

InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Verdad y veracidad: el derecho naturalizado

Pablo Salvador Coderch
Sergi Morales Martínez

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

BARCELONA, ABRIL 2017

A Santiago Mir Puig

*Abstract**

El derecho naturalizado defiende que el conocimiento del derecho es una actividad cognoscitiva sustancialmente análoga a las demás que integran los distintos órdenes de saberes, si bien es más próxima al conocimiento de otros artefactos culturales y se leja más de las ciencias naturales o formales. Se sostiene entonces que la relación entre la actividad del jurista y la de otros investigadores y científicos culturales o sociales es más de integración y continuidad que de paralelismo: el buen abogado de patentes o de contratos de software mejora su comprensión de ambas ramas del derecho si cuenta con conocimientos de ingeniería e informática, respectivamente; un especialista en derecho de contratos ha de saber microeconomía, y un buen especialista en sistemas y leyes electorales debe tener conocimientos matemáticos.

En la segunda parte del trabajo se aplica la anterior doctrina del buen derecho como derecho naturalizado a la recepción por parte del derecho constitucional y civil españoles del derecho estadounidense de la difamación y, en particular, a la dilucidación de los conceptos de verdad y veracidad.

Naturalized Law argues that knowledge of the Law as a cognitive activity is substantially analogous to the others that integrate the different orders of knowledge, although it is closer to the knowledge of other cultural artifacts and departs from natural sciences. As a consequence, we argue that the relationship between the activity of a jurist and the activity of other researchers and scientists is more of integration and continuity than of parallelism: a good patent or software contracts attorney improves his understanding of the law if he has engineering and computer skills; an specialist in Contract Law must know microeconomics, and a good specialist in electoral systems and laws should have mathematical knowledge.

In the second part of the paper the former doctrine of good law as Naturalized Law is applied to the reception of the American right of defamation -and, in particular, the elucidation of the concepts of truth and truthfulness- to the Spanish Constitutional and Civil Law.

Title: Truth and truthfulness: Naturalized Law

Palabras clave: naturalismo epistemológico, naturalismo en el arte, ideas, filosofía de la ciencia, verdad, derecho y ciencias, difamación, verdad y veracidad, daños, negligencia, responsabilidad objetiva, trasplante legal

Keywords: epistemological naturalism, naturalism in art, ideas, philosophy of science, truth, law and sciences, defamation, truth and truthfulness, damages, negligence, strict liability, legal transplant

* Este trabajo recoge parte de un seminario impartido en el departamento de derecho de la UPF el 16 de marzo de 2016. Una versión reducida de su contenido ha sido preparada para los Estudios en homenaje al Prof. Dr. Santiago Mir Puig. Los autores agradecemos la ayuda recibida de Gema Díez-Picazo, Elena Larrauri, Víctor Ferreres, Josep Joan Moreso y de todos los profesores del departament de dret de la Universitat Pompeu Fabra.

Sumario

1. **Introducción: el derecho naturalizado**
2. **Verdad y buen derecho: la continuidad del conocimiento**
3. **Verdad y veracidad: el desconcierto del sentido común**
4. **Bibliografía**

1. *Introducción: el derecho naturalizado*

Hace medio siglo, cuando Santiago Mir Puig ya era un estudiante destacado en la facultad de derecho de la Universitat de Barcelona, yo (en primera persona del singular es Pablo Salvador) era un modesto bachiller de letras intentando hacerse con el primer curso de la licenciatura en la única facultad catalana de derecho. Santiago era uno de los estudiantes más brillantes de su promoción e iba para catedrático de derecho penal. Todavía hoy muchos le agradecemos el haber pensado y realizado el modelo ideal de una carrera académica asombrosa.

A la facultad llegué con admiración y curiosidad. Conservo ambas. Del bachillerato de letras me traje una admiración perdurable por el naturalismo artístico de la Atenas del siglo V aC, un logro humano fácil de mostrar y difícil de explicar. Empecemos (en primera persona del plural es Pablo Salvador y Sergi Morales), pues, por lo primero:



Fragmento de la procesión de las Panateneas, friso del Partenón (443-438 aC), *The British Museum* (Londres), *Wikimedia Commons*.

https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/c/cf/Cavalcade_west_frieze_Parthenon_BM.jpg

Este fragmento del friso del Partenón culmina un naturalismo idealizado. Al dominio de la anatomía, a la búsqueda lograda de la naturalidad, se suma la idealización del cuerpo humano: los jinetes cabalgan, heroicos, sin esfuerzo, como si, al mismo tiempo, montaran sus caballos y no lo estuvieran haciendo de verdad. No es un relieve realista, no es ningún retrato: es naturalista e incorpora las ideas de quienes lo esculpieron, su serena concepción masculina del mundo clásico, después de las Guerras Médicas (492-478 aC). Esta manera clásica de acercarse al mundo, una tal que, en términos históricos, duró muy poco (acabaría con las Guerras del Peloponeso, 431-404 aC, en Egospótamos, 405 aC), me ha acompañado siempre, y me ha dejado la creencia de que las ideas cuentan y prefiguran nuestra búsqueda de la verdad, nuestra aproximación al conocimiento.

Luego estaba y sigue estando la curiosidad, que en 1967, iba más allá de las letras e incluía a las ciencias sociales, en particular a la economía. La curiosidad me llevó, pues, a rehacer privadamente el bachillerato para disponer de las herramientas matemáticas mínimas y necesarias para cursar la licenciatura en economía, una materia cercana al derecho, pero fuera de los quehaceres tradicionales de los juristas.

De estas idas y venidas, de la admiración por las artes y las letras y de la curiosidad por las ciencias, más allá del derecho, cristalizó una idea fija: en todas las modalidades del bachillerato, habría que ofrecer una base común de ciencias y de letras. Matemáticas y lengua son indispensables para adentrarse luego en cualquier rama del saber. Y, por tanto, también lo son para conocer el derecho, el buen derecho –“buen derecho” significa en este trabajo, “derecho construido y aplicado con conocimiento de causa”-.

El jurista, sigo pensando, ha de saber contar en dos sentidos de la palabra: “numerar o computar las cosas considerándolas como unidades homogéneas” y “referir un suceso verdadero o fabuloso” (DRAE, primera y segunda acepciones de “contar”). Así comienza el derecho naturalizado que he defendido durante los últimos cincuenta años. Hoy más que nunca.

Luego, con el paso del tiempo, ha ido madurando una manera de pensar y de trabajar mi especialidad, que es el derecho civil, según la cual los académicos nos aproximamos a los saberes, desde la filosofía a la ciencia -también al derecho entonces-, de un mismo modo, pues todos estamos embarcados en la misma actividad de búsqueda de la verdad, de desarrollo del conocimiento. A esto se le puede llamar naturalismo, o al menos naturalismo metodológico (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, voz *Naturalism*, 2.1, David PAPINEAU). El derecho naturalizado persigue este ideal de explicar el desarrollo del derecho del mismo o de muy similar modo al que ponen en práctica nuestros buenos -competentes- colegas profesores, analistas, investigadores en otras ramas del saber. No somos especiales por más que seamos especialistas en una materia, en mi caso, del saber jurídico civil.

2. Verdad y buen derecho: la continuidad del conocimiento

Este año de 2017, Timothy Snyder, catedrático de historia en Yale University, ha escrito de urgencia *On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century*. Su capítulo 10º empieza con un alegato por la verdad que, de nuevo, por no saber cómo mejorarlo, prefiero mostrar:

“10. Creed en la verdad.

Abandonar los hechos es abandonar la verdad. Si nada es verdadero, entonces nadie puede criticar al poder, porque no hay base sobre la cual se pueda hacer. Si nada es verdadero, entonces todo es espectáculo. El billettero más grande paga las luces más cegadoras.”

