

López Testa, D. (2023). *Identidad constitucional. Núcleo esencial de la Constitución de un país*. Astrea.

Nicolás Salvi

 <https://orcid.org/0000-0003-1995-9847>

Universidad Nacional de Tucumán. Argentina
Correo electrónico: nsalvi@uspt.edu.ar

Publicación: 25 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18874>

Tanto los estudios dogmáticos como empíricos del derecho constitucional suelen olvidar el papel fundamental que la filosofía política tiene para la formación de una Constitución. Para nuestra suerte, este no es el caso de la obra *Identidad Constitucional* de Daniela López Testa. En este escrito nos encontramos frente a un estudio hermenéutico del derecho constitucional que muestra las bases de la filosofía contractualista que está detrás de toda carta magna de los estados contemporáneos.

Daniela López Testa es abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, Master of Law por la Universidad de Freiburg y doctora en Derecho por la Universidad de Erlangen-Núremberg. Justamente, este libro es producto de su tesis doctoral, donde cruza sus estudios constitucionales entre Europa y Sudamérica.

En su obra, la autora aborda con meticulosidad y profundidad el intrincado concepto de identidad constitucional, utilizando como lente de análisis las experiencias alemana y argentina. Desde el inicio, el lector se introduce en la complejidad de las conciencias colectivas de las naciones, que intentan ser traducidas jurídicamente por las constituciones. Vemos la marca de los traumas históricos y la necesidad de preservar elementos fundamentales de sus proyectos ético-políticos en sus textos legales fundamentales.

El libro abre con el prólogo, que contextualiza la importancia de la identidad constitucional en Alemania, marcada por una conciencia colectiva permeada por la historia y la necesidad de salvaguardar elementos fun-

damentales ante las sombras del pasado. López Testa destaca la influencia de la educación de posguerra en la configuración de esta identidad, donde la prohibición de manifestaciones patrióticas en las escuelas y el cuidado en la mención de figuras controvertidas revelan la sensibilidad de la sociedad alemana frente a su pasado.

La autora revela que la génesis de su investigación se dio al descubrir la cláusula de “garantía de eternidad” (*Ewigkeitsklausel*) en la Constitución alemana, una cláusula que procura preservar los elementos esenciales que definen la identidad del país. Este término de tinte poético despertó su interés, siendo que el idioma teutón ordinario no goza de gran cantidad de metáforas. La elección de abordar este tema se fundamenta, entre otras cosas, en la fascinación de López Testa por la singularidad del término y su conexión con la idea de cláusula pétrea en la dogmática de su disciplina.

El libro se estructura en seis vastos capítulos. López Testa comienza con una introducción que establece los objetivos y aclaraciones terminológicas esenciales. Este introito se erige como la piedra angular de la obra, encuadrando al lector en la preocupación sobre la permanencia y el cambio en los ordenamientos constitucionales.

En este capítulo se plantea la pregunta central que guía la investigación de este trabajo: ¿puede un ordenamiento constitucional prescindir de cláusulas pétreas y permitir cualquier tipo de reforma, incluso aquellas que alteren sus características esenciales? Para intentar responder a esto, la constitucionalista tucumana intenta dar cuenta, primero, sobre la naturaleza iusfilosófica del concepto de identidad, y cómo éste se traduce en las tradiciones legales de Argentina y Alemania. Se plantea una distinción en el enfoque: mientras que el caso alemán permite un *approach* formal debido a su cláusula pétrea, el argentino solo admite un enfoque material, que tiene como fuente la jurisprudencia y la doctrina.

El caso alemán está claramente encaminado en evitar trágicos sucesos, como el ascenso del nazismo y conseguir que no se altere el orden demoliberal consagrado plenamente con la unificación de 1989. Por el lado argentino, la identidad constitucional adquiere un papel decisivo para explicitar consensos fundamentales que eviten sucesiones de golpes de estado del siglo XX, o cambios abruptos en la forma del estado de los gobiernos constitucionales. Además, el ordenamiento argentino enfrenta el riesgo de supresión constitucional, ya que permite la reforma total de la Constitución. En este contexto, la importación legal de un instituto como la identidad constitucional se presenta como fundamental para el sostenimiento de la administración política estatal.

En Argentina, la discusión en torno a la identidad constitucional aún es limitada, y en su lugar, se centra en el tema de los límites materiales a la reforma de la carta magna, representados por las cláusulas pétreas. Este fenómeno, aunque similar, resalta la necesidad de explorar y explicitar la identidad constitucional como un mecanismo más integral y preciso para salvaguardar los principios fundamentales de la Constitución en situaciones de cambio y reforma.

