VERDAD Y CONSTITUCIÓN. UNA INCIPIENTE DOGMÁTICA DE LAS FICCIONES CONSTITUCIONALES*

Truth and Constitution. An Incipient Dogmatic of the Constitutional Fictions

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

Revista Española de Derecho Constitucional
ISSN-L 0211-5743, núm. 106, Madrid, enero/abril (2016), pp. 149-201
http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.04

Cómo citar/Citation
Villaverde Menéndez, I. (2016).
Verdad y constitución. Una incipiente dogmática
de las ficciones constitucionales.
Revista Española de Derecho Constitucional, 106, 149-201.
doi: http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.04

Resumen

Este trabajo realiza un análisis de la relación entre verdad y derecho constitucional a través del examen del papel de lo verdadero y su hallazgo en los procesos judiciales y en el debate de las ideas en un proceso de comunicación pública. La tesis del autor es que en la Constitución democrática y en su derecho no hay espacio para la verdad como categoría ontológica. Hallar la verdad no es el objeto de los procesos judiciales, ni del debate libre de ideas, en el cual ningún mensaje puede arrogarse privilegio alguno apelando a su condición de verdadero. El autor no niega la relevancia que la ver-

* Este artículo forma parte de un trabajo más ambicioso sobre las ficciones en el derecho constitucional que está en proceso de elaboración y que comienza con este capítulo. De ahí su título.

dad tiene para el derecho, en particular en la práctica de la prueba de hechos o desde una perspectiva epistemológica (condiciones de validez del razonamiento y decisión jurídicas). Pero considera que cuando se habla de verdad en el marco de los procesos judiciales, especialmente el penal, se está tratando de argumentar la posibilidad real de que exista una única decisión judicial correcta para cada caso. Asimismo, en el proceso de comunicación pública, que el mensaje sea o no verdadero o una verdad es irrelevante para su protección constitucional. Esta reflexión le permite poner en cuestión la tesis de que la Constitución debe proteger la verdad, o el fundamento constitucional de los delitos de negacionismo, o la hipotética existencia de un derecho a la verdad.

Palabras clave

Democracia; Constitución; derecho constitucional; verdad; derecho a la verdad; procesos judiciales; veracidad; confianza; proceso penal; delitos de negacionismo; proceso de comunicación pública.

Abstract

This work realizes an analysis of the relation between truth and Constitutional law across the examination of the role of the truth and its find in the judicial processes and in the debate of the ideas in a process of public communication. The thesis of the author is that in the democratic Constitution and in its Law there is no space for the truth as ontological category. To find the truth is not the object of the judicial processes, and neither of the free debate of ideas, in which no message can adopt any privilege appealing to its condition of true message. The author does not deny the relevancy that the truth has for the Law System and Doctrine, in particular in judicial evidence or from a epistemologic perspective (conditions of validity of the law reasoning and decision). But he considers that when we talk about truth in a judicial process, specially in criminal trial, in fact we talk about de unique correct judicial decision about the case. Also, in the process of public communication, that the message is or not truth or a true message is irrelevant for its constitutional protection. This reflection allows him to put in question the thesis from which the Constitution must protect the truth, or the constitutional foundation of the «hate speech», or the hypothetical existence of a right to the truth.

Key words

Democracy; Constitution; Constitutional Law; Truth; Right to Truth. Judicial Process and Trials; Veracity; Trust; hate speech; Public Communication Process.

SUMARIO

I. ALGUNAS PRECISIONES QUE CONVIENEN. II. CONSTITUCIÓN SIN VERDAD. III. EL LUGAR DE LA VERDAD EN EL DERECHO: 1. Verdad y proceso. 2. La libre discusión de las ideas. El poder de la verdad y la verdad del poder. Derecho a mentir **vs**. derecho a la verdad. 3. Cuatro casos del Tribunal Constitucional enfrentado a la verdad. IV. CONCLUSIÓN: LA VERDAD CONSTITUCIONAL ES HEBREA. VERDAD, MENTIRA, VERACIDAD Y QUIÉN SABE QUÉ OTRAS COSAS MÁS. *Bibliografía*.

«Es injusto... (cuando) la máxima autoridad... determina lo que se debe aceptar como verdad y rechazar como error»[1]

B. SPINOZA

«El ser de la verdad es la libertad»[2]
M. HEIDEGGER

I. ALGUNAS PRECISIONES QUE CONVIENEN

No, no he empezado este trabajo con la manida cita de Hobbes, «Auctoritas, non veritas facit legem», porque lo que perseguimos en este trabajo no es repensar la fuente legitimante de la creación normativa, o quizá más bien su finalidad, sino reflexionar sobre el papel que en el Derecho constitucional desempeña una de sus ficciones, o acaso sea más correcto decir, una de sus convenciones, la verdad[3]. Cierto que Martin Heidegger tal vez no sea la mejor de las citas posible para abrir un opúsculo sobre la verdad y el Derecho constitucional[4]. Pero más allá del personaje, resulta oportuna su sentencia: el ser de la verdad es la libertad. Ese es el sentido que para el Constitucionalismo, incluso para el contemporáneo, postmoderno y globalizado (y, por qué no de-

1 Spinoza (2008).

2 Heidegger (1997): 12. Ver especialmente los apartados 4.º y 5.º

3 Hobbes (1983): Capítulo XXVI. A la que Luigi Ferrajoli le dedica unas interesantes y pertinentes reflexiones para este trabajo en su obra Ferrajoli (2014): 19 y ss.

4 Es conocida la anécdota según la cual Hans Georg Gadamer le contestó a un colega en el transcurso de una reunión filosófica que probablemente Martin Heidegger haya sido el mayor pensador del siglo xx; pero esto no puede remediar que haya sido un ser humano detestable.

cirlo, desorientado), posee el término «verdad», entendida esta en su acepción más canónica y que aquí es axioma, como «lo que es»[5]. Para el Constitucionalismo, concebido aquí como dogmática jurídica del Estado constitucional y su expresión positiva —amén de disciplinar y académica—, el Derecho constitucional, no hay más verdad que la libertad[6].

Dos aclaraciones previas para evitar malos entendidos. Aunque más adelante nos detengamos en ello, no sostenemos en estas páginas que no hay más

[5] Debemos confesar que hemos empleado un concepto canónico de «verdad» —verdad es lo que es, la correspondencia entre cosa y entendimiento— porque para el objeto de esta reflexión basta con esta idea; conscientes, claro, de la complejidad inabarcable del concepto, pues en esa palabra se resume en buena medida la historia de la reflexión humana. Además del opúsculo de Heidegger más arriba citado, y que precisamente somete a una nueva perspectiva el concepto yendo más allá de aquella definición canónica —cierto también que con toda seguridad el maestro alemán no compartiría el uso «constitucional» que se le da a su frase y las razones que la sustentan en el citado opúsculo—, han servido de fuente para el manejo del concepto la voz «verdad» del «Diccionario de Filosofía» de F. Mora (1994), y Zubiri (1997): 34 y ss.

[6] Estas seguramente más que discutibles afirmaciones son deudoras de tres textos enormemente sugestivos, al menos para quien esto escribe. Uno de largo aliento, y los otros, no por más breves, menos apasionantes. El primero es el ya citado de Ferrajoli (2014): *passim*. Con él se comparte el concepto dogmático y la noción histórica de Constitucionalismo y Estado constitucional que emplea en su obra (Cap. 1, 2 y 5). De Garrorena (1997): 37 y ss., en especial p. 47, con el que se comparten muchas ideas y se mantienen no pocas discrepancias. Algunas de estas reflexiones se complementan con lo dicho por el autor en su libro recopilatorio Garrorena (2011)*:* primera parte. El otro es el publicado por Requejo Pagés (2010): 180 y ss. Un reciente e interesantísimo análisis de las tendencias metodológicas más actuales en Derecho, y que en buena medida se comparte en este trabajo, es el de Stefano Mateucci (2014): 119 y ss. Pero permítanme volver a Ferrajoli y su obra ya citada, que aquí y en este particular vuelve a ser compartida. No quisieramos dejar de citar tres obras, una general y esclarecedora en muchos extremos del valor de la «ciencia» jurídica como tal, el libro de Vega López (2000); otra sobre la que se funda en buena medida los cimientos metodológicos de este opúsculo, Krawietz (1978); y de entre las ponencias publicadas en la VVDStRL dedicado en esta ocasión a «Lesitungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts», la de Hillgruber y Volkmann (2007), que parece reavivar la confusión entre derecho positivo y sociología del Derecho. Vivimos malos tiempos para los positivistas que seguimos sin entender la confusión entre moral y Derecho constitucional y el sentido del denominado neoconstitucionalismo si no es un simple iusnaturalismo entreverado de uso alternativo del Derecho. También sobre ese debate el referido de Ferrajoli (2014): 22 y ss., y los que allí se citan —especialmente en las notas 11 y 16.

Constitución que la democrática, porque jurídicamente la Constitución es una norma (o varias normas) identificada por su posición en un ordenamiento jurídico, y no por su contenido[7]. Tampoco sostenemos que solo hay Estado constitucional si es democrático (el liberal decimonónico era Estado constitucional, a su manera, pero lo era). Así es, porque libertad y democracia son dos conceptos jurídicos distintos; aunque conexos y secantes. La libertad no necesita de la democracia, pero la democracia sí necesita de la libertad (como de la igualdad)[8]. El Constitucionalismo es inexplicable sin la lucha por la libertad; pero la Constitución normativa y el Estado que alumbra solo es comprensible desde la democracia, y a nuestro entender, desde la democracia procedimental. Y a pesar de lo que puede parecer, estas afirmaciones, en especial esta última, tienen que ver con la verdad. Algo diremos más abajo sobre esto.

Menos incómoda es la cita de Spinoza. Acaso sea en ella donde la verdad encuentra acomodo en el Derecho constitucional, porque la Constitución, en hipótesis, está para que nadie tenga el poder de decidir qué es verdad y qué no lo es, ni siquiera ella misma. En otras palabras, no es tarea de la Constitución y su Derecho la búsqueda y salvaguardia de la verdad, y si lo fuese esa Constitución y su Derecho tendrían su nombre, pero no su espíritu, porque el Constitucionalismo, y el Estado constitucional diseñado y anidado en su interior, no es ni puede ser la norma de un Poder que garantiza la verdad, la suya o la de otros, sino justo lo opuesto, un Poder neutro a la verdad que persigue para (no por) ser «justo» asegurar un espacio donde esa búsqueda será personal o colectiva, pero libre e igual, y exenta de poder público (de deberes impuestos unilateralmente y respaldados por el uso de la coacción para su cumplimiento forzoso). La paz jurídica que asegura el Estado constitucional no es sino la fórmula normativa que garantiza ese espacio donde la verdad es asunto de cada cual, que a lo sumo se confronta en el debate público (libertad de expresión e información). Pero ajena al poder público y al proceso de toma de decisiones que regula su ejercicio, donde nadie ni nada puede imponer una verdad apelando o acudiendo a la coacción. El monopolio de la coacción que ostenta el aparato del Estado no puede estar al servicio de la verdad, de una verdad, de cualquier verdad. El Poder no tiene una verdad, no puede tenerla allí donde es un instrumento de libertad e igualdad.

Como ha dicho Niklas Luhmann, cuando el Derecho se zafa de las asfixiantes garras de la moral y lo justo, es cuando «el Derecho ya no puede ser

---

7 Por todos, Otto y Pardo (1987): Capítulo I.

8 Lo que el principio democrático incorpora al Estado constitucional liberal, entre otras cosas, desde luego, es fundamentalmente el axioma de la igualdad.

verdadero o falso, tan solo válido»[9]. El Derecho se emancipa de la moral y la religión para erigirse en un sistema autónomo, autopoyético, autorreflexivo y positivo, capaz de sustraerse al imperio de la verdad como correspondencia, porque si su función es simplificar y aplacar los conflictos a través de la racionalización procesal de su resolución, lo que es, lo verdadero, ya no es resultado de una voluntad o una revelación, sino de un proceso de toma de decisiones que por definición siempre está abierto y en constante cambio[10]. Unos son procesos en los que se resuelven esos conflictos mediante una decisión judicial; otros son procesos mediante los que las voluntades y expectativas se transforman en una norma. Ambos constituyen la arquitectura básica de un ordenamiento jurídico estatal. Positividad y verdad son conceptos antagónicos en el Derecho[11].

Estas páginas bien pueden leerse, cierto, como atrevidas reflexiones de su autor al hilo de la lectura del trabajo de Peter Häberle, *Verdad y Estado Constitucional*[12]. Para Häberle, en el marco de su teoría *cultural* de la Constitución y el Derecho constitucional, la búsqueda de la verdad, sobre la que se soporta la justicia, es un fin irrenunciable del Estado constitucional, casi su razón de ser, porque solo con la verdad puede domeñarse un Poder siempre empeñado en el control arbitrario de los ciudadanos a través de la mentira y el ocultamiento[13]. Una búsqueda de la verdad, dice Häberle, que en unos casos el Estado debe garantizar a los ciudadanos en el ejercicio de sus libertades de culto, científica y de opinión e información; ejercicio a través del cual encontrarán los instrumentos para llegar a sus «verdades» en libertad e igualdad; y en otros es el propio Estado quien asume el deber de descubrirla (caso de los procedimientos penales).

Espero que el lector disculpe nuestra osadía de escribir a la sombra del maestro alemán. Pero tenemos para nosotros que Häberle emplea el concepto verdad y su función de forma distinta a la que aquí se utiliza. Da la impresión de que el alemán escribe pensando en un conflicto permanente entre el Poder, desnudo e inhumano y siempre tendente al absoluto (hegeliano); y los ciudadanos, inermes y acogotados. Un conflicto en el que estos tratan de domesti-

9 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahern*, Luchterhand, Darmstadt/Neuwied, 1975, p. 145.

