

Jorge Benavides Ordóñez* (Ecuador)

Influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sobre la Constitución ecuatoriana de 2008

RESUMEN

El presente trabajo da cuenta de la influencia que ha ejercido la Ley Fundamental de Bonn de 1949 respecto del constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, la comparación que se llevará a cabo en las líneas que siguen será con la Constitución ecuatoriana en vigor a partir de 2008, en aspectos como los derechos, la existencia de cláusulas de intangibilidad y el papel que desempeña la justicia constitucional como guardiana del modelo organizativo diseñado por la Constitución.

Palabras clave: cláusulas de intangibilidad, Constitución ecuatoriana, Ley Fundamental.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Einfluss des Bonner Grundgesetzes von 1949 auf den heutigen Konstitutionalismus. Aus dieser Perspektive wird auf den folgenden Seiten ein Vergleich mit drei Aspekten der 2008 in Kraft getretenen Verfassung Ecuadors vorgenommen: die verbrieften Rechte, die Existenz von Unantastbarkeitsklauseln und die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüterin des durch die Verfassung definierten Ordnungsrahmens.

Schlagwörter: Unantastbarkeitsklausel, ecuadorianische Verfassung, Grundgesetz.

ABSTRACT

This work discusses the influence exercised by the Basic Law of Bonn of 1949 with respect to contemporary constitutionalism. A comparison will be made along the

* Doctor y máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla; abogado Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad UTE y profesor contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
benavidesordonez@yahoo.es

following lines with the 2008 Ecuadorian Constitution, with regard to such aspects as rights, the existence of intangibility clauses, and the role played by constitutional justice as guardian of the organizational model designed by the Constitution.

Key words: intangibility clauses, Ecuadorian Constitution, Basic Law.

Introducción

Escribir sobre la conmemoración de un aniversario de un texto constitucional brinda, como señala Pedro Cruz Villalón, la posibilidad de hacer un ejercicio de derecho comparado,¹ que conduzca a determinar el grado de influencia o, incluso, de recepción de la constitución analizada respecto de otros textos. Ciertamente no se puede negar el diálogo entre experiencias jurídicas y las recepciones mutuas que se producen entre los distintos ordenamientos a lo largo del tiempo. Estas consideraciones cobran particular relevancia, si se toma en cuenta que la Constitución a ser conmemorada por su 70 aniversario es la Ley Fundamental de Alemania, la cual, a pesar de haber surgido en un contexto complejo, en 1949, con el transcurso del tiempo ha ido ganándose un puesto de gran relevancia, dentro de la historia no solo del constitucionalismo alemán sino del constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, el presente trabajo pretende dar cuenta de la influencia de la Ley Fundamental en la Constitución ecuatoriana en vigor a partir de 2008, en aspectos como los derechos, la existencia de cláusulas de intangibilidad y el papel que desempeña la justicia constitucional como guardiana del modelo organizativo diseñado por la Constitución. De ahí que, en un primer momento, se hará una descripción de la Ley Fundamental, para posteriormente hacer lo mismo con la Constitución ecuatoriana, luego de lo cual nos centraremos en aquellas características garantistas o fundamentalistas de la Ley Fundamental que, a pesar de las diferencias de contexto y tiempo, son contempladas de modo equivalente por el constitucionalismo ecuatoriano. Se trata, por tanto, de una comparación, principalmente, de disposiciones constitucionales.

1. Descripción de la Ley Fundamental de Bonn

Para la celebración del 70 aniversario de la Ley Fundamental de Bonn, Dieter Grimm afirmaba que esta que entró en vigor el 23 de mayo de 1949 no era la misma, si se comprendía la identidad de un texto constitucional, en un sentido literal, esto es, que no haya sufrido reforma constitucional alguna; sin embargo, como también advierte Grimm, una interpretación de identidad de una Constitución no puede ser hecha

¹ Pedro Cruz, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 2006, p. 77.

