

DERECHO Y VERDAD. *GENEALOGÍA(S)*. UNOS COMENTARIOS

Eusebio Fernández García

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III (Madrid)

Sumario: 1. Introducción. 2. Verdad y mentira en la política. 3. El papel legitimador de las ficciones jurídicas y políticas. 4. El abuso de la historia y la manipulación política. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La primera impresión que se desprende de una hojeada a este libro es que se trata de una obra notable, tanto por su contenido —compuesto por una serie de capítulos históricos que se extienden desde la Grecia clásica hasta la actualidad y una amplia introducción firmada por los profesores Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán— como por las cuestiones de tipo histórico, filosófico y metodológico que van surgiendo con su lectura.

Por múltiples razones, que van desde la complejidad de la obra hasta la disponibilidad de espacio, mis comentarios se van a circunscribir a la Introducción de sus editores.

En su *Teoría de la justicia*, al comienzo del capítulo primero, John Rawls apunta lo siguiente:

«La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas».

Aunque aceptáramos este contraste entre justicia y verdad, que nos llevaría a otro entre Derecho y ciencia, podríamos señalar que existen, al menos, dos campos en los que la verdad interesa al Derecho. Un primer campo consiste en la elaboración de teorías jurídicas —*v. gr.*, la ciencia jurídica en el sentido kelseniano— cuyo cometido es la neutral o pura descripción de las normas jurídicas vigentes.

Y un segundo ámbito, constituido, por ejemplo, por la verdad en las pruebas que conducen al dictado de una sentencia verdadera en un proceso y que permiten afirmar que un juez o tribunal ha expresado la verdad jurídica respecto a un caso concreto: *v. gr.*, el individuo X es el autor de un homicidio doloso o el contrato entre X e Y es válido formalmente porque no hubo coacción ni falta de información por parte de las partes contratantes.

Además, respecto a las posibles teorías jurídicas del primer campo, podríamos admitir tesis como la que señala que el positivismo jurídico, conceptual o metodológico, es verdadero y que el iusnaturalismo ontológico no lo es, dado que el primero es una buena versión de lo que entendemos por Derecho en nuestras sociedades y el segundo no.

En la Introducción al libro, Germán Sucar y Jorge Cerdio exponen tres niveles de aproximación a la relación entre Derecho y verdad en el plano histórico: la verdad *del* Derecho, *en* el Derecho y *sobre* el Derecho. La primera tiene que ver con la verdad de las normas jurídicas, la segunda con los diferentes sistemas de producción de la verdad jurídica (*v. gr.*, el proceso) y la tercera con la verdad o falsedad de los enunciados de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho (Sucar y Cerdio, 2015: 14 y 15).

A la hora de exponer los contenidos de la verdad *del* Derecho, nuestros autores incluyen en este primer plano una parte que puede provocar cierta confusión entre hechos (normas) y valores. Así, cuando se refieren a la asignación de valores de verdad a las normas jurídicas en el sentido «de determinar cuáles son verdaderamente las normas jurídicas que deben regir la vida social». La posible confusión se centra en el significado que se asigne a la expresión «deben regir», pues aquí podemos movernos en los campos de la validez formal, la vigencia e incluso de la eficacia de las normas jurídicas o, por el contrario, en el campo de su justicia (no su ser real, sino ideal). Resulta correcto pensar que una norma jurídica es justa o injusta, válida o no, eficaz o ineficaz, pero es objetable hablar de normas jurídicas verdaderas, salvo que deseemos señalar, exclusivamente, que se trata de una norma vigente y que, por tanto, debe regir la vida social. Me parece que la atribución de verdad y falsedad está pensada para las proposiciones normativas, no para las normas.

En cuanto a la verdad *sobre* el Derecho, esta sería de aplicación a las teorías de la ciencia jurídica. Si alguien creyera y defendiera que su teoría de la ciencia jurídica es verdadera porque es un reflejo fiel o un espejo del Derecho vigente, le preguntaríamos inmediatamente por ella con el fin de compartir con él esa teoría y calmar la tensión que producen la inseguridad y las dudas teóricas y psicológicas. Pero me temo que nuestra ilusión no duraría demasiado tiempo y que, como mucho, podríamos conseguir la mejor teoría entendida como la mejor aproximación posible a una explicación coherente y adecuada del Derecho.

Germán Sucar y Jorge Cerdio parten de unos presupuestos claros y bien definidos desde el comienzo de su trabajo, que les sirven para anunciarnos el tipo de teoría de la ciencia jurídica podemos conseguir y sus rasgos y límites.