10 Del mismo Luhmann (1981): 386 y ss. Un estudio exhaustivo y diacrónico de la relación entre Derecho y verdad puede encontrarse en Sucar y Cerdio (2015): *passim.*

11 En este sentido Sucar G. (2008): Capítulo III.

12 Häberle, P. (2006). Se cita por la traducción publicada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM.

13 Véase Catalán (2015): *passim.*

car a aquel sometiéndole a una verdad superior y justa, que es la que poseen los ciudadanos frente a la del Poder, que en realidad es una *mentira*. Por eso, el orden constitucional y su Derecho, que no son instrumento de poder (funciones) y del Poder (órganos), sino de la libertad y de los ciudadanos para embridar ese poder/Poder, tutela la *verdad ciudadana*, opuesta a la del poder/Poder, la salvaguarda mediante la garantía de la libertad y la igualdad, y la erige en límite infranqueable para el poder/Poder, que no podrá oponerle la suya. Este brillante argumento nos conduce inexorablemente a una percepción valorativa del Derecho constitucional y su Estado. Es inevitable, porque ese Estado y ese Derecho se construye en una pugna de valores, los de la ciudadanía libre e igual y los del poder/Poder, tirano, insaciable y voraz. Pero esta visión olvida que si el Estado es democrático y su Derecho constitucional también, no hay semejante distinción, tan querida a Hobbes, entre pueblo y poder/Poder, porque no hay más poder/Poder que el del pueblo. No es necesario construir una urdimbre de valores emanados de la verdad de los ciudadanos (¿o verdades?), que como un *pueblo en «armas» morales* («en la calle» dirán otros) se alza frente al Poder crudo y desnudo, y lo domeñan con la *verdad* de la justicia, la libertad y la igualdad. Si no hay más poder que el del pueblo, y el poder no es más que un aparato institucional construido para hacer efectiva esa identificación a través de un ordenamiento jurídico, entonces, no hay más verdad que la de los procesos juridificados mediante los que el pueblo expresa su poder a través de los Poderes, que se limitarán a formalizarlo y asegurar su observancia al margen de todo valor o verdad (otra vez Luhmann). Por tanto, el Estado no garantiza una verdad ciudadana que se opone a un tercero que en rigor, en democracia no existe: ese malévolo Poder tentado siempre de ahogar la *verdad* de los ciudadanos. El Estado y su Derecho no tienen una «verdad», ni tutelan ni se oponen a la de nadie. La verdad es una cosa privada ajena al Derecho[14].

Pero antes de seguir adelante, centrados los términos del debate entre una verdad del Poder y la verdad de los ciudadanos, que es su libertad e igualdad, enfrentada al Poder, aclaremos algunos conceptos.

[14] Sin embargo, la lectura de autores como Larry Laudan, o del propio Dworkin, trasladan la idea de que los procesos jurídicos, en especial aquellos que protocolizan y procedimentalizan el uso del *ius puniendi* del Estado están dirigidos, y no puede ser de otra forma para que sean *legítimos* y aceptados por los ciudadanos como tal, a buscar y hallar la verdad de lo ocurrido para no errar y castigar a quien no sea el verdadero autor de los hechos punibles. Véase para el caso de Dworkin (2013): 7, 23 y 327 y ss.; Laudan (2013): *passim*. Un análisis desde la perspectiva normativista en Sucar (2008): *passim*.

II. CONSTITUCIÓN SIN VERDAD

La Constitución democrática es proceso o no es[15]. Y si es proceso, no caben en su seno sustancias, y en consecuencia, no posee espacio alguno para la verdad, por cuanto esta expresa una sustancia y un valor definitivos e incontestables[16]. Verdad y Constitución son ideas excluyentes. La Constitución de-

[15] Es cierto que esta es una afirmación muy provocativa y que requiere de matices, pues de otro modo daría la falsa impresión en lo dogmático de que se niega todo contenido constitucional material, y en lo académico que se enfrenta a las tesis del constitucionalismo garantista de Ferrajoli con el que es innegable nuestra coincidencia. A lo que pretendemos referirnos con tan rotunda afirmación es que la Constitución no es expresión de un orden de valores a los que sujetar la propia interpretación de los preceptos constitucionales; en fin, que para nosotros, positivistas (no sé si *paleo* o *neo*), no hay una «Constitución material» o «en sentido material»; no hay más Constitución que la que así formalmente cabe denominar por su posición en el ordenamiento jurídico. No creo que en este debate el denominado «neoconstitucionalismo» haya aportado más que la recuperación de los conceptos materiales de Constitución, y aun a riesgo de ser considerados obsoletos (y continuamos sin entender el alcance y sentido del opúsculo de Finnis (2011), lo que, naturalmente, debe reprocharse a nuestras limitaciones), nos remitimos aquí a Ignacio De Otto y los primeros capítulos de su *Sistema de Fuentes*, o su imponente *Memoria a Cátedra* publicada en sus «Obras Completas» —Otto y Pardo (1987) y (2010). Sobre este, creemos que estéril, debate, por mucho que algunos quieran resucitarlo llamando a las cosas con nombres ampulosos, véase ya en los setenta del siglo pasado el libro de Krawietz (1978): 42 y ss. (que no deja de ser un tratado sobre *epistemología jurídica* unos cuantos años antes del de Laudan) que da buena cuenta de este debate en la dogmática alemana en aquella época. Cosa distinta es que la Constitución para ser democrática, además de «procesos», regule «contenidos», encerrados en los principios constitucionales y en los derechos fundamentales, que someten esos procesos a ciertos límites y fines, o limitan el ejercicio del poder constituido en uso de sus atribuciones constitucionales o legales.

[16] Somos conscientes de lo radical de estas afirmaciones y su sustento en un debate largo e intenso entre una concepción procesal de la democracia y quienes la poseen valorativa. No es este el lugar para entrar en este terreno ciertamente difícil, y rogamos al lector que acepte la premisa con la que se abre este apartado. Ahora bien, no debe confundirse la concepción procesal de la democracia, con la idea de que «su» Constitución solo es «proceso». No es así, y en esto, por paradójico que resulte, compartimos las reflexiones de Tribe, L. H. (1980): 1063 y ss. Desde luego que la Constitución contiene normas sustantivas, los derechos fundamentales lo son en buena medida, y en buena medida reglas jurídicas bien precisas y no solo normas de principio. Lo que se trata de decir en el texto de este trabajo es que la Constitución democrática persigue

mocrática ni es legítima por encarnar una verdad normativizada, ni es válida por su correspondencia material con esa verdad.

Podría objetarse que para la Constitución democrática sí hay una verdad que la legitima: la garantía de la libertad y la igualdad. Ambos conceptos constituirían *verdades* incontestables del Estado constitucional democrático. Tal vez así pueda ser (así parece serlo para Häberle, por ejemplo) desde una perspectiva politológica. Pero no jurídica, y, en consecuencia, tampoco para el Derecho constitucional.

Como expresan las primeras palabras de la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 de lo que serían los Estados Unidos de Norteamérica: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad»[17]. La Constitución norteamericana, la primera que merece ser así llamada, se erige en un medio jurídico para garantizar la felicidad del pueblo (norteamericano) soberano. Una felicidad y bienestar que jurídicamente no es otra cosa que seguridad; la seguridad de que la vida de cada cual no está abandonada a la voluntad de otros, la seguridad de saber a qué atenerme en mi relación con mis congéneres. Si hay aquí alguna *verdad*, es la que resulta de la correspondencia entre mi expectativa y la norma que la regula, entre mis actos y el «saber a qué atenerme». Cada miembro vivo de ese pueblo

esencialmente regular procesos, tanto en su dimensión estrictamente procedimental, como también en sus reglas que acotan, dirigen e inspiran el transcurrir y los resultados del proceso, y no imponer «verdades» sustantivas. ¿No es esta, acaso, la misma tesis de Ferrajoli en su teoría de un constitucionalismo garantista? Como la condición democrática de una Constitución es una cuestión de grado, cuanto más «procesal» en el sentido indicado sea, más democrática es. Para nosotros el caso más claro es el de la libertad de expresión e información de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE). Lo que el art. 20.1 CE garantiza en su conjunto es un proceso de comunicación pública al que, en principio, todo mensaje puede acceder y circular en él en igualdad de condiciones, y no la garantía de la libertad de difusión de mensajes útiles para el sistema democrático o abandonados a las reglas de efecto desigual según qué mensaje del «mercado» de las ideas.

17 Véase el trabajo de Lorca Martín de Villodres (2013): 289 y ss.

podrá ser feliz y buscar su camino a la felicidad si puede dejar de preocuparse por su propia supervivencia cotidiana amenazada por sus congéneres o por el Poder. Para ello se ha ideado una gran ficción, el pensamiento que idea y teoriza el Estado tal y como lo conocemos se funda en un fingimiento: la ficción de que existe una comunidad de individuos (Estado «comunidad») para cuya supervivencia deben alcanzar un acuerdo por el cual todos sus miembros renuncian a hacer uso de la fuerza, física o intelectual, para imponer a otros su voluntad, sus deseos, aspiraciones y expectativas, y constituyen un aparato organizativo cuyo fin es velar por el cumplimiento de ese pacto primigenio (Estado «aparato).

La «paz jurídica» que teorizó Hobbes constituye el gran paradigma teórico del Estado: la renuncia de cada individuo a hacer uso de la fuerza para imponerse a terceros, cediendo su uso al «aparato» del Estado que es el único apoderado para hacerlo. Por eso es la autoridad la que hace la ley, y no la verdad, porque apelar a la verdad es hacerlo a la voluntad de quien la custodia y revela, de manera que la ley será el fruto de esa voluntad que inevitablemente chocará con otras verdades, y en ese choque se destruirá la paz que sustenta la comunidad. No cabe otra paz que no sea la «jurídica», porque para alcanzar esa paz resulta necesario crear un sistema de normas que regulan el uso de la fuerza para respaldar unas voluntades y expectativas frente a otras. Solo mediante normas es posible garantizar (otro fingimiento) que el uso de la coacción no queda al albur de la voluntad de aquel que lo tenga cedido por la comunidad (el «aparato» del Estado). Normas que habrán de establecer también quién es el «aparato» del Estado y bajo qué condiciones y términos podrá hacer uso de ella. El primer concepto de Constitución tiene más que ver con esa regulación organizativa (la denominada parte «orgánica» de las Constituciones, que aún hoy permanece como uno de sus capítulos típicos), que con otros contenidos que se adherirán con el paso del tiempo.

Este hallazgo intelectual tan simple, es el origen de toda la teoría política moderna y contemporánea, y, en lo que ahora importa, del Constitucionalismo y su Derecho[18]. El Constitucionalismo ilustrado y decimonónico trató de ser la respuesta racional y razonada a las preguntas que necesariamente se formulan una vez aceptada la gran ficción del pacto social y su paz jurídica. ¿Quién crea esas normas dentro de la comunidad? ¿Qué pueden regular? ¿Quién se ocupa de velar por su observancia? Pero sin duda, de todas ellas la pregunta definitiva y que da cuenta y razón del resto es esta: ¿qué voluntades y expectativas deben ser respaldadas por el uso de la coacción? Según se responda a esta pregunta se construye una u otra idea de Estado. Según se diga

[18] Por todos, Fioravanti (2014): *passim.*

que solo las «verdaderas», o solo las que se sometan a los procesos de decisión reglada y salgan triunfantes, que por temporalmente triunfantes no se vuelven verdaderas, sino válidas y vigentes hasta que sean sustituidas por otras.

El Constitucionalismo ilustrado suma a las anteriores ficciones (una comunidad que pacta, por eso pasa de ser natural a política, y la paz jurídica) aquella según la cual el individuo existe previo a la comunidad, y este individuo es persona (ser humano) porque es libre (la igualdad vendrá luego con la democracia) y racional. El axioma que sirve para dar respuesta a la cuestión central de la Teoría del Estado resulta ser otra ficción. La comunidad ya no pacta para sobrevivir como tal, alejando de sí el riesgo de la autoinmolación a la que aboca la lucha de todos contra todos (otra ficción hobbesiana, plausible, pero indemostrable). La comunidad en realidad es el resultado del pacto entre individuos libres y racionales que solo en ese pacto pueden hallar la garantía de su libertad natural frente a la fuerza bruta y arbitraria. Locke acaba de inventar el Constitucionalismo individualista (frente al *comunitarista* hobbesiano) para el que no hay otro fin para la comunidad política y su Estado que la garantía de la libertad individual, que no debe atender a más límites que los que derivan de su coexistencia con las libertades de otros miembros de la comunidad. La única manera de que así sea es sujetando la voluntad de todos al Derecho, a la norma, que regulará el uso de la coacción para garantizar ese *principia sub libertatis*. Por eso hay que darse una Constitución, una norma que recoge el pacto social y constituye el aparato del Estado que en nombre de la comunidad hipostasiada en un soberano inexistente y simbólico (otra ficción más) administrará la coacción reglada (desde luego) para asegurar la libertad de sus miembros; en fin, para dar la seguridad de que mi libertad no me será arrebatada (limitada), si no es en los términos de la ley y siguiendo el procedimiento legalmente establecido. La respuesta a aquella pregunta seminal es negativa para el Constitucionalismo ilustrado y racional: ¿Cuáles son las voluntades o expectativas que deben respaldarse por el uso de la coacción? Todas aquellas que no arrebaten la libertad a los miembros de la comunidad. Otra pregunta más, ¿cuáles son los «términos» de la ley? No, desde luego, la voluntad de un sujeto (único o plural); no, naturalmente, la «verdad» de otro. La ley, sus términos, es el producto de un nuevo fingimiento: no es expresión de una verdad revelada (que permitiría la desobediencia y resistencia del que niegue y reniegue de esa «verdad» a la que no considera «verdadera» o «justa»), sino de un proceso en el que se expresa la voluntad de todos (o sea, la de nadie en particular, por eso cuesta tanto entender la existencia de cuotas o colectivos dignos de representación —mujeres, homosexuales...— que sustituyan a los individuos), el interés general, y no dirigido a encontrar la «verdad». Dar respuesta a esas preguntas lleva derechamente a descubrir y teorizar el Estado (material) de Derecho, el principio de legalidad y diseñar ordenamientos jurí-

dicos regidos por la vinculación negativa de los individuos al Derecho (toda voluntad o expectativa puede ser respaldada por el uso de la fuerza siempre que no niegue la libertad de otros, esto es, siempre que no contravenga la ley o el contrato, que no nace de la verdad, sino de la autoridad del acuerdo) y la positiva del aparato del Estado (el aparato del Estado solo puede hacer uso de la coacción en los casos expresamente previstos en las normas que regulan su ejercicio).

El constitucionalismo consideró que la voluntad y expectativa que debe ser respaldada no es la de quien compone el «aparato» del Estado, llamado únicamente a administrar el uso de la fuerza en la comunidad política, sino la de todos y cada uno de sus miembros. Y consideró además que la única voluntad o expectativa digna de protección era la libertad de cada miembro de la comunidad, esto es, su autonomía para regir sus pensamientos y sus actos libres de la coacción del «aparato» del Estado. La ley y el contrato serán los dos instrumentos elementales de la paz jurídica. El primero regula el «aparato» del Estado para asegurar la libertad individual; el segundo es el mecanismo a través del cual se acomodan las libertades de cada miembro de la comunidad a las de sus congéneres. Ambos son instrumentos jurídicos porque ambos tienen por objeto reglar en qué caso el aparato del Estado puede hacer uso de la coacción para respaldar una u otra voluntad y expectativa frente a otras. Y debe ser a través de normas y no de voluntades, porque también es la única forma de desterrar la arbitrariedad del sistema.