con este criterio. Así, la identidad, por el contrario, vendría ligada a la idea de que el núcleo esencial de un texto constitucional no se altera, indistintamente de otras modificaciones menores a las que se hubiera sometido.² Esta descripción rige, con particular fuerza, si hablamos de la Ley Fundamental, en la medida en que 70 años después de haber entrado en vigencia, sus señales identitarias, que configuran un modelo garantista, se mantienen intactas, a pesar de las numerosas modificaciones que le han sido introducidas. La impronta garantista vendría dada, entre otras cosas, por el muy afamado artículo 79.3 de la Ley Fundamental, según el cual se excluyen de la reforma los principios fundamentales del orden constitucional contenidos en los artículos 1 (sobre dignidad humana) y 20 (sobre forma federal, democrática y social del Estado). En este sentido es que el artículo 79.3 puede ser entendido como cláusula de garantía de la identidad constitucional, que brinda continuidad, a pesar de efectuarse cambios constitucionales.³

La vocación protectora de derechos abrazada por la Ley Fundamental es definida por Hans Peter Schneider del siguiente modo:

Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos.⁴

Como es ampliamente sabido, el origen de la Ley Fundamental de Bonn fue complicado, al tratarse de un texto constitucional que nacía en unas condiciones históricas y políticas muy particulares que supusieron la división de Alemania en occidental y oriental. En este sentido, como advierte Grimm, la idea de una Constitución para la Alemania occidental se trató de una iniciativa impulsada por las potencias de ocupación, más que de una iniciativa alemana, de ahí que en un primer instante ella generara el rechazo de los gobiernos de los *Länder*, reconstituidos en la zona occidental, lo que trajo como consecuencia que la Ley Fundamental fuera ideada como un texto provisional, que debería ser superado, una vez se diera la reunificación. El carácter provisorio del documento puede observarse en el hecho de que, por un lado, se utiliza la expresión Ley Fundamental y no se habla de Constitución, y, por otro lado, no se conformó una Asamblea Constituyente a través de sufragio,

² Dieter Grimm, "Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, p. 264.

³ *Idem*.

⁴ Hans Peter Schneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 124.

sino un Consejo Parlamentario que tuvo su origen en los *Länder* y, adicionalmente, fue un texto que no contó con la aprobación popular.⁵

No obstante, a pesar de que el punto de partida no fue muy halagüeño, la Ley Fundamental con el paso del tiempo se fue consolidando y, con ello, su importancia opera no solo para el constitucionalismo alemán sino para el constitucionalismo en general. En efecto, para Bruce Ackerman, el éxito simbólico de la Ley Fundamental es notable y de difícil reproducción, toda vez que a pesar de su origen “provisorio”, por las circunstancias que rodearon su gestación, ella ha llegado a convertirse en un símbolo de repudio del pasado nazi, así como en un punto de referencia de las democracias de nuestros días.⁶ A tal grado de afirmación y aceptación ha llegado 70 años después de su promulgación que, posterior a la reunificación de Alemania en los años noventa, la idea de texto provisorio fue perdiendo sentido, al punto que se mantiene vigente dicho texto, con las modificaciones necesarias; es decir, no se convocó a un proceso constituyente para que se adoptara una Constitución de la Alemania unificada que viniera a reemplazar la Ley Fundamental.⁷

Ciertamente, se debe tener presente que la experiencia totalitaria del régimen nacionalsocialista, que despreció al ser humano, así como a su libertad, como afirma Konrad Hesse, condujo a que, posterior a 1945, se configurara un nuevo ordenamiento jurídico alemán que en el mayor grado posible garantizara el cumplimiento de los derechos. De ahí que en el artículo 1 de la Ley Fundamental⁸ se hable del principio supremo, absoluto e intangible de la inviolabilidad de la dignidad humana.⁹ Entre las referencias alemanas en materia de derechos que han sido incorporadas con particular énfasis por otras experiencias constitucionales se muestra la garantía del contenido esencial de los derechos, que en un primer momento se expandió por algunos países europeos para, posteriormente, difundirse por otros continentes, al punto que, al decir de Peter Häberle, “la garantía del contenido esencial probablemente se haya tornado en el mayor éxito de exportación de la Ley Fundamental”.¹⁰ Por otra parte, se debe también al constitucionalismo alemán la doble dimensión de los derechos, esto es, en su sentido subjetivo como facultad, así como en su esfera

⁵ Grimm, *op. cit.*, p. 265.

