

TERCERA PARTE REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

I. Principios, caminos y procesos del Estado constitucional como foro de las ideas plurales	113
1. Aspectos generales	113
2. Las tres libertades fundamentales de la cultura	119
3. Interrogantes acerca de la verdad en la democracia plural	126
II. La prohibición de la mentira dentro del Estado constitucional	133
1. Aspectos generales	133
2. Funciones jurídicas.	139
III. Verdad como “concepto vinculante” para la libertad, justicia y bienestar del Estado constitucional	142
1. Aspectos generales	142
2. El “discurso autónomo” de los juristas	145

TERCERA PARTE

REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

I. PRINCIPIOS, CAMINOS Y PROCESOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO FORO DE LAS IDEAS PLURALES

1. Aspectos generales

El tipo de Estado constitucional, *i. e.* democracia plural, muestra ser hoy día la forma de gobierno más exitosa (aunque constantemente susceptible de perfeccionamiento). El Estado constitucional se contrapone a cualquier tipo de Estado totalitario del color que sea, a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria. Su característica más importante reside en no dar cabida a la verdad absoluta, sino en encontrarse permanentemente en la búsqueda de la misma. De igual modo, puede decirse que se erige sobre la reemplazabilidad y perceptibilidad

de cualquier “verdad”, entendiendo esto fundamentalmente en plural y no en singular, y sin imponer nada.

La idea de K. R. Popper sobre “la sociedad abierta”, o sea su racionalismo crítico, presenta de la mejor manera en palabras y procesos la relación del Estado constitucional con el problema de la verdad considerándolo dentro de sus contextos culturales. También es de considerar la tradición del idealismo alemán en la forma del texto clásico arriba citado de un G. E. Lessing, así como la visión científica de un W. von Humboldt.¹¹⁶ De igual modo, pueden ser tomadas algunas sabias afirmaciones de Goethe como orientadoras, como aquella que dice: “la verdad es comparable a un diamante cuyo brillo emana de todos sus flancos y no únicamente de uno de ellos”,¹¹⁷ o aquella que dice: “lo uno es en todos, aunque de distinta forma en cada

¹¹⁶ Ciertamente hay nuevos estudios que demuestran la frecuencia con que engañan algunos científicos en sus investigaciones, pese a la obligación que tienen frente a la verdad. Sobre esto, véase Flöhl, R., “Wissenschaftler betrügen häufiger als vermutet”, *FAZ*, 11 de enero de 1995, p. N 1.

¹¹⁷ Eckermann, *11 de marzo de 1828*, ed. Artemis-Gedankausgabe, 1948, 24, 681.

cual. Lo uno permanece idéntico consigo mismo y, sin embargo, posibilita lo diverso”.¹¹⁸

Esto no significa ni da pie a ningún tipo de relativismo. El concepto “dignidad humana” es la suma de los valores fundamentales, tomados como “premisa de la antropología cultural” del Estado constitucional y de la democracia liberal. Ésta última no es otra cosa que la consecuencia de la organización¹¹⁹ del Estado constitucional, sea que se le entienda bajo la teoría del *ius naturalismo* o por la del consenso, *i. e.* como una construcción según el modelo del imperativo categórico o contrato social. Estos “valores fundamentales” (“verdades del derecho”) se erigen en “límites de lo tolerable” con el fin, por ejemplo, de contrarrestar los intentos de volver a un Estado totalitario (artículo 21, párrafo 2, de la Constitución Federal alemana). También sirven para apuntalar los esfuerzos de crear “garantías perennes” por parte del Estado constitucional;

¹¹⁸ *Tabulae votivae* 29, Wahrheit-2, 534. Véase arriba la II parte 4, 5.

¹¹⁹ Sobre esta concepción de dignidad humana, mi escrito: “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdBStR*, 1987, t. I, pp. 815 y ss. Y otro más de Geddert-Steinacher, T., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 1990, y antes Graf Vitzthum, W., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff im modernen Staat*, *JZ*, 1985, pp. 201 y ss. Otras recomendaciones más: Starck, C., *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*, *JZ*, 1981, pp. 457 y ss.

lo que puede suceder a manera de un compromiso entre todos los legisladores a no rebasar un límite “absoluto” (artículo 79, párrafo 3, de la Constitución alemana. Artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976. Artículo 115 de la Constitución de Turkmenistán. Artículo 257 de la Constitución de Ucrania de 1992¹²⁰ y el *truths* de 1776). Este *límite absoluto* puede convertirse en una obligación judicial cuando el Estado constitucional efectúe la *educación* de sus jóvenes ciudadanos desde la imagen de un hombre en armonía con los postulados de búsqueda de la verdad en el contexto de los valores fundamentales últimos. De esta forma, resultará relevante un canon (público) sobre la educación y sus metas. Valores como: amor por la verdad, veracidad, tolerancia, democracia, solidaridad entre los pueblos inspiró algunas de las Constituciones de los Estados alemanes y en algunos países latinoamericanos han sido nuevamente justipreciados (artículo 72 de la Constitución guatemalteca de 1985), junto con los derechos humanos, según el paradigma de la declaración universal

¹²⁰ Sobre esto, Häberle, P., *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, 1986. Ahora en: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 597 y ss.

de los derechos humanos de la ONU de 1948 (artículo 26, párrafo 2).

Fundamentalmente se trata aquí de textos clásicos, como los de un Lessing o un Schiller, y de la forma como sus sentencias han ido cristalizando en los textos constitucionales. Esto no es de manera alguna pretencioso, basta ver por ejemplo que en el artículo 56, párrafo 4, de la Constitución de Hessen de 1946, se dice: “La educación debe tener por objetivo el formar a los jóvenes como personas morales”. Y la Constitución sajona de 1992, en el artículo 101, párrafo 1, dice que “la educación debe hacer de los jóvenes seres conscientes de sus responsabilidades morales y políticas”. La “educación del género humano” comienza con la educación en los derechos humanos, tolerancia y democracia (*i. e.* renuncia al uso de la violencia) y finaliza (por lo menos hasta ahora) con la educación para el respeto al medio ambiente (véase las Constituciones estatales de la Alemania oriental, como puede ser el artículo 101 de la Constitución sajona de 1992).

La protección del medio ambiente se entiende como protección de las futuras generaciones; lo que equivale, según H. Jonas, a la protección de la posteridad del mundo entero. Cuando los órdenes jurídicos en las distintas naciones guardan en las cláusulas de juramento el anhelo de desarrollar la

conciencia del hombre es porque subyace a ellas la imagen de un hombre veraz, punto de inspiración de la educación de los jóvenes (sirva de ejemplo: parágrafo 66 c de StPO “la pura verdad”). Los objetivos de la educación en los Estados constitucionales, como la obligación de verdad del testimonio o la forma de los juramentos de los funcionarios públicos, todo lo anterior está en estrecha conexión con la búsqueda de la verdad a la manera que exige el Estado constitucional. Es evidente que no existe garantía alguna de que los objetivos en pos de la verdad serán alcanzados, ya que finalmente se trata de la veracidad de cada una de las personas y no de las instituciones.

La *búsqueda de la verdad*¹²¹ hace posible que las distintas disciplinas científicas y artísticas se conecten recíprocamente, lo que es un postulado de la hermenéutica de Gadamer. La renuncia a la búsqueda de la verdad representa la renuncia a la cultura. Recordemos a Horacio: *verum atque decens*.