La tesis inicial (quizás sería más correcto hablar de tesis iniciales) expuesta en el primer párrafo es la siguiente: «Aquello a los que nos referimos y nos hemos referido con el término “Derecho” es algo variable, así como lo son los diferentes modos de teorización que lo tienen por objeto temático». Pero la variabilidad también afecta a la palabra «verdad», «al igual que lo son la preocupación por ella y, en particular, el desarrollo filosófico sobre la misma y los esfuerzos científicos para su determinación en los diversos dominios de conocimiento». Y, finalmente: «Las relaciones entre Derecho y verdad están, por ello mismo, también sujetas al vaivén histórico» (Sucar y Cerdio, 2015: 9).

Surge enseguida la pregunta acerca de si, con tanta variabilidad de contenidos, se puede construir algo parecido a una teoría de la ciencia jurídica fiable. Y da la impresión de que nuestros autores mantienen, a pesar de todo, ese empeño, sin dejarse arrastrar por el escepticismo o el simple relativismo. De ahí la advertencia de que evitemos «los errores tan graves como comunes, e íntimamente relacionados, que denominaremos respectivamente *ingenuidad ontológica* e *ingenuidad epistemológica*» (Sucar y Cerdio, 2015: 157 y ss.).

Y teniendo en cuenta que, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico (sobre todo a partir del moderno), los teóricos del Derecho han echado mano del modelo de las ciencias formales (también de las «menos desarrolladas» ciencias sociales) y que la metodología de la ciencia jurídica es un caso particular derivado de una metodología general de la ciencia (como lo es la filosofía del Derecho de la filosofía en general), cabe preguntarse por qué nuestros autores no se han valido y

aprovechado de la teoría del desarrollo científico desplegada por Kuhn en su conocida obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1962). Los hechos, la creación de teorías, el periodo de ciencia normal según un paradigma dominante, la aparición de anomalías y el cambio de paradigma científico pueden extrapolarse, con las debidas matizaciones, al Derecho.

Ya sé que en el terreno de nuestras fuentes y libros de cabecera podemos actuar, felizmente, con total libertad, pero al evaluador externo siempre le compete decir algo al respecto.

También me gustaría expresar mi coincidencia con las referencias que los autores hacen al papel del estudio de la historia, sobre todo de las ideas y de las instituciones, y a su relevancia para la filosofía del Derecho. Opino, como ellos, que el filósofo del Derecho «pone en cuestión y analiza críticamente tanto las categorías jurídicas como morales. En esta tarea crítica, como decíamos, la historia ocupa un lugar prominente» (Sucar y Cerdio, 2015: 178), aunque no comparto su entusiasmo por la obra de Foucault, entre otras razones porque mis reticencias sobre el uso que hace de conceptos del mundo clásico grecorromano son parecidas a las señaladas por Hadot (2009, 203 y 204).

A partir de ahora me apartaré del argumento seguido por los autores de la Introducción y expondré unos comentarios propios que, aunque no tengan como objeto sus ideas, sí han servido como estímulo de las mías. Tienen que ver con tres asuntos: el papel de la verdad y la mentira en la política, el modo en que las ficciones jurídicas y políticas pueden convertirse en un principio de legitimidad y las relaciones entre el abuso de la historia y la manipulación política.

No creo que sea necesario resaltar que entiendo el Derecho como una construcción humana y social y que, al hablar de verdad jurídica, lo hago en el sentido de otra construcción que estaría, sobre todo, en manos de legisladores, jueces, abogados y teóricos del Derecho (el libro de Berger y Luckmann *La construcción social de la realidad* está muy presente en mi reflexión).

2. VERDAD Y MENTIRA EN LA POLÍTICA

Hace unos meses ha aparecido la traducción castellana de un libro que integra dos ensayos de Hannah Arendt publicados originariamente en la segunda mitad de los sesenta y a comienzos de los setenta del siglo XX (Arendt, 2016). Sus títulos son «Verdad y política» y «La mentira en política». La referencia a estos escritos es oportuna y útil por dos razones, una de carácter general y otra de carácter más específico. La primera se cifra en la constatación de un hecho inevitable y fácilmente comprobable: la conexión entre la política y el Derecho. El Derecho es una creación del poder político, pero el poder político también es una creación del Derecho. El poder político crea y mantiene el Derecho vigente, mas el Derecho, en un Estado de Derecho, controla, limita y subordina al poder político. Los tres planos, antes señalados, de la verdad *del* Derecho, la verdad *en* el Derecho y *sobre* el Derecho no pueden ser analizados al margen de las conexiones entre Derecho y política. Por eso, todo lo que afecta a la verdad y a la mentira en política se transmite al Derecho.