La admonición del historiador es pertinente: el derecho se construye bien solo sobre la verdad, cuando intentamos poner en práctica nuestras ideas con conocimiento de causa, sabiendo hasta donde es posible -hasta los límites del conocimiento- qué ocurrirá si efectivamente el nuevo derecho se aplica efectivamente. No hay buen derecho sin buen conocimiento, sin respeto por la verdad en todas sus manifestaciones. O, dicho positivamente, el buen derecho se incardina en un *continuum* integrado por el conocimiento científico, tecnológico, humanístico y filosófico, así como por el conocimiento común u ordinario. Al menos epistemológicamente, los juristas no somos distintos. En el derecho naturalizado se entiende que el derecho no puede hacerse y deshacerse dando palos de ciego.

Naturalmente, se puede establecer derecho sin tener en cuenta la verdad -al margen o contra el conocimiento-. Ha ocurrido infinidad de veces, ya sea por ignorancia -un defecto posible en todos los regímenes políticos, monarquías, aristocracias y democracias-, ya sea por dolo, un defecto propio de las tiranías, de las oligarquías, de las demagogias-. Y sigue siendo así. De ahí la admonición de Snyder. Mas por esto mismo es pertinente defender el derecho naturalizado. No nos libraré siempre de la ignorancia, pero nos pondrá al reparo del engaño, esto es, de la degeneración de todos los regímenes políticos, no solo de la tiranía, como en cambio piensa Snyder, sino también de la democracia.

Los juristas solemos utilizar los conceptos de verdad que recibimos de los filósofos. Decimos así (con SCHURZ, *Philosophy of Science*, cit. 2.2 “Common Epistemological Assumptions”, de quien tomamos las citas que siguen en este párrafo) que un enunciado es verdadero en sentido lógico si su verdad sigue de su forma lógica, es decir, si es verdadero para todas las interpretaciones posibles de sus símbolos no lógicos (Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 1921). Afirmamos que lo es en sentido semántico si se corresponde estructuralmente con aquella parte de la realidad descrita por el enunciado en cuestión (ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1011b5, Alfred TARSKI, *On the Concept of Logical Consequence. En Logic, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956). Y decimos que lo es en un sentido pragmático si resulta aceptado por todos aquellos que se dedican, competente y profesionalmente, a investigar su verdad, o si es efectivo (William

JAMES, John DEWEY): *Truth is the end of inquiry*, el límite al que tendería una investigación sin término (Charles Sanders PEIRCE). Obsérvese que la búsqueda no acaba, carece de final (*quest without an end*, Karl POPPER, *Unended Quest. An Intellectual Autobiography* (1974)), pues el conocimiento es aproximado, corregible, nunca definitivo. Pero también es lo mejor que tenemos en cada momento. Desde el naturalismo, desde el derecho naturalizado, tampoco nos atrevemos a afirmar tesis realistas, esto es, que el desarrollo del conocimiento hacia la verdad objetiva solo resulte posible si la referencia de los términos científicos está fijada, es necesaria metafísicamente, en el sentido de que sea la misma en todas las teorías posibles y en todos los mundos posibles (Hilary PUTNAM: si no fuera así, el desarrollo de las ciencias sería un milagro. Saoul Aaron KRIPKE). Dejamos constancia de la tesis solo para descartar el monopolio de la razón naturalista.

La tesis de la continuidad del conocimiento viene de antiguo. En los cincuenta años de mi carrera como estudiante y profesor de derecho la sostuvo Willard van Orman QUINE (1908-2000), en un artículo de 1969, *Epistemology Naturalized*. Quine defendió en particular y con alguna exageración que la epistemología se puede reducir a psicología y, más generalmente, que la filosofía necesita a la ciencia, porque no es concebible al margen de ella. Esta postura filosófica siempre me animó a defender, mucho más modestamente, que igual ocurre con el derecho: no hay buen derecho al margen del resto del conocimiento, de todo él. En la actualidad, una referencia al respecto que funge de puente entre los mejores de nuestros profesores de derecho que beben en las fuentes del idealismo germánico y aquellos, igualmente meritorios, que son más próximos a la tradición empirista y pragmática del *common law* es el libro, escrito primero en alemán y reescrito luego en inglés, de Gerhard Schurz, catedrático de filosofía teórica en la Heinrich Heine Universität Düsseldorf y titulado, respectivamente, *Einführung in die Wissenschaftstheorie* (2008) y *Philosophy of Science: a unified approach* (2014). Lo he seguido aquí.

Los lectores interesados encontrarán en sus dos primeros capítulos la información básica sobre dónde estamos en filosofía de la ciencia. Aquí me interesa, en particular, su clasificación de las ciencias. Esta clasificación (2.2) trata, en primer lugar de bordear el dualismo, clásico en Alemania desde el siglo XIX, entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura y, en segundo lugar, sitúa al derecho, con naturalidad, entre las ciencias de los constructos humanos, culturales, de los artefactos que los humanos mismos construimos - en el mejor de los casos- en sintonía con el resto de los saberes, con respeto a la verdad:

“Ciencias...

- 1) ... de la naturaleza: física, química, biología, geología, medicina (astronomía, cosmología, geografía, paleontología, historia de la evolución biológica)
- 2) ... de la tecnología: ingeniería mecánica y eléctrica ... también ciencia de la computación
- 3) ... de los seres humanos: psicología (también: educación, medicina, ciencia cognitiva)
- 4) ... de la sociedad (humana): sociología, economía, ciencia política (también: antropología, etnología, geografía)

- 5) ... de la historia (humana): historia (también: antropología, etnología, filosofía como historia de las ideas)
- 6) ... de los artefactos culturales (mentales, sociales) humanos: ciencias jurídicas, lingüística, ciencias literarias, del arte y de la música, historia del arte, estudios sobre los medios de comunicación (también: educación, estudios religiosos)
- 7) ... de las estructuras formales (ciencias formales): matemáticas (lógica, estadística, ciencia de la computación teórica, metodología formal y filosofía de la ciencia.
- 8) ... de los fundamentos generales de las ideas humanas: filosofía (epistemología, filosofía de la ciencia y filosofía teórica; ética, estética y filosofía práctica)
- 9) ... de Dios: teología (también: estudios religiosos)

Los juristas académicos especializados en las distintas ramas del derecho atienden crecientemente a los demás conocimientos relevantes para entender, sistematizar e interpretar el derecho vigente. Rige aquí un principio de solapamiento de niveles: el derecho, como artefacto cultural, se relaciona más intensamente con las ciencias de la historia y de la sociedad que con las de la naturaleza. Aun y así, en los últimos treinta o cuarenta años, su relación con la psicología, ciencia de los seres humanos, en la clasificación de Schurz, se ha intensificado mucho, acaso como consecuencia del desarrollo de la propia psicología. Con todo, la posición mayoritaria, pero ya no dominante, en las facultades europeas continentales de derecho es que la dogmática jurídica puede prescindir del resto de los saberes. Algunos hacen excepciones con la economía, la sociología, la historia y la filosofía, depende de las especialidades. Bastantes tienen en consideración la ciencia política, antesala del derecho. Pero pocos defienden una tesis fuerte sobre la integración de los saberes, como intento hacer aquí.

Una posición autorizada defiende que, aunque el conocimiento dogmático del derecho, su conocimiento interno (en palabras del filósofo del derecho Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción la teoría de la norma jurídica*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, cap. 1.2 pp. 20-22; *Compendio de filosofía del derecho*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcia Pons, 2012 cap. 1.2.1, pp. 24-25), es decir, el estudio de las normas jurídicas en sí mismas, debe llevarse a cabo “con independencia de las relaciones que existan entre dichas normas y los fenómenos sociales o los fenómenos no jurídicos” (*Compendio*, cit., p. 24), “las enseñanzas sociológico-jurídicas [deberían impartirse] “junto a los conocimientos dogmáticos, o internos, paralelos” (*Introducción*, p. 22; IDEM, *Dos lecciones de filosofía del derecho*, Murcia, DM, 1996, p. 13).

