptura de la normalidad institucional ante el estrangulamiento de la acción política democrática. No ha de olvidarse que la Constitución democrática es una norma de carácter abierto y como tal debe poder ser adaptable a aquellos cambios sociales respaldados por una amplia mayoría social³⁵.

³² Cf. DE GOES NOGUEIRA, C. (2005). «A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras», *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 85.

³³ Véase FERREIRA, E. (1996). «Inconstitucionalidade de emendas à Constituição», *Revista de Informação Legislativa*, n.º 132, p. 290; SARLET, I.; BRANDÃO, Rodrigo (2014). «Art. 60. Da Emenda à Constituição», en GOMES CANOTILHO, J. J. *et al. Comentários à Constituição do Brasil*, *op. cit.*, p. 1129.

³⁴ Véase SANT'ANA PEDRA, A (2005). *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 138.

³⁵ Cf. HABERLE, P. (2013). *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos; PÉREZ ROYO, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed, *op. cit.*, p. 128.

Esta afirmación nos lleva a inclinarnos por una interpretación restrictiva del alcance de la expresión *tendente a abolir*. Las enmiendas constitucionales que no desdibujen el contenido esencial de los institutos jurídicos protegidos por la cláusula pétrea, es decir, aquellas que incidan sobre aspectos marginales de la norma que no alcancen sus fundamentos básicos han de ser consideradas constitucionales³⁶. Si la ley puede restringir el contenido de los derechos fundamentales siempre y cuando respete el núcleo esencial y supere el juicio de proporcionalidad, no parece descabellado afirmar que la enmienda constitucional pueda hacerlo igualmente. Esta orientación permite, por extensión, conjugar los diferentes intereses perseguidos por una y otra categoría jurídica: la protección de la estabilidad institucional de las cláusulas pétreas y la necesidad de ir desarrollando el proyecto constitucional de acuerdo a la evolución social³⁷.

2.2 *Contenido y alcance de las cláusulas pétreas del artículo 60, § 4.º CF: a favor de una interpretación de carácter restrictivo*

Una cuestión de primer orden es la concreción del contenido objetivo de las categorías jurídicas incluidas en el artículo 60, § 4.º CF. Ya se anticipó en el apartado introductorio que el alto grado de densidad normativa de la CF provocó la constitucionalización de numerosas materias que podrían haber caído dentro del ámbito material de la ley ordinaria. Esta realidad hace más necesaria si cabe la concreción de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 60, § 4.º CF.

La primera de las categorías jurídicas incluidas en el § 4.º es la forma federativa del Estado. La idea central de su consideración como cláusula pétrea es la consagración de un Estado federal indisoluble, de acuerdo al artículo 1.º CF y sustentado sobre la base del mantenimiento de la autonomía de los entes federados del artículo 18³⁸ y el desarrollo armonioso entre los mismos. Son características básicas del principio federativo: a) la autonomía política de los entes federados; b) la autonomía competencial de acuerdo a la distribución realizada en la Constitución; c) la participación de los diferentes Estados en la formación

³⁶ En sentido similar, cf. NOVELLI, F. B. (1995). «Norma constitucional inconstitucional?», *Revista Forense*, n.º 330, pp. 80-83.

³⁷ Cf. WOLFGANG SARLET, I.; R. BRANDÃO (2014). «Artículo 60. Da emenda à Constituição», en GOMES CANOTILHO, J. J. *et al. Comentários à Constituição Brasileira, op. cit.*, p. 1132.

³⁸ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

de la voluntad nacional; d) la indisolubilidad del vínculo federativo. Un ejemplo ilustrativo de límite irresistible sería la propuesta de enmienda que buscara transformar el Estado federal brasileño en un Estado unitario descentralizado o uno de corte autonómico como el propio de la CE 1978. Más allá de estas líneas rojas —que constituyen los delineamientos básicos de la obra del legislador constituyente— cabrán alteraciones orientadas a la corrección y el perfeccionamiento de las cláusulas atinentes al principio federativo. Un buen ejemplo de ello es la enmienda constitucional 45/2004 que autorizó las transferencias de competencias de la Unión a los Estados o la creación de un órgano de control recíproco entre los poderes, el *Conselho Nacional de Justiça*³⁹.