¹²¹ Con respecto a la verdad y a la veracidad, véase la controversia sobre el caso Marcel Reich-Ranicki: Greiner, U., “Die Wahrheit der Intellektuellen”, *Die Zeit*, n. 26, 24 de junio, p. 45: “en servicio de la verdad olvido la veracidad”. Véase también el artículo del mismo Reich-Ranicki, “Alle Autobiographien lügen-oder beinahe alle”, *FAZ*, n. 241, 16 de octubre de 1993, Beilage.

2. *Las tres libertades fundamentales de la cultura*

El intento de concebir el Estado constitucional a la manera de un foro para la búsqueda de la verdad será complementado en lo que resta desde dos vertientes fundamentales: 1) la vertiente subjetiva constituida por las tres libertades fundamentales, a saber religión, arte y ciencia; y 2) la vertiente objetiva que supone una clasificación de la cláusula del pluralismo, creada recientemente en Europa oriental (y siguiendo el modelo de la Constitución de Portugal de 1976, artículo 2, de la Constitución española de 1978, artículo 1, párrafo 1, así como el preámbulo de la antigua Constitución del Perú de 1975 y también de la Constitución colombiana de 1991, artículo 1). Esta segunda vertiente se relaciona con dos de los principios en donde descansa el Estado constitucional: el principio de responsabilidad y el de la esfera pública. Éste último trata del antiguo ideal ilustrado de convertir a la verdad en objeto de dominio público, sin reparar en las desventajas y peligros que esto pueda conllevar para la propia persona.

La “eterna búsqueda de la verdad” es posible desde las tres verdades fundamentales del Estado constitucional: libertad de culto religioso, del arte y

de las ciencias¹²² —actualmente ha sido esta vertiente introducida en las Constituciones de Europa oriental como cláusula anti ideológica—. El Estado constitucional, ajeno a cualquier concepción confesional del mundo, permite a los hombres manifestar libremente sus capacidades para encontrar la verdad, dando lugar con esto al ejercicio de las artes y las ciencias¹²³ (comparar la Constitución húngara de 1989, independientemente de 70/G, párrafo 2).

¹²² Toda libertad es una expresión de la verdad. Véase la concepción clásica de Smend, R., “Das Recht der freien Meinungsäußerung”, *VVDStRL* 4 (1928), p. 44 (50). Libertad de expresión es “primeramente una porción de aire necesario para cada cual”. Sobre la comprensión de la libertad del arte del Trias de Goethe mi colaboración, “Die Freiheit der Kunst in der kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht”, en *Kunst und Recht*, 1994, p. 37 (pp. 43 y s., 85 y s.). Véase también *BVerfGE* 35, 79 (113): “todo lo que sea un intento de descubrir la verdad en la forma y el fondo”, *BVerfGE* 90, 1 (12): “relación de verdad constitutiva”, “sobre... la verdad o no-verdad de los resultados sólo puede decidirse de manera científica”.

¹²³ R. Guardini en Messerschmid (hrsg.), *Romano Guardini, Wahrheit des Denkens und Wahrheit des Tuns*, 1985, p. 12: “La verdad del pensamiento consiste en investigar en toda su profundidad, altura y anchura sin arredrarse frente a sus consecuencias. La verdad del hacer es otra cosa; ésta consiste en buscar la posibilidad de realización aunque reducida y proporcionada con las capacidades reales. Conciente de que la ejecución depende al igual de la lógica misma de la vida”.

Aquel que posee ciencia y arte, tiene a la vez religión. Aquel que no posea ni arte ni ciencia, tiene religión.

La íntima conexión entre las tres libertades fundamentales ha sido captado mejor que nadie por las palabras de Goethe, donde la fortaleza de su interconexión proviene del anhelo de verdad que funge como punto de apoyo de las tres libertades fundamentales.

En el ámbito de la vida económica no tiene cabida el problema de la verdad (de la manera como se da dentro de la religión, arte y ciencia) debido a que el economicismo y materialismo, tan extendido entre nosotros hoy día, detenta tan sólo un carácter instrumental. Aquello que ha sido creado en el ejercicio de este triple “derecho a la verdad” propicia el “encuentro” entre semejantes (podría decirse de la humanidad entera) dentro del contexto cultural (como en el caso de la “literatura universal”). Este contexto, entendido como “herencia cultural de la humanidad”, confiere a los hombres el “sentido” de su libertad y crea la razón y fundamento para la *conditio humana* en general, y para cada uno de ellos en particular.

La búsqueda de la verdad no se realiza exclusivamente ni en un espacio primigenio de lo “natural” ni en un espacio culturalmente desarrollado, *i. e.*

creado por los hombres. Las aspiraciones de las verdades que se objetivizan en las obras de la religión, arte y ciencia alcanzan a ser sólo verdades fragmentarias. Esas obras permiten convertir a las verdades en experiencias en el sentido hermenéutico de H. G. Gadamer. Para lo cual, el Estado constitucional crea el marco o condiciones propicias en forma de garantías para los derechos fundamentales que permite a cualquiera el gozo de las tres libertades fundamentales. Esto es lo que significa entender la Constitución como cultura y la doctrina constitucional como ciencia de la cultura.

Este primado de la libertad concedido a la religión, arte y ciencia no significa ningún desconocimiento de la función clave de la libertad de opinión¹²⁴ y prensa, precisamente en las democracias

¹²⁴ Comparar con Popper, K. R., *Alles Leben ist Problemlosen*, 1994, p. 162: “La libertad de expresión es para él (para el auténticamente ilustrado) valiosa; no sólo valiosa porque con la libertad de expresión nos acercamos todos más a la verdad, sino además porque él se ve de esta manera precisado a respetar la libertad”. Fundamental para la Ley Fundamental: *BVerfGE* 7, 198 (208): “El derecho fundamental a la libre expresión es la manifestación inmediata de la personalidad humana en la sociedad de los derechos humanos... para un orden democrático libre es este punto esencial”. Para la posterior declaración de los derechos y en conexión a *BVerfGE* 7, 198: *BVerfGE* 61, 1 (7 y ss.; “afirmación sobre sucesos”/“juicios de valor”; véase también *op. cit.*, p. 8: “necesita una distinción que trata sobre la exigencia de que exista una obligación de verdad que no esté vinculada al menoscabo a la libre expresión”. Por último, E 90, 241 (248).

plurales —la concepción estadounidense es un testimonio de la enorme importancia de esto, por ejemplo, en “preferred freedoms doctrine”—.¹²⁵ Sin embargo, sucede que en el Estado Constitucional la institucionalización del sentido pasa a través de la tríada de Goethe —religión, arte, ciencia—: las opiniones pasan arrastradas por el viento día a día como las olas y la arena. Estas libertades son creadoras permanentes de civilidad en dimensiones planetarias, gracias a las garantías individuales de la Ley Fundamental (artículos 4 y 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental). El ámbito de protección de los derechos fundamentales (artículo 5, párrafo 1, de la Ley Fundamental) es antes que nada nivel previo, precondition, “vestíbulo” de las “cristalizaciones culturales” y objetivación de la religión, arte y ciencia (de esta forma se entiende que cada corriente artística revolucionaria quiera definir de nueva cuenta la verdad).