En este trabajo sostengo que la relación ideal no es de paralelismo sino de integración: un abogado ideal de patentes mecánicas o de *software* mejora mucho su comprensión del derecho de patentes si tiene conocimientos de ingeniería o de informática; un especialista en derecho de contratos ha de saber microeconomía; otro en derecho mercantil y regulatorio ha de conocer la realidad del sector industrial sobre el que se proyecta una operación de compraventa de empresa; otro de derecho urbanístico ha de saber bastante sobre cómo son las ciudades reales; un penalista no puede ignorar la criminología, y así

sucesivamente. Viceversa, un físico o un ingeniero interesados en la oferta pública de empleo del Consejo de Seguridad Nuclear, CSN, sabe que el primer ejercicio del concurso correspondiente incluye un temario de derecho constitucional y nuclear analizado desde el punto de vista interno. Pero a medida de que avanza en su análisis, desde el derecho constitucional y administrativo al nuclear propiamente dicho, su formación científica o tecnológica le permite comprender mucho mejor qué está estudiando y por qué (véase <https://www.csn.es/oferta-publica-de-empleo-2016>). Hay muchos ejemplos: “No se puede obviar” (nos escribe, en sus observaciones al último borrador de este artículo, Antoni RUBÍ PUIG, uno de los mejores especialistas de su generación en propiedad intelectual) “la relación entre tecnología y derecho, y que el diseño y la infraestructura técnicos determinan la comprensión de las reglas de derecho [pues, por ejemplo] la concepción de un proceso técnico concreto determina si hay o no actos de invasión de un derecho de exclusiva como un derecho de reproducción o un derecho de comunicación al público”. O: no es concebible un proyecto ni, luego, una interpretación fundada de una ley electoral sin saber matemáticas.

Un corolario de la tesis del derecho naturalizado es la propuesta, dirigida al Juez, de que, para valorar los hechos analizados por expertos, es decir, para apreciar el valor de los dictámenes periciales, vaya más allá del actual art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice: “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”. Se entiende, autorizadamente, que la sana crítica refiere al razonar humano, a la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes (V. Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 278-279), es decir, al conocimiento ordinario, al sentido común. Pero, además, el derecho naturalizado defiende que el Juez habría de actuar adicionalmente como guardián del conocimiento científico y tecnológico, es decir, que habría de tomar en consideración la relevancia y fiabilidad del dictamen o dictámenes científico-técnicos y, en particular, habría de apreciar si el experto se ha comportado ante el tribunal como lo hacen un (buen) científico o un (buen) tecnólogo en su laboratorio, en su investigación extrajudicial. Se trataría de controlar, en la medida de lo razonable, si el experto realmente ha seguido los modos de hacer, los métodos propios de la ciencia y de la tecnología, si el producto de su trabajo es algo más que el resultado guiado (y pagado) por un interés de parte. Y esta labor de control debería poder ser revisada en casación –no solo, como hasta hoy, en aquellos casos en los que la apreciación judicial sea manifiestamente absurda, arbitraria o disparatada-.

El que esto es posible lo muestra la experiencia histórica en culturas científica y tecnológicamente muy avanzadas, como hemos descrito en otro trabajo (Pablo Salvador CODERCH y Antoni RUBÍ PUIG, *Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia*, ADC, Tomo LXI, fasc. I (2008). Como no se trata aquí de reescribir lo ya escrito, bastará con resumir sucintamente la justificación del aserto anterior:

En 1993, el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América decidió *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S. 579 (1993)): en el caso, se discutía sobre los estándares que los jueces y tribunales federales debían tener en cuenta para apreciar las

opiniones y dictámenes de expertos. A la tesis tradicional según la cual bastaba con que se ajustaran al conocimiento generalmente aceptado, el Tribunal opuso que había que dar un paso más y que los jueces habían de cumplir una función de guardianes del conocimiento, pues los expertos deberían ajustar su tarea a los modos de hacer de la buena ciencia, y los juzgadores debían tener en cuenta cuestiones tales como si, además de la aceptación general, la opinión sustentada por el experto había estado sujeta al control de pares, (*peer review*, intersubjetividad), había sido o podía ser contrastada, se conocía su tasa de error actual o potencial, o si la investigación había sido realizada independientemente o si lo había sido específicamente para abordar la cuestión planteada en el pleito. En el año 2.000, el artículo 702 de las *Federal Rules of Evidence* equivalente a nuestro art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue modificado en tal sentido y, de nuevo lo fue en 2011, texto este que ahora citamos, pues no lo fue en nuestro trabajo original de Anuario de derecho civil:

“A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.”

Daubert y su progenie acercan los modos de hacer de los jueces y tribunales a los de quienes persiguen el desarrollo y la aplicación del conocimiento. El juez, cuando admite o, en su caso, rechaza pruebas periciales, no solo ha de resolver de acuerdo con el sentido o conocimiento común libremente apreciado por el juez mismo –con el buen sentido, la sana crítica-, sino que, además, ha de tener en cuenta el de los (buenos, competentes) profesionales (independientes) en los saberes relevantes para apreciar los hechos discutidos en el pleito. El buen derecho es derecho naturalizado.

3. Verdad y veracidad: el desconcierto del sentido común

Sin embargo, el *continuum* entre el derecho y el sentido o conocimiento común y conocimiento científico no siempre es posible, o por lo menos, no siempre ocurre. A veces, ello ocurre como veíamos en el apartado anterior porque las reglas sobre valoración de la prueba dirigidas al juez se centran en el sentido común dejando de lado a la valoración específica del conocimiento que se presenta como científico. Otras veces, ocurre lo contrario y el juez como intérprete del derecho desconcierta porque se aparta del entendimiento común de las expresiones que aparecen en la ley y les atribuye innecesariamente un sentido muy forzado, casi como si estuviera construyendo una ficción. Ciertamente, las ficciones

son inevitables en muchos casos, pero en otros son evitables (sobre las ficciones, v. Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid (1998), capítulo 13; Frederick SCHAUER, *Legal Fictions Revisited* (2011). Cuando lo son, pero no se evitan, textos que deberían ser claros resultan oscurecidos por sus intérpretes. La interpretación de los textos constitucionales relativos a los derechos fundamentales debería partir del sentido común o significado ordinario de las expresiones interpretadas. Alejarse de él puede estar justificado, pero casi siempre conlleva alejarse del sentir común de los ciudadanos a quienes el entendimiento de la mayor parte de los artículos de la Constitución no debería resultarles desconcertante.

Un ejemplo de lo anterior en mi vida académica y profesional es el tratamiento civil y constitucional de los derechos a la libertad de información y al honor en el derecho español bajo la Constitución Española de 1978 (CE).

El art. 20. 1. d) CE dice:

“Se reconocen y protegen los derechos:

...

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

“veraz”, dice el DRAE, significa “que dice, usa o profesa siempre la verdad” y su antónimo es “mendaz”, que quiere decir “mentiroso”. Obsérvese que las personas veraces pueden equivocarse, por error excusable o no, por torpeza, ocasional o recurrente. Pero las personas veraces no son mentirosas.

Por su parte, el art. 18.1 CE dice:

“Se garantiza el derecho al honor...”.