La justificación de esta investigación se adentra en un terreno desafiante, basándose en lo que la autora identifica como un decisionismo constitucional racional. Se amalgaman las teorías de Carl Schmitt sobre la constitución como decisiones fundamentales, con la perspectiva interpretativista de Robert Alexy. A pesar de la aparente incongruencia entre ambos enfoques, se argumenta que el decisionismo de Schmitt aporta una realidad sociológica, al tiempo que el racionalismo de Alexy filtra esa realidad bajo el prisma del deber ser. Esta mixtura forma el marco teórico de las constituciones contemporáneas, enmarcadas en el llamado Estado constitucional de derecho.

Es crucial subrayar que la adhesión al decisionismo de Schmitt no implica que la autora comparta todos sus postulados, especialmente aquellos relacionados con aspectos controvertidos de su vida y pensamiento. El decisionismo constitucional se emplea aquí, más bien, como una herramienta analítica/epistémica específica.

En cuanto a Robert Alexy, junto con Gustav Radbruch, representan el canon iusfilosófico alemán más representativo de la posguerra, marcando una ruptura con la tradición positivista e incorporando el contenido moral a la operatividad legal. Dentro de esta teoría pospositivista, la justicia se equipará a la corrección, buscando alcanzarla a través de la teoría de la argumentación y la rehabilitación de la razón práctica. Esta vertiente sostiene que una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento de deliberación racional, excluyendo un proceso de decisión.

En esta amalgama, la idea rectora es la institucionalización de la razón, cuya forma política es el constitucionalismo democrático. Sin embargo, este último sólo es viable como un constitucionalismo discursivo, subrayando la importancia de la argumentación y el diálogo en la búsqueda de la justicia y corrección en un sistema jurídico abierto. Podríamos decir, la tendencia a una democracia deliberativa.

Luego de definir su objeto de estudio desde la perspectiva filosófica, López Testa afronta la identidad —en general— considerando dos facetas: *mé-meté* (igualdad) y *ipséité* (diferenciación). La primera se refiere a lo que nos

hace iguales a otros, como ser seres humanos, la segunda; en cambio, se relaciona con lo que nos hace únicos y diferentes. En el escenario constitucional, las facetas filosóficas de *mêmeté* e *ipséité* introducen una dualidad que aborda tanto la igualdad como la diferencia entre los individuos y las naciones.

El motivo de aproximarse filosóficamente a la identidad radica en la necesidad de comprender cómo ha evolucionado el concepto a lo largo del tiempo y cómo influye en la actualidad de la realidad jurídica. La concepción defendida es dinámica, flexible, narrativa y relativa, alejándose de valores absolutos y esencialistas. La identidad constitucional, lejos de ser enemiga del cambio, facilita el progreso al liberar áreas constitucionales para revisiones, protegiendo un núcleo mínimo constitucional y decisiones del poder constituyente. Así, se defiende a las minorías, al titular del poder constituyente y se establece el límite de cuándo una Constitución deja de serlo.

En el segundo capítulo, López Testa sitúa al lector en la evolución filosófica del concepto de identidad, proporcionando un sólido marco teórico para comprender las complejidades del tema. Aborda la evolución filosófica del concepto de identidad, un tema trascendental vinculado al ser y al conocimiento. La selección de autores examinados responde a su representatividad en diversas corrientes filosóficas, desde el realismo aristotélico hasta los giros lingüístico y pragmático propuestos por Jürgen Habermas. En este marco, la perspectiva del afamado profesor alemán destaca la trascendencia de la verdad más allá del lenguaje, especialmente desde la óptica del participante en derecho en el campo argumentativo.

En el tercer capítulo, se ocupa del concepto de identidad propiamente constitucional. A pesar de la aparente indefinición de este término, se revela como un fenómeno latente y relevante en diferentes contextos jurídicos. Esto se presenta como un desafío conceptual debido a su relación con institutos propios de otras áreas como el nacionalismo, exige evitar confusiones con perspectivas contrarias al propósito del trabajo. Para dar cuenta con este concepto, se deben analizar las facetas teóricas, fuentes, elementos, ubicación teórica, finalidad, relación con temas como cláusulas pétreas, poder constituyente, liberalismo y democracia, entre tantos otros factores que moldean la identidad de cada carta magna.