El inciso II del § 4.º hace referencia al sufragio directo, secreto, universal y periódico. La condición de sufragio directo impide cualquier enmienda que pretendiese instituir la votación indirecta para cargos electivos más allá de las hipótesis previstas en la CF⁴⁰. La universalidad del sufragio se explica por sí misma en la actitud del constituyente en facultar el voto de los ciudadanos de entre dieciséis y dieciocho años y los analfabetos. Una y otra cláusula son insuprimibles. La periodicidad del voto es consustancial a la periodicidad de los mandatos, impidiéndose la renovación automática de los mandatos sin la validación del Cuerpo Electoral. Esta circunstancia no ha impedido alterar la duración de determinados mandatos electivos. La EC 16/97 introdujo la reelección en el cargo de Presidente de la República y la reducción del mismo de cinco a cuatro años. Por último, el voto secreto es una garantía cuya inalterabilidad se explica por sí misma.

La tercera voz que forma parte del § 4.º es el principio de Separación de Poderes. La CF contiene algunos parámetros básicos que estarían al margen del poder de reforma, a saber: a) el sistema de gobierno presidencialista; b) la atribución con carácter preferente de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial a los respectivos poderes; c) la concesión a los poderes y sus miembros de la autonomía, garantías y el establecimiento de las prohibiciones que posibiliten el normal ejercicio de sus funciones; d) la atribución de funciones atípicas a los poderes; d) el establecimiento de sistemas de control mutuo. En consecuencia será inconstitucional cualquier enmienda que desequilibre el principio de armo-

³⁹ El STF, en la ADI 3.367-1/DF consideró constitucional la institución del *Conselho Nacional de Justiça* por la EC 45/2004, rechazando la violación del principio federativo y de separación de poderes esgrimido por los recurrentes.

⁴⁰ Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1.º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

nía que debe presidir el funcionamiento de los citados poderes dando paso, por ejemplo, a relaciones de subordinación entre ellos.

El inciso IV del artículo 60, § 4.º de la CF merece un tratamiento diferenciado ante la fuerte polémica doctrinal sobre el contenido y alcance de la expresión *direitos e garantías individuais* del artículo 5.º CF. Una controversia que, debe adelantarse, encuentra su origen en la falta de rigor científico y técnica legislativa mostrada por el constituyente en la redacción del catálogo de derechos fundamentales de la CF⁴¹. Valga como ejemplo el uso indistinto de las expresiones derechos y garantías fundamentales del Título II; derechos y deberes individuales y colectivos del Capítulo I del Título II; derechos sociales del Capítulo II del Título II; derechos políticos del Capítulo IV del Título II; derechos y libertades constitucionales del artículo 5.º, LXXI y otras similares a lo largo del texto constitucional.

La ausencia de tratamiento coherente y sistemático tiene reflejo inmediato en la labor hermenéutica. La doctrina viene valiéndose de dos lecturas bien diferenciadas para concretar el contenido y alcance de la decisión del constituyente. Una primera corriente doctrinal afirma —sobre la base de una interpretación literal eminentemente restrictiva— que tan solo los derechos y garantías de cuño individual incluidos en los incisos del artículo 5.º tienen la condición de cláusulas pétreas. Ello supondría excluir de tal condición —salvo lo expresamente dispuesto en el artículo 60, § 4.º CF— los derechos sociales del artículo 6, los derechos políticos de los artículos 14-16 y los derechos de nacionalidad de los artículos 12 CF. Esta tesis implica admitir una suerte de jerarquización entre las diferentes dimensiones de derechos fundamentales establecidas en la CF⁴².

Un sector relevante de la doctrina, encabezado por Ingo Sarlet, se inclina por otorgar la condición de cláusulas pétreas al conjunto de derechos fundamentales establecidos en la CF con independencia de su condición de derechos de defensa o prestacionales. El sistema constitucional de protección de derechos fundamentales —la eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales del artículo 5.º, § 1.º y el propio artículo 60, § 4.º CF— se caracteriza por su unicidad. Según estos, una lectura sistemática de la CF no admite establecer jerarquías de una dimensión de derechos fundamentales en detrimento de otra de acuerdo a la tesis de la indivisibilidad e interdependencia existente entre ellos⁴³.