La democracia, y su traducción jurídica, el principio democrático, incorpora a este paradigma la igualdad natural de cada hombre. La igualdad supone que toda voluntad y expectativa vale por igual. Pero en el seno de la comunidad política es inevitable tomar decisiones, el gobierno de la comunidad no es sino un proceso de elección de entre diversas opciones. El Estado liberal, asentado sobre la roca de la libertad, podía (era de hecho) sustancialista. Podía imponer una voluntad o expectativa sobre otras si la consideraba más apropiada para con la convivencia de las libertades dispares de quienes forman parte de la comunidad política, porque las expectativas no eran iguales. La Constitución era legítima si se correspondía con la «sustancia» del sistema liberal, y las normas jurídicas eran válidas, además por ser hechas por quien poseía la competencia para crearlas (la Constitución era orgánica y no dogmática, organizaba los poderes y si acaso los limitaba material y no solo procesalmente mediante las declaraciones de derechos —los derechos y libertades solo poseían un contenido y una función: ser límite material al poder constituido y organizado por la Constitución—), por adecuarse a la sustancia del sistema. Así concebido el Estado constitucional, era posible la existencia en su seno de una *verdad*, la de la *Constitución material*. Por eso también en la dogmática liberal de la libertad de opinión y prensa era posible y coherente con el mo-

delo, la prohibición y persecución de ciertas «opiniones» e «informaciones» contrarias a esa «verdad».

El Estado democrático, por el contrario, implica la igualdad de todas las voluntades y expectativas, todas ellas poseen la misma condición y merecen la misma oportunidad de ingresar en los procesos de discusión y decisión. De ahí, en consecuencia, que los sistemas democráticos sean *procesales*. Son modelos en los que se regula, antes que poderes y sus límites (que también), los procesos de discusión y toma de decisiones; en definitiva, de selección y elección de las voluntades y expectativas (todas iguales en esa competencia) que merecen en cada momento, porque la lógica procesal de la democracia siempre es temporal, el respaldo de la coacción reglada. La respuesta que da el principio democrático a la pregunta sobre qué voluntades y expectativas respaldar es procesal y no sustancialista: no es la mejor o más justa o valiosa, sino la triunfante en un proceso de confrontación con otras; no es la verdadera, sino la decidida (positividad). La verdad se traslada de la esencia al proceso; no es lo que es o debe ser, sino una certidumbre sobre lo que puede ser. Las cosas ya no son porque así son, ni está en la naturaleza de las cosas ser de una forma determinada. La verdad en democracia, en su Constitución y en su Derecho constitucional no está en lo que es, sino en el proceso para identificar qué puede ser en cada momento. La verdad, entendida como lo contrario a lo falso, se convierte, en una noción inútil para el Estado democrático porque el Derecho ya no vale por corresponderse con una determinada «verdad», sino por haber sido decidido a través de los procesos reglados a tal fin. En ese Derecho no hay cosas verdaderas o falsas, sino cosas que valen o no valen. Todas las voluntades y expectativas son susceptibles potencialmente de ese respaldo, siempre que para alcanzarlo se sujeten a los procesos de discusión y toma de decisiones que fija la comunidad. La comunidad política debe fijarlos en una norma, la Constitución, que en su condición de regla jurídica es el instrumento óptimo para asegurar el respeto a ese principio procesal. Por eso también la Constitución democrática es proceso porque su función es asegurar la existencia e intangibilidad de los procesos a través de los que las distintas voluntades y expectativas en igualdad de condiciones aspiran a ser respaldadas por el uso de la coacción reglada; aspiran a valer, no a ser verdades o verdaderas.

Es sabido que los sistemas se suceden y se sedimentan. El Estado constitucional democrático no suplanta al liberal, sino que se erige sobre él, sobre su positividad, sobre el Estado de Derecho y el principio de legalidad, sobre las titularidades hipostasiadas y nouménicas de la soberanía. Y la Constitución se hace autorreferencial y más positiva aún porque el Estado democrático necesita de una norma cuya legitimidad reside en ella misma, en su condición de

norma que regula procesos y no sustancias, en su condición de norma positiva, abierta y reformable[19].

El único elemento sustancial de la Constitución democrática son los derechos fundamentales, porque, además de límite al poder coactivo, programan el contenido del ordenamiento jurídico cuyas normas deben ponerse al servicio de la optimización de las reglas soportadas en los derechos, que, por otro lado, son garantía de los elementos que definen el estatus de libertad e igualdad de cada quién, que justo sirve para hacer posible una efectiva participación en los procesos sucesivos de selección de las voluntades y expectativas que serán merecedoras del respaldo de la coacción reglada. Por eso también el Constitucionalismo es un *mainstream* en la Historia.

El Estado constitucional democrático es incompatible con las sustancias, con la existencia de verdades[20]. Cada voluntad o expectativa que se realiza en el proceso de selección de las que merecen el respaldo de la coacción reglada (el único legítimo y válido en un Estado democrático a cuya salvaguardia y garantía sirve la función jurisdiccional castigando los procesos y uso de coacciones espurias mediante decisiones potencialmente irrevocables) no se convierte en una verdad, porque la verdad es inmutable, y aquellas no, porque los procesos siempre están abiertos y está en la esencia del Estado democrático: la

[19] No habrá que desvelarle al lector a esta altura del artículo que estas reflexiones son deudoras del pensamiento de Niklas Luhmann y Hans Kelsen. Aunque tampoco estará de más recordarle al lector que la Democracia es una cuestión de grado, y que, a nuestro juicio, cuanto más procesal y autorreferencial es una Constitución, más democrática. Sobre la condición «borrosa» de la Democracia, por todos, Bastida Freijedo (1998).

[20] Con esto no quiere decirse ni que la verdad sea políticamente irrelevante para un sistema político democrático, ni que, como ha sostenido Vattimo, haya que olvidarse de la verdad para que la democracia exista —Vattimo (2010), aunque sí se comparte con este autor que, para que la ficción democrática funcione sociopolíticamente es necesario renunciar a la verdad. En este sentido, Rodotà (2014): 199, 208 expresa una severa crítica a esa tesis y afirma rotundo que «la democracia debe ser el régimen de la verdad en el sentido de la plena posibilidad del conocimiento de los hechos por parte de todos» —p. 208—. En cierto modo la expresión actual y jurídica de ese conocimiento pleno y universal es el régimen jurídico de la transparencia de los Poderes públicos que, carentes de intimidad, son sujetos obligados del Derecho a ser informado del ciudadano. Desde luego, la verdad es relevante también para el derecho. Pero a pesar de que en ambos casos, democracia y Derecho, la verdad sea relevante, no consideramos que esa relevancia deba traducirse en convertir la verdad en objeto del Derecho o de un derecho. Véase un análisis general de la relación entre Derecho y verdad, Irti (2011): *passim*.

mutabilidad sucesiva de las voluntades y expectativas respaldadas por la coacción reglada (el juego de las mayorías y las minorías siempre cambiantes). En el Estado constitucional democrático no hay verdad, solo cambio.

Los valores que pudiera proclamar una Constitución de un Estado democrático no la hacen menos democrática porque, aunque formalizan sustancias y esencias, son fines a los que aspira el proceso jurídico, su propósito. Tal vez sea este el caso del proceso judicial penal y su actividad probatoria con la que se pretende alcanzar la justicia en la sanción mediante la averiguación de la «verdad» de unos hechos cuya responsabilidad cabe imputar a un sujeto que será castigado por su comisión y así enervar su presunción de inocencia. O bien pueden ser las razones que imponen la propia existencia del proceso y su funcionamiento; procesos que se ordenan atendiendo a la satisfacción de ciertos valores, como el proceso de comunicación pública que se regula de tal manera que en él se garantice la concurrencia de mensajes diversos en atención al valor «pluralismo político» que lo preside. Los valores constitucionales no son, pues, una verdad constitucional, sino un elemento más (es cierto, sustantivo) de los procesos[21].

Si así es, como creemos que es, la verdad no tiene sitio en la Constitución democrática, y en consecuencia tampoco en el Estado si este se apela democrático[22]. La legitimidad y la validez derivada de la Constitución son ajenas a la verdad como concepto. Nada tienen que ver aquellas categorías con esta esencia. La legitimidad de la Constitución es autorreferencial, no hay una o diversas verdades que la legitiman, se legitima a sí misma como norma que ordena el uso de la fuerza para hacer posible jurídicamente todo lo que políticamente es posible. Lo que la legitima es su propia función de norma que positiva un proceso para la toma de decisiones sobre el uso de la fuerza sin excluir ninguna opción sobre ese uso. La Constitución democrática para serlo debe ser garantía de posibilidades, constitución abierta, o no es.

Tampoco la verdad opera en el plano de la validez. La fuente de validez de las normas jurídicas en un Estado constitucional democrático no cabe sustentarla en su acomodación a una verdad o a unas verdades determinadas. Ni hay una verdad que legitime la Constitución, ni esta contiene una verdad que

21 De ahí la coincidencia con las tesis de Tribe (1980) y Ferrajoli (2014), y la discrepancia con la de Häberle (2006).

22 Aquí la discrepancia es radical con Häberle (2006): 113 y ss., y 119 y ss., quien, por el contrario, la búsqueda de la verdad es el sustento y razón de ser del Estado constitucional.

valide las normas del ordenamiento jurídico que constituye[23]. Ni siquiera los derechos fundamentales son la verdad de la Constitución democrática porque no tienen sustancia ni incorporan esencias incontestables. Los derechos fundamentales lo que garantizan es justo que cada sujeto forme su propia verdad, y su verdad valga lo mismo que las de sus congéneres, y todas ellas puedan acceder en igualdad de condiciones a los procesos que concluyen con la decisión sobre cuál de esas verdades individuales son temporalmente respaldadas en su realización por la coacción reglada. Esas decisiones valen por haber sido decididas, no por ser verdaderas («Auctoritas, non veritas facit legem»).

III. EL LUGAR DE LA VERDAD EN EL DERECHO

Aunque verdad y Constitución democrática sean conceptos ajenos el uno del otro, no puede negarse que la verdad es relevante para el Derecho. La verdad en el Derecho vive en dos espacios. Uno es el de la decisión; el otro el de las ideas. El primero se refiere al denominado asunto de la decisión correcta en derecho, que nos lleva directamente al no menos complejo del «error judicial», el *Justizirrtum* y la *epistemología jurídica*. El otro, como se desprende de lo dicho hasta ahora, halla la verdad en el terreno del debate de las ideas. Uno es una cuestión de procesos y hechos. El otro lo es de creencias y libertad. Ambos son procesos en los que se pretende buscar una *verdad*, presupuesta la validez de las decisiones que la persiguen y llegado el caso la contienen.

Conviene, a nuestro juicio, distinguir entre la verdad como criterio epistemológico y la verdad como criterio de legitimación de una norma o un sistema normativo. En el primer caso se persigue determinar las condiciones de verdad de un razonamiento jurídico. En el segundo caso se realiza un juicio de valor que califica o descalifica una norma o un sistema de normas. El primero es un juicio sobre la corrección epistémica y metodológica de una aplicación de una norma jurídica para determinar qué interpretaciones-aplicaciones son objetiva-epistemológicamente correctas. En el segundo caso el juicio se hace sobre la validez de la norma o su aplicación en función de si responde o no a lo que el enjuiciador considera «verdadero», de manera que una norma o un sistema, o su aplicación, es «válida» o «legítima» si se corresponde con la «verdad de las cosas». El punto de conexión entre ambas perspectiva se halla en el

[23] Del mismo Requejo (2010): 195. Sobre la relación verdad-validez consúltese Laudan (2013) y Sucar (2008). Un análisis de la desconexión entre enunciados jurídicos, su interpretación y los valores de verdad de los enunciados y su interpretación judicial puede verse en Ramírez Ludeña (2015) y en Hernández Marín, R. (2014).

lugar en el que se afirma que un aplicador del Derecho, en particular un juez, elige una interpretación de un enunciado jurídico creando una norma para la decisión particular (*jurisdictio*) porque la considera «verdadera» porque cree que es el resultado lógico y razonable de un proceso de inducción epistemológicamente correcto y por ello acertado o justo[24].

1. VERDAD Y PROCESO

Si la verdad es conformidad y rectitud, es la adecuación de la cosa al intelecto (o viceversa porque a estos efectos monta tanto), que lo que se dice es «cierto» y «real», esto es, conforme con «lo que es»; la única verdad en el Derecho es «lo que debe ser». Solo es verdadero lo válido. El Derecho es lo que vale, y es verdadero lo que es conforme con lo que vale. Ser conforme, ser cierto, tiene que ver con la identificación de las normas que valen y con su cumplimiento. La verdad en el Derecho es la de la norma identificada como perteneciente a un ordenamiento jurídico dado, y la conformidad de la conducta a la regla jurídica válida que la regula. La conducta es la cosa (*rei*) y la regla jurídica el intelecto (*intellectus*). Esa conformidad, la verdad del Derecho, es la fuente de la confianza del ciudadano en su ordenamiento jurídico: que se cumpla la norma que es válida. De ahí la relevancia de los procesos jurídicos para asegurar que la norma se cumpla, porque esa es la manera en la que también sabemos «a qué atenernos», porque sabemos qué normas nos regulan y reconocerlas no es cuestión de *voluntad* sino de *procesos* de decisión perfectamente identificables.

No tratamos de llevar el asunto a la eficacia del ordenamiento, sino de señalar que para el Derecho, entendido como ordenamiento jurídico estatal, la verdad estriba en la confianza del ciudadano en él, que es válido y se aplica mediante procedimientos reglados de tal forma que se asegura en el mayor grado posible (plausibilidad) su cumplimiento. Los procesos jurídicos no son procesos para el descubrimiento de la verdad (material, real, ontológica, etc.), sino para garantizar el cumplimiento de sus normas con arreglo a ciertas reglas del juego procesal encaminadas a asegurar la igualdad de las posiciones de sus partes, despojadas de todo «poder» (paz jurídica), y soportada por la prueba de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la aplicación de una norma dada. Tampoco ignoramos que existe otra dimensión de este asunto: la relativa a los valores de verdad anudados a la interpretación del aplicador del Derecho, en particular del juez. La verdad se hace relevante para la epistemología jurídica en tanto se pretende identificar en qué casos y bajo qué condi-

[24] Un ejemplo de ese esfuerzo de conexión, Guzmán (2006).

ciones el proceso intelectual que lleva de la lectura del precepto jurídico a la decisión jurídica es, en definitiva, *correcta*. En este plano, la verdad es la expresión de las reglas metodológicas con las que se pretenden identificar las decisiones jurídicas epistemológicamente «verdaderas» (las que tienen que ser)[25].