El art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dice que es intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor:

“La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

En España, hubo que construir un sistema democrático de gobierno del derecho en diez años, entre el inicio de la Transición política, a partir de la presidencia del gobierno de Adolfo Suárez en 1976, y el ingreso del país en la Unión Europea en 1986. Algunas leyes de desarrollo de la Constitución de 1978, como la Ley Orgánica de desarrollo del derecho fundamental al honor de 1982 no se pudieron beneficiar de una tradición contrastada de respeto a los derechos y libertades fundamentales, pues esta no existía. Quizás por esto el legislador no acertó a definir qué había que entender por “difamar”, una expresión que el

DRAE define como “desacreditar a alguien, de palabra o por escrito, publicando algo contra su buena opinión o fama”. Pero, como siempre ha habido verdades que ofenden y la verdad de lo dicho o afirmado no era una excepción alegable en el derecho tradicional del honor, de naturaleza penal, sobre injurias, quedaba por responder la cuestión de si la difamación civil tendría o no en cuenta la verdad de lo publicado y, en caso positivo, a quién habría de corresponder la carga de su prueba.

Quienes, desde el derecho civil, abordamos después de la aprobación de la Ley de 1982 el análisis del derecho al honor del art. 18 CE en relación con el derecho a difundir información veraz del 20, entendimos que una armonización razonable de ambos preceptos constitucionales exigía que las difamaciones accionables por lesivas del derecho al honor se ciñeran a los casos de “publicación de enunciados indicativos, relativos a una persona, lesivos de su reputación *y falsos*” (SALVADOR CODERCH, *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, (1987), *El mercado de las ideas* (director y coautor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1990), *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*, Marcial Pons, Madrid (1997), *Libertad de expresión y conflicto institucional*, Civitas, Madrid (2002); MUÑOZ MACHADO, *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, Poder Judicial, Madrid (1986), *Información y derecho al honor*, REDA, Civitas (1992)). Había otras limitaciones, por supuesto -como las relacionadas con la intimidad o con la exclusión del insulto-, pero el principio general era que la publicación de información verdadera no es accionable.

La Ley de 1982 tampoco había resuelto la cuestión de cuál era el régimen jurídico de la publicación de enunciados lesivos del honor y falsos por error del demandado. En el derecho civil clásico de la responsabilidad civil, se trataba de resolver si el ilícito civil de la difamación era un supuesto de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa: en el primer caso, hubiera bastado con que la afirmación publicada por el demandado fuera objetivamente falsa. En el segundo, en cambio, se habría requerido además que este hubiera incurrido en culpa o negligencia.

La regla de defecto del sistema civil era la de la responsabilidad por culpa del art. 1902 del Código Civil (CC):

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Sin embargo, esta regla no era de aplicación universal. No lo era, por ejemplo, en los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que estaba regida tradicionalmente por un canon de responsabilidad objetiva (al menos desde el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, véase hoy art. 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; en la manualística, véase, por todos, Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, 2ª ed. Atelier, Barcelona, (2015), pp.496-498).

Era entonces razonable preguntarse sobre si la difamación generaba una responsabilidad por culpa u otra objetiva.

Algunos juristas veíamos en el derecho estadounidense -entonces, como todavía ahora- un sistema muy influyente y útil. Contaba con una experiencia de siglos en materia de tutela civil del derecho al honor, así como con una tradición también muy antigua de defensa de la libertad de expresión y de prensa.

En el *common law* americano, el *tort* de la *defamation* había estado sujeto a un régimen general de responsabilidad objetiva hasta que en la década de los años sesenta del siglo pasado, su Tribunal Supremo federal, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), constitucionalizó el derecho al honor y limitó la accionabilidad de la difamación de servidores públicos a los casos en los que el demandado hubiera actuado con dolo o con absoluta desconsideración de la verdad o falsedad de la información inexacta que había publicado.

El caso no surgió de una discusión doctrinal, ni de debate académico alguno. Antes bien, solo se puede entender en el marco no estrictamente jurídico de la contienda política por los derechos civiles de la minoría afroamericana en la historia de aquel país, una historia singular, muy distinta a la nuestra desde luego, pero que no obstaría a la recepción de la doctrina jurídica establecida por la sentencia en nuestro país:

El 29 de marzo de 1960 *The New York Times*, el diario más influyente del país, publicó en su primera página un anuncio pagado por 64 ciudadanos reputados, titulado *Heed Their Rising Voices* (“Atended al clamor de sus voces”) (http://bcm.bc.edu/wp-content/images/fall_2011/the-whole-truth_large.jpg). El artículo daba cuenta de la campaña emprendida por estudiantes afroamericanos a favor de Martin Luther King, Jr., líder y defensor de los derechos civiles de su raza -hoy diríamos etnia, pero en 1986 y en 1990 yo escribía “raza”, como se sigue escribiendo y diciendo en Estados Unidos, donde mucha más gente te entiende si hablas de conflicto racial que si usas los términos “conflicto étnico”, como en cambio se hace en Europa hoy-.



Martin Luther King (1929 - 1968).

<http://newshour-tc.pbs.org/newshour/wp-content/uploads/2014/01/50430295.jpg>

The New York Times.

NEW YORK, TUESDAY, MARCH 29, 1960.

“The growing movement of peaceful mass demonstrations by Negroes is something new in the South, something understandable. . . . Let Congress heed their rising voices, for they will be heard.”

—New York Times editorial
Saturday, March 19, 1960

Heed Their Rising Voices

AS the whole world knows by now, thousands of Southern Negro students are engaged in widespread non-violent demonstrations in positive affirmation of the right to live in human dignity as guaranteed by the U. S. Constitution and the Bill of Rights. In their efforts to uphold these guarantees, they are being met by an unprecedented wave of terror by those who would deny and negate that document which the whole world looks upon as setting the pattern for modern freedom. . . .

In Orangeburg, South Carolina, when 400 students peacefully sought to buy doughnuts and coffee at lunch counters in the business district, they were forcibly ejected, tear-gassed, soaked to the skin in freezing weather with fire hoses, arrested en masse and herded into an open barbed-wire stockade to stand for hours in the bitter cold.

In Montgomery, Alabama, after students sang “My Country, ‘Tis of Thee” on the State Capitol steps, their leaders were expelled from school, and truckloads of police armed with shotguns and tear-gas ringed the Alabama State College Campus. When the entire student body protested to state authorities by refusing to re-register, their dining hall was padlocked in an attempt to starve them into submission.

In Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte, and a host of other cities in the South, young American teenagers, in face of the entire weight of official state apparatus and police power, have boldly stepped forth as

protagonists of democracy. Their courage and amazing restraint have inspired millions and given a new dignity to the cause of freedom.

Small wonder that the Southern violators of the Constitution fear this new, non-violent brand of freedom fighter. . . . even as they fear the upswelling right-to-vote movement. Small wonder that they are determined to destroy the one man who, more than any other, symbolizes the new spirit now sweeping the South—the Rev. Dr. Martin Luther King, Jr., world-famous leader of the Montgomery Bus Protest. For it is his doctrine of non-violence which has inspired and guided the students in their widening wave of sit-ins; and it is this same Dr. King who founded and is president of the Southern Christian Leadership Conference—the organization which is spearheading the surging right-to-vote movement. Under Dr. King’s direction the Leadership Conference conducts Student Workshops and Seminars in the philosophy and technique of non-violent resistance.

Again and again the Southern violators have answered Dr. King’s peaceful protests with intimidation and violence. They have bombed his home almost killing his wife and child. They have assaulted his person. They have arrested him seven times—for “speeding,” “loitering” and similar “offenses.” And now they have charged him with “perjury”—a felony under which they could imprison him for ten years. Obviously, their real purpose is to remove him physically as the leader to whom the students and millions

of others—look for guidance and support, and thereby to intimidate all leaders who may rise in the South. Their strategy is to beland this affirmative movement, and thus to demoralize Negro Americans and weaken their will to struggle. The defense of Martin Luther King, spiritual leader of the student sit-in movement, clearly, therefore, is an integral part of the total struggle for freedom in the South.