⁴¹ En este sentido, cf. SARLET, I. (2011). *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ed, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

⁴² Una crítica especialmente oportuna a la insuficiencia de la interpretación literal es la realizada por BRANDÃO. Cf. BRANDÃO, R. (2008). *Direitos fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

⁴³ Cf. SARLET, I. (2003). «A problemática dos direitos fundamentais Sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição», en SARLET, I. *Direitos fundamentais Sociais: Estudos*

La polémica doctrinal no se agota en la idoneidad de una u otra técnica hermenéutica. La teoría de los límites implícitos es igualmente esgrimida como argumento para la fijación del contenido y alcance de las cláusulas pétreas. Una parte de la doctrina —con base en la teoría de los límites implícitos al poder de reforma— atribuye la condición de cláusula pétrea implícita al propio artículo 60, § 4.º CF así como a las materias incluidas en el Título I de la Constitución referidos a los Principios fundamentales, los principios de las relaciones internacionales (art. 4.º, I a X, así como el párrafo único), los derechos sociales (arts. 6.º e 7.º), la definición de la nacionalidad brasileña (art. 12, I, a, b, c, II, a, b), etc.⁴⁴

La teoría de los límites implícitos nos parece difícilmente sustentable por dos motivos. En primer lugar, resulta complejo admitir que un legislador constituyente como el del 88, caracterizado por su indiscutible prolijidad y direccionismo, se decantase por una regulación generalista del núcleo intangible de la Constitución. En este sentido, y haciendo propio el comentario de Gonçalves Ferreira Filho, no parece que el constituyente albergase el objetivo de regular de forma incompleta la materia con el «[...] objetivo de excitar la capacidad investigadora de los juristas»⁴⁵. En segundo lugar, aceptar límites implícitos a los ya de por sí amplísimos límites expresos al poder de reforma supondría la más que probable periclitación del texto constitucional y la banalización del poder de reforma como mecanismo garante de la adaptabilidad de la Constitución a las mudanzas inherentes al proceso democrático.

No hay que olvidar que la propia Constitución es una norma esencialmente abierta, un acto de creación por una determinada sociedad que pretende normativizar a presente y futuro los principios y valores elementales que posibilitan una convivencia social estable y duradera. La Constitución, como reflejo normativo de una sociedad y un tiempo histórico determinados, debe garantizar su adaptabilidad a aquellas mutaciones sociales ampliamente respaldadas por el

de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, Rio de Janeiro, Renovar. En este sentido, cf. STF, ADIN 939-DF, en la que el Alto Tribunal se inclinó por una interpretación extensiva de la expresión «direitos e garantias individuais» incluyendo las diferentes dimensiones de derechos fundamentales concebidas por la doctrina de los derechos fundamentales.

⁴⁴ Véase MACHADO HORTA, R. (1994). «Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p.49; VARGAS GROFF, P.(2005). «Constituição de 1988 e reformas», *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 10; SARLET, I. (2012). «Do poder constituinte e da mudança constitucional. Reforma e mutação», en SARLET, Ingo W. *et al. Curso de direito constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 124 y ss.

⁴⁵ Cf. GONÇALVES FERREIRA FILHO, M. (1995). «Significado e alcance das cláusulas pétreas», *Revista de Direito Administrativo*, n.º 202, p. 14.

titular de la soberanía popular⁴⁶. Los límites al poder de reforma, de haberlos, han de configurarse con carácter eminentemente restrictivo por las razones que se aducirán a continuación.

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. Las preguntas claves son dos: ¿Contribuye la limitación del poder de reforma constitucional a tal objetivo? Y si es así ¿dónde situar el límite?

La restricción excesiva del poder de reforma llevaría a una más que probable *periclitación* del texto constitucional y una posible ruptura de la normalidad institucional provocada por la eliminación del debate y la reforma política de aspectos centrales para la convivencia democrática. Su reverso, el *hiperreformismo* constitucional, conduciría a la depreciación de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y a una problemática inseguridad jurídica. La aludida eternidad de las cláusulas pétreas es por sí misma contraria a la naturaleza forzosamente evolutiva y transformadora de la sociedad democrática⁴⁷. Una problema que adquiere perfiles aun más complejos por la consabida naturaleza analítica y dirigente de la CF.