⁶ Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 54-55.

⁷ Como recuerda Rainer Arnold, la unificación alemana en 1990 operó por medio de un Tratado de Unificación, el cual implicó algunas modificaciones de la Ley Fundamental, entre las cuales destaca la introducción en las cláusulas transitorias y finales del artículo 143, por medio del cual se ofrece la posibilidad de alterar temporalmente el vigor de la Ley Fundamental en el territorio de los cinco nuevos *Länder* que fueron parte de la extinta República Democrática Alemana (Rainer Arnold, “La reforma constitucional en Alemania”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, p. 378).

⁸ Iniciales de *Grundgesetz*, Ley Fundamental en alemán.

⁹ Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 86.

¹⁰ Peter Häberle, “Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Häberle”, por Raúl Gustavo Ferreira, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2010, p. 384.

objetiva, como expresión de un orden objetivo de valores,¹¹ y así también la fuerza vinculante que ejercen los derechos sobre los poderes públicos y la eficacia entre particulares o *Drittwirkung*. Prescripciones constitucionales que han sido desarrolladas, posteriormente, de manera adecuada tanto por el Legislador como por el Tribunal Constitucional Federal, y por la doctrina.

Es pertinente tener en consideración que, al ser Alemania un país federal, las garantías de los derechos fundamentales en el derecho positivo comportan distintas vertientes, esto es que los derechos fundamentales se garantizan en la Ley Fundamental, así como en las constituciones de los *Länder*, a las cuales se suman los derechos fundamentales observados en el derecho internacional, como la Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que resultan en la práctica aplicables como derecho federal.¹²

2. Descripción de la Constitución de Ecuador

El texto constitucional en vigor en Ecuador fue aprobado por un referéndum que contó con el apoyo del 63,93% de los votos válidos, frente a un voto negativo que alcanzó el 28,10%. Se debe señalar que dicho texto fue redactado por una Asamblea Constituyente creada a consecuencia de un proceso de consulta popular efectuado el 15 de abril de 2007 y que gozó del respaldo del 81,72% de los votos válidos.¹³

El texto constitucional ecuatoriano de 2008 se caracteriza, principalmente, por el hecho de que los principios y las reglas que dan forma a los derechos y las garantías constitucionales son transversales a toda la Constitución. Dicha impronta que garantiza los derechos se condensa en el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, el cual define el Estado como constitucional de derechos y justicia,¹⁴ frente a la definición de Estado social de derecho que recogía su predecesora la Constitución de 1998. Se trata de una denominación novedosa, en la medida en que lo habitual ha

¹¹ Como señala Ernst-Wolfgang Böckenförde, la interpretación de los derechos fundamentales experimentó un importante cambio con el caso Lüth, en donde se dio paso a la doble cualificación de los derechos, esto es, que se comprende a los derechos no solo como libertades frente al Estado, sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los campos del derecho (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 192).

¹² Hesse, *op. cit.*, p. 87.

¹³ *Diario el Comercio*, “Las consultas, un termómetro político”, Actualidad - Política, 7 de marzo de 2011.

¹⁴ El artículo 1 dispone: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

sido el señalar al Estado que surge con las revoluciones modernas como de derecho, es decir, el Estado donde gobernantes y gobernados se someten al derecho.

Algunas tesis sostienen que la categoría de Estado constitucional de derechos y justicia se trata de una nueva forma de Estado, en la que el calificativo de derechos alude a los límites impuestos al poder público. Por un lado, a través de la importancia central que en el ordenamiento constitucional ecuatoriano tienen los derechos y garantías ciudadanas, en aras de construir una sociedad justa, y, por otro, porque con la nueva fórmula cristaliza el valor de la interculturalidad y, con ello, el reconocimiento de un potente catálogo de derechos colectivos y del pluralismo jurídico.¹⁵