Las cláusulas de pluralismo contenidas en la Constitución, que rigen la vida política, social y económica, y que ahora han sido actualizadas en los textos constitucionales de Europa oriental, garantizan desde el punto de vista objetivo que el

¹²⁵ Sobre esto, Ehmke, H., “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (73, 102): Del mismo autor, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, pp. 437 y ss.

Estado no puede anquilosarse en verdades preestablecidas (comp. *Incursus* II). Aunando a esto, el principio democrático (consolidado con ayuda de la educación) excluirá que el Estado sea una verdad revelada y acabada (dominio en el tiempo); esto es, que tenga dominio absoluto y monopolio de la información con el fin de disponer de ella arbitrariamente. El principio de responsabilidad¹²⁶ y el de la esfera pública, que satura las funciones del Estado, procura la franqueza y acercamiento a la verdad (“*due process*”, *audiatur et altera pars*), lo que excluye la “verdad única” y la imagen total y fundamental del Estado.

Ciertamente hay límites en la búsqueda de la verdad por parte del Estado:¹²⁷ por ejemplo, es conocida la prohibición de la tortura (comp. artículo 3, EMRK de 1950. Artículo 5, párrafo 2 AMRK de

¹²⁶ Sobre esto mismo Hesse, K., “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL*, 17 (1959), pp. 11 y ss. (43). Sobre el artículo 42, párrafo 1, p. 1 GG: “El parlamento alemán trata públicamente” como “parte esencial del sistema de gobierno parlamentario”: Graf Vitzthum, W., *Parlament und Planung*, 1978, p. 219 (233). Véase también mi colaboración: “Struktur und Funktionen der Öffentlichkeit im deutschen Staat” (1970), *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 126 y ss.

¹²⁷ Véase *BerlVerfGH*, Ju 1994, p. 520: “La función de asegurar la libertad del artículo 9 I *BerlVerf* fundamenta un mínimo de exigencia para una exigencia de investigar la verdad que no sólo en procesos punitivos sino con el objeto de atender que se asegure la imposición de una pena”.

1969). Una prohibición que se deduce directamente del principio de la dignidad humana, que ciertamente es *garantía* de la búsqueda de la verdad. Algo parecido se puede aplicar a la prohibición del detector de mentiras¹²⁸ (en Alemania), en cuanto protege la esfera privada emocional frente a la búsqueda de la verdad por parte del Estado. El derecho fundamental a información y autodeterminación (ciertamente muy discutida en algunos casos particulares) (comp. 65, 1 *BVerfGE*) establece un límite para la búsqueda de la verdad.¹²⁹

Una primera etapa en el camino de la búsqueda de la verdad puede consistir en una suerte de técnica negativa: primeramente se trata de prohibir y evitar las no-verdades. Esta técnica *ex negativo* ha tenido buenos resultados en el caso de resolver problemas (paralelos) como bienestar público.¹³⁰

¹²⁸ Sobre la prohibición del detector de mentiras, véase: Roxin, C., *Derecho sobre los procesos punitivos*, 23a. ed., 1993, pp. 171 y s.; Schwabe, J., *Der "Lügendetektor" vor dem Bundesverfassungsgericht*, NJW, 1982, pp. 367 y s.; Hammer, M., "Gibt es die 90 prozentige Wahrheit?", *Zum Verhältnis von Lügendetektor und Menschenwürde, Kriminalistik*, 1982, p. 180; Peters, K., *Stafprozeß*, 4a. ed., 1985, pp. 330 y s. Véase también Paulus, J., "Verräterische Hirnstöme, Ein neuer Lügendetektor erforsch mit erschrekender Präzision des Wissen in unserem Kopf", *Die Zeit*, n. 33, 13 de agosto de 1993, p. 25.

¹²⁹ Sobre esto véase Brossette, *op. cit.*, *passim*.

¹³⁰ Comparar con Häberle, P., *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 507, 726 y ss., entre otros.

En una situación análoga se encuentra la búsqueda judicial de la justicia que en un principio comienza evitando la injusticia, y en un nivel sucesivo establece las condiciones para hallar la verdad. Y otra situación semejante se halla en los intentos para determinar aquellos procedimientos que conduzcan al bienestar general.¹³¹ Verdad como “proceso” —así como justicia y bienestar común— es una noción básica de la democracia plural y el Estado constitucional. Y en tanto sea esto así, es una posibilidad y necesidad permanente las aspiraciones de definir la verdad material.

3. Interrogantes acerca de la verdad en la democracia plural

La democracia plural del Estado constitucional confronta el problema de la verdad especialmente a través de tres ámbitos distintos: en la discusión sobre la relación entre verdad y mayoría, en la comprensión de la formación social de la opinión públi-

¹³¹ Sobre esto, mi propia versión en *ibidem*, pp. 87 y ss. Comparar también Graf Vitzthum, W., “Demokratie, Parteien, Parteiendemokratie”, *FAZ*, 21 de noviembre de 1994, p. 9: “de la misma forma que Karl Popper en su teoría crítica del conocimiento se afirma que la democracia representativa, que tenga como meta el bienestar común, precisa de la verdad como punto de orientación”. Del mismo autor, *Verfahrensgerechtigkeit im Völkerrecht*, FS Schlochauer, 1981, pp. 739 y ss.

ca y, como una parte de esto, en la limitación de la libertad de prensa en interés de la protección de otros valores y para dirigir sus informes a “conformarse a la verdad” (en lugar de las mentiras mediáticas).

A propósito de esto, algunas palabras clave: Desde el antiguo refrán *pars maior pars sanior* se hace referencia al problema fundamental que, por cierto, el mismo Schiller llevó a su extremo contrario al decir “la mayoría no es la mejor prueba”¹³² (*María Estuardo*, segundo capítulo, tercera escena): “¿Qué es la mayoría? La mayoría es el sinsentido, porque pocos poseen entendimiento”. Recientemente, H. Lübbe ha confrontado verdad y humanidad asentando la tesis de que no es la verdad sino la mayoría la que promueve la obligación normativa en los sistemas políticos.¹³³ Esto mismo es lo que dice en esencia la versión de Hobbes: *auctoritas non veritas facit legem*, omitiendo la aplicación de la regla de la mayoría al Estado constitucional; por ejemplo, el caso del derecho funda-

¹³² Sobre esto mi escrito: *Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlichdemokratischen Grundordnung*, JZ, 1977, p. 241 (242).

¹³³ *Wahrheit und Mehrheit una discusión con H. Lübbe*, A. Herrhausen-Gesellschaft, 1994, pp. 7 y s., pp. 22 y s. Del mismo autor: *Diskussion in 3 sat*; “Mehrheit statt Wahrheit”, no es el consenso lo que crea seguridad sino un acto de decisión, citado conforme a Bahmers, P., *FAZ*, 19 de abril de 1994.

mental a la protección de las minorías y a su participación en el consenso social en los distintos aspectos de la vida. El postulado de la búsqueda de la verdad debe anteceder a todos los deseos de la mayoría,¹³⁴ tanto como sea esto posible en procesos abiertos (públicos).