Decent-minded Americans cannot help but applaud the creative daring of the students and the quiet heroism of Dr. King. But this is one of those moments in the stormy history of Freedom when men and women of good will must do more than applaud the rising-to-glory of others. The America whose good name hangs in the balance before a watchful world, the America whose heritage of Liberty these Southern Upholders of the Constitution are defending, is our America as well as theirs. . . .

We must heed their rising voices—yes—but we must add our own.

We must extend ourselves above and beyond moral support and render the material help so urgently needed by those who are taking the risks, facing jail, and even death in a glorious re-affirmation of our Constitution and its Bill of Rights.

We urge you to join hands with our fellow Americans in the South by supporting, with your dollars, this Combined Appeal for all three needs—the defense of Martin Luther King—the support of the embattled students—and the struggle for the right-to-vote.

Your Help Is Urgently Needed . . . NOW !!

Stella Adler
Raymond Pace Alexander
Shelby Appleton
Harry Van Andale
Harry Belafonte
Julie Belafonte
Dr. Algernon Black
Mare Blittstein
William Bove
William Branch
Mafon Brandt
Mrs. Ralph Bunche
Diahann Carroll
Dr. Alan Knight Chalmers

Joseph Cohen
Richard Coe
Nat King Cole
Cheryl Crawford
Dorothy Dandridge
Ossie Davis
Sammy Davis, Jr.
Ruby Dee
Harry Derry
Scotty Ecklund
Dr. Philip Elliott
Dr. Harry Emerson Fosdick

Anthony Francisco
Matthew Guison
Lorraine Hansbury
Rev. Donald Hamington
Nat Hensloff
James Hicks
Mary Hinson
Van Heflin
Langston Hughes
Morris Iushewitz
Mahalia Jackson
Paul Jennings
Mordecai Johnson
John Kilens

Eartha Kitt
Rabbi Edward Klein
Hope Lange
John Lewis
Vivica Lindfors
David Livingston
William Michaelson
Carl Murphy
Don Murray
John Murray
A. J. Muste
Frederick O’Neal
Peter Onley
L. Joseph Overton

Albert P. Palmer
Clarence Pickett
Shad Poler
Sidney Poitier
Michael Pointer
A. Philip Randolph
John Rattt
Elmer Rice
Cleveland Robinson
Jackie Robinson
Mrs. Eleanor Roosevelt
Bayard Rustin
Robert Ryan
Maureen Stapleton

Frank Silvera
Louis Simon
Hope Stevens
David Sullivan
Julius Sum
George Taboni
Rev. Gardner C. Taylor
Norman Thomas
Kenneth Tynan
Charles White
Shelley Winters
Max Youngstein

We in the south who are struggling daily for dignity and freedom warmly endorse this appeal

Rev. Ralph D. Abernathy
(Montgomery, Ala.)
Rev. Fred L. Shuttlesworth
(Birmingham, Ala.)
Rev. Koley Miller Smith
(Nashville, Tenn.)
Rev. W. A. Dennis
(Chattanooga, Tenn.)
Rev. C. K. Steele
(Tallahassee, Fla.)

Rev. Matthew D. McCullom
(Orangeburg, S. C.)
Rev. William Holmes Borders
(Atlanta, Ga.)
Rev. Douglas Moore
(Durham, N. C.)
Rev. Wyatt Tee Walker
(Petersburg, Va.)

Rev. Walter L. Hamilton
(Winifred, Va.)
I. S. Levy
(Columbia, S. C.)
Rev. Martin Luther King, Sr.
(Atlanta, Ga.)
Rev. Henry C. Bunton
(Memphis, Tenn.)
Rev. S. S. Seay, Jr.
(Montgomery, Ala.)
Rev. Samuel W. Williams
(Atlanta, Ga.)

Rev. A. L. Davis
(New Orleans, La.)
Mrs. Katie E. Whitcham
(New Orleans, La.)
Rev. W. H. Hall
(Hattiesburg, Miss.)
Rev. J. E. Lowery
(Mobile, Ala.)
Rev. T. J. Jemison
(Baton Rouge, La.)

COMMITTEE TO DEFEND MARTIN LUTHER KING AND THE STRUGGLE FOR FREEDOM IN THE SOUTH
312 West 125th Street, New York 27, N. Y. UNiversity 6-1700

Chairmen: A. Philip Randolph, Dr. Gardner C. Taylor; Chairmen of Cultural Division: Harry Belafonte, Sidney Poitier; Treasurer: Nat King Cole; Executive Director: Bayard Rustin; Chairmen of Church Division: Father George B. Ford, Rev. Harry Emerson Fosdick, Rev. Thomas Kilgore, Jr., Rabbi Edward E. Klein; Chairmen of Labor Division: Morris Iushewitz, Cleveland Robinson

Please mail this coupon TODAY!

Committee To Defend Martin Luther King and The Struggle For Freedom In The South
312 West 125th Street, New York 27, N. Y. UNiversity 6-1700
I am enclosing my contribution of \$ _____ for the work of the Committee.
Name _____ (PLEASE PRINT)
Address _____
City _____ State _____
 I want to help Please send further information
Please make checks payable to:
Committee To Defend Martin Luther King

El artículo describía con detalle las movilizaciones estudiantiles que habían tenido lugar en el Estado sureño de Alabama a favor de los derechos civiles y en contra de la discriminación y hostigamiento policial y judicial de que eran objeto el Dr. King y su gente. Incurría ciertamente en inexactitudes menores: por ejemplo, decía que King había sido detenido siete veces, cuando en realidad lo había sido cuatro. Sin embargo, L.B. Sullivan, uno de los comisionados a cargo de la supervisión del departamento de policía de la ciudad de Montgomery, demandó por difamación al editor del diario y a otras personas en petición de una indemnización de 500.000 dólares USA que un jurado local le concedió, veredicto que el Tribunal Supremo del Estado confirmó, muy probablemente al margen del *common law*. Recurrida la sentencia ante el Tribunal Supremo federal, este la revocó y estableció que la tutela constitucional de la libertad de expresión requería que un cargo público, criticado por su conducta oficial, solo podría reclamar una indemnización por difamación si probaba claramente que el demandado había actuado con dolo o con culpa muy grave -rayana en el dolo eventual-. Sentencias posteriores, a las cuales algunos nos hemos referido en los trabajos antes citados, ampliaron el privilegio constitucional hasta acabar con una doctrina según la cual la responsabilidad por difamación de particulares no puede ser objetiva, sino, por lo menos, ha de basarse en la culpa, en infracción de deberes de cuidado por parte del demandado.

La recepción oficial de *Sullivan* en España se produjo en 1988, casi un cuarto de siglo después, en una famosa Sentencia del Tribunal Constitucional, la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, cuyo ponente fue el civilista Luis Díez Picazo (1931-2015), a propuesta del alegato brillante del Letrado del Estado (Jesús García Torres. La entonces Sala Primera del TC estaba compuesta por Francisco Tomás y Valiente, Francisco Rubio Llorente, Antonio Truyol Serra, Eugenio Díaz-Eimil y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, además de por el propio Díez Picazo).

En el caso, el Sr. Javier Crespo Martínez, periodista, había sido despedido de su trabajo en el Ministerio de Justicia por haber declarado que el ministerio filtraba información a “El País”, un diario nacional (en el sentido de “*national newspaper*”). Siguió un pleito sobre la procedencia del despido, el cual finalizó con una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que casó la de instancia declaratoria de la improcedencia del despido: el demandante no estaba amparado por la libertad de información del art. 20 CE vino a decir el Tribunal (Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1986). El Sr. Crespo recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional y alegó la violación de los arts. 14, 20.1 a) y d) y 24 CE. La Sala Primera le amparó.

En el Antecedente 8º de la Sentencia del Tribunal Constitucional se preguntaba el Letrado del Estado:

[S]i el derecho fundamental del art. 20.1, d), de la Constitución protege una información (...) cuando se afirma que han sucedido ciertos hechos de los que no se ofrece ni se posee la más mínima prueba.