En este sentido, se afirma que la nueva forma de Estado inaugurada por la Constitución ecuatoriana viene dada por lo innovador del catálogo de sus derechos, carente de clasificaciones generacionales, con lo que se cambia la denominación, así: derechos civiles por derechos de libertad,¹⁶ derechos políticos por derechos de participación¹⁷ y derechos sociales por derechos del buen vivir o *sumak kawsay*,¹⁸ mientras que sus garantías gozan de una amplia titularidad de ejercicio. A ello habría que añadir la inclusión de categorías originales, como los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades¹⁹ y los derechos de la naturaleza,²⁰ así como el realce de los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria.²¹

La idea de la nueva forma de Estado fue compartida por la jurisprudencia constitucional. Así, la Corte Constitucional de Ecuador para la Transición, en una de sus primeras sentencias²² señaló:

El Estado constitucional de los derechos y justicia, es a su vez, una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracterizada por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y el control judicial de constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar, en última instancia, la Constitución.

¹⁵ Ramiro Ávila, "El estado constitucional de derechos y justicia", en Ramiro Ávila (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 29.

¹⁶ Artículos 66-70 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁷ Artículos 61-65 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁸ Artículos 12 a 34 de la Constitución ecuatoriana. *Sumak Kawsay* es una expresión proveniente del *quichwa*, la cual supone la relación armoniosa del individuo con la naturaleza.

¹⁹ Artículos 56 a 60 de la Constitución ecuatoriana.

²⁰ Artículos 71 a 74 de la Constitución ecuatoriana.

²¹ Artículos 35 a 55 de la Constitución ecuatoriana. Los grupos de atención prioritaria señalados por los artículos son adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres emba-razadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidores.

²² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 002-08-SI-CC de 10 de diciembre de 2008, p. 11.

La Constitución de Ecuador, en definitiva, se inserta dentro de la tradición que se ha denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano, caracterizado, entre otras cosas, por la existencia de constituciones extensas en su articulado, cargadas de derechos, así como por la importancia de la participación ciudadana en la construcción de la voluntad pública, particularmente, en el proceso de reforma constitucional.²³ Y, en los casos de Ecuador y Bolivia, se destaca el realce de los aspectos interculturales que recogen los saberes ancestrales andinos.

Seguidamente vamos a intentar destacar aquellos puntos de convergencia, a pesar de las notables diferencias que existen entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de Ecuador, en la medida en que, si bien se trata de dos Estados organizados como repúblicas, Alemania es un Estado federal y parlamentario, en tanto que Ecuador es un Estado unitario y presidencial. Ahora bien, los puntos de encuentro que serán explorados conciernen a su comprensión fundamentalista o garantista de derechos.

3. La Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de Ecuador como textos fundamentalistas o garantistas

Para proceder a establecer los puntos de encuentro entre dos constituciones que tienen, por un lado, una distancia cercana a los 60 años y, por otro, unas condiciones sociales, culturales y jurídicas distintas, se acudirá a Ackerman, quien propone tres modelos de democracia constitucional, clasificación que, guardando las diferencias existentes con el ordenamiento constitucional ecuatoriano, nos puede ayudar a establecer algún grado de relación entre las constituciones de Alemania de 1949 y la de Ecuador de 2008. En este sentido, Ackerman propone el modelo dualista siguiendo la experiencia estadounidense, el modelo monista a partir de la tradición inglesa y, finalmente, el modelo fundamentalista de impronta alemana.

Así tenemos que el llamado fundamentalismo constitucional se caracteriza por la importancia de la protección de un núcleo duro de derechos y garantías constitucionales, frente a las decisiones de los órganos mayoritarios, los cuales potencialmente pueden afectarlos. En esta medida, confía a los tribunales la protección de los derechos y las libertades. Los sistemas fundamentalistas se diferencian de los dualistas y de los monistas en la importancia que los dos últimos otorgan, respectivamente, a las decisiones provenientes de la soberanía popular, ya sea de modo directo (*higher lawmaking*) o por medio de representantes, a través de los parlamentos o congresos (*normal lawmaking*).²⁴ Lo dicho no implica que los sistemas fundamentalistas no

²³ Jorge Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2018, pp. 39-66.