El punto de partida del modelo americano, *i. e.* de la legislación americana sobre medios (especialmente valiosa para el derecho comparado), lo constituye la defensa social de la verdad a través de la mejor elección de ideas y presentación fiel de los hechos.¹³⁵ La verdad no se realiza primeramente a través de procesos judiciales —a despecho de la ciega fe alemana en el sistema judicial—, sino en el intercambio libre de ideas; según R. Stürner se trata de una “concepción democrática de la verdad” (“verdad por libertad”).¹³⁶ Sin embargo, el sistema

¹³⁴ Véase Meyer-Abich, K., “Mehrheit statt”, en Kemper, P. (hsrg.), *Opfer der Macht, Müssen Politiker ehrlich sein?*, 1993, p. 258 (272). “No son los políticos, sino ante todo nosotros los que debemos preguntar si la mayoría debe tener prioridad sobre la verdad”.

¹³⁵ Sobre esto necesariamente: Stürner, R., *Die verlorene Ehre des Bundesbürgers-Bessere Spiegelregel für die öffentliche Meinungsbildung*, JZ, 1994, p. 865 (pp. 869 y s.).

¹³⁶ Comparar con la famosa *dissting* (First Amendment-Freedom of Speech) de la Supreme Court Justice Holmes: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, at 630: “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundation of their own conduct that the ultimate

es susceptible a críticas, porque únicamente funciona cuando hay “una cierta igualdad al acceso a los medios de comunicación”. La discusión en Alemania se esfuerza hoy por cambiar el énfasis “del contenido al proceso en la protección de la identidad de cada persona”¹³⁷ y en el caso de la defensa de la libertad de opinión en medios de comunicación, sobre todo en periodismo, se esfuerza en acentuar la obligación de ser preciso y cuidadoso al afirmar un suceso, para lo cual se deberá presentar la versión contraria.¹³⁸

good desired is better reached bey free trade in ideas, that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that thruth is only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment”. Véase también en ese contexto las citas siguientes: Milton, John, “Areopagita”, citado conforme a Lockhart, William B. *et al.*, *Constitutional Law*, 7a. ed., St. Paul, 1991, p. 656: “And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and Falsehood gropple; who ever knwe the Truth put to the worse, in a free and open encounter?”; y Wolff, “The Poverty of Liberalism”, citado conforme a Lockhart, *op. cit.*, p. 657: “It is not to assist the advance of knwoledge that free debate is needed. Rather, it is in order to guarantee that every legitimate interest shall make itself known in the political process. Justice, not thrut, is the ideal served by liberty of speek”.

¹³⁷ De esta forma, Stürner, *op. cit.*, pp. 872 y ss.

¹³⁸ Sobre la controversia presente y sobre el resguardo constitucional de la verdad en la judicatura de *BVerfGE*: H. Schulze-Fielitz, citado en *JZ* 1994, pp. 902 y ss.

En nuestros tiempos son los problemas sobre la verdad en los medios de comunicación de un tipo especial. El derecho penal material puede intervenir parcialmente; sólo en los casos de difamación y maltrato (parágrafos 186, 187 de la ley penal). En tal circunstancia, cuando halla caso calificado, procederá en contra de personas de la vida política como especifica el párrafo 187 de la ley penal alemana.¹³⁹ Muchos espacios libres para los medios serán ampliados a través del párrafo 193 de la ley penal (atender intereses justificados).¹⁴⁰ La legislación sobre los medios de comunicación masiva exige información “fiel a la verdad” (comparar artículo 111, párrafo 1, de la Constitución de Baviera).¹⁴¹

¹³⁹ Comparar con Lackner, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20a. ed., 1993, § 186, Rdnr. 7: “La prueba de la verdad se realiza cuando la afirmación apunta a la esencia de lo sucedido (*BGHSt*, 18, 182)”. *Id.*, *op. cit.*, § 187, Rdnr. 1: “En contraposición a esto § 186 debe decirse claramente que aquello que ha sido afirmado es falso. Y en esto se toca el punto esencial”.

¹⁴⁰ Sobre esto, Lenckner, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch*, bearb. Von Lenckner u. a., 24a. ed., 1991, p. 1429; Lackner, K., *op. cit.*, § 193 Rdnr. 1.

¹⁴¹ Sobre esto, el comentario de R. Stettner sobre el artículo 111 BV, en Nawiasky, H. *et al.*, *Die Verfassung der Freistaates Bayern*, 1992, Rdnr. 8 sobre el artículo 111 BV: “Sin embargo tiene uno que someterse al artículo 111 párrafo 1 BV, en caso de una afirmación no verdadera en caso de que no se conozca nada con certeza. La protección de este artículo tendrá lugar sin pago alguno. Decisivo en este caso es

Múltiples no-verdades permanecen sin sanción legal.¹⁴² En esto puede y debe ayudar la afirmación fundamental del Estado constitucional “verdad por pluralismo”. La competencia de los medios entre sí coadyuva también al descubrimiento de mentiras —¿especie de “mano invisible” en el “mercado de las opiniones”?—.¹⁴³ Por todo esto, es tarea del

el sentido que tiene la obligación de testificar la verdad desde el punto de vista subjetivo”. Meder, T., *Die Verfassung der Freistaats Bayern*, 4a. ed., 1992, artículo 111, Rdnr. 1 c: “Los reportajes de la prensa deben de ser conforme a la verdad, eso es correcto en la medida de lo posible (comparar con *BVerfGE*, 54, 208/220). Esta exigencia tiene validez desde el momento de elegir el tema de la información, con esto se evitaría la no completitud de los informes (comparar *BVerfGE* 12, 113/130). *BVerfGE*, 54, 208 (pp. 219 y s.): “sólo puede tratarse que la obligación de declarar la verdad no sea considerada cuando la libertad de expresión esté en peligro”. Comparar con Löffler, M., *Presserecht, Kommentar*, 3a. ed., 1983, pp. 309 y ss.; Löffler, M. y Ricker, R., *Handbuch des Presserecht*, 2a. ed., 1986, pp. 251 y ss. Digno de tomar en cuenta es la referencia a *Pressekodex 1 des Deutschen Presserates* (1973/79), citado conforme a Moser, W., ... *Y mienten como presionados a ello? Indicaciones prácticas sobre derechos de prensa, derechos de autor y personalidad en Baviera*, 1987, p. 17: “El respeto a la verdad y a la información veraz al público es el máximo mandamiento de la prensa”.

¹⁴² Un caso a examinar por los juristas y políticos es la solución a la disputa actual sobre un problema concreto con el tema de la verdad referente al nuevo derecho a réplica correspondiente a los cambios de la ley de prensa del 11 de mayo de 1994. Sobre esto, Seitz, W., *Saarländisches Gegendarstellungrecht*, NJW, 1994, pp. 2922 y ss.

¹⁴³ G. C. Lichtenberg (1790): “he hecho encuadernar periódicos del año pasado y puedo decir que es indescriptible qué tipo de lectura representan, en proporción: 50 por ciento de falsas esperanzas, 47 por ciento de falsas profecías y un 3 por ciento de verdad”.

Estado constitucional ver por el principio de pluralismo; por ejemplo, limitando el poder exagerado en el mercado de la televisión privada. Lo que quiere decir que el modelo “pluralidad abierta” sería lo mejor para Alemania.¹⁴⁴ Algunas nuevas Constituciones trabajan explícitamente en la estructuración plural de los medios (por ejemplo, artículo 38, párrafo 6, artículo 39 y 40 de la Constitución de Portugal de 1976; artículo 20, párrafo 3 de la Constitución española de 1978).