Uno de los argumentos esgrimidos por un sector relevante de la doctrina para la interpretación extensiva de las cláusulas pétreas —que admitiría la existencia de límites materiales e implícitos al poder de reforma— es la más que probable utilización demagógica y/o oportunista del instituto de la reforma por mayorías políticas puntuales⁴⁸. Una tesis que conviene matizar para no dejarnos llevar por sugerentes cantos de sirena. Las sociedades democráticas se caracterizan por su dinamismo, heterogeneidad y complejidad. La estabilidad social e institucional no puede ser la resultante de una corriente estática impuesta por el Estado. En el Estado democrático de derecho la estabilidad ha de ser la resultante del equilibrio de los diferentes movimientos políticos con presencia en las instituciones centrales de aquél.

El presunto argumento de la inestabilidad política no admite mantener como válidos principios y parámetros configuradores del orden jurídico-político con-

⁴⁶ Véase HESSE, K (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75.

⁴⁷ En sentido similar, cf. HÉRNANDEZ VALLE, R. (2006). «El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional», *Estudios Constitucionales*, año 4.º, n.º 2, p. 460.

⁴⁸ En sentido contrario, cf. AYRES BRITTO, C. (2005). «Constituição e o monitoramento de suas emendas», *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, *op. cit.*, pp. 7 y ss; Cf. VARGAS GROFF, P. (2005). «Constituição de 1988 e reformas», *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 14.

siderados inequívocamente inválidos por las generaciones vivas⁴⁹. Cada generación debe ser artífice de su propio destino y ello exige posibilitar la reforma y evolución de las normas jurídicas de acuerdo a las demandas sociales⁵⁰. De lo contrario el texto constitucional se impondrá al tiempo, dejando al pueblo y las generaciones que no encuentran otras vías de reforma jurídica, la única solución de recurrir a la ruptura institucional⁵¹.

3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES Y LAS CLÁUSULAS PÉTREAS DEL ARTÍCULO 60, § 4.º CF: LA NECESARIA AUTOCONTENCIÓN JUDICIAL

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. Una decisión, sin embargo, no exenta de controversia jurídica y política. El control de las enmiendas constitucionales se relaciona directamente con dos asuntos carentes de solución consensuada, a saber: a) el popularmente conocido como problema intergeneracional, es decir, el por qué de la sujeción de la ciudadanía a unos límites marcados por una generación precedente; b) la dificultad contramayoritaria que rodea a la declaración de inconstitucionalidad de enmiendas constitucionales en manos de jueces no elegidos directamente por el pueblo.

Esta intensa polémica se refleja en las diferentes posiciones existentes en el Derecho Constitucional Comparado. Si se recurre a las dos Cortes Supremas de mayor prestigio —el Tribunal Supremo de los EEUU y el Tribunal Constitucional alemán— puede comprobarse como adoptan posiciones bien diferentes en materia de control de enmiendas. En América del Sur, por el contrario, la actitud dominante es la atribución de dicha competencia por vía expresa al Tribunal Constitucional o por vía interpretativa de la voz «control de constitucionalidad de las leyes» que incluiría las leyes de reforma constitucional⁵².

⁴⁹ En sentido similar, véase ANTUNES ROCHA, C. L. (1993). «Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, pp. 165 y ss;

⁵⁰ Véase BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1987). *Derecho constitucional*, 3 ed, Madrid, Tecnos, p. 271.

⁵¹ Véase PONTES DE MIRANDA, F. C. (1987). *Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda n.º1, de 1969, Vol. 3*, Río de Janeiro, Forense, p. 145.

⁵² Véase artículo 120, n.º 10 de la Constitución de Bolivia; artículo 241 n.º 1 Constitución de Colombia; artículo 93, n.º 3, Constitución de Chile. Cf. S. RAGONE (2013). «El control mate-

El Alto Tribunal estadounidense ha llevado al límite la autocontención bajo la doctrina de las «political questions». Las enmiendas constitucionales son cuestiones políticas sobre las cuales no existe referente normativo externo al intérprete que facilite definir jurídicamente el asunto en litigio⁵³. El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, ha afirmado repetidamente estar habilitado para verificar la conformidad de las reformas constitucionales con las cláusulas pétreas al constituir el núcleo permanente de la identidad constitucional, si bien los diferentes casos sometidos a tutela judicial fueron declarados conforme a Constitución⁵⁴.