La razón más específica lleva a plantearnos si algún dato del funcionamiento del Derecho en una sociedad determinada puede aportarnos algún beneficio en términos de verdad. Dicho de otro modo: si la dependencia del Derecho de la política no significa necesariamente un triunfo de la mentira política, sino la entrada en uno y otra de criterios de verdad.

Hannah Arendt recurre a un hecho, fácilmente comprobable, a un lugar común: «[...] la verdad y la política no se llevan demasiado bien, y nadie, que yo sepa, ha colocado la veracidad entre las virtudes políticas. La mentira siempre ha sido vista como una herramienta necesaria y justificable

para la actividad no solo de los políticos y los demagogos, sino también del hombre de Estado» (Arendt, 2016: 15).

Pero traicionaríamos a la verdad si entendiéramos y defendiéramos la identificación total y literal entre mentira y política. También en el desarrollo de la política, real y teórica ha hecho su aparición la defensa de la justicia y la reivindicación de la verdad. Además, con frecuencia, ha cobrado sentido la admisión, en el debate y resolución política, de los adagios *fiat iustitia, et pereat mundus* y *fiat veritas, et pereat mundus*.

Y aquí Arendt señala que en el ámbito de «ciertas instituciones públicas, instauradas y sostenidas por los poderes establecidos [...], la verdad y la veracidad siempre han constituido el criterio más elevado del discurso y del empeño» (Arendt, 2016: 74). Y pone como ejemplo a las instituciones judiciales y a las instituciones de enseñanza superior. Precisamente, insiste en la idea de que «entre los modos existenciales de la veracidad sobresalen la soledad del filósofo, el aislamiento del científico y el artista, la imparcialidad del historiador y el juez, y la independencia del investigador, el testigo y el pensador» (Arendt, 2016: 73).

Se me ocurre opinar que, aunque seamos capaces de matizar el optimismo de Arendt, también es cierto que contamos con herramientas para paliar y contrarrestar, reparar y contener el papel de la mentira en la política. Es decir, la falsedad y el uso de la mentira, la manipulación de hechos, opiniones e ideologías en el plano político no pueden actuar siempre por libre, soslayando su sometimiento a reglas sociales y jurídicas. Y aquí los procedimientos utilizados en Derecho —sus contenidos, sus objetivos e incluso sus teorías— pueden cumplir un papel muy importante en la afirmación de la verdad y la persecución de la mentira.

El Derecho puede comprender muy bien y asumir el valor de la verdad, definido por nuestra autora «como aquello que no podemos cambiar; en términos metafóricos, es el terreno que pisamos y el cielo que se extiende sobre nuestras cabezas» (Arendt, 2016: 80).

3. EL PAPEL LEGITIMADOR DE LAS FICCIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Los dos editores y autores del estudio introductorio señalan que la variedad del objeto de análisis exigió que los colaboradores adoptaran un punto de partida o punto en común que evitara la dispersión temática y aportara cierta unidad en el tratamiento histórico de las relaciones entre Derecho y verdad. Uno de ellos es descrito como «las relaciones entre verdad y presunción o ficción jurídica» (Sucar y Cerdio, 2015: 31).

En relación con este punto, y como añadido al desarrollo que el libro lleva a cabo sobre la relación entre la verdad jurídica y las ficciones legislativas y judiciales a lo largo de la historia, podría añadirse una importante, curiosa y paradójica conexión entre la creación de principios de legitimidad y las ficciones jurídicas y políticas. Estoy pensando aquí en la construcción, a lo largo de los siglos XVII y XVIII, de un nuevo principio de legitimidad que se convirtió en principio de legitimidad liberal y democrática y sustituyó a los sistemas de legitimidad tradicionales.

Este nuevo principio de legitimidad, que triunfaría impulsado por las revoluciones liberal-burguesas como emanación de un derecho de resistencia frente al Antiguo Régimen, se sustentó sobre dos pilares contruidos al margen de la verdad histórica o la historia real y enfrentada a ella. Esos pilares son auténticas ficciones llamadas a convertirse en una nueva verdad que cuajará en las ideas

políticas y jurídicas del mundo moderno y occidental, hasta el punto de acaparar la democracia, la noción de Estado de Derecho y la historia del constitucionalismo.