Tras esta imagen según la cual la conducta se corresponde, o no, con la regla jurídica siempre hay un juicio y alguien que juzga; siempre hay quien selecciona la regla jurídica válida y decide que existe esa conformidad entre la conducta y la regla jurídica válida, desde luego. La disyuntiva aquí está en quien cree que la verdad consiste en el acierto, es decir, en la idea de que la conducta es o no conforme a regla como algo previo a la decisión judicial, y que el juez se limita a descubrir en el proceso ayudado por la regla jurídica y la actividad probatoria de las partes. Y quien cree, por el contrario, que la verdad está en el respeto al proceso que regula la toma de decisión sobre si la norma ha sido cumplida o no. Para los primeros, al juez solo le queda una decisión posible, la verdadera (que es la justa) —Taruffo, Hassemer, Lauden—. Para los segundos, para nosotros, la *verdad* no es una revelación, sino un resultado ——Merkl, Luhmann, Nieto—. La *verdad* jurídica (que no la ontológica, material o científica) es lo que el juez dice que es, siempre que lo haya dicho conforme al procedimiento legalmente establecido. No hay disyuntiva verdadero/falso, sino válido/inválido. La *verdad*, como el Derecho, es decidida, es decisión y no esencia. Se corresponderá o no con una verdad real, ontológica, fenomenológica... Pero para el ordenamiento jurídico lo que vale no es esa correspondencia metajurídica, sino la decisión que el juez toma sobre esa correspondencia, si se da o no en el caso que resuelve con su decisión. Aquí también hay una decisión posible, pero no es la que se revela al juez en el proceso. Aquí la única decisión posible lo es porque es la que vale, y vale como acto jurídico ejecutado por quien tiene la competencia y a través del proceso legalmente establecido para tomar esa decisión. Vale no por justa, sino por legal, y por legal es la «verdadera»[26].

---

[25] Consúltese Laudan (2013): *passim*, y García Amado/Bonorino Ramírez (2014): *passim*.

[26] Véase Nieto (2000): 189 y ss. En estas páginas, en las que Nieto niega que pueda hablarse con propiedad de verdadero o falso en punto al razonamiento jurídico, acude a la «plausibilidad» de ese razonamiento y de la decisión judicial para explicar su ser, inspirado en las ideas de Chaïm Perelman. Estas tesis entroncan a nuestro juicio con la visión del ordenamiento jurídico como un sistema *borroso*, donde entre lo verdadero y lo falso, entre la verdad y la no-verdad, existe una escala transitable por el operador jurídico sin incurrir en ilgalidad o alegalidad. De hecho, el sistema piramidal de fuentes y de las reconducciones de las decisiones jurídicas a unidad a través del sistema procesal de sucesivos recursos, no es más que un mecanismo de estabilización de las

La verdad en el Derecho tiene que ver, pues, con el juicio, con quien tiene atribuida la potestad de «decir el Derecho», la *jurisdictio*, el poder de declarar aquella conformidad de forma potencialmente irrevocable. De ahí también que la forma de acercarse a la verdad en el Derecho haya sido a través del análisis de la labor jurisdiccional, del acierto o desacierto de las decisiones de quienes tienen atribuida la potestad de declarar la conformidad del comportamiento a la regla[27]. La zozobra jurídica está provocada por la aprensión que produce en el denominado «operador jurídico» la posibilidad de errar en sus decisiones jurídicamente relevantes, y en particular en las que consisten en *decir el derecho*, ejercer la *jurisdictio*. En el fondo es el desgarro en la búsqueda de una «solución justa» a pesar de la «solución legal»[28].

---

decisiones normativas dentro de la escala de las posibles en el marco de la norma jurídica correspondiente. Todo ello con la finalidad de cumplir con una de las funciones esenciales de los ordenamientos jurídicos estatales: la seguridad jurídica (el «saber a qué atenerse»). Sobre la lógica difusa, véase Kosko (1993). Recuérdese la cita más arriba de Francisco Bastida. En el otro extremo está la tesis de Laudan y su epistemología jurídica —Laudan (2013)—. La tesis según la cual los procesos jurídicos sirven al hallazgo de la verdad y, por tanto, sus reglas están al servicio de ese objetivo nos resulta extraño y chocante. A nuestro juicio, es un error considerar esos procesos, en especial el penal, como un camino a la verdad. Los procesos judiciales lo son para la toma de decisiones bajo ciertas condiciones, son procesos para la administración simbólica o real del uso de la fuerza para resolver conflictos con el menor coste individual o social posible. Consúltense los trabajos de Mariscal Astigueta (2014): 91 y ss., Carbonell Bellolio (2015): 11 y ss. y Ramírez Ludeña (2015).

27 El ejemplo más conspicuo de esta indagación hasta donde se me alcanza son los trabajos de Taruffo (2002), (2008), (2010) y (2013) con el que se mantienen profundas discrepancias, sea dicho de paso. Un magnífico resumen de las distintas posiciones doctrinales sobre la relación entre verdad y proceso judicial (penal) y un análisis exhaustivo de la relación entre verdad, proceso judicial y derechos humanos (fundamentales), puede encontrarse en el Capítulo I de la tesis doctoral de Torres Chadraui (2013). En la academia anglosajona se ha construido la denominada «epistemología jurídica» que es «el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación (en este caso el jurídico, añadimos nosotros) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo». Sobre esto véase el revelador e interesantísimo libro ya citado de Laudan (2013): 23. Un trabajo muy reciente e igual de sugerente que el citado es el de Haack (2014).

28 Dos citas inexcusables. Una por ser ya clásica, que es la profunda reflexión que hace Adolf Merkl sobre si los errores judiciales («Justizirrtum») son «Recht» o «Unrecht», para concluir con Kelsen que en último término existe una confusión entre el lenguaje natural, que llama a esas decisiones errores porque no son «soluciones justas» o que con el tiempo se muestran erróneas, y el legal para el cual se trataría en todo caso de

Es este un asunto ligado fundamentalmente al Derecho penal y su proceso, en el que se piensa, por algunos, que el castigo del culpable debe producirse en el transcurso de un proceso dialéctico de indagación de la «verdad» de los hechos, de manera que la presunción de inocencia solo se enerva si se comprueba que los hechos enjuiciados son «ciertos» y el acusado y condenado es su «verdadero» responsable[29]. Winfried Hassemer lo resume en esta idea: «la verdad es el paradigma y su hallazgo constituye el *ethos* del procedimiento y del Derecho Procesal Penal»[30]. O como dijo la Corte Suprema de los EE. UU. en Tehan v. U.S., 383 US 406 (416) 1966, «el propósito práctico del proceso penal consiste en la determinación de la verdad».

El empeño en analizar si así es, si en efecto ese es el objetivo del proceso penal, hallar la «verdad», provoca precisamente que ciertas garantías procesales se perciban como una distorsión. Larry Laudan pone el ejemplo de la prohi-

---

«soluciones legales» porque valen; reflexiones en las que la sujeción al proceso es decisiva para disolver la idea de que pueda haber decisiones jurídicas antijurídicas o ajurídicas —Merkl (1968): 204 y ss.—. Dice Merkl: «Die Justiz ist auch im scheinbaren Irrtum Sprachrohr der von natürlichen Wahrheit mitunter abweichenden Rechtswahrheit» (p. 208). La otra referencia inexcusable es el libro citado de Nieto (2000), el cual se sustenta en la idea de plausibilidad de la decisión judicial sostenida en la regla jurídica (y que en buena medida compartimos en estas páginas). Por último, debe citarse también a Taruffo, especialmente Taruffo (2002) para quien la razón de ser del proceso judicial es alcanzar una decisión «justa» asentada sobre la «verdad» de los hechos probados. Tesis que Taruffo trata de a su vez sostiene sobre los hombros de la obra de Farrajoli (2007); aunque, en nuestra opinión, a partir de una lectura un tanto personal de Ferrajoli. Entre las aportaciones más recientes debe citarse el libro colectivo coordinado por García Amado/Bonorino Ramírez (2014); especialmente el trabajo de Hernández Marín, R. (2014). Consúltese también Carbonell Bellolio, F. (2015).

29 Desde luego la referencia de rigor en esta introducción de la verdad en el proceso judicial, especialmente en el penal aunque extendido a otros, a través de la prueba de los hechos (porque es de los que cabe predicar su «verdad» o «falsedad» y sobre los que puede fundarse una aplicación de las normas jurídicas «plausible»), es la obra de Michel Taruffo, especialmente en lo que ahora interesa en su Taruffo (2008): *passim*. Sobre los hechos y su prueba, consúltese de Gascón (2010). Véase también Mancuso (2015); Mariscal Astigueta (2014).

30 Hassemer (2009): 10 y 17 y ss. Hassemer considera que el proceso penal no es idóneo para alcanzar la verdad material de los hechos; su verdad es la «forense», suficiente para el juicio penal y que resulta de la conjugación de una serie de reglas, principios y derechos que franquean el proceso judicial con lo que se procura que «esta forma de búsqueda de la verdad» evite en lo posible sentencias injustas». Confróntese con los trabajos de Malek (2011): 559 y ss., y Soyer (2013).

bición de la «Double Jeopardy» del Derecho procesal penal americano, y la percepción de que la prohibición de recursos contra absoluciones penales o de que alguien sea juzgado dos veces por los mismos hechos o el mismo delito se desvía de aquel propósito de hallar la verdad. Creemos que esa paradoja se resuelve si precisamente el propósito del proceso penal deja de ser encontrar la verdad y se concibe como un entramado sistemático de procedimientos y garantías que regulan el recurso al *ius puniendi* del Estado solo en los casos en los que no hay dudas razonables sobre la autoría y culpabilidad de un sujeto respecto de unos hechos delictivos o sancionables[31]. Que sea o no «verdad» el resultado final de ese proceso es cosa distinta (que el finalmente condenado sea el verdadero culpable por un hechos verdaderos de los que verdaderamente es responsable). De hecho el principio *in dubio pro reo*, unido al de presunción de inocencia, son severos correctores de aquel propósito. Avalan, antes bien, la idea de que el objetivo del proceso penal no es alcanzar la verdad, sino condenar si y solo si hay una plausible certeza sobre los hechos, quién los ha cometido y su responsabilidad en ellos. El objetivo del proceso penal no es la «determinación de la verdad», sino evitar la arbitrariedad en la condena.

Pero donde se dice «verdad» en realidad queremos decir *estar acertado*; o dicho de otra forma, lo que aquí llaman verdad en realidad es *acierto*. Lo que busca el proceso penal no es indagar la verdad de lo sucedido, sino estar seguros de que lo sucedido ocurrió de la forma probada y que su responsable es el acusado; reducir en lo posible el riesgo de errar, de no acertar. La teoría del *Justizirrtum* no es una reflexión sobre la verdad en el Derecho y en su *jurisdictio*, sino una reflexión sobre el acierto en la decisión judicial y si esta es más o menos legítima en función de su grado de acierto. En último término, ese debate tiene por objeto la búsqueda de aquel proceso de aplicación del Derecho que más reduzca el margen de error en la toma de la decisión. La propia presunción de inocencia puede entenderse como el mecanismo de cierre de un sistema que reduce ese margen exigiendo una seguridad razonablemente plena sobre lo juzgado, que, de faltar, el sistema prefiera errar en favor del acusado antes que acertar con un elevado nivel de «duda razonable» sobre lo juzgado.

Tal vez haya sido Michael Foucault quien mejor supo indagar esa relación entre verdad y derecho en el Derecho penal y su proceso judicial[32]. Me interesa aquí subrayar ese especial anhelo de verdad en el proceso penal que en sus iniciales construcciones tenía más que ver con una disputa, una «batalla»

---

31 La Sentencia de la SctUS está citada en el trabajo de Laudan (2013): 22. Imprescindible la lectura de sus páginas 23 y ss. en las que reflexiona justo sobre las cuestiones que hemos planteado en el texto.

32 Véase Foucault (1995).

entre dos contendientes, quien acusa y quien se defiende, que tratan de erigirse con la victoria a través de las «pruebas de verdad»[33]. Pero esa justa entre contrincantes no está al servicio de la *verdad*, sino de quien demuestre mayor poder, mayor fuerza (quien mejor soporte las «pruebas de verdad»). La verdad está de parte del más fuerte, no de quien no miente.

Pero la paz jurídica en la que habita el nuevo Estado no puede admitir que las cosas sean así, porque el monopolio de la coacción por el aparato del Estado no es una simple forma de civilizar la fuerza. No se alcanza mediante procedimientos que canalicen el poder y la fuerza de un sujeto para que se imponga sobre los demás con arreglo «al procedimiento legalmente establecido»[34]. El nuevo «proceso» que exige la paz jurídica y su nuevo Estado es aquél que coloca en posición de igualdad a los contendientes (principio de igualdad de armas), despojados de sus fuerzas y poderes, enfrentados a las reglas de un proceso neutral e igual para ambos, donde la verdad no es la del más fuerte y poderoso (la verdad del Poder), no es la expresión de la victoria del más fuerte, sino la que nace del debate, el resultado de la discusión. La búsqueda de la *verdad* en el proceso penal es un antídoto frente al Poder[35].

El proceso penal, y otro tanto cabe decir de otros procesos jurídicos, puede analizarse y regularse comprendido también como «proceso», como cauce para la disputa, en el que indagar sobre quién está equivocado y quién está en lo cierto resulta del respeto a unas reglas del juego procesales iguales para ambos contendientes, erigiéndose el juez en guardián y garante de la intangibilidad y neutralidad del proceso del que resultará una decisión válida y ejecutable incluso por la fuerza[36]. Y su decisión es la «verdad» de ese proceso, de ese caso, pero por válida, no por verdadera. Piénsese en que el proceso judicial persigue castigar a quien ha conculcado las reglas de la paz jurídica, y la diferencia entre el proceso penal o el *civil* (en cualquiera de sus modalidades:

---

33 Foucault (1995): 41 y ss., y 63 y ss. Consúltese también Taruffo (2010): 15 y ss. También Bernard/Piquer (2015).

34 Por eso el nacimiento de este nuevo Estado y sus «libertades» no puede buscarse en la británica Carta Magna de 1215 entre otras razones porque lo allí regulado no es más que una civilización de la fuerza para que esta no se ejerza desnuda, sino con arreglo a normas procedimentales conocidas por todos. No se prohíbe que el rey prive a sus súbditos de su vida, su libertad o su propiedad, sino que se le exige que lo haga pero conforme al «due process of law».

35 Foucault (1995): 63 y ss., y especialmente 69.

36 Consúltese el trabajo de Ávila (2011) que se hace eco y resume estas dos tendencias, la verdad como fin del proceso o como su resultado, en su trabajo. Una interesante visión de este asunto desde la perspectiva iberoamericana en el trabajo de Galaín (2013).

civil, laboral y contencioso-administrativa) es el grado de daño causado por la conculcación de la paz jurídica. Quien mata a otro no comete (o no solo comete) un acto contra la moral, atenta también contra la paz jurídica porque esta exige que solo pueda perderse la vida bajo ciertas condiciones fijadas normativamente por la comunidad a través de su ordenamiento jurídico y conforme con el «due process of law». Quien no paga la renta de su piso, conculca la paz jurídica porque realiza su voluntad al margen del procedimiento reglado y de las condiciones que establece el ordenamiento jurídico que autorizan el impago. Los actos antijurídicos son atentados contra la soberanía[37].