²⁴ Bruce Ackerman, *We the people*, vol. I: *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, pp. 10-11.

compartan la importancia de la soberanía popular, solo señalan que deben ser los tribunales, y no los órganos con legitimación democrática de origen, los que tengan la última palabra en la comprensión de la constitución y de los derechos. Es por ello que Ackerman señala como prototipo del modelo fundamentalista el sistema constitucional alemán, donde el Tribunal Constitucional Federal juega un rol de primera importancia en la protección de los derechos.²⁵

Ecuador, para estos efectos, así como otros países de la región, compartiría con el modelo alemán algunos rasgos fundamentalistas, de acuerdo con la importancia que la Constitución de 2008 les atribuye a los derechos y las garantías constitucionales y según el papel central que en su protección y promoción desempeña la Corte Constitucional. A continuación vamos a ver tres de los aspectos en que se podría observar la influencia de la Ley Fundamental para el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, a saber: el notable desarrollo de los derechos fundamentales, su protección por medio de cláusulas de intangibilidad y el rol de la justicia constitucional como garante del Estado constitucional. En este sentido, el Ecuador no se quedó al margen de dicha influencia. De otro lado, la indagación de la posible influencia de la Ley Fundamental sobre la Constitución ecuatoriana se inspira en el criterio de Pedro Cruz Villalón, quien, allá por el año 1989, con motivo de la celebración del cuadragésimo aniversario de la Ley Fundamental, señaló que el signo de dichas conmemoraciones llega en clave de derecho comparado y que, por tanto, el Estado constitucional contemporáneo contaba con este texto surgido en la posguerra como un elemento central de la interpretación de aquel.²⁶

3.1. Los derechos fundamentales

Lo primero que hay que advertir es que, en el caso ecuatoriano, derechos fundamentales y derechos constitucionales son términos intercambiables, toda vez que para la Constitución todos los derechos poseen la calidad de fundamentales para el desarrollo de la persona, sin que se haga distinción alguna entre tipos de derechos o entre las garantías a las que se acude para su efectiva protección. En cualquier caso, se suele utilizar, principalmente, el término derechos constitucionales, sea en la normativa, en la jurisprudencia o en la doctrina.

Entrando en la comparación, tenemos que el artículo 1 de la Ley Fundamental que da inicio al título de los derechos fundamentales expresa en su número 1: “La dignidad del hombre es intangible. Los poderes públicos están obligados a respetarla y protegerla”,²⁷ disposición que comporta similitud, por un lado, con el artículo 11,

²⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁶ Cruz, *op. cit.*, p. 77.

²⁷ Mandato que, al decir de Ernst Benda, se enlaza claramente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como con la Declaración francesa de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre de 1789, y con la tradición cristiana del derecho

número 6 de la Constitución ecuatoriana que determina que los derechos son, entre otras cosas, inalienables e irrenunciables, y con el número 7, del mismo artículo, en la medida en que señala que el reconocimiento de los derechos y las garantías constitucionales “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”; y, por otro, con el número 9 del citado artículo 11, que determina: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Más adelante, el número 2 del artículo 1 de la Ley Fundamental prescribe que el pueblo alemán abraza los derechos inviolables del hombre “como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”, disposición que guardaría relación con el artículo 3, números 1 y 8 de la Constitución ecuatoriana, que señala como deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos constitucionales, así como que los habitantes de Ecuador gocen de una cultura de paz, de seguridad integral y que vivan en una sociedad democrática.

Por su lado, el número 3, del artículo 1 de la Ley Fundamental determina que los derechos fundamentales “vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”, enunciado normativo que en el artículo 11, número 3, del texto constitucional ecuatoriano encontraría un equivalente cuando afirma que los derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial.

Más adelante, el artículo 19, número 2, de la Ley Fundamental consagra la garantía del contenido esencial de los derechos, aporte que, dicho sea de paso, se trata, probablemente, de la contribución alemana de mayor importancia para el constitucionalismo comparado en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales.²⁸ En este sentido es que el número 4, artículo 11, de la Constitución de Ecuador consagra que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Por otro lado, en materia de derechos sociales y de la procura existencial –o de la *Daseinsvorsorge* de la que habla la Ley Fundamental–, en la Constitución ecuatoriana los derechos económicos, sociales y ambientales se han visto rebozados por la noción andina del *Sumak Kawsay* o buen vivir, que alude a la relación armónica entre el individuo y la naturaleza. En este sentido, se ha señalado que el texto

natural (Ernst Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 117).