Retomando las facetas de *mêmeté* e *ipséité*, la autora explica que la primera refiere a un núcleo mínimo común a todas las constituciones, como la separación de poderes y derechos fundamentales; mientras que la segunda se refiere a decisiones voluntarias del poder constituyente que reflejan experiencias y valores específicos de una comunidad.

La *mémeté* se manifiesta en la identificación, protección de los principios y valores fundamentales que unen a la colectividad. Implica la creación de una base normativa compartida, donde derechos y deberes esenciales son aplicables universalmente. Esta promueve la cohesión al establecer un terreno común que va más allá de las diferencias individuales, garantizando una igualdad normativa fundamental.

La *ipséité* constitucional destaca, por su parte, lo que hace a una nación única y distintiva. Puede abarcar decisiones específicas del poder constituyente, eventos históricos singulares o valores arraigados en la cultura nacional. Esta dimensión protege la diversidad y singularidad de cada ordenamiento jurídico, asegurando que las decisiones fundamentales reflejen las particularidades y aspiraciones específicas de la sociedad a la que sirven.

Más importante aún, López Testa establece que la identidad constitucional sirve como un límite autónomo al poder constituyente, advirtiendo contra las revoluciones legales y prohibiendo reformas totales. Se enfatiza su papel en la armonización de democracia y liberalismo, implicando el control material de las reformas constitucionales por parte del Poder Judicial.

En el contexto europeo, se resalta el reconocimiento de la identidad constitucional desde tratados como Ámsterdam hasta Lisboa, y se subraya la necesidad de respetarla como un deber de la Unión Europea. La naturaleza jurídica de este concepto se define como una reserva de los Estados y un deber de la Unión, aplicándose tras un examen de proporcionalidad.

El cuarto capítulo se imbuye en el análisis específico de la identidad constitucional en el marco de la República Federal de Alemania. Se destaca la relevancia de comprender la normativa vinculada a las reformas constitucionales y a la firma de tratados supranacionales. Además, se examina la práctica discursiva del Tribunal Constitucional Federal Alemán, tanto en casos nacionales como en aquellos relacionados con la Unión Europea.

Profundiza en el artículo 79¹ de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz* —GG—), que establece los límites for-

¹ Artículo 79 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Reforma de la Ley Fundamental]: (1) La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración. (2) Una ley de este carácter requiere la aprobación

males y materiales de las reformas constitucionales. Este artículo se revela como una salvaguarda de elementos cruciales de la identidad constitucional alemana, incluyendo la estructura federal y principios fundamentales. Igualmente, se presenta como una barrera contra el nacionalismo chauvinista.

Se distingue entre un núcleo mínimo compartido por todas las constituciones (*mèmeté*) y elementos voluntarios (*ipséité*), como el federalismo y el estado social. La dignidad humana, consagrada en el artículo 1o² de la GG, se presenta como un principio y un derecho fundamental, respondiendo a los traumas del totalitarismo nazi, por lo tanto, parte misma de la identidad constitucional de la Alemania contemporánea.

La interpretación de los derechos fundamentales con contenido de dignidad como principios en la cláusula pétrea se vincula con el racionalismo del decisionismo constitucional. Por ejemplo, el artículo 23³ de la GG, considerado una cláusula de homogenización, exige el respeto por la identidad constitucional alemana en la construcción europea.

En el plano interno de este país, la jurisprudencia debate si los elementos de la cláusula pétrea deben entenderse como reglas o principios, abogando por una interpretación que permita la ponderación y respete el marco constitucional. En el ámbito de la Unión Europea, se observa una evolución en el

de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat. (3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

² Artículo 1 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]: (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

³ Artículo 23 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Unión Europea —protección de los derechos fundamentales— principio de subsidiariedad]: (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

control de la identidad constitucional, con momentos de deferencia y retrocesos, incluyendo confusiones entre la soberanía y la autodeterminación.

El quinto capítulo de la obra, aquí comentada, traslada la atención a la identidad constitucional argentina, se enfocan en consideraciones generales, límites materiales a la reforma y la interpretación de la Corte Suprema Argentina. López Testa compara y contrasta las experiencias alemana y argentina, proporcionando una visión integral de la diversidad de enfoques y desafíos en la preservación de la identidad constitucional.

En Argentina, a diferencia de en otros ordenamientos, no existe una cláusula pétrea. Se examina la normativa aplicable a las reformas constitucionales, las discusiones doctrinales sobre límites implícitos y explícitos, y los contenidos constitucionales de intangibilidad. Se destaca la importancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en relación con los límites formales y materiales de las reformas; los fallos referentes a contenidos constitucionales fundamentales.