La verdad, si así puede decirse, aquí es un resultado, es discursiva y borrosa, es la consecuencia de un discurso-proceso en la confianza en que se procede conforme al «due process of law». No se trata de acertar, sino de decidir y resolver.

2. LA LIBRE DISCUSIÓN DE LAS IDEAS. EL PODER DE LA VERDAD Y LA VERDAD DEL PODER. DERECHO A MENTIR *VS*. DERECHO A LA VERDAD

La segunda ubicación de la verdad en el Derecho es la que la sitúa en la tensión entre deseos y expectativas en el seno de la comunidad organizada jurídicamente mediante una Constitución. En este debate hay quienes pretenden del Estado que sea objetivo, porque es su forma de actuar conforme a la verdad, a esa verdad que inspira la mutua confianza sobre la que se fundamenta en último término el pacto social. Verdad teñida de objetividad, donde lo verdadero es lo que objetivamente es y no puede ser de otro modo, de forma que le negamos a quien rechace esa «verdad» el derecho a contrariarla para no socavar la confianza, que es pilar del sistema social. Este es el fundamento último de aquellos que consideran conforme con la Constitución y su garantía de la libertad de expresión no proteger o penar a los que mienten si esa mentira va contra esas verdades «objetivas» e «indiscutibles» (por ejemplo, los delitos de *negacionismo* y revisionismo histórico). Pero hay quienes creemos que la Constitución, y el Estado, no deben ser objetivos, sino neutrales, no deben

[37] Foucault (1995): 84. En estas páginas, el filósofo analiza el papel de la «indagación» como el gran hallazgo intelectual que revolucionó el proceso judicial como expresión del ejercicio del poder, y como dice el autor, «una manera de autentificar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitirlas» (p. 88). En la cuarta conferencia de las que compone este volumen (pp. 91 y ss.) desarrolla la tesis relativa a la concepción racionalista (Beccaria, Bentham, Brissot) de la ley penal como norma que castiga ofensas contra la sociedad, sin que tenga relación alguna con la falta moral o religiosa que pertenecen a otro orden de cosas.

tomar partido porque su ambición de democracia se lo exige; todo puede y debe ser discutido en democracia, todo puede acceder al proceso de debate y toma de decisiones colectivas, incluso aquellos que niegan la evidencia.

Permítaseme iniciar este apartado con esta larga cita de Juan Luis Requejo[38]:

> La normatividad de la Constitución y su caracterización como norma procesal son las dos condiciones necesarias para la ordenación jurídica de una sociedad democrática: para la organización racional de la fuerza en una comunidad de individuos libres, que puede resumirse en aquella en la que el Estado no ejerce más poder que el que pueda admitir un individuo que se reconozca como agente racional y autónomo. Reconocimiento reservado al individuo sometido únicamente al dictado de normas consentidas y formuladas en el curso de un debate abierto a la argumentación basada en razones. Ahora bien, la constitución del marco procesal en el que sea posible ese debate no es suficiente si no se constituyen también las circunstancias que permitan la participación efectiva de individuos educados. Para sustraer el orden de la comunidad al imperio de los absolutos inaccesible a la discusión racional e impuestos por la voluntad del más fuerte o del más aventajado en el desarrollo de sus cualidades como sujeto inteligente, es preciso apurar al máximo el margen de lo debatible, de manera que lo comprenda todo, salvo el límite infranqueable —pero libremente convenido, advertida su necesidad— representado por las normas y principios que rigen el debate como proceso abierto, permanente y reversible. Pero también es necesario que en el proceso participen todos y lo hagan, además, con suficiente conocimiento de causa.

Ya lo advirtió Spinoza, y Stuart Mill después con sus reflexiones —una de las grandes teorías de la libertad de opinión, el *mercado libre de las ideas*— cuando sostuvo con firmeza que, si la legitimidad de una acción u opinión se halla en la verdad de su fundamento, y dada la imposibilidad de acreditar la infalibilidad del juicio individual, colectivo o del Estado, la mejor prueba de esa verdad no está en su imposición fáctica o legal a otros, sino en su resistencia en la concurrencia con otras (la libre discusión de ideas y opiniones). No hacerlo así, no admitir la posibilidad sana del error, dirá Stuart Mill, conlleva hacerlo de la existencia de una verdad infalible que se impone a los descarriados y equivocados, lo que perjudica al cuerpo social[39]. Donde hay libertad hay error, no verdad.

---

38 Requejo (2010): 189.

39 Mill (1984): *passim*.

En esas convicciones hemos crecido al teorizar las libertades de expresión e información en el seno del Estado democrático y social de Derecho. Pero tenemos para nosotros que el error del planteamiento es creer también que el proceso de comunicación pública, *el mercado de las ideas*, tiene por propósito buscar la *verdad*. No es así a nuestro juicio. El proceso público de comunicación no sirve al fin de la búsqueda y hallazgo de la verdad, ni la pluralidad de mensajes es un medio para alcanzar ese fin[40]. Constitucionalmente debiera ser indiferente que el objetivo que persigue quien interviene en ese proceso pasiva (derecho a la verdad) o activamente (derecho a mentir) sea hallar o defender la verdad.

Cierto que existe ya un largo debate sobre la existencia de valores o principios, valga decir que absolutos, que deben guiar la interpretación de las normas, en particular las constitucionales, transidas inevitablemente de «preconceptos» (¿qué es la «democracia» que menciona el art. 1 de la CE? ¿O el valor superior de la «libertad»?), cuyo significado quizá deba buscarse fuera de la propia Constitución (conceptos metaconstitucionales, mejor que preconstitucionales). Acaso resulte ser ese «punto moral irreductible» un remedo de verdad constitucional a la que se someta la interpretación de la propia Constitución. Pero ya no es una verdad lógica o factual, sino axiomática y principial;

[40] Es más, consideramos que el pluralismo de mensajes es justo uno de los fines que persigue el proceso de comunicación pública, al que le resulta indiferente constitucionalmente si de la confrontación de plurales opiniones sale victoriosa la «verdad». Para la Constitución democrática que esto pueda ser así es irrelevante, porque lo que debe garantizarse es la libre circulación de cualesquiera mensajes siempre que el mensaje no suponga un quebranto de la paz jurídica. No es este el lugar para extenderse en este extremo, pero puede que sea este el soporte de una dogmática de la libertad de expresión conforme con una Constitución democrática. Sobre la conexión histórica (y también dogmática) entre libertad de expresión y la paz jurídica consúltese de Villaverde (2003): 181 y ss. Quizá sea en este contexto en el que el pluralismo no posee el efecto disolvente de la normatividad de la Constitución, en opinión de Requejo (2010): 194 (y que compartimos), que sí provoca el pluralismo y la diversidad socio-cultural exacerbada en demasiadas ocasiones hasta el paroxismo. Repensar la Constitución en sociedades heterogéneas es un reto de indudable primer orden para la teoría constitucional europea contemporánea (la órbita anglosajona lleva tiempo ya en ese debate; aunque con cimientos diversos) sustentada hasta la fecha en la ficción del *contractualismo* y sus consecuencias (lo que no ha hecho la americana, por ejemplo) estribado en comunidades idealmente homogéneas (lo que se lograba reduciendo los miembros de la comunidad a la condición común de seres humanos racionales, libres e iguales, y que el multiculturalismo y el *comunitarismo* de corte anglosajón ha disuelto al recuperar los rasgos y condiciones que nos hacen diversos: raza, origen, etnia, sexo, lengua).

una verdad como artículo de fe incuestionable e inquebrantable, difícilmente conciliable con la ambición democrática del Estado constitucional contemporáneo, al menos el de la órbita cultural occidental, si la democracia de la que hablemos es procedimental. Si lo es de valores, no solo es compatible, sino coherente. Y en esa medida, la democracia valorativa, traducida en ese «punto moral irreductible» que reina sobre la norma constitucional, posiblemente no para ser fuente de su validez, ni siquiera de su legitimidad, sino como guía para la interpretación de su literalidad de manera que no quepa extraer de sus palabras regla jurídica ninguna contraria a ese punto moral irreductible, se manifiesta y desentraña como la verdad del sistema jurídico en su conjunto. La libertad como valor ya no es un procedimiento, sino un axioma. Así cabe justificar constitucionalmente que, por ejemplo, la libertad de expresión no sirva para imponer o atentar contra una verdad distinta al axioma metaconstitucional en que consiste esa libertad. Porque es en la libertad de expresión (y todas las ligadas a los mecanismos jurídicos de garantía de la participación en los procesos públicos de comunicación: reunión, manifestación, asociación) donde cobra vida de forma más evidente la tensión entre verdad y Derecho constitucional; donde optar por una democracia procedimental o valorativa es relevante y pertinente; donde establecer que el sistema tiene verdades incólumes (ese «punto moral irreductible» e irrenunciable) o no hacerlo, posee una importancia capital.

El *stress-test* del sistema se hace en la libertad de expresión, y prueba de ello es que en las dos únicas ocasiones en las que el TC español se ha enfrentado al problema de la verdad (en ambos casos la «histórica») ha sido a cuenta del cuestionado ejercicio de la libertad de expresión. A no equivocarse, porque, aunque ambos casos se refieren a «verdades históricas», lo cierto es que en ambos esa dimensión histórica es una excusa para discutir sobre una verdad sustancial y su papel en el Derecho constitucional: la verdad de los hechos (históricos) como trasunto y expresión de la verdad moral. Y todo ello para preguntarse si es constitucionalmente admisible castigar la mentira —lo que no significa que exista un derecho a la verdad—.

Si algo nos han enseñado ambos casos ha sido que difícilmente se resuelven aquellos asuntos en los que la libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos y libertades (o viceversa) si los abordamos como conflictos entre «verdades» (la del emisor del mensaje y la de su receptor, ¿qué es sino el debate entre opinión y honor?). Erramos y no resolvemos el conflicto si debemos optar entre una verdad u otra. Y más erramos, así lo creemos, si resolvemos el dilema eligiendo la verdad que mejor encarne el *punto moral irreductible* que se cree alienta el sistema constitucional. Para la democracia valorativa esto así debe ser. Pero para la procedimental no, pues el conflicto se resuelve procedimentalizando el debate. No es una cuestión de «verdad» (si es más

«verdad» —de hecho o moral— la del ofendido o la del emisor del mensaje), sino de procedimiento, de si se ha respetado el modo de proceder para introducir en el proceso público de comunicación un mensaje determinado. El conflicto entre derechos no lo es entre verdades, sino entre procedimientos; por eso el conflicto no se resuelve «ponderando» (buscando la verdad más verdadera), sino acudiendo a las reglas del proceso de comunicación pública donde hallan sus sacrificios proporcionados todas las voluntades y expectativas en presencia.

Es un clásico en este debate la controversia entre Benjamin Constant e Inmanuel Kant a cuento de las palabras del primero, escritas en su obra «La Francia en el año 1797», sobre el supuesto «principio moral que declara ser un deber decir la verdad», cuya formulación atribuyó al segundo; quien le contestó en el opúsculo «Sobre un supuesto derecho a mentir a la humanidad»[41]. ¿Que no haya un derecho incondicionado a mentir conlleva un deber igualmente incondicionado de decir la verdad? Y si hay un deber de decir la verdad, ¿no habría un derecho a la verdad? En estos términos, muy sintéticos naturalmente, se produjo aquel debate (y que continúa hasta hoy, desde luego). En realidad, desde una perspectiva jurídica no existe ni uno ni otro, ni un derecho a mentir, ni un derecho a la verdad, ni un deber de decir la verdad, ni un deber de no mentir, a salvo lo que expresamente disponga el ordenamiento jurídico

[41] Un debate revivido hoy por Bernard Williams para quien en determinadas ocasiones no se tiene un derecho a la verdad en los términos defendidos por Kant, y si insistimos en perseguirla e inquirir, podemos merecer ser engañados. Las palabras de Benjamin Constant se citan por Constant (2012) y Kant (2005): 427, Capítulos I y II. No es intención de este trabajo terciar en esta discusión de gigantes, véanse Albiac (2012), y el interesante debate habido sobre este asunto entre Aylton Barbieri Durão y Roberto Rodríguez Aramayo que puede seguirse en el artículo de Rodríguez Aramayo (2006). También puede consultarse Rodríguez Aramayo (1985). Otra aproximación sumamente interesante es la que plantea Rodotà (2014): 197 y ss., en un capítulo gráficamente titulado «el derecho a la verdad». Rodotà se refiere al derecho a conocer la verdad histórica, a lo que realmente ha sucedido en relación con casos constitutivos de crímenes contra la humanidad, como una forma redentora de devolver a las víctimas y sus familiares la dignidad pérdida en la mentira del Poder o, simplemente, y el derecho a saber lo ocurrido. Se nos antoja que en realidad se está hablando de un derecho a la información y a la memoria: a saber lo realmente sucedido y a que se preserva la memoria de lo realmente acaecido proscribiendo la desmemoria, la negación, o la tergiversación [lo que además puede instrumentarse de forma gradual y ser sustento racional de la punición de los negacionismos —Rodotà (2014): 211]—. Por ese motivo, las reflexiones de Rodotà sobre ese derecho a la verdad se aleja del objeto de este trabajo.

(caso del deber de decir la verdad en sus declaraciones que pesa sobre los testigos, o el derecho a guardar silencio, o la impunidad de la mentira, que protege al imputado-acusado en un proceso penal). Se trata más bien de una disputa ético-moral ajena al Derecho constitucional; aunque ha servido de excusa para vindicar la intervención del Estado y su *ius puniendi* para castigar a quién miente (a sabiendas, añaden sus defensores para amortiguar y dulcificar el impacto de semejante pretensión)[42]. A lo sumo la inmoralidad de la mentira podrá ser el fundamento metajurídico de un deber de no mentir, bien como elemento del estándar de la buena fe, o como regla específica. El derecho a la verdad, a esa verdad, su reverso.

Pero en puridad, lo que llamamos deber de no mentir/derecho a la verdad, no es más que un estándar de comportamiento: ser sincero y no engañar (el estándar del «buen padre de familia» que decía del Derecho privado clásico). Quien engaña o no es sincero traiciona la confianza del otro. El tráfico jurídico privado se sustenta en buena medida en ese estándar: la confianza en el otro soportada por el deber de ser sincero y no engañar.