El STF se declaró competente para ejercer el control de constitucionalidad de las enmiendas constitucionales en 1926 con motivo de la invocación de *Habeas Corpus* que afectaba a Enmienda Constitucional⁵⁵. Con ello trazó un precedente que se ha venido repitiendo en posteriores pronunciamientos⁵⁶. Trasladándonos en el tiempo al orden constitucional vigente, la CF 1988 no atribuye al STF con carácter general la competencia para enjuiciar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales. El único caso explícitamente establecido es el que consta en el artículo 60, § 4.º CF, bajo la polémica expresión de «emenda tendente a abolir» anteriormente analizada.

Esta atribución es objeto de interpretaciones doctrinales contrapuestas cuyas líneas generales conviene fijar. Una primera interpretación, de corte restrictivo, permite suponer que el límite del STF sería el propio de la violación del contenido de las cláusulas pétreas. La segunda línea, antagónica de la anterior, amplía el radio de acción de acuerdo al carácter abierto de las cláusulas pétreas. Esta segunda opción trae consigo dos consecuencias contrarias a la independencia y armonía que deben presidir la acción de los poderes constituidos: a) la conversión del órgano jurisdiccional en una suerte de poder constituyente permanente; b) el acabar actuando como portavoz recurrente de las minorías.

rial de las reformas constitucionales en perspectiva comparada», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, p. 391; PÉREZ ROYO, J. (1993). *Las fuentes del Derecho* 4.ª ed, Madrid, Tecnos, pp. 41 y ss.

⁵³ Cf. U. S. Supreme Court, *Coleman v. Miller*, 307 US 433 (1939).

⁵⁴ Cf. entre otros, *Klass Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 30, 1, 1970.

⁵⁵ Entre la doctrina brasileña, MENDES se muestra partidario de admitir el control jurisdiccional de enmienda constitucional desde el punto de vista formal y material. Cf. MENDES, G. (2000). *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, São Paulo, Celso Bastos Editor, pp. 123-124.

⁵⁶ Una crónica detallada de los pronunciamientos del STF en materia de enmiendas constitucionales puede consultarse en PERTENCE, S (2007). «O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; crônica de jurisprudência», *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.9.

El Alto Tribunal brasileño ha venido declarando su competencia para declarar la inconstitucionalidad de enmiendas restrictivas de cláusulas pétreas por vicios formales y materiales. La primera tendrá lugar cuando se verifique ofensa manifiesta a algunas de las cláusulas constitucionales que disciplinan el proceso legislativo. El órgano jurisdiccional actúa como garante del escrupuloso respeto a las reglas procedimentales que han de presidir la iniciativa, el trámite parlamentario y el quórum de aprobación de la enmienda constitucional. La falta de observación de alguno de estos requisitos legitimaría la declaración de inconstitucionalidad de la enmienda sin contravenir una decisión mayoritaria legítimamente tomada⁵⁷. La existencia de parámetros bien definidos en la CF y la menor envergadura política de la función judicial reducen los posibles puntos de fricción derivados de la dificultad contramayoritaria de tales decisiones.

La declaración de inconstitucionalidad ante la existencia de vicios materiales se produce por la proposición de enmiendas manifiestamente ofensivas a la propia cláusula pétrea⁵⁸. Estos casos son, con mucho, los que revisten mayor complejidad valorativa⁵⁹. Una complejidad que en el ordenamiento brasileño adquiere matices hermenéuticos aun más complejos ante las peculiaridades de la redacción dada por el constituyente al artículo 60, § 4.º CF ya anteriormente analizadas.

La actitud del órgano jurisdiccional en el control material de la enmiendas constitucionales debe estar orientada por una posición de *self-restraint* más intensa que en aquellos supuestos en que la limitación tenga como fuente la ley⁶⁰. Esta actitud de autocontención debe ser directamente proporcional al grado de solidez, deliberación y consensos políticos que rodean a la enmienda constitucional. No resulta posible equiparar el contenido democrático de los dos actos jurídicos y, por tanto, no cabe proceder de forma similar. Las enmiendas constitucionales son, parafraseando a Ackerman, *momentos de política constitucional* caracterizados por ser actos del pueblo de alta conciencia política en los cuales se pronuncia directamente a través de mecanismos excepcionales como el de la

⁵⁷ Cf. HART ELY, J. (2010). *Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, p. 137.