En la respuesta (...) puede influir la interpretación del adjetivo «veraz» [del] precepto constitucional (...):

Parece claro que esta nota de «veracidad» no puede entenderse como una condición o límite absoluto del derecho, en el sentido de que éste ampare únicamente las informaciones exactas (factualmente exactas), citándose, a este propósito, la doctrina expuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso «New York Times» v. Sullivan.

Se afirma, a partir de esta última cita, que el precepto constitucional de referencia podría ser entendido como referido a la «información realizada en disposición veraz», esto es, la información acaso no exacta de hecho, pero cuya inexactitud ignora el autor, que habría obrado en la obtención de la información de acuerdo con un canon razonable de cuidado profesional (búsqueda razonable de pruebas, comprobación adecuada de la información, especial diligencia cuando pueda resultar afectado el honor, buen nombre, crédito y reputación de las personas, etc.).

Este «canon razonable de cuidado» con el que se debe medir la actuación de quien comunica una información enlaza con el concepto de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), que es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para el reconocido en el art. 20.1, d), de la Constitución (Sentencias constitucionales 120/1983 y 88/1985)” (puntuación editada por el autor).

La Sentencia del Tribunal Constitucional acogió esta propuesta en su Fundamento jurídico 5º:

“La comunicación que la Constitución protege es (...) la que transmita información «veraz», pero de ello no se sigue -como bien observa el Letrado del Estado- que quede extramuros del ámbito garantizado, en supuestos como el presente, la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso (...).

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea

controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”.

La doctrina constitucional posterior ha reiterado esta tesis hasta nuestros días (véanse, a título de ejemplo, las SSTC 190/1996, de 25 de noviembre; 51/1997, de 11 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; 52/2002, de 25 de febrero; 226/2005, de 24 de octubre; 216/2006, de 3 de julio; 51/2008, de 14 de abril. (En la doctrina constitucionalista más autorizada, véase Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed. Civitas, Madrid, 2008, cap. XII, pp. 333 a 338).

Y asimismo lo ha hecho la muy nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Primera: véanse, por todas, las recientes Sentencias 62/2017, de 2 de febrero; 53/2017, de 27 de enero; 618/2016, de 10 de octubre; 430/2016, de 27 de junio; 386/2016, de 7 de junio; 362/2016, de 1 de junio; 337/2016, de 20 de mayo; 297/2016, de 5 de mayo; 715/2015, de 14 de diciembre; 696/2015, de 4 de diciembre; 457/2015, de 23 de julio; 388/2015, de 29 de junio; 258/2015, de 8 de mayo; 157/2015, de 30 de marzo; 164/2015, de 25 de marzo, con cita de *New York Times v. Sullivan*; 525/2014, de 31 de octubre; 554/2014, de 20 de octubre; 638/2014, de 24 de junio; y muchas otras anteriores).

Un ejemplo magnífico del dominio de la doctrina de la veracidad lo ofrecen las Sentencias, gemelas, de la Sala Primera del Tribunal Supremo 53/2017, de 27 de enero (RJ\2017\380) y 62/2017, de 2 de febrero (RJ\2017\364), ambas sobre ponencia de Francisco Marín Castán, presidente de la Sala y especialista en la materia.

La primera trae causa de una noticia, publicada en el centro de la portada del diario nacional “ABC”, edición de Sevilla, del sábado 28 de noviembre de 2009. La imagen vale mil palabras:

Sevilla
Sábado 28
noviembre de 2009

ABC

www.abcdesevilla.es FUNDADO EN 1903 POR DON TORCUATO LUCA DE TENA

1,40 euros
Con MH Corazón
(venta conjunta e inseparable)
Año CVI Número 34.311



ABC Enzensberger, cara a cara con Al Capone



Grandes directores
Hoy, por un euro más, dos películas de Bergman



Mujer hoy corazón
Oficializado el divorcio de la Infanta Elena



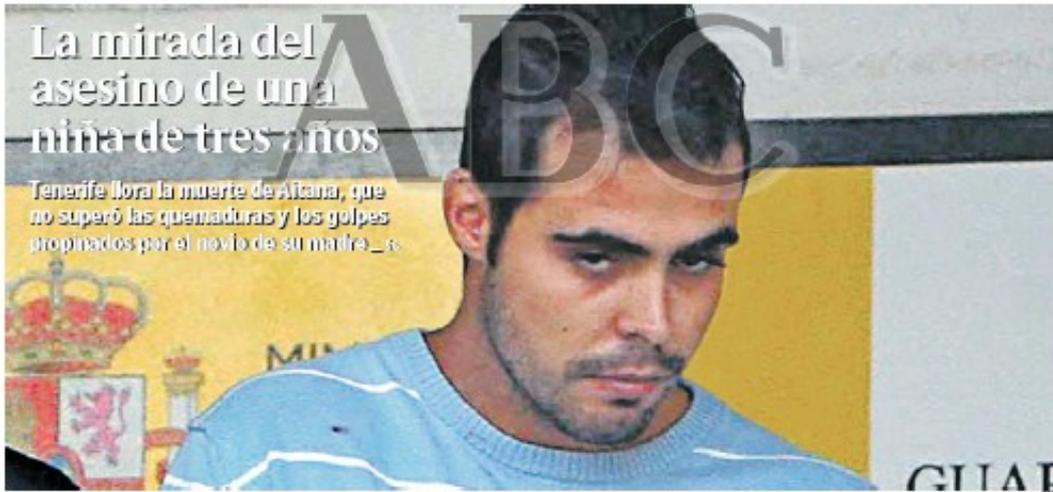
Vibro Platform
Mañana, la cartilla para ponerse en forma en casa

Peligran 484 millones en inversiones por el pago de la Deuda Histórica en suelo

Los Presupuestos de la Junta de Andalucía para 2010 habían consignado gastos en sanidad, educación, vivienda, infraestructuras y centros de mayores que ahora quedan en el aire... Editorial y página 42

La mirada del asesino de una niña de tres años

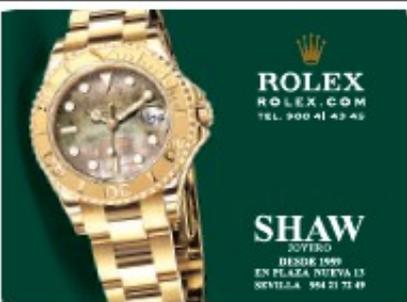
Tenerife llora la muerte de Aitana, que no superó las quemaduras y los golpes propinados por el novio de su madre... 4



La Policía pone a disposición judicial al hombre de 25 años que presuntamente acabó con la vida de la pequeña Aitana

La Junta no mediará contra los 988 despidos en Cajasur

La entidad financiera cordobesa buscará el lunes un pacto «in extremis» con Unicaja para eludir la intervención del Banco de España y proseguir con la fusión... 8



El Gobierno supo en dos horas que los tres marineros no bajaron del «Alakrana»

Inteligencia se lo comunicó a Defensa tras un primer informe... Los familiares y Moratinos no recibieron esa información... 3

ABC SEVILLA (Sevilla) - 28/11/2009, Página 1
Copyright (c) 2009 ABC S.L. Madrid, 2009. Queda prohibida la reproducción, distribución, puesta a disposición, comunicación pública y utilización, total o parcial, de los contenidos de esta obra, en cualquier forma o modalidad, sin previa, expresa y exclusiva autorización, adelantada, no gratuita, de una reproducción y/o puesta a disposición por su titular, a través de canales o servicios de prensa sin fines comerciales o directa o indirectamente lucrativos, o la que se realice con cualquier otro fin que no sea el uso de los productos que se contienen en esta obra en las condiciones señaladas.