Junto a algunas de las antiguas ordenaciones de sucesos que tenían relación con el problema de la verdad y la mentira dentro del derecho penal, como es el caso de falsificación de documentos,¹⁴⁵ existe

¹⁴⁴ Sobre esto: Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19a. ed., Rdn. 396 (p. 163); Schmitt Glaeser, W., *Die Rundfunkfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), pp. 161 y ss.; Hoffmann-Reim, W., *Medienfreiheit und der außenplrale Rundfunk*, AöR, 109 (1984), pp. 304 y ss.; *BVerfGE*, 12, 205 (pp. 261 y ss.); 57, 293 (pp. 319 y ss.); 73, 118 (pp. 154 y ss.); 74, 297 (pp. 325 y ss.); *BverfGE*, 39, 159 (pp. 163 y ss.); Bay VGH, bay VBl, 1977, pp. 558 y ss.; Bay VBl, 1987, pp. 77 y ss., pp. 110 y ss. Véase también Soehring, J., *Ehrenschutz und Meinungsfreiheit*, NJW, 1994, pp. 2926 y ss.

¹⁴⁵ Así, en el caso de la falsificación de documentos (§ 267 StGB) y sobre la autenticidad de un documento, hay que saber distinguir si su contenido objetivo es verdadero. Con esto es el llamado “engaño grafológico” en el contexto de § 267 StGB fuera de discusión alguna. Pero permanece la posibilidad de un castigo en caso de falsificación mediata de una autorización escrita (§ 271 StGB) o de una falsificación de un puesto público (§ 348 StGB), porque en este caso la recti-

recientemente en Alemania un campo en el que el problema sobre la verdad y la mentira toca fondo y límite para su penalización por parte del Estado; me refiero a la controversia sobre la llamada “mentira de Auschwitz”.¹⁴⁶

II. LA PROHIBICIÓN DE LA MENTIRA DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. Aspectos generales

El Estado constitucional presupone que las personas, es decir, los ciudadanos, tienen un interés en la “búsqueda de la verdad”; donde el interés por la

tud del contenido es entendida como un hecho consumado. Comparar Tröndle, H., *Leipziger Kommentar* a § 267 StGB, Rdn., pp. 124 y s., y § 271 StGB, Rdn. 58.

¹⁴⁶ Sobre la mentira de Auschwitz (§ 130 StGB): Schmidt, T., *JuS*, 1994, pp. 986 y s. La disputa sobre la llamada “mentira de Auschwitz ha producido una inmensa literatura: Fromme, por ejemplo, F. K., “Strafrecht und Wahrheit”, *FAZ*, 27 de abril de 1994, p. 1; Fuhr, E., “Die Lüge verbieten?”, *FAZ*, 7 de abril de 1994, p. 1; Nolte, E., “Ein Gesetz für das Außergesetzliche, Die Strafbarkeit der ‘Auschwitz Lüge’. Gut gemeint aber nicht unbedenklich”, *FAZ*, 23 de agosto de 1994, p. 7; Allmann, W., “Steit um unbestreitbares, Geistige Freiheit für Auschwitz-Leugner?”, *FAZ*, 27 de agosto de 1994, p. 27; Bertram, G., *Entrüstungstürme in Medienzeitalter-Der BGH und die Auschwitzlüge*, *NJW*, 1994, pp. 2002 y ss. En el caso de discriminación a un pueblo Deckert (diciembre 1994) formuló del BGH como punto esencial que las verdades de la historia no son simples opiniones.

verdad es ya la meta a alcanzar. Incluso tiene permitido el obligar —como *ultima ratio*— bajo juramento a cumplir conforme a la verdad *subjetiva*, aunque esto no quiere decir que garantice la verdad objetiva. El Estado puede encomendar a sus funcionarios (los del tercer poder por ejemplo) la búsqueda de la verdad, también crear comisiones parlamentarias o “comités particulares” (como ocurrió recientemente en El Salvador). Pero “ministerios de la verdad” quedan estrictamente prohibidos. El enorme significado que tiene el *tercer poder* como el intento más serio de buscar la verdad deviene de su forma legal de proceder (verdad y justicia como resultado de un proceso): independencia institucional y personal de los jueces, investigación por sospechas fundadas, postulado de la “búsqueda imparcial de la verdad”, transparencia como garantía conexas a la búsqueda de la verdad: “condiciones de verdad”.

El “principio del Estado de derecho”, en todas sus variantes, tiende “puentes” para que el eterno proceso de búsqueda de la verdad se cumpla en el Estado constitucional.¹⁴⁷ El principio de transparencia

¹⁴⁷ Históricamente se presenta el principio sobre lo público también en los procesos judiciales como garantía complementaria de la tarea que tiene por finalidad el aclarar la verdad (como lo fue en el siglo XIX en lucha contra la práctica monárquica de Arkan). La transparen-

actúa paralelamente a esto (artículo 42, párrafo 1, de la Ley Fundamental, artículo 33 de la Constitución de Francia de 1958, artículo 80 de la Constitución de España de 1978).

Hay ámbitos en los que generalmente la mentira se disemina¹⁴⁸ no obstante que haya tribunales y comisiones parlamentarias para la búsqueda de la verdad; como quedó evidenciado en el caso de la dimisión del ministro presidente Engholm en 1992. La *soft law* de las metas educativas de los jóvenes ciudadanos (se encuentre ésta escrita o no escrita) puede conducir a todo esto aunque sea de forma

cia del parlamento alemán (artículo 42, párrafo 1, de la Ley Fundamental) refiere no sólo históricamente a la discusión pública sobre la verdad. Aspiraciones de verdad en el texto constitucional dirigidas al primer y segundo poder no existen hasta donde puedo ver. Sobre “juicios sobre la verosimilitud” dentro del contexto de decisiones judiciales, véase Nell, E. L., *Wahrscheinlichkeitsurteilen in juristischen entscheidungen*, 1983; Düring, J., *Bewiesmaß und Beweislast im Asylrecht*, 1990, pp. 13 y ss.

¹⁴⁸ Ciertamente existe también una “estética de la mentira” que se le puede adjudicar al director de cine italiano F. Fellini. Para él significaba la mentira una de sus “formas predilectas de salir del paso” y uno de sus “conceptos predilectos”. Sobre esto, Jessen, J., “Der große Puppenspieler im Labyrinth der Moderne”, *FAZ*, 1 de noviembre de 1993, p. 29. Es de recordar aquí la definición de Umberto Eco de semiótica como la disciplina que investiga todo lo que “puede ser usado para mentir”. Sobre esto, Seibt, G., “Heilige Zeichen, Der Erzähler und die Wissenschaft vom Lügen”, *FAZ*, 4 de enero de 1992, p. 23.

preliminar.¹⁴⁹ Y se espera que todo esto sea sancionado con la ayuda de testigos bajo juramento. Por eso mismo se esmera el Estado constitucional en la búsqueda de la verdad; porque para él es el tema de la verdad un problema fundamental. Y esto hasta el punto de que el Estado puede ser entendido como un intento de apertura a toda verdad —y que constituye la esencia de las tres verdades culturales— y a que los hombres se entiendan tal y como son, con todos sus errores y hasta con todas sus “mentiras vitales”. Estas son ciertamente producto de una no intencionada gana de engañarse por lo falso, pero que protege a la propia biografía de la ruina total (existen también mentiras vitales colectivas, que abarcan a la nación entera: piénsese en la Francia de De Gaulle y en el caso “Vichy”).¹⁵⁰

¹⁴⁹ Sobre esto, Häberle, P., *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele* (1981). Ahora en: *id.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 321 y ss.