²⁸ Teóricamente se señalan las garantías institucionales como el antecedente del contenido esencial. Así, Carl Schmitt aparece como el artífice de las garantías institucionales, quien, a partir de la observación de la Constitución de Weimar, las diferencia de los derechos fundamentales. En consecuencia, para el profesor alemán, el hecho de que una institución se encuentre regulada en el texto constitucional no implica *per se* que se trate por ello de un derecho fundamental, teniendo en este caso la constitucionalidad la finalidad exclusiva de proteger a una institución del legislador ordinario (Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2012, pp. 231-233).

constitucional andino asume con consistencia la dogmática alemana de la procura existencial, por medio de una tabla robusta de derechos sociales, así como de un estatuto constitucional económico, en donde el Estado asume la protección y garantía de los derechos sociales,²⁹ al menos en el plano normativo.

3.2. Las cláusulas de intangibilidad

Como es bien sabido, las cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas se constituyen en límites materiales explícitos por excelencia. Así, tenemos que cuando se habla de cláusulas de intangibilidad que protegen derechos fundamentales es de referencia obligada el caso alemán, en el que aquellos –por remisión del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn a los artículos 1 y 20– se muestran como límites explícitos a la reforma constitucional. En este sentido, en el artículo 1, el primer principio apunta, como fue dicho más arriba, a la intangibilidad de la dignidad humana y la obligación del poder público de respetarla y protegerla; el segundo principio afirma que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana y de la paz mundial; y, por último, el tercer principio rescata la idea de que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y son de directa aplicación. En la Constitución de Ecuador, como cláusula equivalente de intangibilidad, se tienen algunas disposiciones que prohíben tanto la eliminación como la restricción de los derechos y las garantías fundamentales por la vía de la reforma constitucional. En este orden de consideraciones aparece el artículo 84 de la Constitución, que prescribe, entre otras cosas, que en ningún caso la reforma de la Constitución atentarán contra los derechos constitucionales. Así también los artículos 441 y 442 que regulan los procedimientos de enmienda y de la reforma parcial de la Constitución, respectivamente, se muestran como cláusulas de intangibilidad, en la medida en que prohíben a ambos procedimientos acometer cambios que supongan restricción a los derechos constitucionales.

Las cláusulas de intangibilidad, en definitiva, suelen ser catalogadas de límites materiales, en la medida en que son herederas del concepto mínimo de constitución establecido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, esto es, garantizar derechos y la división de poderes.

3.3. La justicia constitucional

El Tribunal Constitucional Federal contemplado por la Ley Fundamental encontraría su equivalente en la Corte Constitucional de la Constitución ecuatoriana. En

²⁹ Francisco Palacios, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Dasein* a la *Sumak Kawsay*”, en R. Ávila, A. Grijalva, R. Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008, p. 52.

este sentido, se puede afirmar que en ambas experiencias se trataría, siguiendo la taxonomía clásica, de una modalidad concentrada de control. Sobra decir que el Tribunal Constitucional Federal se muestra en el derecho comparado como uno de los más importantes referentes de control concentrado, ya por su diseño constitucional, ya por el largo y muy destacado desarrollo jurisprudencial, ya por la trayectoria de sus integrantes a lo largo de su historia. No en vano, el sitio que ocupa la Ley Fundamental se debe, en gran medida, a la gran labor efectuada por dicho Tribunal.