ABC, edición Sevilla, 28 de noviembre de 2009

<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/sevilla/abc.sevilla/2009/11/28/001.html>

Días antes, el 24 de noviembre, el demandante y luego recurrido en casación había acudido a un centro de urgencias hospitalarias en Arona (Tenerife) junto con la hija, de tres años de edad, de su pareja, con pronóstico de parada cardiorrespiratoria. El médico que la atendió activó el protocolo de maltrato físico y sexual infantil. El demandante fue detenido el 25 e ingresó en prisión como “presunto autor de los delitos de abusos sexuales y lesiones”, según decía el comunicado de la Guardia Civil. El 28 “ABC” publicó la noticia y ese mismo día el magistrado a cargo del juzgado de instrucción correspondiente decretó la libertad provisional sin fianza del demandante, descartada “enteramente que la menor fallecida hubiese sufrido lesión genital alguna, y no existiendo indicio alguno de que dicha niña hubiese sufrido... maltrato alguno”.

El 29, en la edición de “ABC” de Madrid, se publicó en portada un pequeño recuadro titulado “Víctima de un error” y en el cual aparecía una fotografía del demandante. En números posteriores, el diario publicó varios artículos en los que informaba de la rectificación de la noticia originaria. Pero el mal, en gran medida, ya estaba hecho.

El demandante reclamó a la sociedad editora y a otras personas una indemnización de 600.000 euros, así como la publicación de la sentencia condenatoria y la condena en costas. En las instancias, concordes, los demandados fueron condenados a pagar 60.000 euros de indemnización, más los intereses legales, así como a publicar la sentencia.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuestos por los demandados. Recogiendo su doctrina anterior, que cita profusamente, el Tribunal dijo:

“[L]a información se reputará veraz si se basó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste, de modo que las conclusiones alcanzadas por el informador a partir de los datos contrastados ... sean conclusiones a las que el lector o espectador medio hubiera llegado igualmente con los mismos datos. Por el contrario, se reputará no veraz la información que se apoye en conclusiones derivadas de meras especulaciones, en rumores sin fundamento, carentes de apoyo en datos objetivos extraídos de fuentes igualmente objetivas y fiables” (FJ Cuarto, número 1, cita de la STS 337/2016, de 20 de mayo).

Las fuentes de la información publicada eran ciertamente fiables –un comunicado de la Guardia Civil-. Sin embargo, del comunicado no resultaba veraz la afirmación de que había sido detenido un asesino convicto y confeso. En lo absoluto:

“[E]l núcleo de la información ... se ajustaba a las exigencias de veracidad en cuanto diligencia del exigible al informador porque se fundó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como el comunicado oficial de la Guardia Civil... Sin embargo ... sí cabe hacer responsables a los demandados del tratamiento que dieron a dicha noticia en los titulares [pues] ... no constituye una

actuación diligente ... presentar públicamente como delincuente a quien solo tenía la condición de detenido e investigado, y además de la forma más llamativa posible (calificándolo abiertamente de asesino y poniendo su fotografía con el primer plano de su rostro en portada) ... pues se estaba presentando al demandante como culpable cierto ... de un delito ... de asesinato... (FJ Cuarto, 4º).

En el segundo caso, el de la poco posterior Sentencia 62/2017, el mismo demandante había conseguido una condena indemnizatoria favorable por importe de 50.000 euros a raíz de la publicación, por el diario "La Opinión de Tenerife", en sus ediciones del 26 y 27 de noviembre de 2009, de informaciones sobre el suceso en las cuales se daba por cierto que "Un joven viola a la hija de su pareja" y de que "Muere la niña de tres años que fue violada por el novio de su madre". En casación, el Tribunal Supremo rechazó el recurso de los entonces demandados:

"[L]os titulares... no dejaban duda alguna en cuanto a la autoría del demandante... [y, por tanto, estaban] carentes de la menor lógica y proporción..." (FJ Sexto).

La doctrina de la veracidad como diligencia es absolutamente pacífica en nuestra jurisprudencia. Puede verse, en tercer lugar, la síntesis de su contenido que realizó, sobre ponencia de Fernando Pantaleón Prieto, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 618/2016, de 10 de octubre, en un caso en el que el diario "El País" en su edición de 26 de marzo de 2008 había publicado la noticia cierta de las actuaciones judiciales por acusación de homicidio imprudente contra varias personas, pero que incluía una fotografía en la cual aparecía el demandante, persona ajena a los hechos:

"[P]or veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con las pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada" (FJ Cuarto, nº 1).

"[Y en el caso] [l]a falta de veracidad no afectó a un aspecto accesorio de la información... [pues l]o primero que atrae al lector es el titular de la noticia y la fotografía que lo acompaña" (FJ Quinto, letra b).

Así la doctrina de la veracidad está, tras casi treinta años de aplicación, perfectamente asentada en docenas, acaso centenares de resoluciones jurisprudenciales muy aquilatadas.

Sin embargo, esta es una doctrina que desconcierta al lector medio, que no sea jurista de oficio, y que sorprende al cliente medio de un despacho profesional, salvo que sea periodista. Lo primero que el abogado habrá de decirles a ambos es que "información veraz" e "información verdadera" no son sinónimos. Que "veraz" puede significar "falso, pero contrastado diligentemente", o que, además de afirmarse de las personas, se dice de sus asertos y que estos pueden incurrir en un error excusable, por el que no hay que

responder. Que las personas que “profesan la verdad” a veces se equivocan sin culpa. Todo ello se entiende, pero hay que ofrecer muchas explicaciones, hay que forzar el sentido común. Es una doctrina que se compadece con alguna dificultad con el conocimiento común.

Pero el oficio de abogado comienza con serlo de las propias herramientas y con el respeto al objeto al cual las aplica, en este caso, un artículo de la Constitución que dice “veraz”: “veracidad” es “honradez”, la persona veraz es fundamentalmente la persona honrada con los demás a quienes manifiesta su leal saber y entender, sin por tanto excluir la posibilidad del error: el informador honrado sabe que puede incurrir en inexactitudes, por eso nunca prejuzga, casi nunca es categórico. Tendemos a la verdad, pero solo podemos aproximarnos a ella.

El derecho naturalizado se aproxima a los textos que interpreta de modo análogo a como lo hacen otros profesionales a aquello que quieren conocer: el texto constitucional dice “información veraz” porque quienes lo redactaron partieron de que la honestidad intelectual está en la base del derecho a obtener y difundir información.

Permanece en cambio la objeción tradicional a la constitucionalización de la responsabilidad por negligencia en el derecho de la libertad de información: ¿es necesariamente inconstitucional un estándar de responsabilidad objetiva en responsabilidad civil por los daños causados a un particular por una información o cabalmente falsa?, ¿por qué el particular difamado habría de pagar los costes de errores del informador?

La respuesta analítica, tomada de la economía, pasa por defender que el discurso público genera muchas externalidades positivas, muchos beneficios que quien publica y divulga la información no va a poder recuperar. Entonces una manera de incentivar su producción es limitar su responsabilidad por la publicación de informaciones falsas a los casos de culpa y, en los supuestos de información sobre personajes públicos, de culpa grave o de dolo. Sin necesidad de entrar ahora en el ABC del análisis económico del derecho, es intuitivo afirmar que quien responde solo de sus errores culposos o de sus falsedades dolosas, responde menos que quien ha de afrontar responsabilidad por todos sus errores, incluyendo los excusables.