¹⁵⁰ Sobre el debate en Francia: Altwegg, J., “Vergessen ist die erste Bürgerpflicht, F. Mittelrands souveränes Doppelspiel auf der Klaviatur von Erinnerung und Veränderung”, *FAZ*, 23 de abril, p. 29. Véase también el caso Touvier en Francia, quien bajo la frase “valor para ser veraz” ha sido discutido (*FAZ*, 14 marzo de 1992, p. 12). En contra de Touvier se dirigió un proceso por crímenes contra la humanidad y que fue el primer caso en Francia de este tipo. Los franceses debieron de confrontar recientemente el periodo de la ocupación y colaboración nazi. Touvier fue asesinado en 1993.

“El derecho a errar” (B. Gugenberger) constituye el testimonio más hermoso en el que se fundamenta el Estado constitucional en la búsqueda de la verdad. Servidores públicos y mandatarios no tendrán nunca permitido mentir. La mentira de los políticos permanece en la mayoría de los casos desconocida, porque logra ocultarse. Pero en el caso que salga a la luz pública, recibirá su castigo merecido según la ética política. Por lo general las consecuencias de mentir en política son la ruina (como el caso F. J. Strauß del “escándalo de la revista *Spiegel*” de 1962). Todavía no dudamos de gozar de la historia del “barón de la mentira” *Münchhausen*, porque es una lección desde el punto de vista teórico científico lo que depara el “trilema *Münchhausen*” (H. Albert). Y el problema de mentir (por necesidad) se plantea de una manera muy distinta en democracias plurales, *i. e.* Estados constitucionales, a como se presenta en dictaduras.¹⁵¹ Uno puede traer a la mente el silencio individual, o “acumulado”, cuando la mentira en el tiempo del nacional socialismo podía ayudar a salvar a una de sus víctimas (comparar con la película del francés Truffaut, *El último metro*).

¹⁵¹ Véase también a Reiner Kunze: “la patria se encuentra en el mundo/y nunca más la mentira/debe besar el anillo”.

Hasta nuestros días nos sigue incomodando la tesis de Hanna Arendt: “La veracidad no ha contado nunca dentro de las virtudes de los políticos, mientras que la mentira siempre ha sido uno de sus instrumentos consentidos”.¹⁵² A pesar de la disputa en torno a la llamada “mentira sobre pensiones e impuestos” en las elecciones alemanas, o de aquella de la tesis de Pufendorf (1711) sobre el Estado autoritario ilustrado, según la cual es permitido callar en bien del bienestar ajeno o personal,¹⁵³ y pese también a las sugestivas palabras de Nietzsche: “la mentira como incremento del poder, un nuevo concepto de la ‘verdad’”,¹⁵⁴ podemos a todas ellas contraponer las palabras de Kant¹⁵⁵ y su sucesor G. Böhme:¹⁵⁶ “mintiendo al interlocutor se ofende a toda la humanidad y a uno mismo. De esto se deduce que especialmente los poderosos, esto es los

¹⁵² Arendt, H., *Wahrheit und Lüge in der Politik*, 1972, 2a. ed., 1987, p. 8.

¹⁵³ Sobre esto: Böhme, G., “Die Sozialstruktur del Lüge”, en Kemper, P. (hrsg.), *op. cit.*, p. 71 (76). El publicista M. Harden abandonó su villa en Grunewald, en Berlín, dejando cinceladas las palabras de Ulrich von Hutten: “si hubiera callado la verdad/me hubieran aumentado las amistades”.

¹⁵⁴ Citado conforme a Bloz, N., “Politik als ob oder Die lizenz zu lügen”, en Kemper, P. (hrsg.), *op. cit.*, p. 58 (70).

¹⁵⁵ Kant, I., *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, *Werke*, hrsg. por W. Weischedel, t. IV (1963), pp. 637 y ss.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 44.

políticos, no tienen derecho a mentir”. Ciertamente que estas palabras se hacen valer en las democracias plurales o Estados constitucionales. En regímenes totalitarios, el ciudadano oprimido sí tiene permitido mentir en situación de peligro, con el fin de librarse a sí o a otros de la persecución.

2. *Funciones jurídicas*

Extremando los términos se puede preguntar si el orden jurídico, incluyendo a la Constitución, puede descansar en la “mentira”.¹⁵⁷ De alguna manera es legítima la pregunta porque el derecho, como producto humano, puede descansar en el error, sobre todo en el caso de Constituciones inspiradas en el derecho positivo, ya que la positividad siempre puede ser cuestionada. Particularmente la verdad ilustrada de los textos clásicos, como el de Aristóteles sobre la justicia y la igualdad, o el de Montesquieu sobre la división de poderes, o la sugestiva pregunta de B. Brecht “todo poder del Estado parte del pueblo, pero ¿hacia dónde se diri-

¹⁵⁷ Hagamos presentes la disputa a propósito de la exposición de arte de la RDA en la Galería Nacional de Berlín: “Los cuadros no mienten”, *FAZ*, 7 de mayo de 1994, p. 25. Véase también el asunto sobre el contenido verdadero de las actas del Stasi bajo la divisa contraria “las actas mienten”, *FAZ*, 2 de septiembre de 1993.

ge?"; la fuerza de los textos clásicos¹⁵⁸ nos proporciona los rudimentos para orientar las sentencias del derecho positivo hacia la verdad, incluyendo Constituciones enteras.

La respuesta debe ayudarnos a establecer diferencias. Sin duda alguna hay Constituciones que no tienen vínculo alguno con la realidad. Se puede mencionar a manera de ejemplo el artículo 2 de la Constitución irlandesa: “el territorio estatal abarca a toda la isla irlandesa, las islas aledañas y las aguas costeñas”. Un paralelo a esto lo representa la controversia sobre la situación jurídica alemana hasta que tuvo lugar la anhelada reunificación,¹⁵⁹ con relación a lo cual vale mencionar el juicio adjudicado a W. Brandt sobre la reunificación alemana como una “mentira para la vida” de la República federal que aún hoy día quema nuestros oídos dolorosamente.

Los órdenes jurídicos constituyen, legal y legítimamente, institutos encargados de instrumentalizar la negación de la verdad en razón de determinados

¹⁵⁸ Sobre esto, mi texto: *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

¹⁵⁹ Comparar con el pasaje en los elementos fundamentales del juicio sobre convenios de la *BVerfGE*, 36, 1 826: “aquí sí se trata de una línea fronteriza entre Estados (*i. e.* entre la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana) que se comporta de igual forma como entre los Estados dentro de la misma República Federal Alemana”.

valores jurídicos. Aquí se trata de una *ficción* jurídica.¹⁶⁰ Las *ficciones* son definidas por H. Vaihinger (1911) en su filosofía del “*Como si*” como una incesaria desviación de la realidad, que se comete consciente y arbitrariamente como un artificio provisorio y temporal con el fin de servir a sus propios intereses. Estas ficciones fueron caracterizadas por ni más ni menos que R. von Ihering como “mentiras de necesidad técnica”, “muletas de la ciencia”.¹⁶¹ Esto puede ser una prueba de la ironía del arte jurídico, pero nunca una justificación para recurrir a la negación de la verdad por parte de la jurisprudencia.