⁵⁸ Vid. STF, Mandado de Segurança n.º 20.257/DF, Relator Ministro Moreira Alves. Sobre las diferentes acciones que pueden dar lugar al control de constitucionalidad de las enmiendas, cf. GONÇALVES FERREIRA FILHO, M. (2005). *O poder Constituinte 4.ª ed, op. cit.*, pp. 245-251.

⁵⁹ Cf. RAGONE, S. (2013). «El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada», *Teoría y Realidad constitucional, op. cit.*, p. 403.

⁶⁰ Sobre la jurisprudencia del STF en materia de cláusulas pétreas y la inexistencia de una línea hermenéutica concisa, cf. CORREIRA MORAIS, L. (2011). *O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?* São Paulo, Sociedade brasileira de direito público.

enmienda⁶¹. Este procedimiento cualificado dificulta las posibilidades de intervención del órgano jurisdiccional excepto en los casos en que tales decisiones supusiesen la violación abierta del contenido esencial de las cláusulas pétreas.

Quedan excluidas, por tanto, presuntas violaciones derivadas de la existencia de límites implícitos al suponer la creación de un parámetro constitucional sin referente democrático claro y conciso. Los límites implícitos son deducciones derivadas de la interpretación sistemática de la Constitución por el órgano jurisdiccional de extrema dificultad para el pueblo, que quedaría incapacitado para la identificación y fijación de los elementos esenciales del pacto constitucional por las vías institucionales de reforma. Un argumento, como afirma Gargarella, elitista y contrario al espíritu democrático⁶².

Dicho en otros términos, no parece adecuado que un órgano jurisdiccional de carácter no representativo acabe actuando como último guardián de un modelo de organización social establecido por una generación anterior. Máxime cuando la concreción de dicho modelo se ve perjudicada por la vaguedad y carácter abierto de los principios constitucionales y las innegables dificultades existentes en la fijación del contenido y alcance de las cláusulas pétreas⁶³. Por ello 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. Esta pauta de actuación contribuiría a la conciliación de dos valores elementales en democracia como son la preservación de aquellos elementos constitucionales expresamente establecidos por el constituyente y la saludable reforma de la Constitución de acuerdo al sentir de las mayorías⁶⁴.

4. CONCLUSIONES

El legislador constituyente del 88 optó por incorporar a la CF un amplio elenco de cláusulas pétreas con el objetivo de proteger los acuerdos institucionales y las garantías jurídicas consustanciales al orden constitucional. La consolidación de la democracia precisaba, entre otras decisiones, de dificultar *in*

⁶¹ ACKERMAN, B. (1984). «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», *The Yale Law Journal*, n.º 93 (6), pp. 1013-1072.

⁶² Cf. GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.

⁶³ Cf. BRANDÃO, R. (2008). *Direitos fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁴ Cf. BENÍTEZ, V. F. (2012). «Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, n.º 117, pp. 359-391.

extremis el debate político y la posible reforma del núcleo de identidad constitucional.

La amplitud de institutos jurídicos incluidos en el artículo 60, § 4.º —sin parangón en la historia constitucional brasileña— sigue la pauta marcada por una de las Constituciones que mayor influencia ejercieron en la CF: la CP 1976. Basta leer su artículo 288 para entender de qué hablamos. Esta decisión tiene innegables consecuencias en el deseable equilibrio que han de presidir las relaciones entre constitucionalismo y democracia, sin duda alguna una de las aporías del Estado constitucional democrático del siglo XXI. El carácter analítico y prolijo de la Carta Magna aumenta la dificultad de establecer límites hermenéuticos precisos al alcance de las cláusulas pétreas como freno a la acción del legislador constituyente derivado.

La expresión *tendente a abolir* del artículo 60, § 4 CF es el primer punto de fricción en el entendimiento y alcance de las cláusulas pétreas como pretensas garantías de estabilidad institucional. La interpretación extensiva de esta expresión defendida por parte de la doctrina brasileña daría como resultado el empobrecimiento etimológico de las nociones de cláusula pétrea y de la propia democracia al constreñir excesivamente el radio de acción política del Poder Legislativo. Se aboga, en consecuencia, por una interpretación restrictiva que posibilite la constitucionalidad de aquellas enmiendas que no afecten a los contenidos esenciales de las cláusulas pétreas.