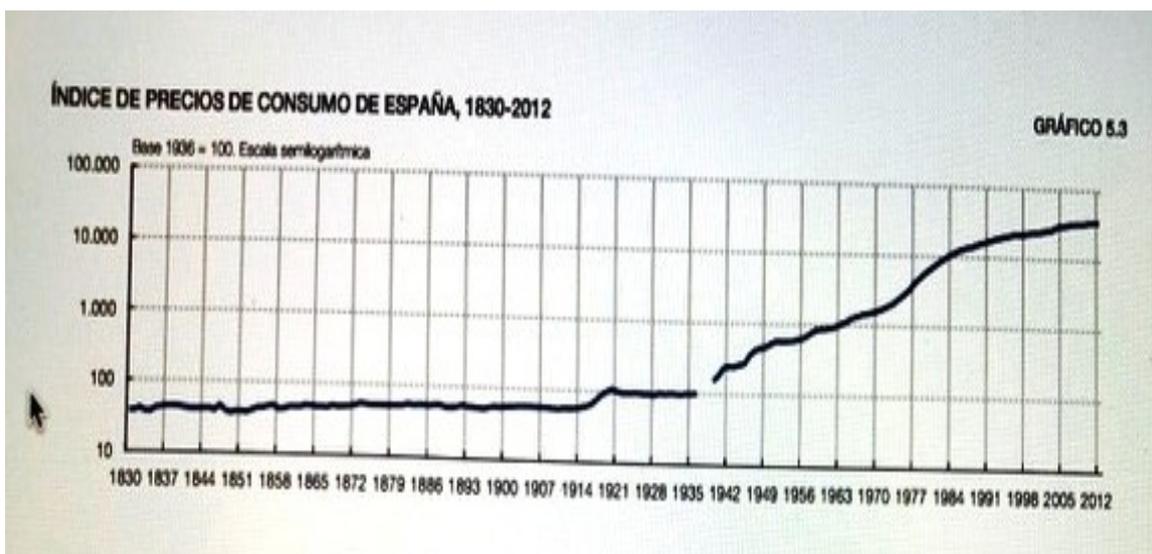
Dicho así, como yo mismo lo habré repetido centenares de veces en treinta y tantos años, deja siempre por explicar por qué las personas cuyo honor –cuya reputación y autoestima– se ven perjudicados han de pagar los costes de producción de un beneficio social. De hecho, Richard EPSTEIN, un sabio y uno de los juristas más respetados en el derecho americano de la responsabilidad civil, escribió hace bastantes años un artículo en el cual defendía que en el caso originario de *New York Times*, el Estado de Alabama había aplicado incorrecta y desmesuradamente el derecho de la difamación del *Common Law*, pues, solo por ejemplo, la noticia era sustancialmente verdadera y, por tanto, no accionable, y los

daños causados, mínimos –nadie o casi nadie leía el *New York Times* en la Alabama de 1960- (*Was New York Times v. Sullivan Wrong?* 53 U. Chi. L. Rev. 782 (1986)).

En la práctica jurisprudencial, con todo, el requisito de la negligencia para filtrar la accionabilidad de las informaciones inexactas se aplica con sentido común: la prudencia forma parte del oficio de juez y estos limitan las indemnizaciones elevadas a aquellos casos en los cuales el comportamiento del demandado fue bastante o muy torpe o, simplemente, intolerable (por ejemplo: STS, 1ª, 696/2015, de diciembre, imputación incontrastada a la esposa y a la hermana de un presidente autonómico de haber constituido una sociedad en un paraíso fiscal, 90.000 € de indemnización).

La cuantía de las indemnizaciones por daños morales concedidas por los tribunales de instancia no son revisables en casación, salvo que resulten notoriamente erróneas o desproporcionadas o no se ajusten a las bases normativas fijadas por el ordenamiento para su fijación (hoy, art. 9.3 LO 1/1982, modificado en 2010). En punto a su cuantía siempre es útil recordar que la primera Sentencia del Tribunal Supremo que concedió una indemnización por daños morales, es decir, por los causados a aquellos bienes que no se pueden o no está permitido adquirir en un mercado, es la famosa STS, 1ª, de 6 de diciembre de 1912. En el caso del “Fraile raptor y suicida” un diario nacional de la época, (“El Liberal”) había publicado en 1910 un suelto en el que daba cuenta de la noticia, absolutamente falsa, de que una joven menor, hija del alcalde de Totana, Murcia, se había fugado con un fraile y, que descubiertos, él se había suicidado y ella había sido reintegrada a su hogar. Para orillar la dificultad de conseguir un suplicatorio con el fin de poder reclamar por la vía penal al director del diario, su abogado, un conocido político conservador, recurrió a la vía civil. Esta culminó con la sentencia citada que condenó a la sociedad editora y al director a pagar una indemnización de 150.000 pesetas (“ABC” 15.12.1912: “Pleito de uno e interés de todos” <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1912/12/15/005.html>).

¿Cuánto son 150.000 pesetas de 1912, más o menos, en nuestros días? A esa pregunta sobre la cuantía de la indemnización y su posible ajuste a las bases del ordenamiento responde el derecho naturalizado con un gráfico tomado de la obra de un reputado profesor de historia económica (Jordi MALUQUER DE MOTES, *La inflación en España. Un índice de precios de consumo, 1830 - 2012*, Estudios de Historia Económica, nº 64, Banco de España, 2013):



La escala, obsérvese, es semilogarítmica. Es decir, la indemnización equivaldría hoy, muy aproximadamente, a veinte o treinta mil veces 150.000 ptas., una suma astronómica. También inconmensurable. El derecho naturalizado encuentra sus límites en la dificultad - ¿en la imposibilidad?- de comparar la España de 1910 y 1912 con la de 2009 y 2017. Es otro mundo: las cantidades solo son muy groseramente comparables y la sociedad española de 1910, una tal en la cual el honor (patriarcal) era más valioso que la vida. Pero la comparación no es fútil: da una idea de la enormidad del cambio acaecido, al tiempo que la ofrece sobre la valoración que realizaron dos tribunales supremos de la lesión de bienes supremos en cada cultura, porque, ¿hay hoy algo peor a que te acusen de haber violado y matado a una niña de tres años de edad? Con todas sus limitaciones, que las tiene, el derecho naturalizado nos ayuda a sopesar la interpretación del derecho a la hora de fijar indemnizaciones por daños morales.

Por último, la doctrina de la veracidad converge con nuestras ideas básicas sobre la verdad en un punto sustancial: el conocimiento es siempre provisional en el sentido de que es corregible, mejorable. Su verdad nunca es absoluta. Luis Díez Picazo llevaba razón cuando escribió que si exigiéramos a quienes hablan la verdad sin más, todos habríamos de callar.

4. Bibliografía

Rafael HERNÁNDEZ MARÍN (1998), *Introducción la teoría de la norma jurídica*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, cap. 1.2 pp. 20-22.

--- (2012), *Compendio de filosofía del derecho*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcia Pons, cap. 1.2.1, pp. 24-25.

Brian LEITER, (2007), *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford U. P.

Willard Van Orman QUINE (1969), *Epistemology Naturalized*.

Jordi MALUQUER DE MOTES, (2013), *La inflación en España. Un índice de precios de consumo, 1830 - 2012*, Estudios de Historia Económica, nº 64, Banco de España,.

Juan MONTERO AROCA, (2002), *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, pp. 278-279.

Santiago MUÑOZ MACHADO, (1986), *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, Poder Judicial, Madrid.

---, (1992), *Información y derecho al honor*, REDA, Civitas.

Pablo SALVADOR CODERCH, (1987), *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid,.

---, (1990), *El mercado de las ideas* (director y coautor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

---, (2002), *Libertad de expresión y conflicto institucional*, Civitas, Madrid.

Gerhard SCHURZ, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), Darmstadt, 2008 / *Philosophy of Science: A Unified Approach*, Routledge, New York, 2014.

Timothy SNYDER, (2017), *On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century*, Tim Duggan Books, New York,.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, voz *Naturalism*, 2.1, David PAPINEAU.

Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, (2015) *Derecho Administrativo. Parte General*, 2ª ed. Atelier, Barcelona, pp.496-498.