Así ocurre también con otro «tráfico», el de la información a través del proceso de comunicación pública, que impone ese estándar al exigir del mensaje informativo su veracidad en el art. 20.1.*d)* CE[43]. La libertad de informar requiere del informador un estándar de comportamiento: la diligente comprobación de los hechos que se narran. Por esa razón, que la información deba ser veraz, no sustrae al error de la protección dispensada por la libertad de información, ni esta, ni el derecho a recibirla, garantizan un derecho a la verdad; como tampoco la libertad de expresión extiende su halo protector a un hipotético derecho a mentir. Así lo expresó una de las Sentencias del TC que en mayor profundidad analizó esta cuestión en un caso en el que, en definitiva, se acusaba a unos periodistas de mentir, la STC 192/1999:

---

42 Sirve de ejemplo el sugestivo trabajo de Gemma (2012). En nuestra opinión, el autor da un salto argumental, o al menos así lo creemos, cuando deduce de la mutua confianza, concebida como principio ético que debe regir una comunidad civilizada, el deber del Estado de castigar a quien traiciona esa confianza, indispensable para la convivencia pacífica, mintiendo a sabiendas con intención de causar daño. Ese salto se produce cuando utiliza un principio ético como fuente de deberes jurídicos al margen de lo que dispone el propio ordenamiento jurídico y en particular su Constitución. Prueba de ello es que no resuelve el conflicto entre su inferencia y la garantía, esta sí constitucional, de la libertad de expresión o de la libertad ideológica.

43 Consúltese Villaverde (2008): 471. También Villaverde (2000). Un estudio de la veracidad de la información desde una perspectiva original puede encontrarse en el artículo de Chillón (2011).

> Comenzando por el examen de la condición que impone el art. 20.1.*d)* CE de que la información sea veraz, este Tribunal ha declarado reiteradamente que aquella no va dirigida a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; aunque su total exactitud pueda ser controvertida, o se incurra en errores circunstanciales o resulte una información incompleta que, en un caso u otro, no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990 y 172/1990, 40/1992) (FJ 4, y lo reitera en el FJ 6).

En fin, lo que no protege el art. 20.1.*d)* es la insidia, el engaño por negligencia o mala intención. En consecuencia, no garantiza un derecho a mentir si la mentira deriva de una falta inexcusable de la diligencia mínima exigible al informador (profesional o no) en la comprobación de los hechos que comunica a terceros. Esa misma Sentencia dice al término de su FJ 6: «En fin, la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero».

El TC no ha aceptado nunca la existencia de un *ius retorquendi* frente a quién miente que legitime la divulgación de cualquier información relativa a él como si el haber mentido le hubiese despojado de sus derechos al honor y a la intimidad; aunque si este revela información falsa, nada impide que un tercero la corrija y haga pública su falsedad. Así lo dijo la STC 197/1991 en su FJ 3):

> Quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye de la esfera de su intimidad y ha de asumir el riesgo de que el Periodista pueda contrastar la veracidad de esos hechos y rectificar los errores o falsedades de la información espontáneamente suministrada por los afectados.

Del mismo modo, el TC ha considerado que la *exceptio veritatis* no es condición ni de la prueba de la veracidad de la información, ni su estimación legitima por sí misma la transmisión de información que injiera en el honor o la intimidad de terceros (SSTC 51/1985, 28/1996 y 115/2004). Lo primero porque probar los hechos que sirven de base a la calumnia o a la injuria no significa necesariamente que el informador haya sido diligente en su compro-

bación en el momento de la emisión de la calumnia o la injuria, que suele producirse mediante la manifestación de una opinión que busca amparo en la libertad de expresión; y lo segundo, porque la excepción exime de responsabilidad penal, pero no necesariamente de la civil. A pesar de que la verdad sea una noción extraña y distante del Estado constitucional democrático y de su Constitución y derecho, no existe, por ese mismo motivo, un derecho a mentir tras el que esconder la impunidad de la mentira o del engaño[44]. La regulación penal de la relevancia de la verdad de los hechos que soportan una calumnia o una injuria sirve para la medida de la responsabilidad penal o de la gravedad de la pena. Si son ciertos, esto es, si se prueban esos hechos, el informador no será responsable penal de lo dicho si se trata de una calumnia o de un injuria contra un empleado público con ocasión del ejercicio de sus funciones. La verdad de lo dicho puede evitar una condena por calumnias o por injurias si el injuriado es un empleado público; pero no elude una posible responsabilidad civil y ni siquiera la penal en el caso de injurias dirigidas contra quien no sea empleado público o siéndolo no se refiera a hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones. Añádase que la conciencia de la falsedad de los hechos imputados, en fin, la voluntad de engañar, la mentira consciente, hace grave la injuria; aunque el ofendido siempre puede perdonar la ofensa, extinguiendo la acción penal.

Lo que merece el mayor reproche social, expresado en su tipificación penal, es mentir para mancillar la honorabilidad de un tercero. Es lógico que si se prueban los hechos que sustentan unas palabras calumniosas no quepa su persecución penal, pues lo que deben perseguirse son justo esos hechos que soportaron la acusación inicialmente considerada calumniosa. E igualmente lo es que la verdad no alivia la injuria, porque la opinión injuriosa no merece el amparo de la libertad de expresión a pesar de que pueda fundarse en hechos ciertos y probados, dado que su reproche jurídico nace de su condición de expresiones formalmente injuriosa e innecesaria para el mensaje que se quiere divulgar, no por ser una mentira (TC *dixit*). Quien miente sin injuriar, simplemente yerra, y el error es objeto de protección por las libertades de expresión e información del art. 20.1 CE (otro debate, aún por encarar, es si los perjuicios económicos ocasionados por la mentira no injuriosa, ni penal ni civilmente, deben repararse a pesar de resultar del ejercicio de las libertades de expresión e información)[45].

---

[44] Häberle (2006): 133 y ss.

[45] El art. 207 CP deja «exento de toda pena» a quien pruebe el «hecho criminal que hubiere imputado» al calumniado. El art. 208 referido al delito de injurias establece: «Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves,

En suma, no hay verdad ni verdades en el «mercado de las ideas». En ese otro proceso que es el de la comunicación pública, ni se persigue como fin, ni se garantiza, ni se protege la verdad. Por eso llama poderosamente la atención los argumentos para defender la prohibición de determinados mensajes que se consideran inaceptables en una sociedad democrática. No es este el lugar para ocuparnos con el espacio que el asunto requiere de esta delicada cuestión. Los «hate speech», el lenguaje del odio, el «negacionismo» y «revisionismo» del holocausto judío a manos de los *nazis* y el III Reich, son ejemplos de este reto dogmático, del que, no obstante, algo diremos a continuación.

3. CUATRO CASOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENFRENTADO A LA VERDAD

El TC, hasta donde se nos alcanza, se enfrentó en cuatro ocasiones a la verdad. Todas ellas relacionadas con una verdad *histórica*. Fueron los casos resueltos por las STC 214/1991, asunto «León-Degrell», la STC 176/1995, asunto «Hitler=SS», el asunto del reportaje televisivo sobre el consejo de guerra al que fue sometido el político catalán Carrasco i Formiguera en las SSTC 43/2004 y 235/2007 sobre la tipificación penal del «negacionismo del holocausto judío»[46].

---

salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», y finalmente el art. 210 por su parte añade: «El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas». Por último, el 214 dice: «Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior»; y el art. 215.3 contempla la posibilidad del perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal.

46 El 30 de junio de 2014, la agencia de noticias *Europa Press* se hizo eco de una providencia de la sección Cuarta de la Sala Segunda del TC por la que inadmitía un recurso de amparo relacionado con una petición de exhumación de familiares de los recurrentes que supuestamente estarían enterrados en el Valle de los Caídos. Un asunto sumamente actual relacionado con la «memoria histórica», pero en el que, a pesar de su interés para este trabajo (si la recuperación de la «memoria histórica» en relación con la Guerra Civil española es un fin que justifica cualquier medio al ser instrumento para la búsqueda de la verdad —aunque más bien parece que se ha transformado en un instrumento para la búsqueda de los culpables—), no ha sido abordado por el

En la primera de ellas, STC 214/1991, el TC desestimó el amparo de un antiguo jerarca nazi que había negado el holocausto en una entrevista y se había expresado en términos sumamente elogiosos para con el nazismo y extremadamente agresivos sobre el pueblo judío[47]. El TC primero sostuvo:

> Pues bien, del examen de la totalidad de declaraciones del demandado publicadas, no solo de las parcialmente transcritas en el escrito de demanda, es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (FJ 8).

Pero a renglón seguido el TC matizó:

> Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos, como con desgarro se exponen en la demanda, no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral sino antes al contrario, y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recu-

TC, probablemente por fundadas razones porque, como les ha respondido a los recurrentes según la nota de prensa de *Europa Press*, no se acierta a saber qué derechos fundamentales se ven comprometidos en un caso así.

47 El magistrado García-Mon formuló voto particular a esta Sentencia. El magistrado discrepaba de sus fundamentos en una cuestión procesal relativa a la legitimación activa de la recurrente y del contenido de la resolución, que debió limitarse a reconocerle esa legitimación y estimar la lesión del derecho a su tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

> rrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE.
>
> De otra parte, y en relación con lo anterior, ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución.
>
> [...] En este sentido, y aun cuando, tal y como se ha reiterado, el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).
>
> Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.

La verdad histórica, o las opiniones sobre esa verdad, no justifican la ofensa a un tercero, así lo cree el TC. Mi «verdad» no es excusa para atentar contra la dignidad de otros. Y el TC acierta al señalar que esto no quiere decir que uno no pueda entender la Historia como desee; de construir una verdad histórica propia y creer lo que más le plazca, contarlo y defenderlo públicamente. Hacerlo así está amparado por la libertad de expresión (y llegado el caso podría estarlo por la libertad científica y de cátedra del art. 20.1.*b)* y *c)* CE). Lo que el TC dice es que la difusión de esa verdad no puede ser excusa

para atentar contra la dignidad de otros con expresiones, en definitiva, injuriosas o innecesarias. El TC no sostiene que la mentira deliberada constituya por sí un atentado contra la dignidad y el honor de los terceros; negar la verdad histórica o hacerlo maliciosamente no está privado de la protección de la libertad de expresión. Lo que está privado de esa protección es el insulto, aunque se sustente en lo que se presenta como la «verdad», sobre la que el TC (si es o no «la» verdad) nada tiene que decir.

En la segunda resolución, la STC 176/1995, el TC reconoce que un cómic que no persigue fin histórico alguno contraría amparo en el ejercicio de la libertad de expresión. Y añade:

> Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa, de la que más abajo habrá ocasión de hablar. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico. Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto (FJ 2).

Pero, a pesar de la apariencia, el TC retuerce la argumentación para terminar desamparando la libertad de expresión de los autores del cómic. Así se expresa el TC en el FJ 5 de la citada Sentencia:

> Cada viñeta —palabra y dibujo— es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto, aun cuando no nos corresponda terciar en esta cuestión, que se trae aquí como signo externo de ese su talante ofensivo. Ahora bien, importa y mucho, en este análisis de contenidos, bucear hasta el fondo para obtener el auténtico significado del mensaje en su integridad. En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos

y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente, Ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria —un tebeo—, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (STEDH 7 de diciembre de 1976, caso Handyside).

En definitiva, a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2; Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside, y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se prohíba por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia».

Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de sus facetas, como se vio más arriba... Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria.

La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitu-

> ción... Un «cómic» como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra.

Esta larga cita pone bien a las claras el antecedente lejano de la posterior STC 235/2007 que estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 607.2 CP[48] al considerarlo lesivo de la libertad de expresión del art. 20.1.*a)* CE[49]. No es la verdad, sino lo que creemos que son «verdades» ligadas a la dignidad de una persona o de un colectivo, lo que se impone al derecho a expresar con libertad las ideas y opiniones que nos parezcan.

El TC en esta Sentencia enfoca el asunto litigioso desde la perspectiva de la protección constitucional de las opiniones contrarias al propio sistema constitucional, y no desde un choque entre verdades: la personal y la «histórica». Repárese en estas palabras del FJ 4:

> Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de

[48] «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior (genocidio) de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años.»

[49] Sobre esta Sentencia y en general la reflexión sobre los «hate specch» y el *negacionismo*, son de lectura imprescindible los trabajos de Rodríguez Montañés (2012) y Bilbao Ubillos (2008) y (2009).

> los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

Pero a continuación el TC vuelve a hacer un quiebro argumental y, como en la STC 176/1995, se termina por apelar a la «conciencia social» y a aquello que la «repugna» para desamparar ciertas opiniones. No se trata entonces de que mentir ofensiva y maliciosamente constituya una ruptura de la confianza recíproca en la que se sustenta el «orden y la paz social» (art. 10.1 CE) y por ello merecedora de sanción jurídica. Se trata de que existe un bien jurídico-constitucional implícito en el sistema constitucional español en el art. 10.1 CE, fundamento de nuestro «orden y paz social», que consiste en la salvaguardia de la dignidad no solo de la persona, también de los grupos a los que pertenece y del conjunto de la comunidad, frente a la «mentira» xenófoba y racista. La sustancia ha cegado el proceso, cuando bastaba con examinar si la «mentira», lo sea o no, cosa que el propio TC reconoce no ser asunto suyo, es formalmente injuriosa o innecesaria para lo que se quiere expresar. Los bienes jurídicos protegidos son el honor de otros, no la conciencia de la sociedad española y lo que ella considera contrario a la dignidad. Si se opta por esto segundo, el TC se muta en el órgano que revela la «verdad».

La Sentencia no deja de estar aquejada de una cierta contradicción interna en sus argumentos. Dice en su FJ 4 a continuación de la cita anterior:

> De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución —y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada— a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los «principios democráticos de convivencia» a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

Y reitera una vez más las palabras de la STC 214/1991:

> [...] el art. 20.1 CE no garantiza «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

En su FJ 6 sigue:

> Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznables que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1.*b)*] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

Pero el TC, a pesar de que todo su discurso parece ir encaminado a la declaración de inconstitucionalidad del precepto penal discutido (aún más después de que el propio TC a reglón seguido de la cita reflexiona sobre los severos límites que al legislador penal le imponen los derechos fundamentales), acude al principio de conservación de la ley y a la técnica de las sentencias interpretativas para realizar un nuevo quiebro argumental y salvar el precepto penal con la reinterpretación de su literalidad y le expulsión de la palabra «negación» de ella.

FJ 8:

> En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido —en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999— como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra *b)* del art. 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo, la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que «solo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que este tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática (FJ 4).

La verdad «histórica» no es asunto de este TC (ni del derecho en definitiva; aunque ya veremos más abajo lo que en punto a este extremo dice la STC 43/2004)[50]. Pero sí lo es los juicios de valor que sobre la Historia se divulguen públicamente. FJ 9:

> Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede,

[50] Véase Dimattia (2012) y Mora Ortega (2014).

> dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

El prejuicio está sembrado: hay ciertas cosas que en una democracia constitucional (valga decir sistema constitucional democrático) no se pueden decir; así parece creerlo el TC[51]. Pero seamos justos con el TC, porque exige condiciones para punir el *negacionismo* o el discurso del odio, no basta con *manifestarlo*, hay que *hacer* algo más. No se trata, pues, de un problema de tutela de la verdad, sino de bienes jurídico-constitucionales que con la mentira se ponen en gravísimo riesgo. Esta ya es otra cuestión bien distinta[52].