La ficción tiene que comparecer ante los tribunales de la justicia que por lo general triunfa.¹⁶² Incluso a nivel de teoría constitucional tenemos que ver con ficciones, por ejemplo aquella sobre el “estado natural” que es una especie de “piedra de toque” para la razón (en el sentido de Kant).

¹⁶⁰ Sobre esto, Esser, J., *Wert und Bedeutung des Rechtsfiktionen*, 1940, 2a. ed. de 1969; Pfeifer, M., *Fiktionen im öffentlichen Recht, insbesondere im Beamtenrecht*, 1980 (también sobre esto, lo dicho por mí en DVBl, 1981, pp. 809 y s.).

¹⁶¹ Sobre esto, Pfeifer, M., *op. cit.*, pp. 22, 23 y s.

¹⁶² Véase el punto de partida de Pfeifer, *op. cit.*, y en mi plática mencionada.

III. VERDAD COMO “CONCEPTO VINCULANTE” PARA LA LIBERTAD, JUSTICIA Y BIENESTAR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. *Aspectos generales*

La multiplicidad de las verdades, más lo inalcanzable de la verdad, más los errores humanos y la experiencia de que toda búsqueda de la verdad finaliza siendo sólo búsqueda, esto en conjunto puede inducir a pensar que el concepto de la verdad es irrelevante para el derecho por su carácter “platónico” o por ser simplemente una “fórmula vacía” y, por tanto, deba de ser desechada para siempre. Pero como se mostró, la verdad es un valor cultural del Estado constitucional y precisamente por la experiencia tenida con el modelo de Estado totalitario es un valor irrenunciable. La afirmación de Thomas Hobbes *autoritas non veritas facit legem*¹⁶³ no constituye la verdad del Estado constitu-

¹⁶³ Sobre Hobbes: “*auctoritas non veritas facit legem*”. Dilcher, G., “Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz”, *Der Staat*, 27 (1988), p. 161. Véase también a Hobbes, Th., *Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen* (1681), hrsg. por B. Willms, 1992. Escéptico Bon, G. le, *Psychologie der Massen*, 1895, 2o. libro, capítulo II, parágrafo 2 (1964), p. 78: “La máxima fuerza motora del desarrollo del pueblo no ha sido nunca la verdad, sino el

cional. V. Havel representa al “testigo y verdad de estos tiempos”,¹⁶⁴ arquetipo del Estado constitucional. La tradición filosófica checa sobre la verdad, junto con el documento ya clásico (*i. e.* la Carta 77) creado por él, lo legitiman aún más. En ella se afirma lo mismo que ya había expresado Schiller en su *Demetrio*, que la verdad es un concepto conexo con la libertad.

Aquí no hay nada que lucubrar, todo ya ha sido
pensado
Las pruebas hablan irrefutables por sí mismas
Aquí no es Moscú. No es ya el miedo al déspota lo
que ata al alma libre
Aquí tiene la verdad permitido andar con la cabe-
za en alto.
Yo no deseo, honorables caballeros, que aquí en
Cracovia,

error. Y cuando ahora el socialismo ve crecer su poder se aclara porque representa una ilusión que aún está viva”.

¹⁶⁴ Comparar con la cita 34 (II parte) y V. Havel, *versuch, in der Wahrheit zu leben*, 1990, p. 28: “La verdad... posee en los países post-totalitarios una enorme importancia...”, p. 28: “el anhelo humano por la verdad”, p. 30: “añoranza del hombre por su dignidad humana y sus derechos fundamentales”. Popper habla profundamente convencido sobre la “idea de verdad como un principio regulativo” (en *Vermutungen und Widerlegungen*, 1963/1994, t. I, pp. 329 y s., p. 334).

en el mismo parlamento imperial de los polacos,
tenga el Zar de Moscú a sus mejores esclavos.
(Schiller, *Demetrio*)

También los lemas de algunas universidades alemanas recuerdan el carácter “conexo” de la verdad. La conexión entre verdad y *justicia*,¹⁶⁵ como en otro lugar entre verdad y *salus publica* (actualmente caracterizada como plural y pública), es un lugar común; sea que se presente en forma de “valores humanos” (por ejemplo en el proyecto de Constitución de Bielorrusia de 1992), sea que se presente bajo la forma de “lo bueno y justo” (véase Preámbulo del proyecto constitucional de Rusia de 1992), sea que se presente en la forma de objetivos educativos.¹⁶⁶ Hoy día no puede pensarse en el concepto de justicia sin el enriquecimiento que gracias a los

¹⁶⁵ Consultar: Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie in der Nachneuzeit*, 2a. ed., 1992, pp. 24 y ss.: “Teoría procedural de la verdad y de la justicia”.

¹⁶⁶ Comparar con el artículo 26, cifra 1, de la Constitución de Bremen de 1947: “educación para una comunidad de conciencia que esté por el respeto de la dignidad humana y por una voluntad que promueva la justicia social”. Artículo 56, párrafo 4o. de la Constitución de Hessen de 1946: Educación para “la justicia y la veracidad”. Artículo 33 de la Constitución de Reihnland-Pfalz de 1947: “justicia y veracidad”. Artículo 30 de la Constitución de Saarland de 1947: “responsabilidad política y moral”. Artículo 28 de la Constitución de Brandemburgo de 1992: “voluntad para la justicia social”. Artículo 101, párrafo 1, de la Constitución de Sajonia: “justicia”.

derechos humanos ha usufructuado (véase Constitución de la República Checa, artículo 85, párrafo 2, de 1993, sobre el juramento de los magistrados).¹⁶⁷

2. El “discurso autónomo” de los juristas

Tal vez ayude en el caso de los discursos sobre la verdad la propuesta de R. Safranski.¹⁶⁸ Él distingue entre dos regiones de la verdad separadas una de otra: a la primera la llama Safranski región cultural, ésta tiene que ver con la “invención de uno mismo, autoformación, y, ligado con esto, la interpretación y proyecto del mundo, sucintamente dicho; con el acto más individual y existencial que es dotar de sentido al sinsentido, esa región de la verdad es fantástica, creativa, metafísica, imaginaria... como siempre. Ella no está necesitada de consenso... todo es posible”. La “otra región de la verdad” la llama Safranski la región “política”. En ella tiene lugar “la experiencia de la inviolabilidad de la otredad del otro, del respeto de su libertad” y por

¹⁶⁷ “Juro por mi honor y mi conciencia proteger la inviolabilidad de los derechos humanos y de los derechos del ciudadano... en mi mejor disposición y sin intereses partidistas”.

¹⁶⁸ Safranski, R., *Wieviel Wahrheit bruchet der Mensch?, Über das Denkbare und das Lebbare*, 1993, pp. 193 y ss., 206 y ss.

eso mismo es esta verdad “racional, objetiva, común, pragmática, útil para la comunidad, útil para la vida”.