Hace ya varios años, en uno de mis primeros trabajos sobre la historia de los derechos humanos fundamentales, expuse la tesis de que resultaba «sorprendente y muy atractivo analizar cómo la construcción de este nuevo principio de legitimidad se levanta sobre dos ficciones: la de un contrato social, que estaría en el origen de la sociedad y del poder político, y la de la existencia de unos derechos naturales, previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, y ya vigentes en un supuesto estado de naturaleza» (Fernández, 1984: 127).

La idea de los derechos humanos como un concepto histórico del mundo moderno —equiparable a la invención de los derechos humanos de la que habla Lynn Hunt en un conocido libro (Hunt, 2009)— goza de muy buenas razones teóricas. Sin embargo, su aparición, siempre histórica, tiene más de ficción que de realidad; no obstante, se trata de una ficción que servirá para su transformación en exigencia de realidad y reivindicación de un nuevo principio moral.

Me parece que esa es la actitud teórica adecuada a la hora de analizar e intentar comprender históricamente el texto del primer apartado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, cuando reza: «Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen derechos innatos, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto [...]». Lo mismo ocurre al leer el texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, cuando enuncia: «Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables [...] que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos [...]». O, en fin, el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, cuando proclama: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común».

En cuanto a la segunda ficción señalada, la de un contrato social y político originario, siguen teniendo validez las siguientes palabras que Kant escribió en *Teoría y práctica* (1793):

«Mas he ahí un *contrato originario*, el único sobre el que se puede fundar entre los hombres una constitución civil, legítima para todos sin excepción, el único sobre el que se puede erigir una comunidad. Pero respecto de este contrato (llamado *contractus originarius* o *pactum sociale*) [...] en modo alguno es preciso suponer que se trata de un *hecho* (incluso no es posible suponer tal cosa) [...]; Por el contrario, se trata de una *mera idea* de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica)» (Kant, 2002: 36 y 37).

Las actuales teorías neocontractualistas de la justicia, cuyos textos fundacionales fueron, en los años setenta del siglo XX, *Una teoría de la justicia* de Rawls y *Anarquía, Estado y Utopía*, de Nozick, han tomado buena cuenta de este planteamiento kantiano.

4. EL ABUSO DE LA HISTORIA Y LA MANIPULACIÓN POLÍTICA

Una de las formas de faltar a la verdad, que actualmente es más frecuente de lo que sería deseable, se da en el ámbito de la historia. Se manifiesta, más concretamente, en el falseamiento y manipulación de los hechos históricos, la opiniones y las teorías sobre la historia —sobre nuestra historia— con fines políticos. Surge aquí la cuestión de si el Derecho puede hacer algo para evitar este fenómeno, que no solo crea una imagen falsa del pasado —y que, como tal, es un atentado a la

verdad—, sino que también deteriora la convivencia pacífica entre ciudadanos libres. Pero me temo, y no es poca cosa, que no es un asunto de sanción, sino del libre juego de la libertad de pensamiento, expresión e investigación.

Se trata de una situación radicalmente distinta a la de las ficciones jurídicas y políticas llamadas a determinar la realidad y construir el futuro. En el caso presente es, por lo menos, un abuso de la historia (y me viene a la mente el contenido del libro de Finley *Uso y abuso de la historia*). Abuso en la utilización de la historia, que puede convertirse en una historia no verdadera, fraccionada, manipulada y manipulable políticamente. En ambos casos, no comparables desde el punto de vista de su gravedad, valen las siguientes palabras de la historiadora Margaret MacMillan: «A veces abusamos de la historia, y creamos explicaciones unilaterales o falsas que justifican el maltrato a los demás, arrebatarles sus tierras, por ejemplo, o matarlos. La historia también nos puede ofrecer muchos ejemplos y consejos, y es fácil elegir lo que uno quiere. El pasado se puede usar para casi cualquier cosa que se desee hacer en el presente. Abusamos de la historia cuando creamos mentiras sobre el pasado, o escribimos historias que muestran solo una perspectiva» (MacMillan, 2010).