A mi juicio, lo que sucede en una democracia constitucional (valga decir en un sistema constitucional democrático) es que hay ciertas cosas que no se pueden hacer; decir, se puede decir todo. Se puede hasta mentir. ¿Quiere de-

---

51 En este sentido el trabajo ya citado de Gladio Gemma desde la perspectiva del deber del estado de tutela de ciertas «verdades», Català y Pérez (2007), y el de Lüther (2008), que apoya ese deber no en la necesidad de proteger verdades sobre las que se funda la paz social o cuando la mentira produce daño en terceros, sino en las convenciones internacionales que imponen el deber de los Estados firmantes de reprimir y punir las conductas que inciten a la discriminación y odio raciales o étnicos (Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 y art. 4 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965), que ha tenido su reflejo en la Unión Europea en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

52 La STC viene acompañada por sendos votos particulares discrepantes de los magistrados García-Calvo, Rodríguez Zapata y Rodríguez Arribas. Todos ellos consideran constitucional en todos sus términos el precepto penal cuestionado.

cirse con ello que hay un derecho a mentir? No, lo que existe es un derecho a expresarse con libertad, y en esa libertad de expresión cabe la mentira. Que eso resulte indigno a la par que indignante le debe resultar indiferente jurídico-constitucionalmente a un modelo de democracia constitucional soportado en procesos y no en sustancias. La CE funda un sistema democrático eminentemente procesal (todo es cuestión de grados) instituyendo en el art. 10.1 CE los valores que persiguen los procesos democráticos regulados en la CE, de manera que la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad no son *a prioris* de los procesos que deben interpretarse para alcanzar esas sustancias, sino el resultado de los procesos democráticos mismos establecidos y regulados en la CE. La *dignidad* se alcanza en un proceso de comunicación pública donde todo puede ser dicho siempre, y no se vulnere el honor de un tercero. Si la mentira no mancilla el honor, que no debe confundirse con el propio criterio u opinión sobre las cosas, o que resulte «molesto o hiriente» (otra vez el TEDH[53]) lo que oímos o leemos, la mentira no es un derecho, es el objeto de la libertad de expresión. Valgan estas palabras del TEDH en el caso Lehideux et Isorni c. Francia, 1998 (§ 55) en el que se enjuiciaba la condena de una serie de trabajos que trataban de rehabilitar la figura de Pétain:

> La libertad de expresión vale no solo para la información y las ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, indignan o turban al Estado o a cualquier parte de la población. Así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no habría sociedad democrática.

[53] El TEDH ya tiene una sólida jurisprudencia en relación con los discursos del odio (atendida con esmero por el TC en su STC 235/2007), valga citar aquí por todas las SSTEDH caso Garaudy contra Francia (2003) —en el que concluye la compatibilidad de la Ley Gayssot-Fabius con la CEDH, caso Féret contra Bélgica, de 16 de julio de 2009 y el caso Karsai contra Hungría (en este último también es la «verdad» contada por un historiador profesional es lo sometido a enjuiciamiento), o más recientemente Fatullayev contra Azerbaiyán (2010). Consúltese el exhaustivo estudio de Buratti (2012), quien destaca críticamente cómo el TEDH al enfrentarse a los casos de punición del negacionismo no ha acudido al canon de la libertad de expresión del art. 10 CEDH, sino al del abuso del Derecho, donde las opiniones negacionistas del Holocausto judío se confrontan con «verdades históricas» incontrovertibles; véase su especialmente pp. 386 y ss. De la misma autora consúltese también Buratti (2005). En el primero se cita el interesantísimo Uitz (2005). Véase también Bilbao Ubillos (2008).

El art. 607 CP y el TC con la Sentencia tratan de encajar en la CE la pretensión del Estado de castigar a quien mienta contumazmente en asuntos en donde a la verdad histórica se le da un valor expiatorio a través del que se persigue exorcitar los fantasmas terribles de una época oscura de Europa. El TEDH también adopta esta posición según la cual es compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos la punición del *negacionismo* del Holocausto judío porque trata, no de limitar una opinión, sino de castigar quien contumazmente niega verdades históricas incontestables —STEDH Casos Lehideux et Isorni c. Francia, 1998, §§ 47 y 53, Garaudy c. Francia, 2003, § 55—[54]. Así el Estado se erige en el defensor de una verdad incontrovertible, *sagrada*, que hace suya a través del paradigma de lo que ofendería a la conciencia de un «buen padre de familia», porque considera que la dignidad de los colectivos y personas afectadas e involucradas en esa verdad no se preserva sometiendo la «mentira» a la confrontación con otras «verdades» o con la propia «verdad», con «lo que es», en el seno del debate libre de las ideas, donde se diluirá y terminará por circular únicamente por los canales marginales que emplean aquellos a los que nunca será posible redimir de su ceguera, como pensaban y deseaban Spinoza o Mill. El Estado, de esta manera se pone al mando de la válvula reguladora de los mensajes que pueden circular en el proceso de comunicación pública. No impide su acceso, pues esto sería censura previa prohibida expresamente en el art. 20.3 CE. Pero una vez dentro, los expulsa haciendo uso de su *ius puniendi*. Pero no en los términos en los que la CE ha reglado el flujo de mensajes en ese proceso. La CE ha querido que la válvula reguladora de ese flujo esté en manos de los propios individuos y colectivos (por eso acierta el TC al reconocerle legitimidad activa procesal a unos y a otros en los casos de las SSTC 214/1991 y 176/1995), quienes a través del derecho al honor del art. 18.1 CE pueden decidir si toleran o no la mentira de otros o sus ofensas, y qué grado de tolerancia frente al libelo, a la ofensa, al escarnio, están dispuestos a soportar, si pretenden que el mentiroso o el ofensor sean castigados penalmente, o les basta con el reproche civil a su mentira o a su libelo. Con el delito del *negacionismo*, el Estado se alza en árbitro del proceso expulsando de él ciertos mensajes por su mendacidad y su carácter

[54] O el BVerfG cuando afirma en su Sentencia *Auschwitzlüge*, de 13 de abril de 1994 (BVerfGE 90, 241 1 BvR 23/94), que declara la constitucionalidad del delito de negacionismo en su sistema penal, que la negación, la duda o el cuestionamiento del hecho del holocausto es por sí mismo ofensivo y humillante para quien lo ha sufrido.

execrable, erigiéndose en defensor de la verdad que tutela con sus *ius puniendi*[55].

Por último, en la STC 43/2004 el TC se da de bruces con la verdad «histórica» cuando ofende a quienes la protagonizaron (o a sus herederos). Aquí se trataba de la demanda de los herederos de un ya difunto que no salía bien parado de un reportaje televisivo que dramatizaba el consejo de guerra perpetrado en 1937 en el que se condenó a muerte al político catalán Carrasco i Formiguera.

El TC es contundente en la delimitación de los términos del debate. No se trata de examinar una «crónica judicial» en relación con un determinado proceso seguido ante los tribunales españoles de la actualidad a la luz del art. 20.1 CE en relación con el art. 18.1 CE, sino de la difusión e interpretación de ciertos hechos históricos del pasado reciente de España:

> No se nos pide, por consiguiente, que enjuiciemos ahora informaciones y opiniones vertidas sobre un suceso del presente, sino que examinemos manifestaciones que tuvieron por objeto un hecho ya histórico, y ello no solo en el sen-

[55] Esta es la tesis, con matices, de Gladio Gemma (2012), especialmente pp. 400 y ss. Decimos con matices, porque, aunque el autor considera que el Estado debe tutelar ciertas «verdades» —de lo que discrepamos en buena medida—, su defensa de la negación de amparo constitucional a los mensajes negacionistas o revisionistas y ante los denominados «discursos extremos» o «del odio», se sustenta en la lesión de bienes constitucionalmente protegidos (honor, igualdad y prohibición de la discriminación racial o étnica...) permitiendo al Estado su persecución penal de oficio y no solo a instancia de los ofendidos. Así se expresa Gemma: «Sobre la base de la posición aquí mantenida, se puede justificar la represión del negacionismo si y solo si existen dos elementos en este comportamiento: ante todo, es necesario que quien, inspirado en las ideas nazis y racistas, niegue una consolidada y ampliamente comprobada afirmación histórica sobre el exterminio judío sea consciente de que dicho suceso histórico sí ha existido, o en todo caso, que no se moleste en aportar ninguna prueba a favor de la negación de aquel. Por tanto, debe existir una falsedad por dolo o culpa grave. En segundo lugar, la negación del genocidio debe comportar una lesión de intereses públicos o privados dignos de tutela constitucional y legal» (p. 403). En esta línea y en relación con el caso francés véase por todos los trabajos Tropper (1997). Para Italia, Wachsmann (1999). Resulta sumamente interesante la lectura del Acuerdo 140/2013, de 20 de noviembre, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre la difusión de apologías del uso de la violencia contra la democracia comparada con regímenes totalitarios. Consúltense también los trabajos de Mathieu (2007), Kerviche (2009), Cartier (2006), Garibian (2012). Un estudio completísimo sobre esta materia puede encontrarse en la tesis doctoral de Dimattia (2012).

> tido de un hecho que tuvo que ver, trágicamente, con la vida pública del país, y no con la biografía íntima de sus protagonistas, sino también, en la acepción más propia de la historicidad, de un hecho cuyos efectos —los inmediatos, al menos— están ya por completo sustraídos a la acción de las generaciones vivas. Y es preciso señalar que las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos, y no solo sobre la actualidad o sobre el pasado más próximo, son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime. Esto vale también para la reconstrucción científica del pasado que llamamos «historiografía», un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescinda de toda perspectiva ideológica o moral en la exposición del pasado. La posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada. Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio —que solo puede abrirse en libertad— para la formación de una conciencia histórica colectiva (FJ 4).

Tal es así la perspectiva que adopta el TC para resolver el recurso de amparo que concluye que la libertad afectada no es la de expresión o la de información, sino la de producción y creación científicas del art. 20.1, *b)* CE. Conclusión que se refuerza con la condición de historiadora de la autora del controvertido guión televisivo (FJ 4).

El TC analiza el contenido del documental desde esa perspectiva historiográfica y termina concluyendo (FJ 7) que:

> Pues bien, en el caso de autos, incluso desde la perspectiva del canon de veracidad del derecho de libre información, se ha de reconocer que no cabe duda sobre la veracidad de la información divulgada, ... Así pues, la discrepancia no lo es respecto de la certeza sobre estos concretos hechos, cuya realidad resulta indubitada a la vista de lo probado en las actuaciones del proceso civil del que trae causa este amparo, sino sobre si la valoración que de ellos se hace es tendenciosa y dirigida a mancillar el honor del Sr. Trías Bertrán al atribuirle, en último término, una decisiva intervención en el trágico final del Sr. Carrasco i Formiguera.
>
> Partiendo de este dato, y dado que las afirmaciones reseñadas en el documental no evidencian por sí mismas ánimo de vejar al Sr. Trías Bertrán (o a los otros testigos), sino que se inscriben en la mentada libertad científica, procede declarar que no se ha producido lesión alguna en el derecho al honor del referido Sr. Trías Bertrán.

Una conclusión precedida de unas interesantes reflexiones del TC sobre el debate histórico y su protección constitucional que paradójicamente se sustentan en la misma doctrina que sentó el TC en sus Sentencias de los casos «León Degrell», STC 214/1991, y «Hitler=SS», STC 176/1995. Dice el TC (FJ 7):

> Pues bien, es posible colegir que la libertad científica —en lo que ahora interesa, el debate histórico— disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que estas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquella, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información —pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1.*a)* y *d)* CE— se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos. Por lo demás, solo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que este tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática.
>
> Como dijimos en nuestra STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 7, el «requisito de veracidad no puede, como es obvio, exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos». A lo que, de otra parte, hemos añadido en nuestra STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2, que «la libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo ... La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa ... Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente

> discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico». Tanto más ha de ser esto así para las libertades de expresión e información inherentes al ejercicio de la libertad científica en el terreno histórico.
>
> De un lado, porque, según acabamos de decir, la distancia en el tiempo diluye la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE. De otro, porque el encuadramiento de una actividad en el ámbito de la investigación histórica y, por tanto, en el terreno científico supone ya de por sí un reforzamiento de las exigencias requeridas por el art. 20 CE en punto a la veracidad de la información ofrecida por el investigador, esto es, a su diligencia. Por todo ello, la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica.

Importa concluir este apartado haciendo notar que para el TC, con toda corrección técnica y coherencia con el modelo de proceso de comunicación pública diseñado en la CE[56], lo que merece la más alta tutela constitucional no es la «verdad histórica», sino el debate sobre la Historia, siempre que se respeten las artes propias de su ciencia[57].

IV. CONCLUSIÓN: LA VERDAD CONSTITUCIONAL ES HEBREA. VERDAD, MENTIRA, VERACIDAD Y QUIÉN SABE QUÉ OTRAS COSAS MÁS

La verdad es confianza. Así creemos que es para los sistemas sociales, y el derecho es un subsistema dentro del sistema social cuya función es suministrar el grado mínimo e indispensable de confianza en el comportamiento de uno

---

[56] Sobre este modelo y sus características véanse los trabajos de Villaverde (1994), (1995) y (2003a).

[57] Tal vez sea este el único aspecto discutible de la argumentación del TC. A nuestro juicio, no era necesario introducir esta última apostilla porque la exigencia misma de la «veracidad» de lo que se transmite como información histórica implica el respeto a unos mínimos metodológicos que, por un lado, permiten trasladar la garantía de lo contado de la mera libertad de expresión (si son ocurrencias u opiniones sobre hechos pasados) o de la de información (se trata de una narración de hechos sin más) a la libertad científica (narrar y enjuiciar hechos con arreglo a los métodos científicos propios de la disciplina o comúnmente reconocidos y reconocibles), y, por otro, la acreditación de esa mínima diligencia en la comprobación sobre circunstancias objetivas de los hechos que se narran.

y los otros, y sus consecuencias, para vivir pacíficamente y alcanzar la felicidad que buscaban los «padres fundadores» norteamericanos[58]. Saber a qué atenerse. Axioma que choca frontalmente con la tendencia a la opacidad de todo Poder, pues cree que su poder se asienta en el ocultamiento y el empleo de procedimientos, escenarios y rituales que transmiten un control sobre una información que resulta ignota al espectador o al afectado (Rodotá). La paradoja del paradigma de la verdad (social) estriba en la circunstancia de que, como dice Bernard Williams, nadie quiere que le engañen —por eso se necesita confiar en que los demás no nos mienten—, ni pasar por un ingenuo —esa necesidad debe convivir con una buena dosis de escepticismo sobre la sinceridad de los otros—[59]. En esa tensión, se nos antoja que la veracidad (una actitud hacia la verdad fundada en el deseo de no defraudar la confianza de los otros en lo que nosotros les decimos) y la plausibilidad (que lo que decimos resulte razonable, creíble y sensato) se erigen en los únicos fundamentos tangibles de la confianza social recíproca. La primera, la veracidad ya hemos visto cómo actúa en el proceso de la comunicación pública; la segunda no deja de ser el refugio teorético en el que apoyar la confianza en los procesos judiciales. Y finalmente, de toda esta reflexión, en la que en realidad hablar de verdad y derecho es hablar de confianza y certeza, se termina por concluir que verdad y derecho no son categorías pertenecientes al mismo orden de ideas. No son paradigmas ponderables. Verdad y derecho, especialmente el derecho constitucional, no son ideas relacionadas. El derecho no persigue ni formaliza la verdad, aunque le importe, y solo es relevante la verdad en el derecho procesal en la medida en que es necesaria para la aplicación del derecho una fijación de hechos procesalmente incontrovertibles. Y ahí su *verdad* puede tener un sentido; es la verdad como realidad probada.