Otro de los puntos conflictivos analizados es el relativo al control constitucional de las enmiendas por parte del STF. En este punto, se es partidario de la autocontención judicial en el control material de las enmiendas constitucionales debido a las garantías deliberativas y de consenso político que rodean al procedimiento de reforma constitucional. Una actitud contraria implicaría el bloqueo antidemocrático de los canales de cambio político que podrían conducir a caminos inexplorados de final incierto.

Quiere terminarse afirmando que la consolidación y perfeccionamiento de una joven democracia como la brasileña excede, con mucho, la cuestión de la oportunidad y conveniencia de contar con cláusulas pétreas en el texto constitucional. La superación de las tensiones y antagonismos propios del proceso democrático dependen igualmente de otros factores como: (i) la corrección técnica del texto constitucional; (ii) el grado de dificultad de la reforma constitucional; (iii) la línea hermenéutica adoptada por la Corte Suprema. Dicho en otros términos: un texto constitucional conciso y abierto, un proceso de reforma efectivamente factible y una jurisprudencia constitucional clara y concisa son igualmente elementos de técnica constitucional que contribuyen a reforzar la vitalidad de la democracia.

Title

The issues of the constitutional power reform in Brazil: inflexible clauses, judicial review of constitutional amendments and democratic principle.

Summary:

1. THE CONSTITUTIONAL REFORM in the CF 1988. 1.1. Placing the issue of the reform power in the brazilian legal system. 1.2. The power of the constitutional reform in the CF 1988: formal aspects and procedural dynamic. 2. THE SUSTANTIAL EXPRESS LIMITS TO THE CONSTITUTIONAL POWER REFORM: IN PARTICULAR, THE FUNDAMENTAL RIGHTS AS INFLEXIBLE CLAUSES IN THE ARTICLE 60, § 4.º CF. 2.1 Introductory notes. 2.2. Contents and limits of the inflexible clauses of the article 60, § 4.º CF: in favor of a restrictive interpretation. 3. THE JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND THE INFLEXIBLE CLAUSES OF THE ARTICLE 60, § 4.º CF: the necessary judicial self restraint. 4. CONCLUSIONS.

Resumen:

El presente artículo propone un análisis del poder de reforma constitucional en la CF 1988 y los principales problemas derivados de su diseño constitucional. Su dinámica procesal presenta matices que por su interés requieren de un sucinto análisis descriptivo. El segundo bloque de estudio se centra en las consecuencias derivadas que la imposición de límites expresos a la acción del legislador constituyente derivado —las cláusulas pétreas del artículo 60, § 4.º CF— tiene en la tensión dialéctica entre el constitucionalismo y el principio democrático. La amplitud de las categorías jurídicas incluidas en el citado dispositivo constitucional junto a posibles interpretaciones extensivas derivadas de la condición analítica de la CF amplifica el riesgo de petrificación del texto constitucional. Cierra este artículo un análisis crítico de las posibilidades de control jurisdiccional de las enmiendas constitucionales a la luz del citado artículo 60, § 4.º CF. Se aboga por una restricción del mismo a aquellas violaciones manifiestas y explícitas del contenido esencial de las cláusulas pétreas compatibles con la dificultad contramayoritaria.

Abstract:

The present paper proposes an analysis of the constitutional reform power established under the CF 1988 and the main questions con-

cerning its design. Its procedural dynamic show some aspects so relevant than demands a short descriptive analysis. The second part it is focused on the issues as the results of the incorporation of undeniable legal limits to the action of the constituent legislator —the well-known as inflexible clauses put on the article 60, § 4.º CF— for the dialectical tension between the constitutionalism and the democratic principle. The wide extension of the legal categories included in that constitutional dispositive, besides with a possible extensive interpretation provided by the analytical condition of the CF, bring with itself a high risk of constitutional stagnation. This article ends with a critical analyses about the real possibilities of judicial review over the constitutional amendments in the light of the article 60, § 4.º CF. We defend a self restraint attitude focus on the undeniable violations of the essential contain of the inflexible clauses that results compatible with the contra majority difficulty.

Palabras claves:

Reforma constitucional, democracia, cláusulas pétreas.

Key words:

Constitutional reform, democracy, “inflexible” clauses.