Si bien ambos órganos responden, como se decía, a una modalidad de control concentrada, el Tribunal Constitucional se encuentra desarrollado en la sección IX que regula la jurisdicción en sentido amplio; así, se señala que se confía a los jueces el poder judicial, entre los cuales destaca al Tribunal (Ley Fundamental, art. 92). Por su lado, la Corte Constitucional está regulada por fuera de la función judicial; en este sentido, su desarrollo se prevé en el Título IX, Capítulo II (Constitución, arts. 429 y ss.). Así también la forma de designación de los jueces es distinta, pues en Alemania ellos son electos por el *Bundestag* y por el *Bundesrat* (Ley Fundamental, art. 94.1), mientras que en Ecuador son seleccionados luego de un concurso de méritos y oposición, llevado a cabo por una comisión conformada por nombres enviados por la Función de Transparencia, el Ejecutivo y el Legislativo (art. 434 constitucional). De otro lado, al tratarse Alemania de un Estado federal, la resolución de los conflictos normativos o de competencias que pudieran surgir entre la Federación y los *Länder* supone una importante facultad del Tribunal.

En cuanto a algunas de sus competencias equivalentes, tanto el Tribunal alemán como la Corte ecuatoriana son intérpretes privilegiados de sus respectivos textos y poseen facultad para llevar a cabo el control abstracto y el control concreto de la ley, además de actos normativos (Ley Fundamental, art. 93; Constitución ecuatoriana, art. 436, respectivamente).

Consideraciones finales

Como se vio, hablar de la Ley Fundamental alemana de 1949 supone referirse a uno de los textos constitucionales más influyentes del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. En efecto, importantes constituciones posteriores, por ejemplo, la española de 1978, tuvieron en la Ley Fundamental una guía por parte del constituyente español.³⁰ De otro lado, la influencia de la Ley Fundamental en América Latina ha llegado, principalmente, por la particular relación en términos

³⁰ Respecto a la influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre la Constitución española de 1978, véase Cruz, *op. cit.*, pp. 77-104. En términos cronológicos, entre los 60 años que median entre la Ley Fundamental y la Constitución ecuatoriana se halla la Constitución española, texto este que ha ejercido también una influencia considerable en los textos constitucionales de América Latina.

idiomáticos y culturales de nuestros países con España. Dicha influencia ha tenido distintas vertientes, a saber: normativas en aspectos relativos a derechos y garantías constitucionales, así como en la misma temática por parte de la muy destacada doctrina jurisprudencial formulada por el Tribunal Constitucional Federal, y por la teoría constitucional construida por la renombrada escuela de derecho público germana.

En este sentido, Ecuador, como se ilustró en líneas precedentes, a pesar de las diferencias con el modelo constitucional alemán, comparte algunos rasgos garantistas con la Ley Fundamental en aspectos como los principios que rigen los derechos y las garantías. En efecto, la consideración de aquellos como límites de obligatoria observación por parte de los poderes públicos, así como la aplicación directa de los derechos, su eficacia entre particulares o el respeto a su contenido esencial. De otro lado, la existencia de cláusulas de intangibilidad da cuenta de la importancia del constituyente por la protección del núcleo esencial de la Constitución. En esa medida, cualquier reforma que implique modificar el núcleo esencial le está prohibida al poder constituido. Finalmente, la influencia se puede observar en el protagonismo que desempeña la justicia constitucional en la defensa de la supremacía constitucional y de los derechos, con lo cual actúan como una garantía primaria del sistema democrático en general y de la Constitución en particular.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *La política del diálogo liberal*, trad. Gabriela Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999.
- _____, *We the people*, vol. I: *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.
- ARNOLD, Rainer, “La reforma constitucional en Alemania”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- ÁVILA, Ramiro, “El estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro ÁVILA (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BENAVIDES, Jorge, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2018, pp. 39-66. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/issue/view/38>
- BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

- CRUZ, Pedro, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 2006.
- Diario el Comercio*, “Las consultas, un termómetro político”, Actualidad - Política, 7 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/consultas-termometro-politico.html>
- GRIMM, Dieter, “Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010.
- HÄBERLE, Peter, “Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Häberle”, por Raúl Gustavo Ferreira, *Estudios Constitucionales*, núm. 1(8), 2010. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/issue/view/13>
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Ernst BENDA *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PALACIOS, Francisco, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinvorsorge* al *Sumak Kawsay*”, en Ramiro ÁVILA, Agustín GRIJALVA, Rubén MARTÍNEZ (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2012.
- SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, trad. Joaquín Abellán, Madrid.