En realidad esa *verdad* jurídica tiene más que ver con el concepto *hebreo* de la verdad que con el *griego*. Porque el derecho tiene que ver con la verdad entendida como confianza, como fidelidad a la palabra dada, sobre la seguridad de saber las reglas del juego social, sobre la certeza de lo que es conforme a derecho o no lo es. Lo que vale y lo que no.

Es curioso que el derecho sea el refugio normativo de la verdad en su acepción hebrea y no griega, porque el derecho lo que ofrece es seguridad,

---

58 No deseamos ni este es el lugar para debatir sobre la condición del Derecho como subsistema social. Sobre la concepción sistémica y social del Derecho que sirven de base a estas líneas consúltese Luhmann (1983), (1983a), (2005) y (2005a). Sobre este asunto véase también García Amado (1985).

59 Williams (2006). Véanse también los de Blackburn (2006), Frankfurt (2007) y Anolli (2003).

certidumbre sobre las reglas del juego, y la verdad para el mundo y la filosofía hebrea consiste en esa seguridad sobre el qué atenerse. Incluso en el derecho penal y sancionador, la verdad de los hechos tiene más que ver con lo verosímil, casi con la veracidad, que no con su verdad objetiva y fenoménica. Si no, no tendría cabida la suficiencia de la prueba indicaría como medio suficiente para enervar la presunción de inocencia. Nos fiamos de lo verosímiles que resultan unos hechos que interrelacionados nos llevan a concluir que es *verosímil* que algo ha sucedido y que su responsable es el acusado, porque además esos hechos han sido diligentemente comprobados, son veraces. Con eso basta para condenar.

Cierto que la verdad griega en su sentido «lógico» se emplea no solo para referirse a una realidad, sino a una proposición, como propiedad de ciertos enunciados. El derecho son enunciados que contienen proposiciones prescriptivas, de ahí que resulte relevante hablar de verdad en la interpretación y aplicación de esos enunciados, en que lo que es, es. Y aquí lo que es, lo verdadero, es el enunciado identificable y que vale, el válido. Esa fidelidad al enunciado literal y válido tiene una profunda conexión con el Estado de derecho y el democrático, porque el primero quiere erradicar la voluntad para sustituirla por la norma, y la fidelidad a la letra del enunciado es una garantía de interdicción de la voluntad del intérprete y aplicador. Y para el segundo, ligado a lo anterior, ese enunciado prescrito es la expresión de la voluntad de los ciudadanos, que no puede ser sustituida por la del intérprete o aplicador.

Aun así, la *verdad* en la interpretación estriba en la fidelidad a la letra de la ley porque de esa forma se está razonablemente seguro y se tiene certidumbres sobre que cabe esperar de esa norma, de la regla del juego y de las consecuencias de mi comportamiento y del de los demás. Otra vez la verdad hebrea. El Estado de derecho es un mandato de fidelidad al enunciado, reforzado y legitimado políticamente por el Estado democrático donde esa fidelidad no solo sirve a la interdicción de la voluntades individual, también preserva la voluntad del soberano que no puede ser suplantada ni usurpada por la individual.

La verdad del derecho es la confianza. El derecho constitucional garantiza esa verdad formal precisamente negando toda verdad material en el interior del ordenamiento que constituye. Para poder confiar, no puede haber una *verdad* en el derecho, solo procedimientos y normas para confiar, también para confiar en que si mi «verdad» no es la de otros, la de la mayoría, nada me va a ocurrir y viviré feliz, igual y libre como el resto. Pero aquí empieza otro viaje intelectual, el de la *fides* y el nacimiento del Estado moderno que queda para otra ocasión.

Bibliografía

Albiac, G. (2012). *¿Hay derecho a mentir?: (La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)*. Madrid: Tecnos.

Anolli, L. (2003). *Mentire*. Bologna: Il Mulino.

Ávila, R.V. (2011). Concepciones de la prueba judicial. *Revista Prolegómenos. Derechos y valores* (148), II, 135-148.

Bastida Freijedo, F. (1998). *La soberanía borrosa. La Democracia*. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, I. Disponible en: http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/primero/pdf/bastida.pdf.

Bernard Segarra, L., y Piquer Mari, J. M. (2015). La búsqueda de la verdad procesal: un estudio sobre la vigencia del principio inquisitivo romano en las fuentes legislativas visigóticas. *Glossae. European Journal of Legal History* (12), 150-182.

Bilbao Ubillos, J. M. (2008a). Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio. *Anuario Parlamento y Constitución* (11), 39 y ss.

— (2008b). La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho Político* (71-72), 19 y ss.

— (2009). La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007). *Revista Española de Derecho Constitucional* (85), 299 y ss.

Buratti, A. (2005). L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo: verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei «miti fondatori» del regime democrático. *Giurisprudenza Italiana,* 12, 2243 y ss.

— (2012). El uso de la Historia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (18), 361 y ss.

Blackburn, S. (2006). *La verdad. Guía de perplejos*. Barcelona: Crítica.

Cartier, E. (2006). Histoire et droit: rivalité ou complémentarité. *Revue française de Droit constitutionnel* (67), 526-534.

Català i Bas, A., y Pérez i Seguí, Z. (2007). La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (19), 181-196.

Catalán, M. (2015), *Antropología de la mentira*. Madrid: Verbum.

Carbonell Bellolio, F. (2015). Sobra la idea de decisión judicial correcta. *Analisi e Diritto* (2015), 11-46.

Constant, B. (2012). Des réactions politiques. En Constant. *Des príncipes*, Cap. VIII. Disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/constant_benjamin/des_reactions_politiques/des_reactions.h.

Chillón, J. M. (2011). Análisis filosófico de los fundamentos jurídicos de la STC 192/1999. Universitas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política* (14), 21 y ss.

Dimattia, M. (2012). *La giuridificazione della storia: Leggi sulla memoria. Negazionismo, responsabilità*. Disponible en: http://ecum.unicam.it/373/1/Tesi_Dottorato_Dimattia_Marina_(2012).pdf.

Dworkin, R. (2013). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press.

Ferrajoli, L (2007). *Principia Iuris. Teoria del diritto y della democracia*. Roma y Bari: Laterza.

— (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.

Ferrater, M. (1994). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Círculo de Lectores (edición dirigida por J. M. Terricabras).

Finnis, J. (2011). The Truth in Legal Positivism. En Finnis. *Philosophy of Law: Collected Essays* (pp. 174 y ss.). Oxford: Oxford University Press, Volume IV.

Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.

Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa (4.ª ed.).

Frankfurt, H. G. (2007). *Sobre la verdad*. Barcelona: Paidós.

Galaín Palermo, P. (2013). Relaciones entre el «derecho a la verdad» y el proceso penal: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista penal México* (4), 65 y ss.

García Amado, J. A. (1985). Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho* (2), 297-316.

García Amado, J. A., y Bonorino Ramírez, P. R. (coords.) (2014). *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Un debate sobre abducción*. Granada: Comares.

Garibian, S. (2012). Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme: exercice d'une liberté ou violation d'un droit? *Études Arménnienes Contemporaines* (15). Disponible en: https://eac.revues.org/438.

Garrorena, M. A. (1997). Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* (51), 37.

— (2011). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Pons.

Gemma, G. (2012). Derecho constitucional y tutela de la verdad. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (16), 393 y ss.

Guzmán, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Haack, S. (2014). *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Häberle, P. (2006). *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Hassemer, W. (2009), *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*. México: Ubijus Editorial.

Heidegger, M. (1997). *Vom Wesen der Wahrheit*. Frankfurt: Klostermann.

Hernández Marín, R. (2014), *El juez, el científico y la búsqueda de la verdad*. En J. A. García Amado y P. R. Bonorino (coords.). *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Un debate sobre abducción*. Granada: Comares.

Hobbes, T. (1983). *Leviatán*. Madrid: RBA.

Hillgruber y Volkmann (2007). Verfassungsrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Wirklichkeit. VVDStRL. *Lesitungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts* (67). Traducida al español en *Teoría y Realidad Constitucional,* 2008 (21), 187 y ss.

Irti, N. (2011). *Diritto e verità*. Bari: Laterza.

Kant, I (2005). Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía. Ak. V III. En Kant. *La fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.

Kerviche, E. (2009). La Constitution, le chercheur et la mèmoire. *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (2009), 1052 y ss.

Kosko, B. (1993). *Fuzzy Thinking. The new Science of Fuzzy Logic*. New York: Hiperion.

Krawietz, W. (1978). *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*. Wien und New York: Springer Verlag.

Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. Madrid: Pons.

Lorca Martín de Villodres, M. I. (2013). Felicidad y Constitucionalismo. *Revista de Derecho Político* (88), 289 y ss.

Luhmann, N. (1981). *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp.

— (1983). *Fin y racionalidad de los sistemas*. México: Editora Nacional.

— (1983a). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (2005). *El Derecho de la Sociedad*. Madrid: Herder.

— (2005a). *Confianza*. Madrid: Anthropos.

Lüther, J. (2008). El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (9).

Malek, K. (2011). Abschied von der Wahrheitssuche. *StV (Straftverteideger)* (9), 559 y ss.

Mancuso, E. M. (2015). Cosa juzgada penal, verdad procesal y verdad material. *Justicia: Revista de Derecho Procesal* (2), 461-478.

Mariscal Astigueta, H. F. (2014). *Proceso y verdad en materia penal*. Revista de Derecho Penal y Criminología (6), 91-100.

— (2014). Proceso y verdad en materia penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (6), 91-100.

Mateucci, C. (2014). Some Remarks on Methodology in Legal Studies in the Light of the Challenges that Globalization Poses to Legal Doctrine. *Revista Catalana de Dret Públic* (48), 119 y ss.

Mathieu, B. (2007). La liberté d'expression en France: de la protection constitutionnelle aux menaces législatives. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1), 231-259.

Merkl, A. (1968). *Justizirrtum und Rechtswahrheit*. En Klecatsk, Marcic y Schambeck (dirs.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* (195 y ss.). Wien: Europa Verlag, Universitätsverlag, Anton Pustet.

Mill, J. S. (1984). *On LIberty*. London: Penguin.

Mora Ortega, R. (2014). Una revisión sobre las tensiones entre el derecho a la información y el derecho a la verdad histórica. *Revista Transparencia y Sociedad* (1), 27-36.

Nieto, A (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

Otto y Pardo, I. (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

— (2010). *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Oviedo: Universidad de Oviedo.

Ramírez Ludeña, L. (2015). *V*erdad y corrección en la interpretación jurídica. *Revista de Derecho,* XXVIII (1), 9-31.

Requejo Pagés, J. L.(2010). El triunfo del Constitucionalismo y la crisis de la normatividad. *Fundamentos, Cuadernos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* (6), 180 y ss.

Rodotà, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta.

Rodríguez Aramayo, R. (1985). *El enfoque jurídico de la mendacidad según Kant. Ágora. Papeles de filosofía* (5), 248 y ss.

— (2006). Mendacidad y rebelión en Kant (glosas al presunto derecho de mentir por filantropía: un debate con Aylton Barbieri Durão). *Philosphica* (27), 183 y ss.

Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Soyer, R. (2013). Gerechtigkeit-Absprachen-Korruption. Die Spurensuche nach Gerechtigkeit. Welche Wege warden nun bei der Wahrheitsfindung im Straftprozess beschritten? *Die Presse*, 11-1-2013. Disponible en: http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1331869/print.do.

Spinoza, B. (2008). *Tractatus Tehelogico-Politicus*. Madrid: Alianza Editorial.

Sucar, G. (2008). *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Pons.

Sucar, G., y Cerdio Herrán, J. (2015), *Derecho y verdad. Genealogía(s) II*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Taruffo, M (2002). *Idee per una teoria della decisione giusta*. En Taruffo. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile* (219 y ss.). Bolonia: Il Mulino.

— (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho*, XXI (1), 129 y ss.

— (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

— (2013). Verdad, prueba y motivación de la decisión sobre los hechos. *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral* (20). Disponible en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_20_je.pdf.

Torres Chadraui, A. M (2013). *Verdad procesal y derechos humanos. Un estudio sobre la prueba ilícita en la jurisdicción internacional*. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11800/2/TorresChedraui_AnaMaria_TD_2013.pdf.

Tribe, L. H. (1980). The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal (*89), 1063 y ss.

Tropper, M. (1997). La legge Gayssot e la Costituzione. *Ragion pratica* (8), 189 y ss.

Uitz, R. (2005). *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*. Budapest: CEU Press.

Vega López, J. (2000). *La idea de ciencia en el Derecho*. Oviedo: Biblioteca Filosofía en español.

Vattimo, G. (2010). *Adiós a la verdad*. Barcelona: Gedisa.

Villaverde Menéndez, I. (1994). *Estado democrático e información: el derecho a ser informado en la Constitución Española*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias.

— (1995). *Los derechos del público. El derecho a recibir información en el art. 20.1 CE*. Madrid: Tecnos.

— (2000). El canon de veracidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Disponible en: http://www.academia.edu/20022124/EL_CANON_DE_LA_VERACIDAD_EN_LA_JURISPRUDENCIA_DEL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL.

— (2003). Historia de una paradoja: los orígenes de la libertad de expresión. *Giornale di Storia Costituzionale* (6), 181 y ss.

— (2003a). Los derechos del público. La revisión de los modelos clásicos de procesos de comunicación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional* (68), 121 y ss.

— (2008). *La libertad de expresión. Comentario al art. 20.1 CE.* En Casas/Rodríguez-Piñero (dirs.). *Comentarios a la Constitución española (XXX Aniversario)* (pp. 471 y ss.). Madrid: Kluwer, Tribunal Constitucional.

Wachsmann, P. (1999). Libertà di pensiero e negazionismo. *Ragione pratica* (12), 62 y ss.

Williams, B. (2006). *Verdad y veracidad. Una aproximación genealógica*. Barcelona: Tusquets.

Zubiri, X. (1997). *El hombre y la verdad*. Madrid: Alianza.