Esta “doctrina de las dos regiones de la verdad” está expuesta a críticas, sobre todo me parece en relación al Estado constitucional que representa una forma de cristalización de la cultural.¹⁶⁹ ¿Es posible separar “la aventura de hacer causa por la verdad y la cultura” de las “sobrias verdades de una política enteca”? ¿Es legítimo contraponer de esta forma a la cultura con la política? Porque tanto la cultura aspira a la “paz”, como la política a la “pasión”. Si la justicia y bienestar son valores culturales, entonces la “invención de la verdad” por parte del poeta y del filósofo son indispensables para el desarrollo del Estado constitucional. Tal vez estamos necesitados de “verdades políticas que nutran a la política enteca”. El Estado constitucional precisa, en el ámbito de la política constitucional, por ejemplo, de por lo menos una porción de “verdad política”. El esfuerzo de determinar las “condiciones de posibilidad de una convivencia pacífica y libre” (así lo piensa Safranski de una manera muy kantiana) no es suficiente para comprender todas

¹⁶⁹ Sobre esto, Häberle, P., *Verfassungskehre als Kulturwissenschaft*, 1982. Del mismo autor, *Europäische Rechtskultur*, 1994.

las libertades culturales del Estado constitucional y su civilidad general. La cultura de la libertad y la libertad de la cultura exigen una “política apegada al derecho fundamental”.¹⁷⁰ La política dentro del Estado constitucional no puede, en mi opinión, medrar sin sustentar un derecho a la verdad.¹⁷¹ Ciertamente que frente a todas las otras verdades que no sean “no relativas” debe haber un cierto escepticismo; pero no por eso se tiene que renunciar a todas las “verdades absolutas” como la dignidad humana, libertad, tolerancia. Éstas actúan como “condiciones de verdad” en el sentido de H. G. Gadamer.

En resumen, esto significa que nosotros tenemos la obligación de tomar conciencia del debate filosófico en torno a la verdad y como juristas no nos podemos dar por satisfechos simplemente con recibir *una* definición, porque de esta forma se podría

¹⁷⁰ Sobre esto, mi “Regensburger Staatsrechtslehrerkonferenz: Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30 (1972), pp. 43 y ss. También en *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 163 (194).

¹⁷¹ Ante todo, no puede quedar todo ahí donde quiere la tesis de R. Rorty sobre que la verdad no debe ser buscada como si fuera una tierra desconocida, sino antes bien como una producción personal de los hombres. Sobre esto, Searle, J., *Merkur* 48. Jg., 1994, pp. 377 y ss. Con Searle, se debe pensar en la “tradición del racionalismo occidental”, esto es; el principio del realismo y de la “teoría de la verdad por correspondencia”: la realidad existe independientemente de la representación que de ella se haya hecho el hombre y una sentencia es verdadera cuando coincide con los sucesos.

tomar la parte por el todo. Por eso, hay intentos, por el lado de la filosofía, de combinar “la teoría de la correspondencia” con la teoría de la coherencia.¹⁷² De tal forma que sea posible incorporar la teoría de la verdad por consenso en la doctrina constitucional a la manera de una permanente elaboración de “consensos básicos” y siguiendo el sentido de los consensos éticos mínimos. En esta dirección puede entenderse el concepto de dignidad humana de Schiller “cada cual debe construir en sí mismo la humanidad”, y también el de I. Kant como “verdad trascendental”,¹⁷³ o el del mismo Safranski “libertad-verdad” como divisa: “verdad como pluralismo cultural”.¹⁷⁴

Las concepciones de verdad varían según la especialidad científica, e incluso al interior de una misma encontramos conceptos distintos. Por esta razón, puede hablarse del concepto multifuncional

¹⁷² Esta es la meta de Stawson, P. F., *Análisis y metafísica, cit., pas-sim*, pp. 112 y ss., 121 y ss. Sobre la teoría de la correspondencia véase a Popper, *Conjectures and Refutation, cit.*, p. 324.

¹⁷³ Comparar con R. Safranski que refiere a la “garantía de una existencia dentro de condiciones de vida digna”, *op. cit.*, p. 207. Para una síntesis de las distintas teorías de la verdad Kaufmann, A., *op. cit.*, pp. 32 y ss., 35 y ss.

¹⁷⁴ Entre tanto, es tiempo de despedirse del muy citado “antagonismo platónico” entre una única capacidad filosófica para la verdad y otra retórica y vivaz.

y relacional de la verdad. El contexto en el que se encuentran los planteamientos de los problemas jurídicos sobre la verdad y sus respectivos textos (como en el artículo 42, párrafo 3, de la Ley Fundamental, o el artículo 111, párrafo 1 de la Constitución de Baviera, o en lo que respecta a la administración de un parlamento ¡integridad!) exigen una mayor funcionalidad entre más especializado esté el “concepto de verdad”.¹⁷⁵

Con esto se presenta el problema de la verdad, particularmente a los juristas, en su enorme *riqueza*. Hay terrenos en los cuales se pone en tela de juicio los (pen) últimos fundamentos de la *Res publica* a un nivel relativamente general, no obstante se trate de afirmaciones verdaderas cuyos contenidos puedan calificarse de justos (por ejemplo, derechos humanos). Existen campos en donde los conceptos típicos del derecho exigen enunciados ajustados a la verdad de los sucesos. Si es que es posible distinguir con relación a esta exigencia entre campos.

¹⁷⁵ Comparar con el concepto de Popper de “verdad interesante y relevante” que busca fundamentar para los juzgados. Popper, *Vermutungen und Widerlegungen*, 1963/1994, t. I, p. 336: “cuando el juez llama a un testigo que jure decir la verdad y nada más que la verdad, entonces es porque el juez va tras toda la verdad que considere relevante”.

Con todo lo dicho, es deseo de este esbozo mostrar a los juristas en general, y a los constitucionalistas en particular, la enorme “relevancia” que tiene para ellos (real o aparente) el problema de la verdad en sus niveles filosóficos más elevados. El Estado constitucional exige una tematización de los problemas de la verdad, y aquello que lo caracteriza es exactamente el hecho de que esté en condiciones de hacerlo.

Estas diferencias de conceptos no remiten a una “verdad relativa” y mucho menos menoscaban el sentido que tienen las premisas del Estado constitucional, base de la orientación en la defensa de la verdad (no olvidemos a V. Havel) al censurar en todo momento la mentira (como quería Kant) y defender la dignidad humana. La imagen de hombre del Estado constitucional vislumbra un ciudadano para quien es posible emprender la búsqueda de la verdad, porque le es necesario la verdad: “el adquirirla y poseerla”. A esto se suma la ausencia de violencia (sutil monopolio de la fuerza), así como tolerancia, cultura y protección a la naturaleza, tomando en cuenta a las sucesivas generaciones. El derecho internacional, aunque ha llegado tardíamente al planteamiento de los problemas de la verdad, puede aprender de todo esto (véase *supra Excursus II*).

De alguna manera puede decirse que la justicia es la “verdad del derecho”. Este ordenamiento de los ideales “verdad, justicia, bienestar común” no significa una demanda excesiva al Estado constitucional, antes bien estos ideales son inmanentes en todas las distintas formas en que se presenta el Estado constitucional. Estos tres conceptos representan valores de acercamiento que señalan caminos y procedimientos que disminuyen la posibilidad de fracaso y error: tomando en cuenta que el hombre padece de falibilidad y que el Estado no puede ni pretende “curarlo”. El frecuentemente practicado cambio radical al Estado totalitario es el (alto) precio a pagar.