Aunque se reconoce la participación de Argentina en sistemas regionales como el Mercosur, se señala que su integración no alcanza el nivel de desarrollo de la Unión Europea. Por lo tanto, la faceta *ipséité* de la identidad constitucional no tiene el mismo peso que en el caso alemán.

El análisis se orienta en los elementos que podrían constituir la identidad constitucional argentina. Se plantea la ausencia de una cláusula pétrea, pero se identifican contenidos que actúan como límites materiales a las reformas. Se destaca la interpretación del artículo 30⁴ de la Constitución Nacional, que permite la reforma total de la Constitución, pero se indica que debe leerse en armonía con otras disposiciones constitucionales para evitar peligros de revolución legal. La reforma constitucional se realiza a través de una Convención Constituyente, considerada como poder constituyente constituido o derivado.

Aunque no existe una cláusula pétrea formal, se reconocen contenidos inmodificables que actúan como límites materiales a las reformas, siendo parte de la identidad constitucional argentina, como su forma republicana, representativa y federal. La jurisprudencia de la CSJN muestra una tendencia a aceptar controles sustanciales de las reformas, garantizando la supremacía constitucional.

⁴ Artículo 30 Constitución de la Nación Argentina: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

La autora propone una identidad constitucional argentina tentativa, compuesta por elementos como: la dignidad humana, un esquema de ordenada libertad, derechos fundamentales, la forma republicana y federal, y la libertad de prensa. Estos elementos se dividen en un núcleo mínimo constitucional compartido y elementos voluntarios, que tienen una importancia crucial en la historia constitucional del país.

La síntesis conclusiva, último capítulo de la obra, ofrece al lector una panorámica clara de los hallazgos y contribuciones de la investigación. López Testa cierra el círculo de su pesquisa proporcionando una visión global de la importancia de la identidad constitucional en ambos contextos nacionales analizados, presentando su labor como una contribución significativa que combina análisis jurídico y filosófico.

Se resalta un rasgo común en ambas naciones: la función deontológica de la Constitución como instrumento para evitar la repetición de errores históricos. En Alemania, se destaca la adopción de una cláusula pétrea y la centralidad de la dignidad humana en la estructura jurídica, mientras que, en Argentina, el catálogo de derechos fundamentales se amplía y adapta a las tendencias sociales y pluralistas con la reforma de 1994.

Con vistas al futuro, se vislumbra para Alemania que la identidad constitucional no se utilice de manera defensiva ante la Unión Europea, sino de manera colaborativa. En el caso de Argentina, se destaca la necesidad de fortalecer la concepción de la dignidad humana y abogar por el control material de la constitucionalidad para evitar retrocesos.

El libro finaliza resaltando la importancia del equilibrio entre decisionismo y racionalismo, enfatizando que las decisiones fundamentales deben ser realizadas en el marco de la razón práctica. Se destaca la dialéctica entre elementos opuestos, semejanzas y diferencias, como esenciales para comprender la complejidad de la identidad constitucional. Se concluye que esta identidad es el *non plus ultra* de las constituciones, un punto de no retorno más allá del cual las reformas constitucionales deben ser cuidadosamente consideradas para evitar revoluciones legales, o más bien, autodestrucciones institucionales.

En definitiva, *Identidad Constitucional* no sólo es una profusa investigación académica excelentemente documentada, sino también una invitación a reflexionar sobre la relevancia de preservar la identidad constitucional en sociedades marcadas por su historia. Es también muy atinado el marco iusfilosófico que se consigue con la mixtura de Schmitt y Alexy para mostrar la realidad de las repúblicas representativas de la actualidad occidental.

La obra destaca por su enfoque valiente al confrontar teorías controvertidas y su habilidad para tejer un hilo conductor entre filosofía y jurisprudencia.

Este hilo muestra que las condiciones de posibilidad de los gobiernos estatales siguen atadas a las bases del derecho formal y burocrático creado en la modernidad. Como tecnología de administración y gobierno, el estado precisa de manifestar positivamente las reglas que forman a su entramado institucional, lo que le permite mantener la seguridad jurídica continua para la comunidad política que lo conforma. El contrato entre gobernantes y gobernados, plasmado en una Constitución, es heredero de las historias de las élites y pueblos que lo componen. López Testa, atenta a esto, señala cómo se generan y sostienen las órdenes constitucionales demorepresentativos, y dispara ante la imposibilidad de que la voluntad de autodestrucción pueda ser positivizada. Al menos no, en un proyecto estatal que quiera ser exitoso en su epopeya administrativa.