Desde hace unos años, en España estamos asistiendo al curioso espectáculo de los usos inadecuados del pasado, los abusos, las manipulaciones y la construcción de falsos hechos históricos. Y todo ello en un momento en el que se ha logrado un alto nivel científico en las distintas disciplinas académicas que tienen que ver con la historia. Ello significa, entre otras cosas, que no aplicamos el rigor adecuado en el análisis de los hechos sociales y políticos y en el estudio de su génesis. Y esta esquizofrenia tiene efectos perniciosos. Podríamos seleccionar varios ejemplos tomados de dos conjuntos de problemas en torno a las reivindicaciones nacionalistas e independentistas y a la valoración de la Transición política. Voy a referirme, esquemática y exclusivamente, a la segunda cuestión. Y lo hago adelantando y manifestando la convicción, derivada del análisis y conocimiento, en algunos casos muy directo, de los hechos históricos de la Transición, de que sus resultados positivos y sus frutos fueron muy superiores a sus insuficiencias y a las concesiones y los errores de aquel proceso. Afamados historiadores han hablado de «amnesia constituyente» y del «mito de la Transición» (Gallero, 2008; y Clavero, 2014), expresiones que reflejan una postura valorativa distinta a la mía sobre los mismos hechos históricos.

El debate teórico, e incluso político, está abierto, y en él está llamado a ganar quien mejor utilice la historia y los argumentos derivados de su conocimiento. Los conflictos nacen y pueden permanecer irresolubles por mucho tiempo, cuando nos enfrentamos a otras posturas dominadas por el activismo político y sus prejuicios, pues en este caso no estamos ante un debate entre historiadores o analistas teóricos. Se trata de planos distintos: la segunda postura está abocada al mal uso de la historia, pues en ella no interesa la verdad histórica. En esta situación, siempre podemos exigir un mejor conocimiento de la historia o menos sectarismo; no se trataría de una simple descalificación, sino de un argumento relevante desde el punto de vista teórico, moral, político y jurídico. Además, hay que tener cuidado a la hora de establecer causalidades entre hechos históricos importantes (la prueba es que los buenos historiadores son muy prudentes al respecto). Hay otro elemento añadido que exige el argumento: es perfectamente compatible una postura de valoración general positiva de la Transición política española con la crítica a sus defectos, precios e insuficiencias, con la exigencia de cambios legislativos de fuste y con la defensa de una causa tan noble como la de la justicia y reparación a las víctimas de la represión de la dictadura franquista, comenzando por ese derecho sagrado a enterrar a tus muertos. Y junto a ellas, también las víctimas del terrorismo de extrema derecha durante la Transición y, en último lugar, pero no el menos importante (un mínimo aprecio por la dignidad humana lo exige de manera contundente), las en torno a novecientas víctimas (militares, civiles, miembros de los cuerpos de seguridad, niños, hombres y mujeres, jueces y

fiscales, parlamentarios, profesores...) del terrorismo de la organización ETA en la Transición y en la democracia. Olvidarse de los crímenes, amenazas y víctimas de ETA es renunciar a tener una idea intelectualmente acertada de la Transición y de la democracia española. Entre otras cosas porque la organización terrorista se convirtió en un firme aliado de los grupos golpistas de la extrema derecha (la ideología era rotundamente distinta, pero vinieron a coincidir en el intento de evitar la transición a la democracia).

Desde el punto de vista moral, el olvido es una bellaquería; política y jurídicamente, es irremediablemente injusto.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, Hannah (2016): *Verdad y mentira en la política*, trad. de Roberto Ramos Fontecoba, Barcelona: Página indómita.
- CLAVERO, Bartolomé (2014): *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid: Marial Pons.
- FERNÁNDEZ, Eusebio (1984): *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cap. 4: El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII), Madrid, Debate.
- GALLEGO, Ferran (2008): *El mito de la Transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Barcelona: Crítica.
- HADOT, Pierre (2009): *La filosofía como forma de vida. Conversaciones con Jeannie Carlier y Arnold I. Davidson*, trad. de María Cucurella Miquel, Barcelona: Alpha Decay.
- HUNT, Lynn (2009): *La invención de los derechos humanos*, trad. de Jordi Beltrán Ferrer, Barcelona: Tusquets.
- KANT, Immanuel (2002): *Teoría y práctica*, trad. de Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid: Tecnos.
- MACMILLAN, Margaret (2010): *Juegos peligrosos. Usos y abusos de la historia*, trad. de Ana Herrera Ferrer, Barcelona: Ariel.
- SUCAR Germán y Jorge CERDIO (eds.) (2015): «Introducción» a *Derecho y verdad II. Genealogía(s)*, Valencia: Tirant lo Blanch.